

RAFAEL SBRISSIA

ASPECTOS DA MODERNA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

CURITIBA
2004.

RAFAEL SBRISSIA

ASPECTOS DA MODERNA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Machado


CURITIBA
2004.

TERMO DE APROVAÇÃO

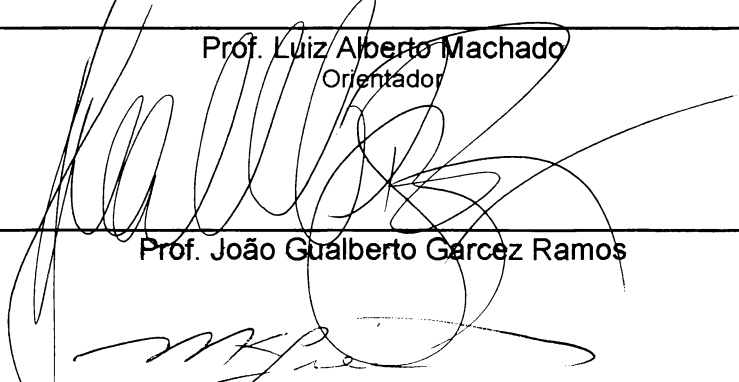
RAFAEL SBRISSIA

ASPECTOS DA MODERNA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA


Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção da graduação de bacharel em direito, do curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, para a seguinte banca examinadora:



Prof. Luiz Alberto Machado
Orientador



Prof. João Gualberto Garcez Ramos



Prof. Marcelo Kintzel Graciano

Curitiba, 05 de outubro de 2004.

Sumário

1. O Crime	01
1.1. Definição Formal e Substancial	02
1.2 Conceito Dogmático de Crime	03
1.3 Fato Típico	03
1.3.1 Tipicidade	04
1.3.2 Conduta	05
1.3.3 Resultado	09
1.3.4 Relação de Causalidade	09
1.3.4.1 Teoria da equivalência das condições	10
1.3.4.2 Teoria da adequação	12
1.4 A ilicitude	13
1.5 A culpabilidade	15
2. Antecedentes históricos da moderna teoria da imputação objetiva	17
3. A moderna teoria da imputação objetiva	21
3.1 O princípio do risco, de ROXIN (1970)	21
3.2 Surgimento de uma dogmática funcionalista do delito	22
3.3 Fundamentos da moderna teoria da imputação objetiva	24
3.3.1 Fundamento teórico / constitucional	24
3.3.2 Fundamento prático	26
3.4 Críticas a moderna teoria da imputação objetiva	30
3.4.1 Risco e conhecimentos especiais do autor: a confusão entre o objetivo e o subjetivo	31
3.4.2 Dispensabilidade de uma imputação objetiva nos delitos culposos	32
3.4.3 Inadequação da imputação objetiva nos delitos dolosos	33
4. Bibliografia	35

1. O Crime

No antigo Direito Romano, segundo Mommsen, *noxia* era o termo que designava a conduta delitiva. Em um processo evolutivo tornou-se *noxia*, equivalente a “dano”. *Noxia*, devemos ressaltar, estava inteiramente ligado a noção de reparação e retribuição do mal causado, de modo que expressava com maior propriedade a natureza dos efeitos do ato delitivo, que, propriamente, o significado da infração. Dentro desta evolução, outros termos surgem, não mais como representação da natureza das implicações do ato delitivo, agora como expressão da própria conduta delituosa. Neste processo evolutivo temos os termos: *scelus*, *maleficium*, *flagittum*, *fraus*, *facinus*, *peccatum*, *probrum*, *delictum* e *crimen*, com predominância das duas últimas. A expressão “delito” deriva de *delinquere*, abandonar, resvalar, desviar-se, significando abandono de uma lei. *Crimen* vem do grego *cerno*, indicativo dos mais graves delitos.¹

Dentro da evolução histórica do conceito de crime encontramos na Idade Média a utilização do termo *crimen* para indicar infração grave e *delictum* para indicar infração de natureza leve.

Na Itália foi adotada a expressão *reato*. Nos países de língua castelhana “infração” é o termo genérico que designa as três condutas delituosas: “delitos”, “crimes” e “contravenções”. Na Alemanha também se empregam os três termos. Na Inglaterra, *offence* é a expressão comum e genérica, abrangendo os *indictable* crimes, sujeitos a acusação, que se dividem em *felony* e *misdemeanor*, segundo a maior ou menor gravidade. Nos Estados Unidos da América do Norte os crimes se tripartem em *treasons*, *felonies* e *misdemeanors*.

¹ No 1º volume de seu tratado intitulado “Direito Penal”, Damásio E. de Jesus proporciona estas reflexões, indicando, em nota de rodapé, que “ O sistema didático e as idéias principais dessa matéria foram extraídos de Asúa, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1951, v.3, p.19”

Entre nós, doutrinariamente, o termo “infração” é genérico, abrangendo os “crimes” ou “delitos” e as “contravenções”. Pode ser empregado o termo delito ou crime. O Código Penal usa as expressões “crime” e “contravenção” e a expressão “infração” quando quer abranger em um só termo as primeiras.

1.1. Definição Formal e Substancial

De modo geral, os autores definem o crime sob o aspecto formal ou substancial. O primeiro tem como ponto de referência a lei: “crime é o fato individual que a viola; é a conduta humana que infringe a lei penal”.²

Ocorre que a simples definição formal não é suficiente para esgotar o assunto. Resta responder questões relevantes como: Por que essa conduta transgredir a lei? Qual a razão que levou o legislador a puni-la? Qual o critério que adotou para distingui-la de outras ações também lesivas? Entre outras que poderiam ser formuladas.

A definição substancial considera a definição ontológica do delito. A consecução do bem coletivo é a finalidade do Estado, é a razão teleológica da existência do levitam. Sem embargo, cabe a ele definir as normas necessárias à harmonia e equilíbrio sociais.

Não obstante aos vários modos por que pode o Estado alcançar essa finalidade, como a própria finalidade, em determinado momento, apresentará um conteúdo distinto e diferente, de acordo com a evolução e peculiaridades históricas e sociais. De qualquer maneira, tem o Estado, como condição da própria existência, que velar pela paz, segurança e estabilidade coletivas, considerando o entrecchoque dos interesses individuais, fator determinado por condições naturais e sociais diversas.

² Direito Penal, Noronha, E. Magalhães – São Paulo: Saraiva, 1988-1995, p. 93.

“As normas legais, por ele ditadas, têm, então, a finalidade de tutelar bens-interesses, necessários à coexistência social, entendendo-se como *bem* o que satisfaz às necessidades da existência do indivíduo na vida em sociedade, e como *interesse* a representação psicológica desse bem, a sua estima, como pondera Rocco.

Mas o Estado, através do direito, *valoriza* esses bens-interesses, pois a ofensa a alguns deles fere mais fundo o *bem comum*, já por atingir condições materiais basilares para a coletividade, já por atentar contra condições éticas fundamentais. Dada, então, sua relevância, protege-os com a sanção mais severa, que é a pena.

Conseqüentemente, crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal. Sua essência é a *ofensa ao bem jurídico*, pois toda norma penal tem por finalidade sua tutela “³

1.2 Conceito Dogmático de Crime

Devemos ressaltar ainda o conceito dogmático, também chamado de analítico⁴, de crime que pode ser assim definido: Para ser criminosa a ação humana, deve corresponder objetivamente à conduta descrita pela lei, contrariando a ordem jurídica e incorrendo seu autor no juízo de censura ou reprovação social. O delito, então é considerado como ação típica, antijurídica e culpável. Ele só existe quando uma ação (compreendendo a omissão) ajustar-se à figura descrita na lei, opor-se ao direito e ser atribuível ao indivíduo a título de culpa *lato sensu* (dolo ou culpa).⁵

1.3 Fato Típico

Para ser crime a ação praticada pelo sujeito deve ser típica, isto é deve ter *tipicidade*. Atuar tipicamente é agir de acordo com o tipo. Este é a descrição de conduta humana feita pela lei e correspondente ao crime.

³ Direito Penal, Noronha, E. Magalhães – São Paulo: Saraiva, 1988-1995, p. 94.

⁴ Curso de direito penal: parte geral / René Ariel Dotti. – Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 299,

⁵ Damásio E. de Jesus encabeça doutrina minoritária que defende a culpabilidade como pressuposto da pena.

“*Tipo* é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função *limitadora e individualizadora* das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, tornando-os todos *especiais*, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhes corresponda perfeitamente. Cada tipo desempenha uma função particular, e a ausência de um tipo não pode ser suprida por analogia ou interpretação extensiva”.⁶

O tipo é o conjunto dos elementos do injusto característico de uma determinada classe de delito. Ocorre que somente o típico não é suficiente para caracterizar o crime, ou seja, crime não se confunde com injusto, sendo crime toda e qualquer conduta típica e antijurídica. Com efeito, crime é o injusto culpável.

1.3.1 Tipicidade

A *tipicidade* é entendida como a adequação do fato humano ao tipo de ilícito, como já visto, o ilícito está contido na norma incriminadora. Tipo é o resultado da imaginação do legislador, já o *juízo de tipicidade* é a averiguação efetuada sobre uma conduta para averiguar se esta conduta apresenta os caracteres imaginados pelo legislador. Quando a averiguação encontrar a conduta que apresenta os caracteres do tipo teremos a tipicidade.

Em sua obra “Tratado de direito penal”, Cezar Roberto Bitencourt define tipicidade, vejamos:

“A tipicidade é uma decorrência natural do princípio do reserva legal: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. ‘Tipicidade é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora’⁷. Um fato

⁶ Tratado de direito penal: parte geral / Bitencourt, Cezar Roberto – 3 ed. São Paulo, Saraiva, p. 199.

⁷ Damásio de Jesus, Direito Penal, cit. pág. 228.

para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve subsumir-se na moldura descrita na lei”.⁸

1.3.2 Conduta

Somente da conduta humana pode derivar o ilícito penal. O segundo é fruto exclusivo da primeira.⁹ De acordo com o Código Penal a causa produtora do resultado é a *ação* ou *omissão* sem a qual o resultado não ocorreria (art. 13).

A *ação* é definida como atividade humana conscientemente dirigida para determinado fim. Ela pode ser dividida em dois espectros: um comportamento exterior, identificado objetivamente, e um conteúdo psicológico desse comportamento, a livre e dirigida vontade de chegar a um determinado fim.

A *omissão* é caracterizada como abstenção de atividade exigida juridicamente. Quando se espera uma ação do indivíduo que podia ser executada, e esta não acontece por uma atitude física e psicológica encontramos a omissão.¹⁰

“Da omissão punível se distingue a mera *conivência*. Ela se traduz pela atitude negativa de alguém que presencia a execução de um delito ou sabe que ele irá ser praticado e não adota nenhuma iniciativa para impedir o evento ou não chamar a autoridade pública para evita-lo porque, no fundo, tal acontecimento satisfaz ou pode satisfazer o seu interesse ou a mera vontade. Essa modalidade de *testemunho* ou *apoio clandestino* não configura a participação punível quando inexistente obrigação jurídica de intervir, como ocorre em relação ao policial, por exemplo. O mero conhecimento de que alguém está prestes a cometer um delito, ou a não denúncia, à autoridade, de um crime que vai ser praticado, não configura co-participação, salvo se havia o dever jurídico de impedir o evento (STF, RT 603/447). Cf. precedente do TACRIM-SP, não fica caracterizada a participação do agente que apenas presenciou o delito. “A inexistência de dever jurídico de impedir o resultado desvincula o

⁸ Bitencourt, ob. cit. p. 201

⁹ Dotti, ob. cit. p. 302.

¹⁰ Alguns autores, como Magalhães Noronha, concebem uma ação *lato sensu*, e a derivam em ação positiva (ação) e ação negativa (omissão).

agente da autoridade do delito. A sua conivência, ainda que evidenciada, não sendo delituosa é impunível”¹¹.

Os elementos da *omissão* estão reduzidos a dois aspectos: a) o *dever* de agir, b) o *poder* agir. Essa regra é derivada do § 2º do art. 13 do Código Penal, *in verbs*: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

Tratando-se de responsabilidade penal em consequência da omissão, é essencial que a mesma seja delimitada, quanto ao dever de agir aos estritos caso previstos no artigo supracitado do Código Penal, ou seja, quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância ou tenha de outra forma assumido a responsabilidade por impedir o resultado, ou ainda com seu comportamento criou o risco do resultado.

Existem várias teorias sobre a ação, enumeramos agora as que consideramos mais relevante no que tange este trabalho.

a) Teoria causal-naturalista da ação: para os adeptos desta teoria a ação é um comportamento humano e voluntário que produz alterações no mundo exterior. Tem como componentes imperativos uma vontade resultante de um processo interno, a atuação desta vontade no mundo exterior em decorrência de um fazer ou não fazer por parte do agente e finalmente o resultado desta ação. É criticada, principalmente pelos defensores do *finalismo*, tendo em vista que a teoria desconhece a função constitutiva da vontade da ação e ainda a destrói transformando-a em um mero processo causal.

b) Teoria finalista da ação: reconhece que toda a conduta é um acontecimento final. Seu maior sistematizador, Welzel, sustentou que toda ação humana é o exercício da atividade finalista, esta compreendida não só como a

¹¹ Dotti, ob. cit. p. 304,305.

finalidade da ação, mas também como os meios empregados e as conseqüências necessárias das condutas.

“Para Welzel, “ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer *“final”* e não puramente *“causal”*. A *“finalidade”* ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente”. A atividade final – prossegue Welzel – é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada caso. A finalidade é, por isso – dito graficamente – “vidente”, a causalidade “cega””.¹²

c) Teoria Social da Ação: o mérito dessa teoria consiste em agregar à decisão acerca da tipicidade de uma ação o aspecto social. Este é somado aos aspectos causal e finalístico. É considerada por muitos uma ponte entre as teorias causalista e finalista.¹³ Quando houver dúvida sobre algum predicado da ação parte-se para a análise da existência de determinada conduta, se era dominada ou dominável pela vontade e finalmente se foi relevante socialmente.¹⁴

“Bettioli sustenta uma concepção social-valorativa da ação, como a única capaz de determinar a unicidade ou a pluralidade das próprias ações, visto faltar, no plano naturalístico, uma unidade de medida. Para esse notável mestre, ‘se o homem é um ser ‘vivente’, a acção, sendo a mais característica manifestação do homem, deve ser também considerada como ‘vivente’, bem entendido, sob um aspecto teleológico. (...) É só em virtude desse momento finalístico que podemos reduzir a perfeita unidade de dois elementos, objectivo e subjectivo, do agir humano e que podemos plasmar o conceito de acção como conceito de valor, que supera as exigências de uma concepção meramente naturalística. O homem não age sem um fim. Se afastarmos a consideração do fim, degradamos, verdadeiramente, a acção, sistematizando-a no plano da cega causalidade, e colocamos o homem entre as grades de um naturalismo que

¹² Bitencourt, ob. cit. p. 156.

¹³ Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 16. ed, São Paulo: Atlas, 2000, pág. 103.

¹⁴ Roxin, em sua obra Derecho Penal, tI, § 8, p. 247, nega a eficácia da teoria, a partir do princípio de que há ações socialmente relevantes porém há outras que não, nas palavras do autor “*Así pues, la relevancia social es una cualidad que una acción puede tener o no tener, y se falta, no desaparece la acción, sino sólo su importancia social*”.

aprisiona a sua rica e complexa personalidade moral, ou melhor, que a nega. O homem acaba por ser considerado apenas como o animal mais perfeito na escala dos vertebrados. É unicamente com base na concepção que aqui se defende, que se pode dar ao conceito de acção a plena concretização a que tem direito. A acção, como valor, não pode deixar de ser uma coisa concreta, que não cabe no esquema, que é vazio e árido, expressão de uma realidade naturalística' (*O problema penal*, p. 140/141) ""¹⁵.

d) teoria jurídico-penal: em suma esta teoria exprime que "ação é o comportamento humano, dominado ou dominável pela vontade, dirigido para a lesão ou para a exposição a perigo de um bem jurídico, ou, ainda, para a causação de uma previsível lesão a um bem jurídico"¹⁶.

As teorias acerca da ação são, talvez, o tema de maior controvérsia dentro da ciência penal. Todas as teorias contam com defensores ferrenhos, porém, em muitos casos, as soluções apontadas levando-se em conta apenas uma teoria não se revelam as mais adequadas. Sem embargo, a defesa de uma análise contextual, em que cada teoria presta sua contribuição e tem algo de válido para oferecer, nos parece a mais adequada. Neste diapasão, parece-nos pertinente a lição de Paulo José da Costa Jr:

"Do exposto se conclui: nenhum dos critérios apontados, tomados isoladamente, mostra-se suficientemente idôneo para conceituar a conduta. Cada um deles oferece sua contribuição à solução do problema. O critério naturalístico oferta a base necessária para a edificação da teoria do crime. A concepção teleológica ressalta o conteúdo social e os momentos de valor da conduta, além de emprestar unidade ao sistema, solucionando problemas como o instituto do concurso, ou o crime continuado. A conceituação jurídico normativa permite a exata utilização de todas estas estruturas ontológicas, fornecendo-lhes o contorno formal, além de contribuir valiosamente para o esclarecimento de importantes conceitos, como o de omissão. Esta solução que se afigura mais equilibrada, equidistante das paixões dos adeptos ferrenhos de várias doutrinas: aceitar de cada uma a contribuição válida que se pode oferecer. Não se venha a dizer que tal posição é eclética, pois é tridimensional. São três momentos de uma só realidade, que não podem ser

¹⁵ Dotti, René Ariel, op. cit. p. 308.

¹⁶ Toledo, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 109.

materialmente retalhados, por integrarem três aspectos onticamente inseparáveis. A escola naturalística focaliza o fato. A teleológica sublinha o valor. E a jurídico-normativa concentra-se na norma. As três visões, desmembradas e parciais, fundem-se numa única realidade, que não é a soma de suas integrantes, mas a fusão de todas, no cadinho da realidade social".¹⁷

1.3.3 Resultado

Entende-se como resultado a modificação ocorrida no mundo exterior em virtude do comportamento humano voluntário.

Observa-se, comumente, o emprego da expressão *evento* como sinônimo de resultado. Etimologicamente as expressões possuem significado distinto, *resultado* indica efeito, conseqüência enquanto *evento* quer dizer sucesso, entretanto, muitas vezes, na doutrina e prática forense as expressões se equivalem.¹⁸

Há duas teorias acerca da natureza do resultado, a naturalística e a jurídica, também chamada de normativa. De acordo com a primeira, resultado é a modificação do mundo externo em função de um comportamento humano, resulta da relação entre a conduta e a modificação, prescindindo-se de sua análise em face da norma jurídica. Para a segunda o resultado da conduta é a lesão ou o perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal. Entendem os seguidores da concepção jurídica (normativa) que o delito sem o evento não teria importância para o Direito Penal, pois o relevante é a lesão jurídica, e não qualquer conseqüência natural da ação.

1.3.4 Relação de Causalidade

¹⁷ Costa Jr., Paulo José da. Direito penal – curso completo. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1999, p. 48.

¹⁸ Ver Damásio ob. cit. p. 213.

O homem vive em um mundo que pode ser chamado de *cinético*. Um mundo dinâmico, em movimento, esta agitação causa transformações no entorno do ser humano, e conseqüentemente, atinge o próprio homem.

O Direito Penal recolhe dessa realidade dinâmica a parte que se relaciona com a atividade humana, e nem sempre por completo. O Direito Penal incumbe-se em regular parte da atividade humana, por ser ela uma *energia inteligente*, enquanto os demais processos naturais são *energias cegas*.

Nosso Código Penal prevê infrações chamadas de crimes de *mera atividade* ou *mera conduta*, que se consumam com a realização de mero comportamento, comissivo ou omissivo, sem que se dê importância às suas eventuais conseqüências. Em outros casos o código engloba na sua descrição o binômio conduta humana e conseqüência por ela produzida, isto é, o resultado, de modo que só se consumará o crime quando esse resultado se concretizar. Da necessidade de integrar dentro da descrição típica a *ação* e o *resultado*, surge o terceiro elemento, a saber, *relação causal*.¹⁹

1.3.4.1 Teoria da equivalência das condições

A teoria da *equivalência das condições* é dominante na literatura e jurisprudência contemporâneas, trata-se do vínculo entre a conduta e o resultado. Através da análise de tal relação é possível saber se a ação ou omissão do agente foi causa do resultado. O Código Penal dispõe na primeira parte de seu art. 13 “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”.

A teoria pode ser reduzida a dois conceitos centrais: a) a totalidade das condições que determinam um resultado são *necessárias* e por isso *equivalentes*; b) causas são as condições que não podem ser excluídas hipoteticamente sem

¹⁹ Bitencourt, ob. cit. p. 180.

excluir o resultado. Desta ilação observamos que a causa é *conditio sine qua non*²⁰ do resultado, sem a primeira não ocorre o segundo.

Acerca das críticas sofridas pela teoria da equivalência das condições observa Juarez Cirino dos Santos:

“O método para determinar relações de causalidade da teoria da equivalência das condições sofreu críticas contundentes, mas parece ter sobrevivido a todas elas. Primeiro, o critério da exclusão hipotética seria excessivo: no exemplo acima referido²¹, também permitiria definir como causas a vítima, os fabricantes do veiculo, os engenheiros que planejaram e construíram a rodovia, os pais dos protagonistas, a invenção do motor a explosão, e assim por diante, porque excluídas as suas contribuições, o resultado igualmente não teria ocorrido. Segundo, o método conduziria a erro em situações de causalidade hipotéticas e alternativas: no caso de causalidades hipotéticas, o argumento de médicos acusado de execuções de doente mentais em cumprimento de ordem superiores, de que na hipótese de recusa pessoal de cumprir tais ordens outros médicos as cumpriram exatamente do mesmo modo, conduziu a conclusões absurdas: excluído o comportamento dos médicos acusado, o resultado permaneceria idêntico pela ação hipotética dos médicos substitutos – logo o comportamento daqueles não seria causa do resultado; como, por outro lado, a ação hipotética dos médicos substitutos não constitui causa de nenhuma resultado, conclui-se que a morte das vítimas teria sido sem causa; no caso de causalidade alternativas, se a e b adicionam, independentemente um do outro, doses igualmente mortais de veneno na bebida de c, segundo o critério da teoria deveriam ser punidos por homicídio tentado porque o resultado não desaparece com a exclusão alternativa daquelas ações – embora as doses individuais de veneno tenham tido eficácia real e, de fato, determinado o resultado. Terceiro, a teoria seria inútil para a pesquisa de causalidade, porque pressupõe precisamente o que deveria demonstrar: para saber, por exemplo, se o calmante Contergan (Talidomida), tomado durante a gravidez teria causado deformações no feto, de nada adiantaria excluir hipoteticamente a ingestão do medicamento, e perguntar se o resultado, então, desapareceria; para responder esta pergunta seria preciso saber se aquele medicamento é causador de deformações no feto e, se já existe esse conhecimento, a pergunta seria ociosa: assim, a

²⁰ Tão forte é essa ligação que alguns autores dão a teoria da equivalência das condições a denominação *conditio sine qua non*.

²¹ O exemplo referido: “se um motorista embriagado dirige na contramão e provoca uma colisão, a ingestão de álcool deve ser definida como *causa* do acidente, porque excluída mentalmente esta condição, o motorista teria dirigido na correta mão de direção, e o acidente não teria ocorrido”.

fórmula da exclusão hipotética parece *pressupor o que somente através dela deveria ser pesquisado* “. ²²

Resumidamente, as críticas a teoria da equivalência das condições se enquadram em dois aspectos: a) ser insuficiente, no caso das causalidades hipotéticas e b) ser excessiva, no caso de regresso ao infinito. Ainda de acordo com Juarez Cirino dos Santos²³, essas críticas foram refutadas por Spindel e Welzel, ao mostrarem que a teoria da equivalência trabalha exclusivamente com condições *concretamente realizadas*. Deste modo, o resultado deve ser entendido como produto concreto de condições reais e não hipotéticas, possíveis ou prováveis, que não são ações reais.

1.3.4.2 Teoria da adequação

A teoria da adequação, também denominada como teoria da causalidade adequada²⁴, considera a causa conduta adequada para produzir o resultado típico, excluindo condutas que produzem o resultado por acidente. Não se deve considerar a condição em relação ao evento *in concreto*, sim abstratamente, e em relação a um acontecimento do gênero daquele a que se refere o juízo de causalidade. Desta forma, a condição equivale a causa somente quando se apresenta proporcionada ou adequada ao resultado, o que se pode verificar através de um juízo de probabilidade.

“Como foi muito bem aclarado pela doutrina, para a determinação de causalidade adequada, o importante é verificar se existe um nexa causal ligando o atuar do agente como causa ao resultado como efeito. ‘O problema se resume, então, em assentar se, conforme o demonstra a experiência da vida, o fato conduz normalmente a um resultado dessa índole; se esse resultado é consequência normal, provável, previsível daquela manifestação de vontade do agente. O fundamento desse juízo é um dado estatística, é um critério de probabilidade’ (Bruno, Direito Penal, t. 1, p. 325/326)”. ²⁵

²² A moderna teoria do fato punível / Santos, Juarez Cirino dos – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 44/45.

²³ Ob. cit. p. 45

²⁴ Doti, ob. cit. p. 318

²⁵ Doti, ob. cit. p. 319

Nas observações sobre a teoria da adequação, valemo-nos novamente das lições do professor Juarez Cirino dos Santos:

“Contudo, se causa é condição *adequada* para produzir o resultado típico, então a teoria da adequação não é simples teoria da causalidade: pretende 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. Como nota ROXIN, a teoria da adequação não é apenas uma teoria específica da causalidade, mas não constitui, ainda, uma teoria da atribuição típica. MEZGER redefiniu a teoria da adequação como *teoria da relevância jurídica*, com o propósito de distinguir entre causação e atribuição do resultado: a causação do resultado, fundada na teoria da equivalência; a atribuição do resultado, fundada na relevância jurídica da causalidade, definida por sua *adequação* ao tipo legal. Hoje, enquanto setores da doutrina consideram a teoria da relevância capaz de permitir precisa separação entre causação e atribuição objetiva do resultado, outros consideram (assim como a teoria da *adequação*) simples precursora de uma teoria geral da atribuição típica”.²⁶

1.4 A ilicitude

Inicialmente devemos analisar a precisão terminológica acerca do conceito. O sistema positivo consagrou o vocábulo *ilicitude*, enquanto o vocábulo antijuricidade tem livre trânsito na jurisprudência e na doutrina.²⁷

Alguns autores²⁸ classificam a ilicitude em formal e material, a primeira por revelar a contrariedade entre a conduta e a norma, a segunda ao tomar em consideração o bem jurídico protegido pela norma respectiva.

A ilicitude deve ser entendida como a oposição entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico positivo, de modo a causar uma lesão ou quando algum bem jurídico tutelado é posto em perigo de lesão.

²⁶ dos Santos, ob. cit. p. 49/50.

²⁷ Sobre o tema ver René Ariel Doti, ob. cit. p. 333.

²⁸ Entre eles, Damásio E. de Jesus e Cezar Roberto Bitencourt.

“O conceito de antijuridicidade é oposto ao de juridicidade: assim como juridicidade indica conformidade ao direito, antijuridicidade indica contradição ao direito. A antijuridicidade é uma contradição entre a ação humana e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões: as proibições são os tipos penais, como descrições de ações proibidas; as permissões são as causas de justificação, como situações especiais que excluem a proibição. O conceito de antijuridicidade adquire contornos mais definidos quando examinado em relação com os conceitos de tipicidade e de injusto”.²⁹

A relação entre antijuridicidade e tipicidade, a que se refere o mestre supracitado, pode ser formulada como “tipicidade da ação indica antijuridicidade, as causas de justificação excluem a antijuridicidade”³⁰. Esses conceitos se relacionam numa sistemática de regra e exceção, uma vez que toda ação típica é antijurídica, excluídos os casos em que as ações típicas são justificadas, como exemplo de justificação podemos citar a legítima defesa ou ainda o estado de necessidade.

Já a relação entre a antijuridicidade e o injusto é uma relação de diferenciação no mesmo patamar do fato punível. Neste prisma entende-se que a antijuridicidade representa um adjetivo da ação típica, representada pela contradição entre a ação ou omissão e o conjunto das proibições e permissões do ordenamento jurídico.

Como elementos da ilicitude, René Ariel Dotti nos enumera: a) uma conduta humana; b) uma lesão ou um perigo de lesão de um bem; c) a proteção legal desse bem. Desenvolve o mestre:

“Quando ao primeiro, mantém-se o dogma segundo o qual somente os eventos produzidos pela vontade humana são suscetíveis de merecer a qualificação jurídica de ilicitude. O segundo elemento reafirma o conceito material de ilicitude, fazendo perder substância a artificiosa classificação entre ilicitude formal e ilicitude material. A concepção unitária de ilicitude é fundamentada posto que permite a admissão das causas supralegais de justificação ao lado das causas

²⁹ dos Santos, ob. cit. p. 127.

³⁰ dos Santos, ob. cit. p. 127.

legais. Sob outro aspecto, a visão material da ilicitude confere maior dinamismo ao sistema penal, provocando os movimentos de descriminalização, despenalização, neocriminalização ou neopenalização, segundo a flutuação dos interesses individuais e sociais que cercam os bens jurídicos. Finalmente, é através do ordenamento positivo que a ilicitude se completa, máxime porque dentro de uma visão finalista do tipo – que inclui o dolo e a culpa *stricto sensu* –, a ilicitude será sempre uma *ilicitude típica*. O tipo, por sua vez, conterà um juízo de ilicitude *condicionado* (Toledo, *Princípios*, § 132).³¹

1.5 A culpabilidade

Em direito penal, o conceito de culpabilidade possui três sentidos distintos, como adiante esclarecemos:

a) a culpabilidade como fundamento da pena, referindo-se ao fato de ser aplicável ou não a pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pelo direito penal positivo. Para que seja aplicável a pena devem estar presentes uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. Ausente qualquer destes elementos a pena não será aplicada.

b) a culpabilidade como elemento da determinação ou aferição da pena. Neste prisma a culpabilidade age como limite da pena, de modo a impedir que a pena seja imposta aquém ou além do limite e da medida imposta pela própria idéia de culpabilidade. A culpabilidade está, sempre, aliada a outros critérios como a importância do bem jurídico.

c) a culpabilidade como conceito contrário a responsabilidade objetiva. Nessa definição a culpabilidade veda a atribuição de responsabilidade objetiva, de

³¹ Doti, ob. cit. p. 334.

modo que ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver agido com dolo ou culpa.

Com relação à primeira acepção de culpabilidade, três são as teorias que procuram defini-la, a saber:

a) psicológica – tem estrita correspondência com o naturalismo-causalista, nesta teoria a culpabilidade está ligada diretamente ao dolo ou de culpa a ponto de representar a sua totalidade³². Para tal teoria, a censurabilidade é dada pela consciência do agente, acerca da reprovabilidade de sua conduta. Ela é criticada tendo em vista que só inclui, na verdade, o dolo, ou, quando muito, a culpa subjetiva. Porém, principalmente na culpa inconsciente, aquela em que não há previsão por descuido, desatenção ou simples desinteresse, provocando um resultado proibido, não se pode falar em consciência da ilicitude;

b) normativa – encontra no finalismo um dos mais importantes pontos de sua evolução, prevê que a censurabilidade é dada pela apenas pela norma. O conceito normativo de culpabilidade se caracteriza pela somatória da capacidade de culpabilidade, conhecimento real ou possível do injusto e finalmente a exigibilidade de comportamento conforme a norma.

c) psicológica-normativa – essa teoria vê a culpabilidade como algo que se encontra fora do agente, isto é, não mais como um vínculo entre este e o fato, mas como um juízo de valoração a respeito do agente. Há uma reprovação, uma censura, que recai sobre o agente autor de um fato típico e ilícito que se condiciona a existência da imputabilidade, do dolo ou culpa e de exigibilidade de conduta diversa. Essa teoria recebe críticas por exigir um dolo *híbrido*, psicológico (vontade e consciência) e normativo (consciência da ilicitude).

³² Bitencourt, ob. cit. p. 287.

2. Antecedentes históricos da moderna teoria da imputação objetiva

Todos os tópicos apresentados anteriormente neste trabalho poderiam e são considerados antecedentes históricos da moderna teoria da imputação objetiva. Eles foram oferecidos justamente para interar o leitor a respeito da problemática da imputação dentro do Direito Penal. O que vamos apresentar agora são os precursores da idéia de imputação e a forma como, inicialmente, ela foi trazida para o Direito Penal.

No contexto da superação do naturalismo pelo neokantismo é que surge os primeiros esforços que podem ser tidos como precursores da teoria da imputação objetiva. Enquanto o naturalismo ignorava a dimensão valorativa da ciência jurídica e de seus conceitos, pregando que o modelo de ciência a ser seguido era a Física, a Biologia, etc., sem considerar a questão da imputação, num modelo em que cabe ao juiz apenas verificar se os elementos descritivos de que se compõe o tipo e a culpabilidade estão presentes, o neokantismo se apresenta e começa a ganhar força, numa perspectiva em que questiona a atribuição da premissa de que apenas as ciências naturais merecem o nome ciência. Ao lado desta, havia as ciências culturais, que trabalhavam com um método próprio, referente a valores,

A partir deste momento, a teoria do delito normativiza-se, passando a ser compreendida como um conjunto de valorações. O tipo não é só a descrição de um comportamento externo, mas antijuridicidade tipificada, a análise do fato sob a perspectiva de lesividade social.

Ainda como pressupostos históricos da moderna teoria da imputação objetiva, cabe-nos apresentar as primeiras teorias acerca da imputação. A diferenciação básica entre estas teorias da imputação e a moderna teoria da imputação se dá, basicamente, no aspecto de que a moderna teoria trabalha com a idéia de risco, de perigo, ainda ausente de forma explícita nas primeiras

construções, e mais, a formulação moderna apresenta uma série de critérios de exclusão da imputação, enquanto as teorias antecedentes esgotam-se, basicamente, em excluir os resultados imprevisíveis.

Ao civilista Karl LARENZ coube a redescoberta do conceito de imputação para o Direito. Sua tese de doutorado intitulada “A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva”, Larenz busca na filosofia de Hegel os fundamentos para uma teoria da imputação.

“Se ação é, em essência, a vontade, o que estiver contido nesta vontade será atribuível ao sujeito. Aparece, aqui, a idéia de *finalidade*: ‘São imputadas aquelas conseqüências que formam um todo com a ação, a qual é dominada por uma finalidade’. (p.54). O acaso, obviamente, será aquilo que não está compreendido na vontade, na finalidade. ‘É acaso, tudo aquilo que for estranho à vontade, que não for conhecido” (p.52). Note-se que, segundo a leitura que faz LARENZ de Hegel, este só conheceria a imputação de ações dolosas; a culpa jamais seria imputada ao sujeito, porque exterior à sua vontade. O que estiver compreendido na vontade do agente é um ato seu, o que ali não se encontrar é acaso, não lhe podendo ser imputado.

Na segunda parte de seu livro, tenta LARENZ aplicar a construção de Hegel no campo do Direito. LARENZ deseja, fundamentalmente, corrigir a estreiteza do conceito hegeliano de ação, que desconhece a responsabilidade fora dos casos de dolo. Para isso, mantém toda a construção de Hegel, principalmente a concepção de que a vontade constitui a essência da ação, só se podendo imputar a alguém aquilo que esteja compreendido pela sua finalidade. Contudo, enquanto Hegel falava de imputação a um sujeito, LARENZ passa a pôr o foco sobre uma nova idéia, bastante presente na Filosofia do Direito de Hegel: a de pessoa. ‘A pessoa é o homem não enquanto ser natural, mas enquanto ser racional, portador de uma razão supraindividual, sujeito e espírito’. (p. 63). A noção de sujeito individual, homem físico, presente em Hegel, dá lugar à idéia normativa de pessoa, ser racional. Com base nessa idéia, que se desvincula do indivíduo específica, colocando-se em um nível genérico, objetivo, também a finalidade deixa de ser aquilo que o indivíduo efetivamente previu e quis, para passar a abranger tudo aquilo que objetivamente a ação tendia a atingir. ‘O conceito de finalidade só não pode ser compreendido de modo subjetivo, mas sim objetivamente, isto é, não podemos nos contentar em imputar aquilo que foi conhecido e querido, mas temos também de imputar aquilo que poderia ser conhecido e compreendido pela vontade, o objeto possível da vontade’ (p.68). Logo torna-se possível imputar como obra da pessoa aquelas conseqüências compreendidas na finalidade objetiva da

ação, isto é: tudo aquilo que for *objetivamente previsível*. LARENZ termina o livro analisando a imputação de omissões (p. 85 e ss.) e a responsabilização pelo ato imputado (no plano da antijuridicidade e da culpabilidade, p.89 e ss.), com especial atenção para os fundamentos da responsabilidade como base na idéia de risco, bastante comum no Direito Civil (p. 103 e ss.)”³³

Anos após a concepção de Larenz, Honig resolve levar a idéia de imputação para o Direito Penal. O autor refere-se à crise que se encontra a teoria da causalidade, afirma que o direito não pode ser apenas o nexos causal entre um comportamento e um resultado, acrescenta que é necessário um nexos normativo, construído com base nas necessidades da ordem jurídica, para que uma causação adquira importância para o direito. De forma contrária à causalidade, este problema, batizado pelo autor como imputação objetiva, é estritamente axiológico. Este juízo, chamado de imputação objetiva, visa resolver a questão axiológica quando à relevância do nexos causal para a ordem jurídica. Larenz e Honig concordam que somente ações humanas são importantes para o direito, porém o segundo, de forma diversa do primeiro, afirma construir seu modelo com independência de qualquer filosofia, como ponto de partida apresenta, apenas, a Teoria Geral do Direito.

O comportamento humano é uma exteriorização da vontade (p.183). É através da vontade que o homem intervém na natureza, controlando os cursos causais para atingir seus fins (p.183). Contudo, a vontade aqui não deve ser compreendida em termos subjetivos, como aquilo que o autor almejava, e sim em termos objetivo, como aquilo que podia ter almejado (p.183). Logo, esta direção objetiva da vontade é a peça chave no juízo de imputação: ‘Como é justamente a intervenção orientada a um fim que contribui a essência do comportamento humano, a *dirigibilidade objetiva a um fim (objektive Bezweckbarkeit)* é o critério para imputação de um resultado e, portanto, para distinguir de um acontecimento fortuito. *Será imputável aquele resultado que se possa considerar dirigido a um fim*’. (p.184; grifos no original). Assim, como ele mesmo ressalta, acaba HONIG por chegar a conclusões idênticas às de LARENZ, a saber, à exclusão da imputação de resultados imprevisíveis, não compreendidos na direção objetiva da vontade.

³³ Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal / Claus Roxin – Tradução Luis Greco – 3ª ed, - Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17/18.

HONIG ainda ressalta que, na verdade, a teoria da imputação objetiva é uma teoria da ação; contudo, para ele, só interessam ao Direito Penal as ações típicas. 'Se a atuação da vontade não é típica, ela sequer é uma ação no sentido que interessa ao Direito Penal' (p. 195). Neste ponto, diverge HONIG de LARENZ, que estava desenvolvendo uma teoria da ação em geral: Para HONIG, a teoria da imputação é uma teoria da ação, mas da ação típica. No restante do trabalho, HONIG tenta levar sua teoria para o âmbito da omissão (p. 189 e ss.) e da autoria e participação (p. 197 e ss.).³⁴

3. A moderna teoria da imputação objetiva

Findada a inclusão no processo histórico que baseou a moderna teoria da imputação objetiva, veremos, agora, o nascimento da teoria, com especial ênfase para o contexto metodológico que isto ocorreu.

3.1 O princípio do risco, de ROXIN (1970)

Em comemoração aos 70 anos de HONIG, ROXIN escreve o trabalho que reacendeu o debate em torno da idéia de imputação objetiva. O autor expõe a teoria de imputação de HONIG e enfatiza a medida que esta teoria implica num abandono do ontologismo, em favor de um método teleológico, normativo. ROXIN, então, elabora seu princípio do risco, ilustrando com o famoso exemplo do sobrinho que manda o tio passear na floresta, vindo este a falecer em virtude de um raio. "a possibilidade objetiva de originar um processo causal danoso depende de a conduta do agente concreto criar, ou não, um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico..."³⁵.

Deste ponto ROXIN parte para a formulação de uma teoria geral da imputação completamente desligada do dogma causal e fundada na idéia de risco. O que o autor basicamente faz é apresentar quatro concretizações do referido princípio.

³⁴ Greco, ob. cit. p. 21/22.

³⁵ Roxin, Stafrecht, 1997, p. 146, apud Greco. ob cit. p. 58.

“Primeiramente, a *diminuição do risco*: ações que diminuem riscos não podem ser imputadas como ações típicas (p.149). A seguir, os *casos de riscos juridicamente irrelevantes*: ações que não criam uma possibilidade objetiva de lesão, isto é, ações que não são condições adequadas do resultado (e aqui já vemos a teoria da adequação, p. 149), não são objetivamente imputáveis p. 149 e ss.). Aqui enquadra-se o famoso caso do sobrinho. O terceiro critério é o *aumento do risco*, que tem em vista a resolução dos casos em que o autor foi além do risco permitido, causou o resultado, mas não sabe se a ação correta o tê-la-ia evitado (...) E, por último, ROXIN apresenta o *fim de proteção da norma* como a quarta concretização do princípio do risco: aqueles resultados que não se encontrem no âmbito de proteção da norma de cuidado não são imputáveis a quem lhes causou (p. 154 e ss). Aqui se enquadram as conseqüências secundárias do delito, como a morte da mãe da vítima, em virtude de um choque ao receber a funesta notícia (p.156), tentativas fracassadas de salvamento (*p. 157) etc”³⁶.

Neste início de desenvolvimento da moderna teoria da imputação objetiva, tenta ROXIN, enquadrar a teoria recém esboçada no sistema da teoria do crime, delimitando, em especial, as relações entre teoria da imputação e teoria da ação. ROXIN introduz, então, a distinção entre imputação do comportamento e imputação do resultado. A primeira compreenderia os casos de exclusão da ação e a segunda, a imputação do resultado, abrangeria os critérios trazidos por ROXIN, o autor sempre reafirma que sua teoria implica no abandono dos conceitos ontológicos, em especial do conceito de finalidade, e ressalta a necessidade de superar o sistema classificatório em favor de um sistema político-criminal, verdadeiramente teleológico.

3.2 Surgimento de uma dogmática funcionalista do delito

Em seu fundamental trabalho sobre a moderna teoria da imputação objetiva, ROXIN invariavelmente alertava para a irrelevância de dados ontológicos tomados em si mesmos e para a necessidade de um ponto de partida normativo, teleológico, com referencia aos fins do Direito Penal. Essa nova concepção, de acordo com o ilustre penalista, consiste em “uma revisão total do sistema da teoria

³⁶ Greco, ob. cit. p. 58 e 59.

do delito, reconstituindo cada conceito à luz de sua função político-criminal”³⁷. Deste modo, todos os elementos do crime têm uma função político-criminal a cumprir. Neste contexto, podemos tratar das referências axiológica e realista da política criminal.

Para a primeira referência, que trata dos valores pertencentes à política-criminal, os valores devem derivar do Estado Social e Democrático de Direito, que adscrive ao Direito Penal uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos. Sempre com total respeito aos princípios e garantias constitucionalmente assegurados. Outro ponto relevante é o limite entre a atuação do intérprete e do legislador. Tradicionalmente a política-criminal é função do intérprete, entretanto, a política funcional dá relevância à atuação do intérprete nas zonas de indeterminação, em que dentro da legislação, mais de uma opinião é defensável. Sempre respeitando os limites dos espaços abertos pelo legislador.

Na segunda referência, referência à realidade, o que se almeja é que a política-criminal abandone uma abordagem exclusivamente normativa e parta para conhecer a realidade que irá sobre a qual irá atuar, só assim haverá uma real proteção aos bens jurídicos relevantes, de modo a garantir a segurança dos cidadãos em face ao poder punitivo estatal. Estes dados da realidade podem ser alterar a feição do sistema?

“A rigor, de duas. Primeiramente, à medida que o Direito Penal perde sua legitimação metafísica, retributiva, absoluta, ele passa a legitimar-se, em grande parte, pelas suas consequências, isto é, por sua capacidade de “produzir consequências desejadas e indesejadas”. Estas consequências são reais e devem, portanto, ser passíveis de comprovação empírica, o mesmo se podendo dizer de seus pressupostos, que são, antes de mais nada, a própria norma jurídica e o conteúdo que o intérprete lhe adscrive. Assim, na medida em que dados empíricos *comprovem a funcionalidade ou disfuncionalidade de determinada interpretação* para a obtenção dos fins almejados, isto será levado em conta, a seu favor ou desfavor(...)

³⁷ ROXIN, Kriminalpolitik um Strafrechtssystem, 2ª ed., DeGruyter, Berlin, 1973 apud Greco, ob, cit, p.62.

Há, porém uma segunda maneira através da qual a realidade adentra o sistema: a concretização da norma à luz de grupo de casos. O legislador, como foi ressaltado acima, limita-se, comumente, a enunciações genéricas e imprecisas, deixando para os intérpretes a tarefa de descobrir o alcance exato da norma. Ele fornece, certas vezes, nada mais do que linhas reitoras, diretrizes de orientação, que precisam ser tornadas mais precisas, no confronto com os casos que vão regular³⁸.

O acima referido, método de concretização através dos grupos de casos é bastante utilizado na Ciência do Direito alemã, inclusive fora do Direito Penal. Com isso, fica esclarecida a cara da teoria, que a princípio parece um todo disperso e difuso conglomerado de casos (*topoi*). Na realidade o que faz a teoria é tomar dois critérios genéricos, a criação de um risco juridicamente desaprovado e sua respectiva realização no resultado, e concretizá-las em face de diversos grupos de casos.

3.3 Fundamentos da moderna teoria da imputação objetiva

Procuraremos analisar neste momento a necessidade, a legitimidade de uma teoria da imputação objetiva, trataremos de seus fundamentos, dos princípios e idéias que lhe formam uma base, e finalmente para que ela serve. Na primeira etapa teremos os fundamentos teóricos, posteriormente nossa preocupação será com os resultados prático, porque o Direito é um ciência aplicada. Para situar o leitor no que adiante será apresentado, transcrevemos a definição da moderna teoria da imputação objetiva por Damásio E. de Jesus: “imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico”³⁹.

3.3.1 Fundamento teórico / constitucional

Dentro de uma perspectiva funcional, político-criminalmente orientada, a construção conceitual jurídica não pode ocorrer de modo aleatório, seu objetivo de

³⁸ Greco, ob. cit. p. 67.

³⁹ Jesus, Damásio E. de. Imputação Objetiva. São Paulo: Saraiva. 2000, p. 33.

ser orientado à satisfazer determinadas funções. Dentro deste paradigma, qual seria a função do Direito Penal? Para Greco “O Direito Penal tem a missão constitucional de proteger subsidiariamente os bens jurídicos mais fundamentais para a vida em sociedade. Sua função é, assim, eminentemente preventiva, e preventivo geral, uma vez que objetiva prevenir lesões a bens jurídicos”⁴⁰.

Desta ilação podemos concluir que, se é a missão do Direito Penal proteger bens jurídicos, é certo que só as condutas que de alguma forma ameacem esses bens, em outras palavras condutas perigosas, são penalmente relevantes. “Ao contrário do que afirmam certos defensores do finalismo, não basta que o sujeito queira destruir o bem jurídico, não basta estar ele atuando uma finalidade lesiva ao bem jurídico”⁴¹.

A ação, numa perspectiva anterior, deve parecer perigosa aos olhos de um observador objetivo, dotado dos mesmos conhecimentos especiais do autor, somente assim ela deve ser proibida. Isto porque as “normas penais não proibem ações que sequer gerem riscos juridicamente relevantes”⁴². Qualquer proibição além deste conceito seria proibir por proibir, ao largo das funções do Direito Penal.

Este aspecto do Direito Penal, de proibir as ações que gerem risco deve ser analisado dentro da perspectiva de não engessar a vida social. As mais diversas condutas do dia-a-dia geram riscos, entretanto se elas se enquadrarem dentro do conceito de risco permitido, o Direito Penal não irá proibir que elas ocorram. Exemplo desta conduta é dirigir. O número de vítimas decorrentes do trânsito é assustador, entretanto, se respeitadas as normas de comportamento, como as regras de trânsito, a conduta arriscada é permitida.

“Nesta ponderação, são de levar em conta especialmente o valor do bem jurídico protegido, o grau de perigo criado pela ação que o ameaça, a existência de alternativas menos arriscadas etc. A

⁴⁰ Greco, ob. cit. p. 80.

⁴¹ Greco, ob. cit. p. 81.

⁴² Roxin, Reflexões... , p. 149 e ss, abud Greco, ob. cit. p. 81.

fixação do risco permitido é mais um ponto em que conhecimentos empíricos se mostram fecundos, também para o dogmático⁴³.

Está desvendado o porquê do primeiro requisito da imputação objetiva, passemos agora para análise do segundo requisito, a realização do risco criado pelo autor.

O segundo requisito, a realização do risco criado pelo autor, também é decorrente da já citada função preventivo-geral do Direito Penal, nas suas duas funções de prevenção, a geral negativa que intimida os potenciais ofensores e a geral positiva que reafirma o ordenamento jurídico violado.

“Note-se que, se, no plano da criação de riscos juridicamente desaprovados, a conduta do autor era analisada segundo a ótica de uma norma imperativa (norma de determinação)], de uma perspectiva *ex ante*, agora, no plano da realização do risco, esta análise é complementada por uma *norma de valoração*, que incide *ex post*. Isto é, para descobrirmos se um risco se realizou ou não no resultado, é necessário acudir a todos os dados fáticos relevantes, mesmo aqueles que só seriam reconhecíveis após a prática da conduta, tais como uma doença grave e raríssima da vítima, que a tornaria vulnerável a tratamentos absolutamente normais⁴⁴.

O resultado só será imputado ao agente se for pertencente àquele círculo que a norma de determinação pretendia evitar. Resultados imprevisíveis ou alheios ao fim de proteção da norma, não podem ser imputados ao agente. Como exemplo teríamos a norma que proíbe ultrapassagens perigosas, sua intenção é evitar colisões, entretanto se em decorrência de uma ultrapassagem arriscada o motorista ultrapassado sofre, em virtude do susto, um ataque cardíaco e vem a falecer, esse resultado está fora do fim de proteção da norma. “Noutras palavras: por não guardarem qualquer relação com o risco criado pelo autor, tais resultados não são por ele evitáveis através da não-prática da ação proibida⁴⁵.

⁴³ Greco, ob. cit. p. 84.

⁴⁴ Greco, ob. cit. p. 85,86.

⁴⁵ Greco, ob. cit p. 87.

Acrescenta ainda Luiz Régis Prado que “A imputação é chamada de objetiva porque essa possibilidade de previsão não é aferida com base na capacidade e conhecimentos do autor em concreto, mas de acordo com um critério geral e objetivo, o do homem prudente e inteligente”⁴⁶

3.3.2 Fundamento prático

Os fundamentos da moderna teoria da imputação objetiva, como apresentado, se alicerçam nas funções do tipo, as quais remetem as funções do próprio Direito Penal, que por sua vez encontra embasamento constitucional e no Estado Democrático de Direito. Contudo, apresentaremos agora a utilidade prática de tal teoria.

Todos os casos a seguir apresentados são julgados de nossos tribunais analisados a luz da moderna teoria da imputação objetiva pelo principal nome de referência da teoria no Brasil, Luís Greco:

“Julgado 1: Caso do choque anestésico.”⁴⁷ Trata-se de um caso clássico de desvio no curso da causalidade. O réu lesionara o ofendido ‘mostrando sua vontade de elimina-lo’. Porém a morte só ocorreria em virtude de ‘choque anestésico, sobrevivendo síncope cardíaca’. Argumentou a defesa que ‘os ferimentos não foram diretamente responsáveis pela morte, e mais, não fosse a vítima anestesiada com excesso de éter sulfúrico, não teria falecido’. Haveria superveniência de causa, isto é, interrupção do nexo causal, com base no art. 11, parágrafo único, do CP/40, atual art. 13 § 1º, CP 84.

O Tribunal não acolheu a alegação da defesa: ‘ante a teoria da equivalência das condições, adotada pelo Código Penal em vigor, torna-se inaceitável a exclusão da responsabilidade do apelado, pouco importando a ocorrência do choque anestésico causado, ou não, por excesso de éter ou por imprudência dos médicos operadores.’ Rechaçou-se, claramente, que a imprudência de terceiro pudesse vir a negar a relevância da contribuição do autor para o resultado. O réu respondera, portanto, por crime consumado.

⁴⁶ Prado, Luiz Régis. Teoria da imputação objetiva do resultado: uma abordagem crítica. RT São Paulo, n.º 798, p.446, 447.

⁴⁷ Julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 382, (1967), p. 97 e ss apud Greco ob. cit. p.90,91.

Aqui vê-se bem de que maneira a não distinção entre a causalidade e a imputação faz com que, após afirmar-se a primeira, automaticamente se admita a segunda. A pergunta que o Tribunal não formulou, mas que hoje, de posse de uma teoria da imputação objetiva, podemos formular, é se o erro de um terceiro não interrompe a imputação ao causador das primeiras lesões. Isto é bastante controvertido na doutrina, que, predominantemente, opta por uma solução intermediária: ficará excluída a imputação em face da culpa grave de terceiro (no caso, dos anestesistas); no caso de culpa leve, haverá imputação.

Julgado 2: *Caso da vítima cardiopata*⁴⁸: o autor disparara, com dolo de homicídio, contra a vítima. Esta, de coração fraco, mesmo não sendo atingida por quaisquer dos projéteis, sofreu uma parada cardíaca, em virtude da qual veio a falecer. Acabou-se por condenar o réu por tentativa de homicídio, uma vez que 'para que pudesse o acusado responder por um delito de homicídio contra a vítima, necessária se tornaria a existência de um nexos causal entre sua conduta (tentativa "branca") e o óbito. Ora, como o acusado certamente ignorava o estado cardíaco da vítima, não se pode ligar o evento morte com o ato praticado pelo réu'.

Apesar da formulação ambígua da decisão (que significa o 'ideologicamente?'), parece que se quis negar o nexos causal que, porém, estava indubitavelmente presente. Aliás, o coração fraco seria um exemplo claro de causa preexistente relativamente independente, que, segundo a doutrina tradicional entre nós, não exclui a imputação. A adoção da imputação objetiva forneceria os fundamentos corretos para a decisão: o risco criado pelo autor ao disparar é o risco de falecer em virtude de tiros. Se a vítima morre em virtude de cardiopatia desconhecida do autor, o risco que se realizou no resultado não foi o risco por ele criado. Se o autor conhecesse o estado da vítima, a solução seria outra, uma vez que conhecimentos especiais do autor devem ser levados em conta no momento de formular o juízo de risco juridicamente desaprovado.

Julgado 3: *Caso da broncopneumonia*:⁴⁹ aqui, o réu lesionara a vítima culposamente, nem acidente de trânsito. Esta fora levada a um hospital, vindo a falecer 'dois dias depois depois, em razão de broncopneumonia eclodida no curso do tratamento de traumatismo crânio-encefálico'. O juiz de primeiro grau, de cuja sentença apelou a acusação, havia entendido que 'o resultado morte não podia ser imputado ao réu, por ter o óbito decorrido de uma relação causal superveniente relativamente autônoma (broncopneumonia), com letalidade independente', condenando o acusado por lesões corporais.

⁴⁸ Julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 405, (1969), p. 128 e ss apud Greco ob. cit. p.91,92.

⁴⁹ Julgado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RT 455, (1973), p. 376 e ss apud Greco ob. cit. p.92,93..

O Ministério Público alegou, em contrapartida, que 'os doentes e convalescentes têm propensão às infecções dos brônquios. Constantemente pessoas submetem-se a tratamento em hospitais, e quando passa à recuperação, são acometidas desses males e vêm a falecer', o que significa que inexistia motivo para negar a causalidade. O desdobramento causal não fora inadequado, não sendo de aplicar-se o art. 11, parágrafo único (atual art. 13. § 1º). Foi neste sentido que decidiu também o Tribunal, condenando o réu por homicídio culposo.

Aqui bem se vêem as semelhanças entre imputação objetiva e a teoria do crime culposo. O que me parece duvidoso, contudo, é o juízo de previsibilidade formulado com tamanha certeza pelo Ministério Público e acolhido pelo Tribunal, para os quais seria comum que alguém adquirisse broncopneumonia ao ser internado em um hospital. Dever-se-ia recorrer a um perito – o que, se foi feito, não é mencionado –, uma vez que o juízo de presibilidade tem de levar em conta dados empíricos, não podendo esgotar-se na intuição do julgador. Também seria de questionar-se em que medida não é o hospital o responsável pelo contágio de certas doenças em suas dependências, mormente quando estas doenças possam ser facilmente evitadas. Ao menos na hipótese de culpa grave do hospital – para cuja admissão, igualmente, seriam necessários mais dados fáticos, inclusive prova pericial – não se poderia imputar a morte ao primeiro causador. Mas esta possibilidade de a culpa de um terceiro interromper a imputação do resultado só poderá ser vista à medida que se dispuser de uma teoria como a moderna imputação objetiva.

(...)

Julgado 5: *Caso da broncopneumonia II*⁵⁰: julgando em sentido idêntico ao anterior (julgado 3), condenando-se o réu por homicídio culposos. São cabíveis as mesmas reservas antes formuladas, mas a solução parece tendencialmente correta.

Julgado 6: *Caso da esposa difamada e do marido suicida*⁵¹: O réu, que tivera um caso com a esposa da vítima antes do casamento desta, divulgou tal fato no círculo de relações do casal. O marido afundou-se em depressão, o que o levou a suicidar-se. O Tribunal rejeitou acusação, alegando: 'o Código adotou a 'teoria da equivalência' (...). Nessa estrutura, torna-se muito difícil admitir que o fato de o recorrido haver difamado a esposa de D tenha levado este à morte'.

Neste caso, mais uma vez, a intuição falou mais alto que a teoria. É claro que, segundo a fórmula da *conditio sine qua non*, o autor causou o resultado: não tivesse ele difamado a ex-amante, seu marido não teria caído em depressão, e não teria se suicidado. O problema está, muito mais, na imputação objetiva. Difamar uma pessoa não cria rios juridicamente relevantes de que terceiros a ela

⁵⁰ Julgado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RT 504, (1977), p. 381 e ss apud Greco ob. cit. p.94.

⁵¹ Julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 497, (1977), p. 321 e ss apud Greco ob. cit. p.94.

ligados se suicidem. O risco criado pelo autor com sua ação de difamar dirige-se, exclusivamente, à honra da vítima

Julgado 13: *Caso da vítima acometida de tétano*⁵²: o autor disparou contra a vítima a curta distância, com escopeta suja e de fabricação caseira. A vítima foi atingida, vindo a falecer doze dias depois, em razão de tétano. O réu foi condenado pelo homicídio consumado, uma vez que a doença, apesar de causa superveniente relativamente independente, não produziu, por si só, o resultado: 'há que se observar que tal moléstia originou-se das substâncias impuras que o corpo da vítima recebeu no momento dos disparos'.

A teoria da imputação objetiva seria capaz, unicamente de fornecer outra terminologia: o risco criado pelo autor ao dispara com um tal arma teria se realizado no resultado. Trata-se de um dos (não muitos) caso em que a teoria das concausas não chega a conclusões erradas."⁵³

Analisando os casos expostos, podemos dividir os exames em quatro grupos. O primeiro grupo consiste nos casos em que a imputação objetiva pouco acrescenta além da terminologia, como no julgado 13. Estes casos são resolvidos satisfatoriamente com a teoria do crime culposo ou com a aplicação da teoria da causa superveniente relativamente independente.

Ao segundo grupo pertencem os julgados 2 e 6, que tratam dos casos em que a teoria da imputação objetiva traz a fundamentação adequada para um caso que foi intuitivamente decidido acertadamente. Ao contrário da impressão inicial, estes casos comprovam, mais do que a necessidade de uma teoria da imputação objetiva, o seu acerto político-criminal.

No terceiro grupo encontramos os julgados 3 e 5, são os casos em que a jurisprudência decidiu de modo aparentemente correto, sem contudo formular diversas questões que seriam essenciais para que se pudesse imputar ao autor o resultado. .

⁵² Julgado pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, RT 722, (1995), p. 521 e ss apud Greco ob. cit. p. 100.

⁵³ Greco, ob. cit. p. 90, 91, 92, 93, 94, 100, 101.

Finalmente no quarto grupo, em que está presente o julgado 1, a imputação objetiva traz fundamentações diversas e aparentemente mais fundamentadas como também resulta em solução diversa a encontrada pela doutrina tradicional, geralmente de forma benéfica ao réu.

3.4 Críticas a moderna teoria da imputação objetiva

Poucas são as discussões, acerca de uma teoria aplicada ao direito, que trazem consigo tantas discordâncias como a teoria da imputação objetiva. A teoria tem defensores apaixonados e críticos ferrenhos. Este embate extrapola os meios tradicionais de publicação e ganha corpo em artigos na Internet, seminários e palestras. Este trabalho não tem a pretensão de tomar posição, não pretendemos entrar em nenhum grupo, nem dos que acreditam ser a teoria revolucionária, nem ao grupo dos que acreditam ser a mesma absolutamente dispensável. Cabe a nós, neste trabalho acadêmico, apresentar os argumentos de ambas as partes.

3.4.1 Risco e conhecimentos especiais do autor: a confusão entre o objetivo e o subjetivo

Pelo já exposto, os conhecimentos do autor são indispensáveis para formar a base de valoração da teoria da imputação objetiva, tanto para averiguar a criação do risco quanto para saber se ele é juridicamente desaprovado. Os próprios defensores da teoria da imputação objetiva não deixam de ensejar esta questão. “Os finalistas não deixam de ter razão ao apontar que os conhecimentos do autor, um dado subjetivo, têm importância para o juízo objetivo de imputação”⁵⁴. Lembrem os autores, que se alguém tiver o conhecimento especial acerca do acontecimento que a priori pode parecer inofensivo quanto à criação de risco juridicamente relevante, como aquele que presenteia a esposa com uma passagem num vôo, sabendo que será acometido por um atentado terrorista. O

⁵⁴ Greco, ob. cit. p. 105.

aspecto subjetivo do conhecimento especial do autor é decisivo na criação do chamado risco objetivo. Não seria em verdade um problema de dolo? Como critica LARRAURI "o plano do autor aparece, conseqüentemente, como um critério de imputação ao âmbito subjetivo do dolo"⁵⁵,

Em resposta a estas críticas os adeptos da teoria da imputação objetiva a defendem basicamente por dois argumentos:

"Primeiramente, porque, ao contrário do que pensam os finalistas, os sistema não deve ser constituído de modo classificatório, como se cada elemento tivesse de ser trancado em determinada gaveta, da qual ele não pode sair. Na verdade, um sistema constituído teleologicamente tem sempre diante de si o fato delituoso como um todo; este todo, porém, é analisado, a cada momento, de uma perspectiva diversa.

(...)

Em segundo lugar, uma análise mais refletida demonstra que a crítica se volta contra seus próprios autores. Afinal, no delito culposos, são os finalistas os primeiros a trabalhar com o critério da violação do cuidado objetivo. Surge, rapidamente, idêntica pergunta: e se o autor dispuser de conhecimentos que vão além dos do homem prudente?"⁵⁶.

Soma-se a estas posições de defesa o fato de que, os defensores da teoria da imputação objetiva, alegam que "o fato de se considerarem elementos subjetivos no plano da imputação objetiva em nada altera na preponderância do objetivo sobre o subjetivo, propugnada pela teoria da imputação objetiva"⁵⁷. Esta preponderância é a realização da função do Estado Social e Democrático de Direito, uma vez que primeiro pergunta se ocorreu algo no mundo exterior, para depois vir a preocupar-se com o foro interno do agente. Esta desarmonia entre o finalismo e a teoria da imputação objetiva, força-nos a mais uma citação de Luis Greco:

⁵⁵ LARRAURI, Helena. La imputación objetiva. Bogotá : Temis, 1998, p. 100, nota nº 160. apud artigo Pequeno passeio sobre a imputação objetiva, Mesquita Júnior, Sídio Rosa, www.jus.com.br

⁵⁶ ⁵⁶ Greco, ob. cit. p. 106 e 107.

⁵⁷ ⁵⁷ Greco, ob. cit. p. 108.

“É este, aliás, o segundo ponto-chave da desarmonia entre o finalismo e a imputação objetiva, anteriormente apontado: para os finalistas, o essencial é o subjetivo, mesmo a tentativa supersticiosa, como rogar pragas para que alguém morra, é um ato ilícito, uma tentativa de homicídio; para que siga a imputação objetiva, a tônica do injusto está no objetivo, e só se levam em conta dados subjetivos na medida em que isso se mostre necessário para determinar o caráter objetivo do perigo”⁵⁸.

3.4.2 Dispensabilidade de uma imputação objetiva nos delitos culposos

Críticos da teoria da imputação objetiva acrescentam que, no que tange aos delitos culposos, a teoria é inútil, uma vez que a criação do risco juridicamente desaprovado não acrescenta nada ao dever objetivo de cuidado. Defendem, ainda, que a realização do risco no resultado nada mais é do que o chamado nexos de determinação.

Os defensores da teoria da imputação objetiva não pregam pela improcedência da crítica, mas sim pela irrelevância, por que “não se negam as relações entre a teoria do crime culposo e os conceitos da imputação objetiva.(...) Afinal, elas têm caráter meramente terminológico: substancialmente implicam na aceitação da teoria”⁵⁹.

3.4.3 Inadequação da imputação objetiva nos delitos dolosos

Dentre os críticos da teoria da imputação objetiva encontramos eco que a fórmula da imputação objetiva não serve para o delito doloso, que ela é dispensável como também inadequada. Justamente pelo fato da teoria do crime doloso não necessitar de complemento, sequer por via dos imprecisos conceitos da teoria da imputação objetiva. Principalmente porque os problemas supostamente por ela solucionados pertencem a parte especial. Neste sentido encontramos posicionamento de Cezar Roberto Bitencourt:

⁵⁸ Greco, ob. cit. p. 109.

⁵⁹ Greco, ob. cit. p. 110.

“Não se desconhece que todo tipo doloso descreve uma conduta diferente, e, por isso mesmo, a determinação precisa da parte objetiva de cada tipo somente deve ser analisada na Parte Especial do Código Penal. Contudo, como lembra Mir Puig, todo tipo doloso requer certos requisitos mínimos na conduta externa, que devem ser estudados na teoria geral do tipo doloso – e que geralmente são comuns a todo tipo objetivo, inclusive aos crimes culposos. Porém, a *imputação do tipo objetivo* somente é um problema da parte geral quando o tipo requer um resultado no mundo exterior separado, no tempo e no espaço, da ação do autor. Nos crimes de mera *atividade*, como o de falso testemunho, da ameaça, de injúria, a imputação do tipo objetivo se esgota na subsunção dos elementos do tipo respectivo, que deve ser tratado na Parte Especial”⁶⁰.

Em contra partida a esta posição, os doutrinadores da teoria da imputação objetiva, defendem que a parte geral sintetiza o que existe de comum à generalidade dos tipos específicos, mas não a totalidade destes.

“Se, contudo, a fundamentação anteriormente desenvolvida é válida – tendo em vista a sua função preventiva, o Direito Penal só proíbe ações superadora do risco permitido – não haverá como evitar a expansão da idéia de risco sobre a generalidade dos delitos da parte especial. Isto justifica o posicionamento da teoria da imputação objetiva na parte geral. Além disso, problemas como o da diminuição do risco não surgem só no delito de homicídio, como também no de lesões corporais, no de dano, na instigação, na cumplicidade... Se, com uma única teoria genérica, pudermos resolver todos estes problemas, teremos alcançado uma considerável redução da complexidade do sistema dogmático, o que implica não só numa facilitação do trabalho de todos os que tiverem que aprende-lo e aplica-lo (ganho em termos didáticos e práticos), como a garantia de se prevenirem contradições valorativas (ganho em termos de justiça e política criminal)”⁶¹.

Finalmente, resta a controvérsia acerca dos conceitos utilizados pela teoria, principalmente o de risco. Enquanto autores que vêem a teoria da imputação objetiva com restrições consideram “a única certeza, até agora, apresentada pela teoria da imputação objetiva é a incerteza dos seus enunciados, a imprecisão dos seus conceitos e a insegurança dos resultados que pode

⁶⁰ Bitencourt. ob.cit. p. 190, 191.

⁶¹ Greco, ob. cit. p. 112.

levar!”⁶², os adeptos de tal teoria julgam que estes conceitos “se o compararmos a outros termos, como a evitabilidade do erro de proibição, o domínio do fato, o início da execução de tentativa, ou o dever objetivo de cuidado (..) a teoria da adequação e sua prognose póstuma objetiva fornecem uma definição relativamente precisa do que se entende por risco”⁶³.

⁶² Bitencourt, ob. cit. p. 191.

⁶³ Greco, ob. cit. p. 113.

Bibliografia

Noronha, E. Magalhães, *Direito Penal* – São Paulo: Saraiva, 1988-1995

René Ariel Dotti, *Curso de direito penal: parte geral*. – Rio de Janeiro : Forense, 2003

Bitencourt, Cezar Roberto, *Tratado de direito penal: parte geral 3 ed.* - São Paulo, Saraiva

Mirabete, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal. 16. ed* - São Paulo: Atlas, 2000

Toledo, Francisco de Assis, *Princípios básicos de direito penal. 5 ed.* - São Paulo: Saraiva, 1994

Costa Jr., Paulo José da. *Direito penal – curso completo. 6. ed.* - São Paulo : Saraiva, 1999

Santos, Juarez Cirino dos, *A moderna teoria do fato punível* – Rio de Janeiro: Renovar, 2002

Roxin Claus, *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal* – Tradução Luis Greco – 3ª ed, - Rio de Janeiro: Renovar, 2002

Jesus, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. - São Paulo: Saraiva. 2000

Prado, Luiz Régis. *Teoria da imputação objetiva do resultado: uma abordagem crítica*. - RT São Paulo, n.º 798