

**INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

CURITIBA

2008

FERNANDO CHAVEZ PINA RIBEIRO

TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Criminologia do Curso de Pós-Graduação do ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal e da UFPR – Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos.

CURITIBA

2008

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| RESUMO | ii |
| 1. INTRODUÇÃO..... | 01 |
| 2. RELAÇÃO CAUSAL | 05 |
| 3. TEORIAS CAUSAIS | 06 |
| 3.1. TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES | 06 |
| 3.2. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA | 09 |
| 4. HISTÓRICO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA..... | 12 |
| 5. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA..... | 18 |
| 5.1. DO RISCO PERMITIDO E DO RISCO PROIBIDO | 19 |
| 5.2. DIMINUIÇÃO DO RISCO | 22 |
| 5.3. AUSÊNCIA DE LESÃO DO RISCO PERMITIDO OU DO DEVER DE CUIDADO | 25 |
| 5.4. DA CRIAÇÃO DE UM RISCO JURIDICAMENTE RELEVANTE..... | 25 |
| 5.5. DO AUMENTO DO RISCO PERMITIDO | 28 |
| 5.6. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA NORMA | 30 |
| 5.7. ASSUNÇÃO DO RISCO PELA VÍTIMA | 32 |
| 5.7.1. Autocolocação em Perigo | 33 |
| 5.7.2. Heterocolocação em Perigo..... | 34 |
| 5.7.3. Ações Arriscadas de Salvamento | 35 |
| 5.8. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS | 36 |
| 6. CONCLUSÃO..... | 38 |
| 7. BIBLIOGRAFIA | 39 |

RESUMO

Busca-se com o presente trabalho monográfico fazer uma exposição acerca da moderna teoria da imputação objetiva, traçando seu histórico desde o platonismo, até a atualidade. Delineia-se, ainda, um paralelo entre essa teoria e as mais importantes teorias causais, através de um aprofundado estudo doutrinário, onde demonstra-se a vantagem de sua utilização. Conclui-se que o impendente amadurecimento doutrinário e jurisprudencial trará importante avanço em busca de respostas mais justas ao jurisdicionado e à coletividade em geral.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a atenção dos estudiosos do Direito Penal do nosso continente vem se concentrando de modo particular na chamada Teoria da Imputação Objetiva. No Brasil, especificamente, o tema ainda enseja diversas discussões, vez que muito recente, não obstante seja debatido há mais de trinta anos na Alemanha. Essa teoria busca determinar precisamente quando a lesão a um bem jurídico deve ser considerado como obra do agente, e quando essa lesão é somente produto da causalidade. Buscando essa resposta é que se recorre à elaboração de modelos de imputação.

Tomando-se em conta que a função central do Direito Penal fixou-se na individualização de uma responsabilidade, é compreensível que em cada modelo de imputação desenvolvido se configure um novo sistema penal.

Consoante salientado por Yesid Reyes Alvarado¹:

aquilo que com o nome de Teoria da imputação objetiva constitui o núcleo central deste trabalho, não é mais que a pretensão de dar uma interpretação moderna ao juízo de imputação próprio do direito penal, despojando-o de um conteúdo exclusivamente naturalístico alheio à ciência jurídica, para em seu lugar edificá-lo sobre considerações de caráter social. Essa reelaboração do conceito de imputação, com uma clara demarcação do que constituem seus aspectos objetivo e subjetivo, conduziu indispensavelmente à propor um novo sistema penal edificado sobre considerações valorativas, com o que se busca superar os inconvenientes derivados de concepções estritamente naturalísticas como o causalismo e o finalismo.

A teoria da imputação objetiva traz uma inovação na formulação do tipo, assentada na idéia de risco, ou seja, o tipo objetivo, além dos elementos ação, resultado e nexos de causalidade, necessita dos requisitos da criação de um risco juridicamente desaprovado para que se realize, e, ademais, da realização deste risco no resultado.

¹ ALVORADO, Yesid Reyes. *Imputación Objetiva*. Bogotá, Temis, 1994, p. 26.

Há que se ter em conta que a teoria da imputação objetiva tardou três décadas para que se consolidasse na dogmática alemã, enquanto que no direito penal pátrio é tema de discussão recente, o que significa dizer que não raro pareça estranha pelos métodos dos quais se vale, e mesmo há muita discussão a respeito de sua real necessidade.

O presente estudo tem por escopo buscar o significado da teoria, demonstrando no que ela supera as construções anteriores, se, num paralelo com outras teorias, seu conceito efetivamente se diferencia, e no que, precisamente se sustenta.

Para que se possa adentrar no significado conceitual da teoria em tela, imprescindível, para a compreensão de seu significado, de sua abrangência, de seu caráter conceitual inovador em face das teorias anteriores, buscar suas precursoras, estudar as mais importantes teorias que a antecederam; temas estes que serão abordados no presente estudo, ainda que superficialmente, por óbvio, dado a especificidade do trabalho ademais do grau de complexidade dos temas propostos.

Assim, o estudo terá início com breves comentários às teorias causais que antecederam à teoria em comento para só então adentrar na seara da imputação objetiva, procurando esclarecer os pontos de sustentação mais relevantes, de modo a possibilitar a compreensão do seu significado, no contexto do Direito Penal atual.

A teoria em questão pretende seja a imputação de uma conduta ou de um resultado normativo atribuído a quem realizou um comportamento criador de um risco juridicamente proibido. Sustenta-se no pressuposto de que o resultado normativo só pode ser imputado a quem realizou uma conduta geradora de um perigo juridicamente reprovado ao interesse jurídico e de que o evento deve corresponder àquele que a norma incriminadora procura proibir.

O sistema jurídico-penal, na perspectiva da dogmática jurídico-penal moderna, tratando do comportamento punível, frisa que representa uma ação típica, antijurídica, culpável. O conceito de ação surge no sistema do delito, pela primeira vez no manual de Albert Friedrich Berner, em 1857. Enquanto que a exigência de que se reconhecesse uma antijuridicidade objetiva, independente da culpabilidade, foi formulada logo após pelo jurista Rudolf Von Ihering, em seu "O momento da culpabilidade no direito privado romano", em 1867. Já o conceito de tipo foi criado por Ernest Beling, em sua monografia "A teoria do crime", em 1906.

O desenvolvimento do sistema como um todo recebeu, na primeira metade do século, impulsos de Franz Von Liszt e Ernest Beling, de Max Mayer e Edmund Mazger, bem como de Hanz Welzel², o fundador da Teoria Finalista da Ação.

A discussão acerca de se o dolo de cometer a ação integrava o tipo penal da estrutura da teoria do delito ou se era um elemento da culpabilidade, era uma discussão que refletia uma disputa entre o que se chamava de doutrina causal da ação e teoria finalista. Marcelo Alberto SANCINETTI³, observa que o fundamental da Teoria de WELZEL estava em que o centro de gravidade do ilícito não era a lesão a um objeto de bem jurídico: um homem morto ou um vidro quebrado. O decisivo era que um sujeito, um membro da comunidade, realizou uma ação com tendência ao menosprezo do objeto do bem jurídico.

Alemanha é o berço da teoria ora em questão, palco onde originalmente encenou, e só recentemente tornou-se tema relevantemente abordado no Direito Penal pátrio.

² ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luis Greco. 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 25

³ SANCINETTI, Marcelo Alberto. *Subjetivismo e Imputacion Objetiva en Derecho Penal*. Buenos Aires, Ad Hoc, 1997 p. 54.

Como já sustentava Giuseppe Bettiol, o Direito Penal é uma filosofia, e, ainda que não se queira admitir a racionalidade dessa afirmação, não se pode negar que o Direito Penal nasceu como filosofia.

É claro que esse ramo do direito trata das questões de caráter jurídico, que não se desvinculam, entretanto, da filosofia, porquanto são examinados e procuradas as soluções com suporte em critérios da razão, com caráter e valor universais.

Nos últimos anos, intensificou-se a noção de que o pensamento científico está em processo de mudança de paradigma, alterando radicalmente, nas mais diversas áreas, os valores cultivados.

Os pensadores políticos observam que se chega ao término de uma era, ao mesmo tempo em que se vive o processo de criação de outra. A era que se finda é aquela experimentada com a Revolução Industrial e a que surge é a formação de uma sociedade coletivizada, ou, como previsto por BOBBIO, a concepção do "cidadão do mundo".

Nesse processo de mudança, um grande desafio se apresenta ao Direito Penal, qual seja, o de buscar soluções condizentes com os novos tempos, reunindo esforços no sentido de fundamentar o sistema jurídico-penal sob uma nova ótica, o que leva os autores a construções sistemáticas diversas.

Busca-se, portanto, com o presente trabalho, uma vez que a teoria da imputação objetiva trata-se de uma teoria relativamente nova, e que vem tomando corpo através de diversos debates, fazer uma abordagem expositiva do tema, colacionando a melhor doutrina sobre o assunto.

2. RELAÇÃO CAUSAL

Relação causal é o liame estabelecido entre a conduta do agente e o resultado por ele realizado. Nos delitos materiais, a análise dessa conduta depende de um resultado naturalístico para concluir-se pela formação do fato típico. Tal resultado, nesses casos, integra a descrição da conduta proibida, e dele depende a tipicidade.

A importância desse tema reside no fato de a causalidade constituir uma limitação à responsabilidade penal, não podendo o crime ser atribuído a quem não ter dado causa a ele.

Buscando determinar quando uma ação é causa de um resultado, várias teorias foram criadas, contudo no presente trabalho se abordará apenas as duas de maior significância: a teoria da equivalência das condições e a teoria da causalidade adequada. Segundo Enrique BACIGALUPO⁴, o que diferencia uma da outra é que enquanto a primeira postura considera como relevante para o direito penal uma conexão causal concebida no sentido das ciências naturais, a segunda trata de limitar os resultados de uma consideração meramente natural, incluindo pontos de vista valorativos que restringem o conceito de causalidade à causalidade jurídico-penal relevante.

⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Madrid, Hammurabi, 1999, p. 256.

3. TEORIAS CAUSAIS

3.1. TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES

Também conhecida como teoria da equivalência dos antecedentes ou teoria da condição simples ou generalizadora teve em Julios Glaser, em 1858, seu primeiro defensor. Ele propôs uma fórmula para admitir o nexos causal, consistente na supressão mental da suposta ação que originou o acontecimento; se com isso fosse suprimido o resultado, restaria evidente ter sido ele efeito dessa ação⁵.

Contudo foi Maximilian Von Buri quem a sistematizou em 1873 e, como magistrado do Tribunal Supremo do Reich, a introduziu na jurisprudência alemã.

É a teoria hodiernamente adotada pelo nosso Código Penal (*conditio sine qua non*), que na segunda parte do *caput* de seu art. 13 dispõe “Considera-se causa ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Para ela, todos os elementos antecedentes têm idêntica e equivalente qualidade causal. Inexiste seleção entre as condutas, causas e concausas. As condutas relevantes e irrelevantes para o mundo jurídico têm igual valor, ou seja, ainda que não possuam qualquer importância, serão consideradas causas do evento.

A causa do resultado é investigada a partir da realização do fato concreto para trás (juízo *ex post*), sendo causa toda e qualquer condição que componha a totalidade dos antecedentes e que não pode ser eliminada mentalmente (mediante o “processo ou método indutivo hipotético de eliminação de Tryren”)

⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, trad. da 2ª edição alemã, por PEÑA, Diego Manuel Luzón *et al*, Madri, Civitas, 2003, p. 348.

sem que com ela desapareça simultaneamente o resultado. Ou seja, toda condição sem a qual não se produziria o resultado.

O “juízo hipotético de eliminação” consiste em imaginar que certo comportamento não foi realizado; procura-se, daí, verificar se excluída tal ação, o resultado teria sobrevindo. Se o resultado tivesse ocorrido mesmo com a supressão da conduta, não haveria qualquer nexó entre uma e outra, vez que mesmo se eliminando esta o resultado existiria. Entretanto, verificando-se que o resultado não se teria produzido, tal conduta é condição indispensável para a ocorrência do resultado, logo, é uma causa.

Contudo, essa teoria leva a situações inadequadas. Exemplifica-se: Segundo essa teoria, se “A” agride “B”, provocando lesões leves, e “B”, no hospital, falece em decorrência de um medicamento mal aplicado por desatenção do médico, imputar-se-ia também a “A” esse resultado.

De fato essa é a principal crítica efetuada à teoria - a extensão do conceito de causa -, vez que acaba estabelecendo como causa antecedentes de somenos importância, em relação ao qual o resultado seja totalmente imprevisível. A fabricação de uma faca acabe sendo causa de um homicídio com ela perpetrado.

Além disso, essa teoria tem dificuldade em rebater alguns casos, como a (i) causalidade hipotética ou alternativa; (ii) interrupção de cursos causais salvadores; (iii) *regressus ad infinitum*.

A causalidade hipotética é representada por aquelas hipóteses em que mesmo suprimida a conduta causadora do resultado, este continuaria existindo. É o caso do fuzilamento ilícito em guerra, onde o autor alega que se tivesse se negado a fazê-lo, certamente outro teria feito da mesma maneira. Assim, suprimindo-se a causa da morte, esta continuaria existindo.

Já a causalidade alternativa é aquela em que duas causas independentes agem no mesmo momento, sendo cada uma suficiente para produzir o resultado. O exemplo mais recorrente é o caso em que “A” e “B”, agindo sem que um saiba da conduta do outro, colocam no suco de “C” uma dose de veneno, cada uma letal por si só. Suprimindo-se qualquer das causas, o resultado ainda ocorreria, respondendo cada um dos agentes somente por homicídio tentado.

Outro grande problema de ser solucionado com a indigitada teoria, não obstante sua raridade, é representado pela ação de impedir um curso causal salvador⁶. É o caso em que um agente impede um cachorro, ou um bote de se aproximar de uma pessoa que está se afogando, e essa pessoa morre afogada, que do contrário teria se salvado. A dificuldade está em que não houve por parte do agente, uma força atuante no sentido da vítima, uma vez que a causa específica do resultado foi a água⁷.

Por fim, a mais veemente crítica à teoria é o extravagante regresso ao infinito, vez que, consoante leciona Antonio Luís Chaves CAMARGO, “uma causa de um resultado é precedida de outras que, numa cadeia causal, se sucedem nos fenômenos da natureza, numa série infinita de ações. Desta forma, mesmo uma ação permitida, poderia dar lugar a uma conduta proibida tipicamente”⁸. Logo, a mãe, que gerou um agente homicida, é considerada causa de um assassinato.

Nesses casos, porém, resolvem-se os excessos tão-somente no plano da culpabilidade, em que incluído o dolo e a culpa. Assim, essa mãe, por mais que

⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I, trad. da 2ª edição alemã, por PEÑA, Diego Manuel Luzón *et al*, Madri, Civitas, 2003, p. 358.

⁷ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação Objetiva no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo, Cultura Paulista, 2002, p. 53.

⁸ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação Objetiva no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo, Cultura Paulista, 2002, p. 54.

seja causa do delito, não será por ele responsabilizada. Entretanto, diante dessa solução, considera-se que a genitora cometeu um fato típico.

3.2. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA

Também conhecida como teoria da adequação, foi fundada pelo alemão Joannes Von Kries em 1886, que buscou restringir o conceito de causa dado pela teoria do *conditio sine qua non*. Leciona ROXIN que: “Según su teoría, en sentido juridicopenal solo es causal una conducta que posee una tendencia general de provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que sólo por casualidad han desencadenado el resultado son jurídicamente irrelevantes”⁹. Evita-se, assim, o *regressus ad infinitum*, bem como cursos causais extravagantes, como no caso em que o causador de um acidente, cuja vítima falece em decorrência de um incêndio no hospital em que era atendida, já não é mais considerada como causa de sua morte.

Heleno Cláudio FRAGOSO ensina que “a causa não é considerada em relação ao evento *in concreto*, mas, abstratamente, em relação a acontecimento do gênero daquele a que se refere o juízo da causalidade. O antecedente é causa quando se apresenta geralmente proporcionado ou adequado ao resultado, o que se constata através de um juízo de probabilidade ou possibilidade”¹⁰.

Passa-se agora a diferenciar causa de condição, e reconhece-se que causa é somente aquela ação que, de acordo com a experiência geral, seja, como condição, adequada para a produção de determinado resultado.

⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I, trad. da 2ª edição alemã, por PEÑA, Diego Manuel Luzón et al, Madri, Civitas, 2003, p. 358.

¹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 202.

Distingue-se também as conseqüências normais das anormais e extraordinárias, excluindo o nexo causal destas.

Essa teoria objetivava eliminar os cursos causais improváveis da teoria da equivalência das condições, mantendo o método indutivo hipotético de eliminação. Para ela, considera-se causa toda ação apta a produzir um resultado típico, segundo a experiência do “homem médio”.

A propósito, é do escólio de Juarez Cirino dos SANTOS¹¹, que:

A condição adequada eleva a possibilidade de produção do resultado, segundo uma prognose objetiva posterior, do ponto de vista de um observador inteligente colocado antes do fato, com os conhecimentos gerais de um homem informado pertencente ao círculo social do autor, além dos conhecimentos especiais deste: persuadir alguém a uma viagem de avião, que cai no mar pela explosão de uma bomba, não constitui condição adequada para a morte da vítima, porque um observador inteligente consideraria esse evento, antes da viagem, como inteiramente improvável – exceto se tivesse conhecimento da existência da bomba.

Ou seja, adota-se a seguinte fórmula: causa é a condição adequada a produzir um resultado, segundo a experiência geral.

É, pois, o antecedente não apenas imprescindível, mas também o mais adequado para a produção do resultado. Isto significa que não devem ser considerados todos os antecedentes necessários e imprescindíveis à produção do resultado, mas somente aqueles que, além disso, forem úteis, ou seja, com probabilidade de produzirem o resultado, segundo uma valoração posterior do fato naturalístico, uma vez que, somente assim, se poderia trabalhar sobre quais as causas que se adequaram ao resultado e a ele deram impulso.

Baseia-se, portanto, no critério de previsibilidade do que usualmente ocorre na vida humana.

¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 3ª ed., Curitiba, ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 128.

Deve o juiz, por conseguinte, quando da análise de um caso concreto, colocar-se como observador objetivo, examinar a situação *ex ante* do resultado, e verificar se o processo causal é adequado - provável e possível - a produzir o resultado. Se a resposta for afirmativa, então a condição será causa e terá relevância jurídica. Do contrário, se não for possível prever que determinada condição causará um resultado, ela não será considerada causa. Esse é o chamado critério de prognóstico posterior objetivo.

Nosso Código Penal, no §1º de seu art. 13, subsidiariamente adota essa teoria. Dispões este parágrafo que, "a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou". Logo, adequa-se a causa antecedente e adequada por outra considerada mais relevante e superveniente.

Em realidade essa teoria não chega a ser uma alternativa à teoria da equivalência das condições, mas sim seu complemento.

Contudo, várias críticas foram realizadas à ela, principalmente diante da ausência de critérios objetivos capazes de atender ao juízo de possibilidade.

Essa escola nega a causalidade daquelas ações que anteriormente aparentemente não são perigosas ao resultado típico.

Antonio Luís Chaves CAMARGO anota que "a previsibilidade como critério normativo da caracterização das ações inadequadas colide com o problema causal que, mesmo incapaz de configurar uma conduta típica, continua sendo determinante do resultado"¹².

Logo, ante essa falta de critérios claros de exclusão da responsabilidade, a proposta de restringir a causalidade não prosperou.

¹² CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação Objetiva no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo, Cultura Paulista, 2002, p. 57.

4. HISTÓRICO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

As teorias causais não conseguiram satisfazer todos os casos de interesse jurídico-penal, pois, como se viu, aplicam-se somente aos crimes consumados materiais e de ação, não incidindo sobre os delitos formais e de mera conduta, tampouco sobre os delitos omissivos ou tentados. Substituíram-nas, então, pela imputação objetiva.

A análise da imputação objetiva remonta o platonismo.

Platão, em sua obra “A República”, já salientava a importância do aspecto positivo das leis quando desempenharem função imperativa, como as leis penais. Ou seja, cabe às leis penais abranger na sanção o delito e seu agente, zelando pela proporcionalidade entre o crime e a sanção a ele cominada e agregar na moralidade as norma e os costumes. Passasse, pois, a atribuir à lei a função de definir a imputabilidade do ato moral, deixando agora a imputação de ser simples ação dos deuses, consoante anteriormente proposto pelo fatalismo, estando a conduta, bem como suas conseqüências, ligadas ao sujeito – cada qual é a causa de sua própria escolha.

Contudo, os princípios da imputação foram melhor permeados por Aristóteles, que se fixou nas categorias ontológicas.

Ensinava ele que somente pode se atribuir a responsabilidade de uma conduta a quem voluntariamente a realizou, agindo imbuída de ânimo de praticar tal ato delituoso. Apenas os atos que estão sob o domínio da vontade são suscetíveis de imputação.

Trouxe ainda a idéia de vontade atual e de domínio do fato como elemento ontológico imanente, onde a conduta é atribuída àquele que a praticou desde e quando possuísse o domínio do fato.

A propósito, ressaltam Luiz Regis PRADO e Érika Mendes de CARVALHO¹³ que “no conceito de imputação concebido por Aristóteles, a ênfase é conferida à vontade atual e nele merece destaque o domínio do fato como elemento ontológico imanente. De conseguinte, a imputação busca determinar que um fato – independente do juízo de valor que sobre ele recaia – é obra de certa pessoa e, para isso, faz-se mister comprovar que esta última tenha o domínio do fato”.

Séculos mais tarde (XVII) essa doutrina foi reelaborada pelo jurista alemão Samuel Pufendorf que, baseado no direito natural racionalista, aprofundou as investigações acerca das estruturas materiais da imputação, bem como forneceu seu conceito da mesma forma que o de ação ao Direito Penal da época.

Para conceituar imputação, utilizou-se ele de duas expressões: *imputativitas* – abrange os pressupostos materiais da imputabilidade e as condições de sua exclusão; e *imputatio* – referente às atividades efetuadas posteriormente, através das quais se verifica a presença dos elementos que compõem as *imputativitas*, bem como efetua a valoração do evento.

A *imputativitas* refere-se ao atuar humano dotado de previsibilidade, onde se verifica a possibilidade de domínio do fato e direção da vontade, sendo o efetivo fundamento da imputação. Postula-se a necessidade de se verificar o liame subjetivo existente entre o agente, sua conduta e o resultado produzido, para aí sim se concluir pela imputação do resultado.

¹³ PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*. Uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 20/21.

De posse dessas idéias, a ciência jurídica passa então a elaborar, nos séculos posteriores, os alicerces estruturais do moderno conceito analítico de crime. Naquela época somente se tinha um conceito de delito dividido em uma parte objetiva e outra subjetiva. Como desprovido de uma unidade interna, era configurado como simples justaposição desses elementos objetivos e subjetivos.

Já no início do século XIX, Georg Hegel elabora um princípio fundamental sobre o qual iniciou-se a consolidação da moderna teoria da imputação objetiva.

Mais uma vez, destacam Luiz Regis PRADO e Érika Mendes de CARVALHO¹⁴:

Indaga ele fundamentalmente quais resultados poderão ser imputados ao sujeito, e a resposta é a seguinte: um fato só pode ser imputado como responsabilidade da vontade. O conceito de ação é deslindado no âmbito da teoria da imputação. Apenas os resultados que, juntamente com a ação, representam uma unidade dominada pelo fim são passíveis de imputação. O juízo de imputação é um juízo teleológico, e não causal, visto que a imputação só será possível quando o fato se encontrar vinculado à vontade do agente.

Adiante, citando HEGEL, prosseguem¹⁵:

A vontade atuante no seu fim encontra, na medida em que o orienta para uma existência dada, a representação das circunstâncias (...). Tem, por isso, a vontade o direito de só reconhecer como ação sua aquilo que ela se representou e de, portanto, só se considerar responsável por aquilo que sabe pertencer às condições em que atuou, por aquilo que estava nos seus propósitos. O que apenas lhe pode ser imputado como erro da vontade constitui o direito de exame. Transportada para a existência exterior, a ação que se desenvolve em todos os seus aspectos segundo as suas relações com a necessidade exterior tem resultados diversos. Tais resultados, como produtos de que a ação é a alma, são seus, pertencem à ação, mas esta, ao mesmo tempo, como fim projetado na extrinsecidade, fica entregue às forças exteriores que lhe acrescentam algo de muito diferente daquilo que ela é para si e a desenvolvem em resultados longínquos e estranhos. Também aqui a vontade possui o direito de só perfilar os primeiros resultados, pois só esses estavam nos seus propósitos.

Afastava, pois, as idéias causais da teoria da imputação, colocando como elemento desta teoria a vontade, que se configura na relação existente entre o

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*. Uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*. Uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 27/28.

resultado e o agente. Teceram-se críticas à esse pensamento, em especial quanto a sua inaplicabilidade aos delitos culposos.

Posteriormente, ante o fascínio provocado pelo pensamento causal, olvidou-se do estudo da teoria da imputação objetiva, somente retomando-se essa teoria no início do século passado, através de Karl Larenz, em 1927, que atribuiu a ela um caráter objetivo.

Buscando delimitar os acontecimentos acidentais e aqueles dominados pela vontade do agente, baseando-se na obra de Hegel e observando os princípios básicos do idealismo, Larenz conceituou como fato objetivamente imputável aquele acontecer passível de domínio pela vontade do sujeito. Deixou, contudo, de perquirir quanto ao aspecto psicológico do agente no caso concreto - se teria ou não previsto ou dominado o resultado -, mas tão-somente se o resultado era dominável e previsível.

Chama-se essa imputação de objetiva porque a previsão não é aferida com base na capacidade e conhecimentos do autor, mas de acordo com um critério geral e objetivo do chamado *homem inteligente-prudente*.

O *juízo de imputação*, então, possui cunho teleológico, em razão da vontade humana ser apta a dominar o acontecer causal e o converter em um fato próprio, direcionando-o a um fim determinado. Tem-se o fato como a realização da vontade, sendo a imputação o juízo que relaciona esse fato com a vontade.

Para Larenz, a imputação objetiva descreve o juízo pelo qual determinado fato surge como obra de um sujeito, ou seja, a imputação nada mais é do que a tentativa de delimitação entre fatos próprios do agente e acontecimentos puramente acidentais. Quando se diz que alguém causou determinado fato, afirma-se que esse acontecimento é obra sua, da sua vontade, e não de um

acontecimento accidental. Se entender-se causa como um conjunto de condições, é impossível selecionar apenas uma delas e imputar-lhe o resultado como seu. Segundo ele, ainda, todos os intentos que visam definir o juízo de imputação como mero juízo causal estariam fadados ao fracasso. Destacava, também, que só a vontade dirigia um processo causal e era capaz de transformar as conseqüências accidentais em um fato próprio do agente e a ele imputável. De conseguinte, a imputação de um fato seria a relação entre acontecimento e vontade.

Todavia, a teoria da imputação objetiva, hoje preponderante na Alemanha e Espanha, desenvolveu-se embasada em orientação metodológica distinta, propondo-se a elaborar critérios normativos de atribuição de determinado resultado a uma conduta ativa ou omissiva. Dentro dessa corrente, verifica-se a adoção da denominação e conteúdo propostos por Larenz, efetuando-se, contudo, um delineamento e desenvolvimento deste conteúdo, afastando-se, porém, as considerações filosóficas por ele utilizadas como premissa.

Tem-se como precursor dessa nova orientação Richard Honig que, em 1930, apresentou um ensaio sobre a causalidade e a imputação objetiva, atribuindo a esta a finalidade de desvendar o significado que a relação causal tem para o ordenamento jurídico.

Defendia ele a impossibilidade de imputar a alguém o resultado derivado de pura causalidade, não se podendo, pois, fundamentar o critério de imputação no desvalor da ação. Postulava, desse modo, a *imputação do resultado*, diversamente da *imputação do comportamento*, proposta por Larenz, considerando como resultados juridicamente relevantes unicamente aqueles que

poderiam ser *pensados finalmente*, em virtude de sua alcançabilidade ou inevitabilidade.

Afastou-se as relações derivadas do mero acaso, dando-se maior relevância à existência de uma relação jurídica especial entre a ação e o resultado.

Evidenciou-se, portanto, que a imputação do resultado, anteriormente situada no âmbito subjetivo, vinculando o indivíduo a um fato através de sua vontade, passou, com as teorias de imputação formulados por Honig e Larenz, a revestir-se de um aspecto objetivo no qual a análise da relação causal é efetuado de forma objetiva, sendo considerado como imputável ao agente o resultado objetivamente previsível e dominável pela vontade humana.

Examina-se de forma objetiva a possibilidade do resultado ser apreensível pelo ser humano em geral, não mais se analisando a psique do agente no caso concreto, sendo que, em caso positivo, o fato deverá ser imputado ao indivíduo, tanto a título de dolo quanto de culpa.

Entretanto, somente após a Segunda Guerra Mundial, nos anos 60, os penalistas, em especial alemães, passaram a dedicar-se com mais ênfase ao estudo da imputação objetiva. Destacam-se Claus Roxin, com seu “Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal”, e Günther Jakobs, com seu “A imputação objetiva no direito penal”.

5. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Primeiramente, de modo a evitar possíveis equívocos, faz-se necessário distinguir a expressão “imputação objetiva” de outros institutos.

Imputação objetiva não quer dizer “responsabilidade penal objetiva”, vez que esta determina ao autor do fato sua responsabilidade, ainda que não haja atuado com dolo ou culpa, desde que presente a relação de causalidade com a conduta. Também não é “imputabilidade penal” (art. 26, CP), que é a capacidade intelecto volitiva do autor diante de seu caráter de querer e compreender o fato delinqüente. Trata-se sim de se imputar a uma pessoa a realização de uma conduta criadora de um risco ou perigo proibido ou de provocação de um resultado jurídico.

Essa teoria tem como função a limitação da responsabilidade penal: somente imputa-se objetivamente um resultado quando a ação é produzida por meio de um risco juridicamente desaprovado, desde que tipicamente relevante, que refletido no resultado típico.

Segundo ROXIN¹⁶, a imputação objetiva pressupõe “la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por um riesgo permitido dentro del alcance del tipo”. Bem por isso não se destaca o resultado material, e sim o resultado jurídico.

Desenvolve-se a moderna teoria da imputação objetiva com fulcro no incremento do risco, segundo o qual se configura típico o comportamento que produz um incremento de risco ou lesão a um bem juridicamente tutelado. Fundamenta-se, primordialmente, na idéia de que o resultado normativo somente

¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, trad. da 2ª edição alemã, por PEÑA, Diego Manuel Luzón *et al*, Madri, Civitas, 2003, p. 358.

pode ser imputado a quem realizou uma conduta geradora de um perigo juridicamente reprovado ao interesse jurídico, devendo o evento, ainda, corresponder àquele proibido pela norma penal. Trabalha, destarte, com os conceitos de risco permitido e risco proibido.

Visto o conceito de imputação objetiva, emerge a indagação acerca de seus limites de aplicação, que se divide em duas teorias¹⁷:

1ª) Teoria Restritiva: a imputação objetiva sistematiza princípio em razão dos quais se pode considerar que um resultado é objetivamente imputável a uma conduta, referindo-se a crimes materiais (de conduta e resultado);

2ª) Teoria Extensiva (ou ampliativa): os princípio da imputação objetiva são aplicáveis a todos os tipos de crimes, sejam materiais ou não.

Majoritariamente, a teoria mais aceita é a extensiva.

5.1. DO RISCO PERMITIDO E DO RISCO PROIBIDO

Risco permitido é aquela conduta que cria um risco relevante, mas autorizada. Seria impossível o convívio em uma sociedade em que estas atividades fossem proibidas pelo sistema penal.

Nas palavras de ROXIN¹⁸, é “una conducta que crea un riesgo juridicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo”.

Verifica-se no convívio em sociedade a presença de inúmeras atividades cuja periculosidade lhe são inerentes. Trazem em seu bojo um risco que, contudo, é tolerado pelo ordenamento jurídico, configurando-se como um *risco*

¹⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação Objetiva*. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 36.

¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, trad. da 2ª edição alemã, por PEÑA, Diego Manuel Luzón *et al*, Madri, Civitas, 2003, p. 371.

permitido. Tal fato justifica-se pela impossibilidade de manutenção do convívio social bem como do regular desenvolvimento das atividades humanas caso fossem coibidas todas as ações que contenham um risco, razão pela qual toleradas pela sociedade.

Como exemplo de riscos permitidos, temos as ações de dirigir, fabricar armas, ingerir álcool, etc, vez que todas geram riscos, entretanto, socialmente toleráveis.

Normalmente esses riscos permitidos estão normativamente regulados (v.g. regras de trânsito), sendo essas regras, de todo modo, critérios orientadores para a ponderação dos limites do risco autorizado. Saliente-se que a determinação do risco permitido, quando não há autorização legal expressa, provém de uma ponderação de bens, ou seja, de um juízo pelo qual não se calcula apenas o tamanho do risco, mas também a utilidade ou dano como vantagem ou perda segundo critérios juridicamente relevantes.

Repousa esse risco no fato de ser inerente à atividade humana, fato cada vez mais evidente ante o progresso da sociedade, através da invenção e descobertas de novas técnicas e aparelhos nos mais diversos setores, e que se mostram necessárias ao bem-estar da humanidade. Com isso, gera-se um contínuo aumento dos casos de perigo aos interesses juridicamente tutelados.

É possível que o agente, na prática de um comportamento sob a proteção do risco permitido venha a ocasionar um resultado lesivo, tipificado como delito. Em casos tais, aplicando-se o critério de imputação do risco permitido, exclui-se a tipicidade da conduta. É o caso do emprego de força física pela autoridade policial na realização de determinada diligência de natureza processual, que comporta um risco ao executor material, assim como ao objeto pessoal da

diligência, podendo, ainda, atingir terceiros, sendo, contudo, permitido por nossa legislação.

Sobre o tema, Enrique BUCIGALUPO¹⁹:

La imputación objetiva se excluye cuando la acción que causalmente há producido el resultado no supera los límites del riesgo permitido. Ello significa que tales acciones no son típicas. Riesgos que una sociedad tolera porque los considera necesarios para su desarrollo social no pueden ser alcanzados por la tipicidad, que implica un primer elemento que caracteriza una perturbación intolerable del orden social. La instalación de un reactor etómico conlleva sérios riesgos, pero em modo alguno puede ser considerada una acción típica, dado que la sociedad (a pesar de todas las polémicas a respecto) los considera necesarios para su desarrollo.

Quem dirige um veículo automotor seguindo as normas legais, pratica uma conduta que gera um risco permitido, mas, caso aja de modo a infringir o dever objetivo de cuidado, imprimindo velocidade excessiva, dirigindo embriagado, desrespeitando os sinais de trânsito, produz um risco proibido, de modo a configurar um perigo desaprovado, acarretando, portanto, na tipicidade da conduta.

Extrai-se, por conseguinte, que a tipicidade da conduta somente se configura com a extrapolação do limite permitido, ao infringir-se o dever objetivo de cuidado, produzindo, assim, um risco proibido caracterizado pelo desvalor da ação.

Possui, ainda, um conceito ontológico e outro axiológico. É ontológico porque sua presença em determinada situação deve ser considerada em face de dados do ser, não possuindo nenhum conteúdo normativo. E é axiológico porque o limite entre o que se admite e o que se proíbe deriva das normas de diligência estabelecidas pela ordem social.

¹⁹ BUCIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Madrid, Hammurabi, 1999, p. 273/274.

Ressalte-se que os conceitos de risco permitido e risco proibido não se diferenciam pela gravidade do perigo, mas sim pelo fato de serem ou não lícitos, vez que em que pese pertencer o risco ao mundo natural, a permissão e a proibição são determinadas pelas regras do sistema normativo legal.

5. 2. DIMINUIÇÃO DO RISCO

Se a imputação objetiva tem como fundamento a criação ou incremento de um risco não permitido, não se poderá imputar um resultado se o agente diminuir ou retardar um resultado, caso em que será imperativa sua exclusão. Isso porque não se configura uma ação finalmente disposta a um menosprezo do bem jurídico, mas ao revés, em atividade voltada à proteção deste bem.

Exemplo: “A”, vendo que uma pedra está voando em direção à cabeça de “B”, desvia a sua trajetória e, embora não a torne inócua, a faz atingir-lhe a perna. Existe, pois, uma diminuição do risco para o bem jurídico protegido. Logo, não houve uma ação típica, pois o que reduz a probabilidade de uma lesão não pode ser visto como finalmente disposto a um menoscabo da integridade corporal.

Claus ROXIN²⁰ conclui afirmando que

A conduta que reduz a probabilidade de uma lesão não se pode conceber como orientada de acordo com a finalidade de lesão da integridade corporal. Isto é válido para todos os casos de mitigação de eventos danosos. Mesmo quem pretenda, ainda que inutilmente, impedir um assassinio e apenas consiga afastá-lo, não comete uma ação de homicídio, por mais que a sua conduta haja influído na forma concreta do resultado, devendo ser considerada uma conduta no sentido da teoria da equivalência.

²⁰ ROXIN, Claus. Reflexões Sobre a Problemática da Imputação em Direito Penal. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. NATSCHERADETZ, Ana Paula dos Santos Luís, et al, Lisboa, Vega, 1998, p. 149.

Assim, apesar de, no campo causal, mostrar-se a conduta apta e relevante à produção do resultado, de forma a possibilitar, em princípio, a imputação do fato, não encontrará subsunção do tipo penal por carência de ação.

Cabe fazer-se algumas considerações acerca dessa situação, para que não haja equívocos.

A situação de diminuição de risco que impede a imputação objetiva pressupõe que o bem jurídico previamente se encontre em perigo. Roxin, para explicar esse postulado, colaciona o seguinte exemplo: um motorista, por imprudência atropela alguém, e a vítima desse fato, por ter sofrido uma lesão, deixa de tomar um avião e adia sua viagem. Dado avião cai, matando todos os passageiros. Não obstante que com a sua conduta o motorista acabou por impedir que a vítima falecesse, evidentemente não se trata de hipótese de diminuição de risco, uma vez que a diminuição do risco presume um risco preexistente, não verificado *in casu*.

Por óbvio, nos casos em que os bens jurídicos sejam diferentes, aplica-se esse princípio desde que o agente tenha agido de forma a proteger um bem jurídico mais relevante do que sacrificado.

Há, contudo, parte da doutrina – encampada por Arthur Kaufmann – que afirma que se o agente tivesse a possibilidade de desviar completamente o golpe e não o fizesse, o risco, apesar de diminuído, poderia lhe ser objetivamente imputado²¹. Contudo, tal posição é refutada por Claus ROXIN, que assevera ser idêntico o caso em que ocorre um aumento da expectativa de

²¹ PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*. Uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 68.

proteção do bem à aquele que ocasiona a diminuição do risco, razão pela qual não se configura como delito a ação praticada em ambos os casos.

O mesmo não ocorre quando o agente ocupa posição de garante, vez que criou um risco anterior, e vêm a atuar posteriormente visando diminuí-lo, situação esta prevista no art. 13, §2º, III, de nosso Código Penal.

Tal critério, todavia, recebe duras críticas.

Parte da doutrina entende que esse critério engloba casos amparados pelo estado de necessidade, alegação que prontamente contestada por Roxin, que afirma que o reconhecimento da causa de justificação implicaria no reconhecimento da tipicidade da ação, vez que não se chega a existir a realização de um risco a um bem jurídico, mas sim um atuar no sentido de evitar o resultado lesivo.

Alega-se, também, a inexistência de um resultado por parte do que presta auxílio, pois sua conduta somente reduziu a do autor, sendo que o resultado concreto estará abarcado no resultado mais grave previsto pelo autor, o qual responderá, ainda que a título de tentativa. Contudo, refuta-se essa idéia em face dos casos em que se questiona a conduta daquele que presta auxílio, situação freqüente dentro de um sistema penal que possibilita uma atividade abusiva por parte dos acusadores. Afirma-se, ainda, que o referido argumento não se mostra eficaz nos casos em que o resultado seja decorrente de um curso naturalístico, onde inexista um autor primário.

Outra crítica formulada a esse critério é a inclusão da solução de conflitos de interesse no tipo, cuja análise se apresentaria adequada nas causas de justificação.

5.3. AUSÊNCIA DE LESÃO DO RISCO PERMITIDO OU DO DEVER DE CUIDADO

Deve-se afastar a imputação ao tipo objetivo quando o autor não diminuiu o risco de lesão ao bem jurídico, mas tampouco o aumentou de modo juridicamente considerável.

É a hipótese do sobrinho que querendo receber a herança de seu tio, o manda a uma floresta durante uma tormenta, na esperança que um raio lhe mate. Ou ainda o caso da esposa, que querendo ver seu marido morto, o leva comer fugu (sashimi de baiacu, que se não for bem preparado pode liberar uma toxina fatal) num restaurante, na esperança que ele coma um pedaço intoxicado e venha a falecer. Nesses casos não há como se imputar objetivamente o resultado.

Ainda e tais condutas em situações excepcionais possam dar lugar a um acidente, o Direito não toma em conta os mínimos riscos socialmente adequados que vão unidos a elas, por isso, *a priori*, não é imputável uma causação do resultado produzida por elas.

Como a provocação de uma conduta socialmente aceita e geralmente não perigosa não pode estar proibida, não haverá uma ação homicida tipicamente delitiva, ainda que excepcionalmente essa atuação seja causal a respeito de uma lesão de um bem jurídico.

5.4. DA CRIAÇÃO DE UM RISCO JURIDICAMENTE RELEVANTE

O sistema jurídico-penal não deve se apoiar em leis do ser, mas sim ter sua construção condicionada por conceitos normativos. Propõe-se a construção

de um sistema penal teleológico no âmbito do tipo, de modo que a existência de determinado delito não dependa da constatação da causalidade ou da finalidade, mas sim da aferição das circunstâncias que permitem imputar a uma pessoa um resultado típico como sendo sua obra, de acordo com critérios de índole normativa.

Só há imputação quando o agente, com sua conduta, cria ou realiza um risco juridicamente reprovável relevante. Ou seja, nos casos em que não se constate a criação ou realização de um risco juridicamente relevante de lesão à um bem jurídico, não se configurará como típica a ação.

Por conseguinte, nesse contexto, um resultado morte seria imputável quando sua ação criou ou realizou um risco não permitido. Já nos casos em que a ação não tenha criado um risco juridicamente relevante de lesão de um bem jurídico não haverá, do ponto de vista objetivo, ação típica, caso em que a presença de dolo torna-se secundária.

Retome-se o exemplo do sobrinho, único herdeiro da grande fortuna possuída pelo seu tio, que envia este a um bosque, durante uma grande tormenta, com a esperança de que ele venha a ser atingido por um raio, que acarrete em sua morte, o que vem de fato a acontecer.

Baseado nos critérios da imputação objetiva, os resultados não podem ser imputados aos agentes, vez que a conduta do sobrinho não se configura como algo proibido pela norma legal, face a improbabilidade de através desse ato alcançar a finalidade pretendida, configurando, pois, irrelevante o perigo gerado. A única coisa que se verifica, portanto, é a esperança do agente, que não possui o domínio do fato.

Desse modo, se o resultado, apesar de tudo, se realiza, não é atribuível àquele que o originou. Existe, sim, uma simples causação do resultado morte, mas não uma ação típica de homicídio.

Uma ação exige domínio do sucesso causal abarcado por ela. Se a causação do resultado está posto a cargo do azar, não tendo o autor qualquer domínio do fato, então não haverá, desde o princípio, uma ação dirigida a causar o resultado.

Cabe lembrar que o dolo não se resume a querer um resultado, exigindo, para sua plenitude, que esse querer se concretize na realização do resultado do fato, ou seja, que o agente detenha o controle do desenvolvimento dos acontecimentos e, bem por isso, o domínio do próprio fato.

A falta desse controle sobre o desenrolar causal e a mera esperança de provocação de um resultado podem eventualmente caracterizar um sentimento moralmente reprovável, mas não relevante no campo jurídico-penal.

Logo, se o sobrinho enviasse seu tio a um local conhecido por sua grande suscetibilidade à queda de raios, e esse viesse a morrer, poderia a ele se imputar objetivamente a morte do tio, pois aí sim sua conduta criou um risco juridicamente relevante, vez que criou um risco de morte estatisticamente relevante e esse risco consubstanciou no resultado.

Frise-se que a chamada *estatística relevante* não é questão afeta às ciências naturais. Em realidade é resultado de um juízo de valor jurídico fundado em comprovações empíricas.

A criação de um risco juridicamente relevante também seria aplicável nas hipóteses vistas como desvios do curso causal, como no caso em que “A” dispara, *animus necandi*, contra “B”, contudo não o mata por circunstâncias

alheias a sua vontade, tendo apenas o ferido; entretanto “B” morre em decorrência de um acidente ocorrido com a ambulância que o levava ao hospital. Roxin entende seja impossível imputar-se objetivamente o resultado morte ao autor dos disparos, uma vez que o perigo de morte por disparo de arma de fogo criado por “A” não consubstanciou na morte de “B” em decorrência do acidente fatal, pois o risco de que isto ocorre é mínimo, devendo ser juridicamente desconsiderado. Ou seja, o fato de alguém atirar contra outra pessoa, não aumenta o risco da vítima morrer em decorrência de um acidente de trânsito. Por esse motivo “A” responderia somente por homicídio tentado.

A crítica efetuada ao presente critério é que ele coincidiria com o incremento do risco permitido, vez que apenas quando se aumenta este é que se tem um risco juridicamente relevante. Afirma-se, ademais, não se configurar este como um critério geral de imputação no âmbito do tipo de injusto, pois o perigo de lesão ao bem jurídico já foi avaliado pelo legislador no momento em que este delimita os níveis toleráveis pela sociedade.

5.5. DO AUMENTO DO RISCO PERMITIDO

Com esse critério busca-se resolver casos em que o autor excedeu o risco permitido, causando um resultado, mas sem a certeza de que com a ação correta, esse resultado seria evitado.

É, em realidade, um desdobramento do critério anteriormente exposto, sendo indubitável que o aumento do risco permitido também se configura como a criação de um risco proibido, sobressaindo-se tão somente o juízo negativo do

princípio em análise, qual seja, a afirmação de que o resultado não pode ser imputado ao agente quando este atua dentro dos limites do risco permitido.

Nos casos em que, apesar de agir o agente em inobservância ao dever de cuidado, de modo a criar um aumento do risco permitido, não será a ele imputado quando o risco não se consubstanciou no resultado.

É a hipótese em que um motorista de caminhão que pretendendo ultrapassar um ciclista, não observa a distância mínima prevista em lei. Quando da ultrapassagem, o ciclista – que embriagado – em virtude de seu estado psíquico alterado pela bebida move a bicicleta para esquerda e cai sob os pneus traseiros do caminhão. Constata-se, porém, que o resultado provavelmente teria ocorrido, ainda que o motorista de caminhão respeitasse a distância mínima exigida.

Utiliza-se também o exemplo em que “A”, um industrial, infringindo o dever de cuidado, entrega aos seus trabalhadores matéria prima consistente em pêlos de cabra não desinfetado, para produção de pincéis. Em decorrência disso, seus funcionários morrem. Verifica-se, posteriormente, que a desinfecção comum dos pêlos de cabra não seria hábil a eliminar a possibilidade das mortes.

Luiz Regis PRADO afirma que

Em casos como esse cumpre afirmar a imputação objetiva do resultado quando a conduta do sujeito – ao inobservar o dever de cuidado – importa um incremento do risco permitido. Ao desatender o cuidado devido, o empresário deu lugar a um aumento da esfera do risco permitido, o que possibilita a imputação objetiva do resultado. E isso independe do fato de que a observância do cuidado produziria o resultado da mesma forma. Do contrário, uma conduta mais negligente não seria sancionada sempre que fosse possível constatar que a conduta adequada ao Direito também daria lugar a idêntico resultado²².

²² PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*. Uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 81/83.

Já ROXIN²³ assevera:

El autor, al omitir la desinfección, en un enjuiciamiento *ex ante* ha creado un gran peligro, pero el mismo, como posteriormente se ha podido comprobar, no se ha realizado. Si se le imputara el resultado, se le castigaría por la infracción de un deber, cuyo cumplimiento hubiera sido inútil. Y eso lo prohíbe el principio de igualdad; pés si el curso de los hechos coincide totalmente con el que se hubiera producido manteniéndose dentro del riesgo permitido, tampoco se puede manejar de modo distinto la imputación del resultado. Por tanto, si el fabricante hubiera tenido dolo homicida, sólo podría ser castigado por tentativa; y en el caso más verosímil de mera imprudencia se produciría la impunidad.”

5.6. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA NORMA

Não basta que haja um nexo causal entre resultado e o risco não permitido criado pelo causador. É preciso também que o resultado esteja abarcado pelo fim de proteção da norma de cuidado. Ou seja, deverá o aplicador do direito, face ao caso concreto, excluir a imputação quando verificar que a conduta do agente não está compreendida no âmbito de proteção da norma.

O aumento ou a realização do risco necessariamente deve estar vinculado ao fim de proteção da norma de cuidado violada para que se possa imputar o resultado ao agente.

Esse critério acaba por afastar a imputação dos casos em que o risco criado não se consubstanciou no resultado lesivo concreto, ou ainda quando o resultado é reflexo do risco, sendo que, contudo, isso não se encontra dentro do âmbito de proteção da norma, bem como nos casos em que as consequências sejam secundárias não vinculadas ao agente.

É, por exemplo, o caso em que ciclistas trafegavam à noite, um atrás do outro, ambos sem lanterna em suas bicicletas. Em razão da diminuição de sua

²³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, trad. da 2ª edição alemã, por PEÑA, Diego Manuel Luzón *et al*, Madri, Civitas, 2003, p. 371.

visibilidade pela escuridão, o primeiro ciclista colide com um ciclista que vinha em sentido oposto. O resultado teria sido evitado se o segundo ciclista possuísse farol para sua bicicleta.

Evidentemente o primeiro ciclista deve responder por lesões corporais culposas, vez que deixou de observar o dever objetivo de cuidado, qual seja, andar com a bicicleta iluminada de modo a evitar possíveis colisões. Ao deixar de observar esse cuidado, criou um risco não permitido, que veio a se realizar.

Já o segundo ciclista também criou um risco não permitido que se realizou por meio do acidente que envolveu o primeiro ciclista, uma vez que se tivesse utilizado alguma iluminação, teria evitado o acidente. Contudo, não se imputa a ele nenhum resultado na esfera penal. Isto porque a finalidade do dever de iluminação é evitar colisões próprias, e não as colisões alheias. Logo, o segundo ciclista não realizou o risco não permitido que a lei visava evitar, podendo, quando muito, ser responsabilizado administrativamente, mas nunca criminalmente.

Exatamente assim que ROXIN²⁴ soluciona o problema:

La conducción prohibida del segundo ciclista de una bicicleta sin alumbrado ha aumentado considerablemente el peligro que el primei ciclista causara un accidente (...). Pese a todo, no tiene sentido la imputación del resultado: pues el fin del precepto que impone la iluminación consiste em evitar accidentes que procedan directamente de la propia bicicleta, peno no en que se ilumine a otras bicicletas y se eviten SUS choques com terceros (...). Por eso no se ha realizado el peligro que queria prevenir el precepto de cuidado infringindo, y ahí fracasa la imputación del resultado.

Segundo Luiz Regis PRADO²⁵, há distintas situações englobadas pelo critério do âmbito de proteção da norma:

²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, trad. da 2ª edição alemã, por PEÑA, Diego Manuel Luzón et al, Madri, Civitas, 2003, p. 378.

a) Os casos nos quais o risco não se reflete no resultado: aqui entrariam as hipóteses nas quais o risco criado não advém da infração da norma de cuidado, mas de fontes outras de perigo. Ou seja, embora criado o perigo, este não se concretiza no resultado, pois o resultado produzido é consequência de outras fontes produtoras de perigo (exemplo: "A" é atingido de raspão por um disparo doloso de "B", e morre ao ser levado ao hospital, seja por um acidente de trânsito com a ambulância que o transportava, seja pela intervenção do médico com um instrumento infectado, seja, por fim, em razão de um incêndio no próprio hospital);

b) os casos nos quais o resultado é reflexo do risco produzido, mas este não se encontra entre aqueles que a norma procura evitar (exemplo: "A" injeta novocaína em "B", e este morre de infarto);

c) os casos de desvio do curso causal: são tratados de forma diferenciada por Roxin, pois em algumas hipóteses a ação não criaria um risco juridicamente relevante, em outras o risco não se encontraria refletido no resultado e, por fim, haveria hipóteses nas quais seria possível a imputação ao tipo subjetivo (dolo);

d) a problemática das consequências secundárias: a dificuldade aqui reside na determinação do que se entende por dano principal e secundário sem que para tanto seja preciso recorrer ao elemento cognitivo do dolo. Embora sustente o citado autor que o problema da imputação objetiva do resultado antecede à análise do tipo objetivo e do tipo subjetivo, é impossível saber se um resultado é ou não imputável se desconsiderado este último. De outra parte, nos delitos culposos a produção de consequências secundárias poderia ser divisada pela inobservância de medidas adicionais de cuidado. Só diante da adoção dessas medidas seria possível afirmar que o resultado está fora do âmbito de proteção da norma.

5.7. ASSUNÇÃO DO RISCO PELA VÍTIMA

Segundo a regra, com a realização de um perigo ao bem jurídico tutelado, não compreendido no risco permitido, ocorre a imputação ao tipo objetivo. Contudo, quando o tipo penal não abranger o resultado ocorrido, ou seja, quando o tipo não for determinado a impedir tais acontecimentos, pode deixar de ocorrer a imputação.

Há três grupos de casos relevantes, nos quais se pode excluir a imputação.

São eles:

²⁵ PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*. Uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 87/88.

5.7.1. Autocolocação em Perigo

Não se imputa o resultado ao agente, quando a vítima, por ele incitada ou induzida, atua voluntariamente e com a consciência de que seu comportamento implica num incremento de risco ao bem jurídico.

Esse espécie de conduta não está ao alcance do tipo, vez que a finalidade da norma penal não é a de vedar ou punir terceiros pela autocolocação em situação de perigo.

É o caso em que “A” entrega heroína à “B”, e este, sabendo dos riscos existentes, injeta a substância, e falece em decorrência de uma overdose.

Nesse exemplo, “A” responderia apenas por tráfico de entorpecentes, pois a auto-exposição a perigo, sob responsabilidade exclusiva da vítima, impede a atribuição do resultado a terceiro. Imperioso, contudo, esclarecer que o resultado somente não é atribuível ao agente, se a vítima tinha total noção do risco que sua decisão poderia acarretar. Mas é atribuível se a vítima não percebe o significado de sua decisão, caso então em que o colaborador cria risco não coberto pela vontade dela.

Segundo ROXIN²⁶, autocolocações em perigo realizadas e queridas de modo responsável não se enquadram no tipo do delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco que conscientemente se corre realize-se em um resultado. Aquele que provoca, possibilita ou facilita uma tal colocação em perigo não é punível pelo delito de lesões corporais ou homicídio. Há que se atentar, porém, que diversamente do Brasil, a legislação alemã não pune o induzimento ao suicídio.

²⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, trad. da 2ª edição alemã, por PEÑA, Diego Manuel Luzón *et al*, Madri, Civitas, 2003, p. 389.

5.7.2. Heterocolocação em Perigo

Nessa hipótese, o ofendido deixa-se colocar em perigo por terceiro, tendo absoluta consciência dos riscos envolvidos. Contudo, consoante leciona Juarez Cirino dos SANTOS²⁷, para que não haja a imputação do resultado ao agente, faz-se necessário a existência de dois pressupostos: (i) a lesão deve ser consequência unicamente do risco consentido e (ii) a vítima e o autor devem ter a mesma responsabilidade pelo fato; ambos devem conhecer o risco na mesma medida.

Exemplifica²⁸:

a) A vítima, esclarecida pelo barqueiro sobre os perigos do mar agitado, insiste no passeio de barco e morre afogada porque o barco emborca sob a violência das ondas; b) o passageiro morre em acidente de trânsito, porque convence o motorista a dirigir em velocidade não-permitida, sob alegação de compromisso inadiável; c) apesar de enérgica recusa sob alegação da própria alcoolização, proprietário de veículo é convencido por companheiro de festa a dar-lhe carona, o qual morre em acidente de trânsito relacionado à embriaguez do motorista.

Nos exemplos dados, exclui-se a atribuição do resultado porque a vítima tinha total ciência do risco que corria, e consentiu com o risco. Porém, o mesmo não ocorreria se o resultado fosse atribuído a fatores estranhos ao risco consentido, ou mesmo se a Vítima não conhecesse o perigo a que iria se expor.

ROXIN, ressaltando a problemática trás outro exemplo²⁹:

Dentro del campo de la puesta en peligro de un tercero acptada por éste habrá que encuadrar también el caso especialmente actual de que alguien tenga contactos sexuales con riesgo de sida. Frecuentemente se trata estos casos desde el punto de vista de que el infectado participa en una autopuesta en peligro de su pareja. Pero como la puesta en peligro parte exclusivamente del infectado y la pareja únicamente se expone a

²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed., Curitiba, ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 182.

²⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed., Curitiba, ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 182/183.

²⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, trad. da 2ª edição alemã, por PEÑA, Diego Manuel Luzón et al, Madri, Civitas, 2003, p. 395/396.

la misma, realmente se trata de una puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, que es absolutamente comparable al caso de que alguien deje que otro le inyecte una droga. Conforme a la concepción desarrollada en nm. 100, ello significa que tal contacto sexual (incluso en caso de relación sexual sin protección) es impune si ambos sujetos están informados del riesgo de contagio y son responsables conjuntamente por su actuación. En cambio, deben imputársele las consecuencias al enfermo de sida si oculta su contagio en un contacto sexual sin protección, pero también ya si obliga a la pareja, aún no infectada y que se resiste, a exponerse a la arriesgada aventura.

5.7.3. Ações Arriscadas de Salvamento

Tampouco se pode imputar objetivamente um resultado nas hipóteses em que salvadores - voluntários ou não – se acidentam, uma vez que aquele que cria a situação de risco causará somente uma autocolocação em perigo, desprovida de tipicidade.

Se nesses casos, ainda que por outras vias, a vítima assume voluntária e conscientemente o risco do dano a bem jurídico próprio, a conduta daquele que criou as circunstâncias que ensejaram a ação de salvamento não estará ao alcance dos tipos de lesões corporais ou de homicídio.

São exemplos: a) “A” encontra-se em uma situação de perigo em uma montanha e “B”, alpinista experiente, tenta salvá-lo, porém acaba morrendo; b) O salva-vidas “B” entra no mar para salvar o banhista “A”, que está em situação de perigo, entretanto, em razão das fortes correntes existentes na área, acaba se afogando e morre.

Em ambos os casos, “B”, ao optar pela ação de salvamento arriscada, sem que para isso “A” tenha efetivamente colaborado, iniciou-se, em relação a “B” um novo contexto de perigo, relativamente independente da situação de risco inicialmente verificada.

5.8. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

O alcance do tipo não abrange os resultados cujo dever de evitar está no âmbito de responsabilidade de outra pessoa. É o caso em que a certos profissionais incumbe-se a eliminação e vigilância das fontes de perigo.

ROXIN trás o seguinte exemplo³⁰: ““A” bate seu carro contra uma árvore, por desatenção. Um passageiro fratura o quadril esquerdo. No hospital, morre por causa de uma sepsemia (envenenamento do sangue), decorrente de desatenção médica”.

Nesse caso, não se pode imputar o resultado à “A”, mas sim ao médico. A partir do transporte ao hospital, o tratamento da vítima passa a ser de responsabilidade do médico. Se ele não conseguir impedir a morte da vítima, imputa-se o resultado à “A”, que deverá ser punido por homicídio culposo, vez que os médicos não criaram um risco de morte, apenas não conseguiram eliminar o perigo já existente; contudo, no presente caso, a fratura do quadril não gerou um perigo de vida, mas foi criado e realizado pelo médico.

Entretanto, não se pode confundir essa excludente de imputação objetiva com a concorrência de culpas ou com a co-autoria colateral, hipóteses nas quais tanto o autor da primeira conduta como o interveniente, por contribuírem para com o resultado, são considerados seus agentes. Nestes casos há a atuação concomitante de dois ou mais indivíduos para a realização de um tipo, sem o conhecimento, entretanto, de estar contribuindo para a conduta típica de outrem.

³⁰ ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 9, nº 38, abr./jun. 2002, p. 19.

Consoante frisa ROXIN³¹, “como o primeiro causador não pode vigiar o comportamento dos médicos, não deve ele também responder por aquilo que eles façam. O alcance do tipo não compreende uma imputação tão extensa”.

³¹ ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 9, nº 38, abr./jun. 2002, p. 19.

6. CONCLUSÃO

Não obstante a teoria da imputação objetiva já ocupe posição de destaque nas doutrinas alemã e espanhola, pouco se debate no Brasil, fato que, por sorte, está mudando. Não são poucos os julgados de nossos tribunais que começam a adotar essa teoria.

Dentre suas vantagens, tem-se que abrange todos os crimes quanto à causalidade material, e a problemática do dogma causal pode ser aplicada a qualquer infração, dentre tantos outros.

Com o amadurecimento dessa teoria na doutrina e na jurisprudência nacional certamente se dará uma resposta mais justa e adequada ao jurisdicionado e em especial à coletividade.

7. BIBLIOGRAFIA

ALVORADO, Yesid Reyes. *Imputación Objetiva*. Bogotá, Temis, 1994.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal*. Parte General, 2ª ed., Madrid, Hammurabi, 1999.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação Objetiva no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo, Cultura Paulista, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

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

PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*. Uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 9, nº 38, abr./jun. 2002, p. 19.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I, trad. da 2ª edição alemã, por PEÑA, Diego Manuel Luzón et al, Madri, Civitas, 2003.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luis Greco. 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. Reflexões Sobre a Problemática da Imputação em Direito Penal. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. NATSCHERADETZ, Ana Paula dos Santos Luís, et al, Lisboa, Vega, 1998, p. 149.

SANCINETTI, Marcelo Alberto. *Subjetivismo e Imputacion Objetiva en Derecho Penal*. Buenos Aires, Ad Hoc, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral.* 3^a ed., Curitiba, ICPC; Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral.* 2^a ed., Curitiba, ICPC; Lumen Juris, 2007.