

CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL

João Paulo Orsini Martinelli¹

1. O FUNCIONALISMO PENAL

O funcionalismo penal é uma nova maneira de se construir a dogmática. O funcionalista deixa de lado o conceito de AÇÃO (ponto central das doutrinas naturalista e finalista) e reformula a estrutura do delito tendo como núcleo a FUNÇÃO do Direito Penal. Basta reparar que as escolas naturalista e finalista apóiam-se nos conceitos CAUSAL e FINAL da ação e, a partir daí, desenvolvem as teorias do tipo, da antijuricidade, da culpabilidade, da punibilidade etc.

Pouco se fala da teoria funcionalista no Brasil. Apenas recentemente nossos doutrinadores passaram a expô-la com destaque, dentre eles: PAULO QUEIROZ², LUIS GRECO³, ZAFFARONI⁴ e JUAREZ TAVARES⁵. Provavelmente, a falta de referências ao funcionalismo deve-se à forte influência que o finalismo exerceu nos penalistas pátrios⁶, o que derivou, inclusive, uma legislação penal finalista, especialmente nosso Código Penal de 1940 e sua posterior reforma na parte geral, em 1984.

Para os funcionalistas, o Direito Penal não pode ser construído por elementos pré-jurídicos, ou seja, anteriores ao mundo jurídico. Nas palavras de ROXIN, os adeptos do sistema teleológico-racional estão de acordo na recusa às premissas sistemáticas do finalismo em partir da idéia de que a construção sistemática jurídico-penal não deve orientar-se segundo dados prévios ontológicos, mas ser exclusivamente guiada por finalidades jurídico-penais.⁷

Certamente, o funcionalismo penal não é único, pois seus defensores seguem correntes distintas, uma vez que cada um pode enxergar uma função distinta para o Direito Penal. Entre os principais funcionalistas (e dois dos maiores penalistas do mundo) estão Claus ROXIN e Günther JAKOBS. Para o primeiro, o sistema funcional deve ser construído com finalidades de política criminal, partindo do tipo penal como garantia e expoente do princípio da legalidade. Já o segundo tem uma posição mais radical, defendendo uma dogmática construída em função do próprio Direito Penal em uma acentuada normatização dos conceitos, é dizer, um Direito Penal que sustente a vigência de suas próprias normas.

¹ Bacharel em Direito

² QUEIROZ, *Direito penal – introdução crítica*. São Paulo: Saraiva 2001.

³ GRECO, *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. *Revista Jurídica*, ano 48. Porto Alegre. 2000.

⁴ ZAFFARONI / PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

⁵ TAVARES, *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

⁶ Como exemplo, conferir BITENCOURT, *Manual de Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999; PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

⁷ ROXIN, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, 2002, p.205

Como ilustrou Luis GRECO, longe de mumificar-se em dogmas e ortodoxias, os parâmetros político-criminais do funcionalismo, abertos e plenos de sentido, dão espaço a inúmeras possibilidades de construção, o que assegura uma discussão rica e produtiva.⁸

O presente trabalho seguirá a corrente de Claus ROXIN, por se tratar da maior revolução da dogmática penal e pelas inovações apresentadas nas últimas décadas. Dentre as contribuições de ROXIN podemos citar a teoria do domínio do fato no concurso de pessoas⁹, o princípio da insignificância como excludente da tipicidade, a teoria eclética de prevenção da pena e a teoria da imputação objetiva. Obviamente, devido à sua importância, estaremos fazendo referência, também, a JAKOBS e outros doutrinadores.

2. AS CONDIÇÕES DA CAUSALIDADE

2.1. O NEXO DE CAUSALIDADE

Conforme a doutrina penal, uma ação está ligada ao resultado por um vínculo denominado *nexo de causalidade*. Essa vinculação é fundamental para que seja caracterizado o delito.

Entre a ação ou omissão e o resultado, é necessário avaliar a responsabilidade penal pela autoria. Para tanto, deve haver um pressuposto mínimo nos delitos de resultado para exigir a responsabilidade por este.¹⁰ Falamos, aqui, na causalidade como o elemento do tipo e que, na moderna teoria funcionalista, não é o único vínculo entre a ação e o resultado, acrescentando-se, aí, a imputação (a ser estudada no capítulo posterior).

Conforme assinala TAVARES¹¹, a causalidade não é apenas uma preocupação jurídica, mas a filosofia e as demais ciências também se ocuparam dela. Continua o jurista a separar a noção de causa em dois caminhos: a) como forma de *relação racional*, deduzindo a causa sempre de seu efeito; b) como forma de *relação empírica*, de onde a causa é deduzida de um juízo de previsibilidade.¹²

Este capítulo está reservado às teorias que estudam as condições da causalidade. Desenvolvem-se, a seguir, as teorias da “*conditio sine qua non*”, da adequação e da relevância e da condição conforme a uma lei natural.

2.2. TEORIA DA “CONDITIO SINE QUA NON”

Trata-se da teoria dominante na doutrina atual e também na jurisprudência.

⁸ GRECO, *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, in www.geraldoprado.com.br.

⁹ Sua obra *Täterschaft uma Taherschaft* encontra-se na sétima edição, um feito surpreendente para o mercado alemão.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. p. 70.

¹¹ TAVARES, *Teoria do injusto penal*, 2000, p. 208.

¹² Em sua obra *Teoria do injusto penal*, JUAREZ TAVARES refere-se à problemática da causalidade atingindo a filosofia, na obra de PLATÃO e ARISTÓTELES, as ciências naturais, em KEPLER e GALILEU, e o empirismo de BACON (p. 107 e 108).

Foi adotada pelo Código Penal brasileiro de 1940 e reafirmada na reforma da parte geral em 1984. É conhecida também por teoria da equivalência das condições, ou seja, a condição sem a qual o resultado não poderia ocorrer.

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

“Há um ponto de apoio seguro para examinar o nexo causal; se se intenta suprimir mentalmente o suposto originalmente da soma dos acontecimentos e então se vê que, apesar deste se produz o resultado, que apesar deste a série sucessiva das causas intermediárias segue sendo a mesma, está claro que o fato e seu resultado não podem reconduzir-se à eficácia dessa pessoa. Se, em contrário, se vê que, se se suprime mentalmente a essa pessoa do cenário do acontecimento, o resultado não poderia se produzir em absoluto ou que haveria produzido por outra via totalmente distinta, está justificado, com toda segurança, considerá-lo como efeito de sua atividade”.¹³

De desenvolvimento posterior mais elaborado, a teoria da equivalência foi utilizada por Maximilian Von BURI, quando juiz do Tribunal do Reich (*Reichsgericht*) e, em seguida, pelo mesmo tribunal, assim como na doutrina, através de inúmeras monografias.

Referindo-se ao alemão KÜHL, CIRINO DOS SANTOS¹⁴ reduz a teoria a seus dois conceitos centrais: a) todas as condições determinantes de um resultado são *necessárias* e, por isso, *equivalentes*; b) causas são as condições que não podem ser excluídas hipoteticamente sem excluir o resultado.

O conceito de “causa” nos é dado pelo próprio Código Penal pátrio. Seu artigo 13, *caput*, traz a seguinte redação: “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”¹⁵. Complementa ROXIN que se deve considerar causa toda condição de um resultado que não pode ser suprimida mentalmente sem que desapareça o resultado concreto.¹⁶

Mais ainda: não se realiza qualquer seleção entre as inúmeras condições de qualquer resultado, senão que, pelo contrário, consideram-se equivalentes todas as condições, e a esse juízo de equivalência se deve o nome da teoria da equivalência.¹⁷

Nota-se que o conceito de equivalência baseia-se em seu significado pré-jurídico, próprio da filosofia e das ciências naturais. A teoria da equivalência trata cada causa parcial como causa autônoma; e o faz porque na jurisprudência o que importa não é a totalidade das condições, senão somente comprovar a conexão ou nexo entre determinado ato humano com o resultado.¹⁸

¹³ ROXIN, *Strafrecht*, §11, nm. 7.

¹⁴ CIRINO DOS SANTOS, *Moderna teoria do fato punível*, 2000, p. 49.

¹⁵ Mais adiante, haverá uma pequena explanação sobre o artigo 13 do CP que, no meu entender, está obsoleto.

¹⁶ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1994, § 11, nm. 5.

¹⁷ ROXIN, *Strafrecht.*, §11, nm. 5.

¹⁸ ROXIN, *Strafrecht*, §11, nm. 6.

Retomando a idéia de GLASER, a fórmula para a determinação da causa é a da *eliminação hipotética*. Por ela, para saber se determinado fato é causa, devemos eliminá-lo mentalmente para verificar se o resultado ocorreria da mesma maneira. Por exemplo, para saber se o soco que A deu em B foi causa de suas lesões, basta eliminar mentalmente o golpe para perceber se o resultado seria o mesmo.

A fórmula da teoria da equivalência é duramente criticada por ROXIN, pra o qual a mesma é inútil e pode levar a erros¹⁹, especialmente em certos casos de causalidade hipotética e alternativa. Vejamos alguns exemplos:

I) “Se reprovamos a conduta de alguém que havia realizado um fuzilamento ilícito em uma guerra e o mesmo alega que, se não o fizesse, outro teria fuzilado a vítima exatamente da mesma maneira, então poderíamos suprimir mentalmente o fato sem que desapareça o resultado”.

II) “A e B, atuando independentemente um do outro, acrescentam veneno ao café de C. Se C morrer por isso, mas a dose posta por A ou por B havia provocado por si só a morte exatamente do mesmo modo, pode-se suprimir mentalmente a conduta de cada um sem que desapareça o resultado”.²⁰

Analisando os exemplos, percebe-se facilmente os defeitos que a teoria carrega. No número I, houve uma ação dolosa que resultou na morte de uma pessoa. Não obstante, pela fórmula da eliminação hipotética o autor deveria ser absolvido.

Já no exemplo II, os dois agentes tiveram a intenção de cometer um homicídio e, utilizando a fórmula da eliminação hipotética, nenhum deles poderia ser punido. Ou seja, em I e em II não haveria delito algum, mesmo sendo as ações reprováveis.

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

2.3. TEORIA DA ADEQUAÇÃO E DA RELEVÂNCIA

Esta teoria, cujo fundador foi Johannes KRIES, foi desenvolvida no final do século XIX e foi sustentada por longo tempo na doutrina científica. Segundo sua formulação, em sentido jurídico-penal, somente é causal uma conduta que possua uma tendência geral a provocar o resultado típico, enquanto que as condições que apenas por causalidade desencadearam o resultado são juridicamente irrelevantes.²¹

A teoria da adequação também permite a apropriada eliminação de nexos causais totalmente incomuns, ou seja, evita o *regressus ad infinitum* da teoria da equivalência²², pois retira fatos passados absurdos para o caso concreto, como,

¹⁹ ROXIN, *Strafrecht*, §11, nm.11.

²⁰ ROXIN, *Strafrecht*, §11, nm. 11.

²¹ ROXIN, *Strafrecht*, § 11, nm. 31.

²² ROXIN, *Strafrecht*, § 11, nm.31.

por exemplo, a relação sexual que gerou o criminoso.

Após passar, ao longo do tempo, por reparos, a teoria da adequação traz a afirmativa de que uma condição é adequada se a mesma aumentou a possibilidade do resultado de modo relevante, é dizer, se realmente a conduta realiza um resultado dado.

A teoria em tela é criticada por ROXIN nos seguintes termos: o juiz deve se colocar posteriormente sob ponto de vista de um observador objetivo que julgue *antes* o fato e disponha dos conhecimentos de um homem inteligente e dotado de conhecimento especial.²³

As críticas mais contundentes à teoria estão relacionadas ao momento do juízo de adequação (anterior ou posterior ao resultado), à posição do observador (ponto de vista do autor ou de terceiro) e à falta de base científica para a análise causal por este meio.

ROXIN, em seu posicionamento doutrinário, sustenta que a teoria da adequação é uma teoria da imputação (e não da causalidade), diferentemente do que afirmam seus defensores. Ela nada mais tenta dar resposta ao questionamento de quais circunstâncias causais são juridicamente relevantes e que podem ser imputadas a um agente.²⁴

O mestre da Universidade de Munique concorda com as palavras de MEZGER, para o qual a teoria da adequação é uma teoria de responsabilidade, ou dito de melhor maneira, uma teoria de relevância jurídica.²⁵ Trata-se de uma teoria insuficiente inclusive como teoria da imputação, pois seu âmbito de operação fica restrito a excluir a imputação nos cursos causais anômalos e incomuns.

2.4. TEORIA DA CONDIÇÃO CONFORME A UMA LEI NATURAL

A penalista Ingeborg PUPPE desenvolveu esta teoria que fora exposta, originalmente, por ENGISCH em sua obra *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* e hoje predomina na doutrina alemã²⁶.

Para PUPPE, o modo como buscamos a causa de um resultado é muito vago e incompleto. É ineficaz a investigação da uma causa se nem mesmo conseguimos um conceito seguro de *resultado*.

Então, primeiramente, é fundamental que o conceito de *resultado* seja revisito. Nas palavras de GRECO, "a doutrina dominante contentou-se, sempre, em dizer: o resultado que interessa para o Direito é aquele concretamente ocorrido, com todas as circunstâncias de tempo e lugar, com todas as suas características individualizadoras".²⁷

²³ ROXIN, *Strafrecht*, § 11, nm. 32.

²⁴ ROXIN, *Strafrecht*, § 11, nm. 33.

²⁵ ROXIN, *Strafrecht*, § 11, nm. 35.

²⁶ "na doutrina científica, atualmente, reconhece-se o domínio da teoria da equivalência no sentido de que no delitos comissivos o nexa causal é uma condição necessária, ainda que insuficiente, para a imputação ao tipo objetivo" in Roxin, *Strafrecht*, §11, nm. 10.

²⁷ GRECO, in Roxin, *Funcionalismo*, p. 144.

PUPPE reage à esta posição doutrinária, pois, para ela, não existe qualquer limite para a individualização do resultado. Em nossa linguagem, sempre será possível acrescentar-lhe alguma característica, o que torna seu processo de determinação vago para o exame da causa. Então, para PUPPE, o conceito jurídico de *resultado* é meramente a modificação desfavorável de determinado objeto protegido pelas normas jurídicas.²⁸

O que tem que ser explicado pela teoria da causalidade não é a existência de um fato com todos os seus detalhes, mas unicamente a alteração desfavorável por ele sofrida.²⁹

Na fase seguinte, PUPPE parte de que causa de um resultado é toda condição necessária do mesmo segundo leis naturais. No entanto, consideramos causa de um resultado um acontecimento mesmo que este não seja uma condição necessária para sua produção.³⁰

Na verdade, o que denominamos “condição necessária” é uma “condição suficiente”. Uma condição suficiente permite uma inferência do resultado a partir da condição, no entanto, não se faz o mesmo com a condição a partir do resultado. Se exigíssemos como causa uma condição necessária, poderíamos deduzir a causa a partir do resultado sem precisar conhecer o resultado para saber quem é o responsável pelo mesmo.³¹

PUPPE conclui que nosso conceito de causa é uma condição *suficiente* do resultado conforme as leis naturais. Corrige a afirmativa da seguinte maneira: causa é todo *componente necessário de uma condição suficiente* do resultado segundo leis naturais.³²

A condição suficiente é o enunciado da lei natural, sempre em termos genéricos, não podendo conter qualquer particularidade, como nome próprio ou referência a um conjunto determinado de indivíduos.³³

Pode-se comprovar se um fato é componente necessário de uma condição suficiente se pudermos eliminá-lo mentalmente e comprovar se o resto da condição continua sendo suficiente para a produção do resultado.

Continua PUPPE a dizer que não se trata de eliminar mentalmente do mundo determinados fatos e constatar então o que haveria sucedido sem eles. Na verdade, trata-se simplesmente de eliminar mentalmente de uma explicação causal já estabelecida um determinado acontecimento para comprovar se sua explicação sem o mesmo segue como conclusão.³⁴

Portanto, a nova fórmula de determinação da causa passa a ser: *se o resultado continuar sendo derivado dos fatos resultantes após a eliminação mental,*

²⁸ PUPPE, *Der Erfolg*, p. 881 e 882.

²⁹ GRECO, *op. cit.*, p. 146.

³⁰ PUPPE, *Kausalität...*, p. 145.

³¹ PUPPE, *Kausalität...*, p. 148.

³² PUPPE, *Kausalität...*, p. 151.

³³ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 147.

³⁴ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 151.

aquele eliminado não é necessário, por conseguinte, não causal. Será causa somente aquele fato que, uma vez eliminado, não possa derivar o resultado.

Na crítica de ROXIN, esta fórmula não serve para de ajuda para comprovar a causalidade real, pois nada diz a respeito da concorrência do nexos causal conforme às leis.³⁵ Não obstante, tem a vantagem de que não encobre o nexos causal nos casos onde a teoria da equivalência o faz.

3. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA

3.1. IMPUTAÇÃO OBJETIVA E TIPO PENAL

Conforme exposto anteriormente³⁶, a teoria do tipo penal sofreu transformações de seu conceito naturalista ao passar para o conceito finalista. Os elementos objetivos mantiveram-se os mesmos (ação, nexos de causalidade e resultado), não obstante, os elementos subjetivos ganharam seu espaço. O dolo saiu da culpabilidade para alocar-se no tipo, passando este a ter a seguinte composição:

TIPO = ação ou omissão + nexos de causalidade + resultado
+ dolo + elementos subjetivos especiais

A estrutura finalista do tipo vem a ser modificada pela imputação objetiva. Não basta estarem presentes os elementos ação, causalidade e resultado para que se possa considerar determinado fato *objetivamente* típico. É necessário, ademais, um conjunto de requisitos. *Este conjunto de requisitos que fazem de uma determinada causação uma causação típica se chama imputação objetiva.*

Resumindo, esquematicamente, a estrutura do tipo objetivo passa a ter a seguinte configuração³⁸:

TIPO OBJETIVO = ação ou omissão + nexos de causalidade
+ *imputação objetiva* + resultado

Dado o esquema que, graficamente, expõe a estrutura do tipo acrescida da imputação objetiva, cabe a pergunta: como se comporta a imputação objetiva na teoria do delito? A esta pergunta tentaremos dar a resposta no decorrer do capítulo.

³⁵ ROXIN, *Strafrecht...*, §11, nm. 14.

³⁶ v. capítulo 2.

³⁷ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 7.

³⁸ Esquema gráfico baseado em trabalho de Luis Greco (in Roxin, *Funcionalismo...*)

3.2. O COMEÇO DE TUDO: A FILOSOFIA DE HEGEL

Na Filosofia do Direito de Hegel, aparece a distinção entre moral *subjetiva* e moral *objetiva*. A segunda é a idéia de liberdade enquanto bem vivente, é o conceito de liberdade que se tornou mundo real³⁹, enquanto a primeira é parte de um plano superior em que a liberdade da vontade é plena, pronta para se tornar realidade⁴⁰.

Explicando melhor: o ser humano possui toda a liberdade para pensar e elaborar sua vontade, por uma perspectiva moral subjetiva, inerente à sua própria pessoa. Para a concretização desta vontade, esbarra o homem nos padrões de vida social e, portanto, restringe sua vontade pelos aspectos da moral objetiva.

HEGEL resume a vontade moral subjetiva em três aspectos⁴¹: a) o direito abstrato ou formal da ação (conteúdo da vontade projetado pelo agente); b) o conteúdo particular interior da ação (o que e quanto a ação vale para o autor); e c) o fim absoluto da vontade é a sua objetividade em si e para si (oposição à universalidade do conteúdo).

A moralidade objetiva é o sistema das determinações que obtém um conteúdo fixo da vontade subjetiva à realidade moral objetiva; é a firmeza que mantém as leis e instituições. Neste momento, a vontade e a liberdade são restritas pelos poderes morais que regem a vida dos indivíduos⁴².

Nestes breves esclarecimentos, percebe-se como a filosofia de Hegel influenciou a teoria da imputação objetiva: sua dialética produz a síntese (imputação do resultado), resultante do confronto entre tese (fato naturalístico) e antítese (conjunto de normas).

3.3. BREVE HISTÓRICO DO DESENVOLVIMENTO DA IMPUTAÇÃO NO DIREITO PENAL

O tema “Imputação Objetiva”, diferentemente de como muitos pensam no Brasil, já é um problema discutido há muitas décadas na doutrina estrangeira, em especial na Alemanha. A teoria da imputação objetiva tem o mesmo significado para a doutrina alemã e européia que o finalismo nas décadas de 50 e 60 ou o conceito de causalidade na época do naturalismo jurídico-penal, no início do século XX⁴³

A idéia de imputação pode ser retirada da própria palavra. PUFENDORF afirma que a palavra alemã *Zurechnung* (= imputação, atribuição) é uma tradução da palavra latina *imputatio*.⁴⁴

Em 1927, com sua tese de doutorado intitulada *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, LARENZ trouxe o conceito hegeliano de

³⁹ HEGEL, *Princípios...*, p. 141.

⁴⁰ HEGEL, *Princípios...*, p. 97.

⁴¹ HEGEL, *Princípios...*, p. 98 e 99.

⁴² HEGEL, *Princípios...*, p. 142.

⁴³ SCHÜNEMMAN, *Über die objektive Zurechnung*, p. 207.

⁴⁴ SCHÜNEMMAN, *Über...*, p. 208.

imputação para as ciências jurídicas. Sua idéia visava resolver o problema da distinção entre *ação* e *acaso*, para dizer realmente se um acontecimento é obra de um sujeito.⁴⁵ Na idéia de LARENZ, a possibilidade de previsão para a imputação deve ser analisada do ponto de vista objetivo, e não subjetivo. Não é o autor concreto, mas a pessoa, o ser racional, que deve estar em condições de prever um determinado acontecimento⁴⁶. Sua obra teve grande importância para que o conceito de imputação fosse apresentado aos juristas.⁴⁷

Poucos anos depois, em 1930, HONIG apresentou sua obra *Kausalität uns objektive Zurechnung*, na qual trouxe o conceito de imputação objetiva especificamente para o Direito Penal. Já na introdução, afirma HONIG que a teoria da causalidade encontrava-se em crise e haveria necessidade de reformulação na teoria do tipo.⁴⁸ Diz que apenas ações humanas são interessantes ao Direito Penal, devendo estas ser os únicos elementos de juízo da imputação.⁴⁹ O grande mérito de HONIG está na clareza das distinções que são feitas entre o plano ontológico (causa) e o plano axiológico (imputação), sendo sua lição de extrema utilidade até os dias atuais.⁵⁰

No ano de 1970, ROXIN expôs a idéia de imputação objetiva no Direito Penal, em sua pequena mas importante obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*⁵¹. O grande mestre da Universidade de Munique, simplificada e, partiu dos seguintes pressupostos da imputação: a criação do risco proibido, a concretização do risco no resultado concreto e a abrangência do tipo. Porém, estes pontos serão desenvolvidos mais adiante.

Além de ROXIN, temos outras formulações de imputação na moderna doutrina penal. Incluem-se as obras de JAKOBS, PUPPE e FRISCH. No entanto, estes notáveis doutrinadores não serão abordados com muita ênfase neste trabalho, devido à linha adotada de ROXIN.

3.4. CONCEITO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Nas palavras do próprio ROXIN, um resultado causado por um agente pode ser imputado ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo para um bem jurídico não coberto pelo risco permitido e esse perigo também foi realizado no resultado concreto.⁵² Ou seja, se o resultado se apresenta como realização de um perigo criado pelo autor, via de regra é imputável, se for cumprido o tipo objetivo.⁵³

Percebe-se que o tipo penal não é completo se apenas considerarmos o

⁴⁵ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 16 e 17.

⁴⁶ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 19.

⁴⁷ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 19.

⁴⁸ HONIG, *Kausalität...*, p. 174.

⁴⁹ HONIG, *Kausalität...*, p. 182.

⁵⁰ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 22.

⁵¹ A obra foi traduzida para o português por Luis Greco (*Política criminal e sistema jurídico-penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000).

⁵² ROXIN, *Strafrecht...*, § 11, nm. 39.

⁵³ Idem, § 11, nm. 40.

nexo de causalidade como elo entre a ação e o resultado. Há necessidade, também, de um elo normativo, que possa servir de limitação ao poder punitivo do Estado. No funcionalismo de ROXIN, a delimitação que o tipo objetivo exerce na configuração de delito deve atender à necessidade de prevenção da pena.

O nexo de causalidade é a mera ligação fática entre ação e resultado. É o fato tão-só naturalístico.⁵⁴ Por exemplo, na observação de NEWTON, a causa de uma maçã ter caído ao solo foi o fato de ter-se rompido do galho. Tal constatação empírica reverteu-se na formulação da teoria segundo a qual, a grosso modo, todos os corpos que apresentam massa estão sob influência da força gravitacional e, quando não apresentam um suporte, são atraídos para o solo.

Levando ao campo do Direito Penal, consideremos, a título ilustrativo, o crime de homicídio. A atirou em B, com a intenção de matá-lo, acertando-o no peito. B faleceu no hospital e foi detectada como causa de sua morte as hemorragias internas decorrentes da lesão.

Ora, do ponto de vista naturalístico, A responderá pelo crime de homicídio doloso, sem mais análises. No entanto, da perspectiva da imputação objetiva, só o fará se preenchidos todos os requisitos legais, no caso, a presença de todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo

Retomando a idéia exposta anteriormente, o elemento imputação objetiva será o limite do alcance da norma penal, atendendo ao princípio constitucional da legalidade.⁵⁵ Não se pode imputar o resultado ao agente na mera conclusão da causalidade, independente da teoria causal adotada.

No direito penal pátrio, conforme visto anteriormente, a teoria causal adotada é a da equivalência das condições. Partindo desta afirmação, retomamos o exemplo do crime de homicídio, mas com algumas modificações:

A atira em B, com a intenção de matá-lo, acertando-o no peito. Ao ser socorrido, a ambulância que o conduzia bate em um poste e, em virtude da colisão, B vem a falecer.

Pois bem, houve uma alteração no curso causal da morte de B em relação ao primeiro exemplo. Agora, a morte foi decorrente da colisão em circunstância superveniente. Portanto, a análise deve ser mais cautelosa para saber se o fato é imputável ou não ao agente.

O tipo penal *matar alguém* tem a vida como bem jurídico a ser tutelado. O alcance desta norma é prevenir as mortes conseqüentes de ações diretas do agente. Seria, no caso, a função da norma evitar a morte causada pelo tiro dado pelo agente.

Não é objetivo do tipo penal do artigo 121 do Código Penal prevenir as mortes causadas por acidentes de veículos que não estejam sob o domínio direto ou indireto do autor de um disparo. Então, provado que a morte da vítima não tenha ocor-

⁵⁴ VILANOVA, *Causalidade...*, p. 61.

⁵⁵ Constituição Federal de 1988, artigo 5.º, inciso XXXIX.

rido diretamente pela ação do agente, não poderá este ser condenado pelo homicídio consumado.

O alcance da norma permite, no entanto, que o autor do disparo seja condenado pela tentativa de homicídio. Pois, trata-se de uma ação dolosa, cuja intenção era a morte da vítima, mas sua consumação foi evitada por fato superveniente, contra a vontade do agente. Apesar deste conceito de tentativa estar superado pela doutrina moderna, ainda é o adotado pelo nosso Código Penal.

Vejamos o exemplo de maneira mais detalhada. Há três elementos do tipo objetivo do artigo 121: são eles a ação de disparar, o nexo causal pela equivalência das condições e o resultado morte. Não obstante, faltou o último elemento objetivo do tipo: a imputação objetiva. Portanto, não há de se falar em homicídio consumado.

O exemplo utilizado apenas tentou esclarecer parte das grandes questões suscitadas pela teoria da imputação objetiva. Há alguns pontos que merecem explicação mais detalhada e, a seguir, serão analisados, tais como a criação do risco não permitido, a realização do risco não permitido e o alcance do tipo.

3.5. PRESSUPOSTOS DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Complementando a idéia desenvolvida no item 4.3, faz-se fundamental discurrir sobre os pressupostos da imputação objetiva. A doutrina dominante aceita dois requisitos para que o resultado possa ser objetivamente imputado ao autor: a) a criação de um risco juridicamente proibido e b) a realização desse risco no resultado concreto.

Portanto, dentro da teoria do tipo penal, os elementos objetivos são *ação, nexo de causalidade, imputação objetiva e resultado*; e, na teoria da imputação objetiva, os elementos constitutivos são *a criação de um risco e a realização desse risco*.

ROXIN acrescenta um terceiro pressuposto, distinguindo-se da doutrina dominante: o alcance do tipo. Os pressupostos serão analisados nos itens a seguir expostos.

3.6. CRIAÇÃO DO RISCO JURIDICAMENTE PROIBIDO

ROXIN elabora uma teoria geral da imputação completamente desligada do dogma causal⁵⁶. Parte o mestre alemão da seguinte afirmação: 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.⁵⁷

Para JAKOBS, o risco criado é juridicamente proibido quando não se encontra vinculado à configuração da sociedade, ou seja, não está socialmente adequado⁵⁸.

Enquanto ROXIN direciona sua teoria do risco para a valoração dos bens

⁵⁶ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 58.

⁵⁷ *Funcionalismo...*, p. 58.

⁵⁸ JAKOBS, *A imputação...*, p. 35.

jurídicos protegidos, JAKOBS trata do risco dentre a possibilidade de provocar a instabilidade das relações sociais. No entanto, o presente trabalho seguirá a teoria do risco de ROXIN.

GRECO discorre sobre a metodologia de ROXIN no tratamento da teoria do risco, levantando os estudos dos grupos de casos⁵⁹, que são quatro concretizações do referido princípio.⁶⁰ São tais *topoi*: a) a diminuição do risco; b) os riscos juridicamente irrelevantes; c) o aumento do risco e d) o fim de proteção da norma⁶¹.

3.6.1. DIMINUIÇÃO DO RISCO

Não há possibilidade de imputação se o autor modifica um curso causal de modo que o perigo já existente para a vítima seja diminuído, melhorando a situação do objeto da ação.⁶²

Exemplificando: A percebe que B será atingido por um automóvel e o empurra, atirando-o ao solo, causando lesões leves. Se B fosse atropelado, com certeza as lesões seriam muito maiores, portanto, a conduta de A diminuiu o risco de um resultado mais danoso. Por isso, conclui ROXIN, seria absurdo proibir ações que melhoram o estado do bem jurídico protegido⁶³.

Na hipótese de diminuição do risco, a conduta do agente poderia ser justificada pelo estado de necessidade, não obstante, consideramos que a imputação objetiva é elemento objetivo do tipo. Então, tal conduta não será crime, mas não pela exclusão da antijuricidade, mas pela atipicidade.

Não havendo a imputação ao tipo objetivo, não estão presentes todos os elementos do tipo. Do ponto de vista da política criminal, a conduta será desclassificada como delito porque a lesão ao bem jurídico não é resultado de uma conduta juridicamente proibida.

Pois – como assinala AMELUNG – a antijuricidade trata da solução de conflitos sociais, que resultam da colisão de interesses dos indivíduos e de toda a sociedade.⁶⁴ E, na diminuição do risco, não há conflitos, pelo contrário, há a melhoria da condição do bem jurídico.

3.6.2. AUSÊNCIA DE CRIAÇÃO DO PERIGO (RISCOS JURIDICAMENTE IRRELEVANTES)

Não há imputação ao tipo objetivo se a conduta do autor não aumentou e nem diminuiu o risco ao bem jurídico. Ocorre o mesmo se o perigo já existente não sofre incremento mensurável.⁶⁵

⁵⁹ v. também TAVARES, *Teoria...*, p. 224.

⁶⁰ GRECO, *in* ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 58.

⁶¹ Para mais detalhes, ROXIN, *Strafrecht...*, § 11, nm. 43 a 58.

⁶² ROXIN, *Strafrecht...*, § 11, nm. 43.

⁶³ *idem*, § 11, nm. 43.

⁶⁴ AMELUNG, *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin*, *in* *El sistema...*, p. 95.

⁶⁵ ROXIN, *Strafrecht...*, § 11, nm. 45.

Como ausência de criação de perigo, incluímos as condutas normais do cotidiano, como andar pelas ruas ou tomar banho. Em todas as nossas atividades existem riscos, por menores que sejam. Por exemplo, ao caminhar pelas ruas, assumimos o risco de tropeçar e cair sobre outra pessoa, causando-lhe lesões, desde que não haja descuido.

O direito não se importa com os mínimos riscos socialmente adequados. Entretanto, é necessário fazer uma observação: não se pode confundir as condutas que não incluem criação de perigo com a teoria social da ação. Apesar de alguns pontos comuns, apresentam conceitos distintos.

3.6.3. AUMENTO DO RISCO

Este critério tem em vista a resolução dos casos em que o autor foi além do risco permitido, causou o resultado, mas não se sabe se a ação correta tê-lo-ia evitado.⁶⁶ ROXIN afirma que a imputação é excluída se a conduta alternativa conforme ao direito tivesse levado COM CERTEZA ao mesmo resultado.⁶⁷ É o estudo dos *causais hipotéticos*.

Diferentemente, JESCHECK defende a exclusão da imputação ao tipo objetivo não apenas nas hipóteses de certeza, mas também naquelas em que há *probabilidade* ou *possibilidade* de que o resultado aconteça nas situações permitidas.⁶⁸

O famoso caso elaborado por SAMSON ilustra a situação: A conduz uma locomotiva em um trilho que, mais adiante, está bloqueado por causa de um desmoronamento de uma montanha. Sem ter tempo para frear, B percebe a situação e desvia o trem do trilho da esquerda para o da direita, que também está bloqueado pelo mesmo motivo. O trem colide e A vem a falecer.

Comprovado, no exemplo acima, que o resultado teria ocorrido de qualquer maneira, a conduta que causou a morte do maquinista não será objetivamente imputada ao autor da manobra que desviou a vítima em seu caminho e, conseqüentemente, o fato será atípico.

3.7. O ALCANCE DA NORMA

Na análise da imputação, após verificar se houve a realização do risco juridicamente proibido, cabe observar se o resultado está abrangido pelo tipo penal em questão. Vale dizer: o resultado concreto causado por uma ação ou omissão deve fazer parte da norma incriminadora, ressaltando, mais uma vez, o princípio da reserva legal.

Portanto, se o resultado concreto não estiver no alcance do tipo, não há de se falar em imputação e, portanto, o fato será atípico. Explica TAVARES que a fundamentação desta afirmação não se deve fixar em que o tipo legal de crime vise

⁶⁶ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 58.

⁶⁷ ROXIN, *Strafrecht...*, § 11, nm. 72.

⁶⁸ CIRINO DOS SANTOS, *A moderna...*, p. 118.

a uma determinada e específica norma de proteção, mas sim na subordinação da conduta incriminada às específicas modalidades de atuação com vistas a lesar o bem jurídico.⁶⁹

Os casos de exclusão de imputação pelo alcance da norma podem ser os seguintes: ajuda para a autocolocação em perigo dolosa, a colocação em perigo de terceiro que aceita a condição e a imputação na esfera da responsabilidade alheia.

Ajuda para autocolocação em perigo dolosa: o resultado de ação intencional autopeligosa da vítima não pode ser atribuído ao colaborador da ação, se a vítima conhece o risco existente na ação.⁷⁰ Como exemplo, não se pode imputar o resultado morte a B se este ofereceu cocaína a A e este veio a falecer após aplicar a droga em si mesmo.

Colocação em perigo de terceiro que aceita a condição: a exposição consentida a perigo criado por outrem pode situar-se fora da área de proteção do tipo se corresponder à auto-exposição a perigo, observando o seguinte: o dano deve ser consequência do risco consentido e a vítima deve ter a mesma compreensão *do* e responsabilidade *pelo* perigo que o autor.⁷¹ Por exemplo: o motorista de táxi dirige em alta velocidade por pedido do cliente e este vem a falecer.

Imputação à esfera da responsabilidade alheia: o fundamento da exclusão da imputação nestes casos está na competência do exercício de determinadas profissões que envolvem a exposição ao perigo.⁷² Exemplos dados por ROXIN : o proprietário que, por imprudência, coloca fogo em seu imóvel, não poderá ser responsabilizado pela morte do bombeiro que participou da operação para controlar o incêndio. No entanto, este tópico é dos mais controversos, pois surge a dúvida: poderia ser punido o criminoso pela morte de um policial que o persegue e colide a viatura? Não há uma resposta pacífica, mas a maioria da doutrina contraria a posição de ROXIN, para o qual não se poderia imputar o resultado ao criminoso.

3.8. ACÓRDÃO BASEADO NA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE ROXIN

No direito brasileiro, em recente decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (AC n.º 307.366-7), o apelante foi absolvido pela aplicação da teoria da imputação objetiva. Trata-se do caso em que a vítima faleceu após cair da carroceria de uma caminhonete. Em primeira instância, o apelante fora condenado por homicídio culposo. Sustentando a sentença, o juiz *a quo* considerou apenas o nexo de causalidade entre a ação do motorista em conduzir a vítima em situação precária e o resultado morte. Ignorou-se por completo a análise da imputação do resultado ao autor.

O juiz revisor, ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, corrigindo o erro da sentença, assim fundamentou seu voto:

⁶⁹ TAVARES, *Teoria...*, p. 230.

⁷⁰ CIRINO DOS SANTOS, *A moderna...*, p.114.

⁷¹ CIRINOS DOS SANTOS, *A moderna...*, p. 115.

⁷² ROXIN, *Strafrecht...*, § 11, nm. 104.

“(...) O apelante foi julgado e condenado por ter dado uma carona à vítima na carroceria de seu automóvel, nada mais além disso. Não estava sob efeito de bebidas alcoólicas como ficou comprovado, dirigia com velocidade normal e obedecendo todas as demais regras de circulação, excetuando-se uma: a de transportar passageiros sem a devida segurança.

Noutro giro, observa-se que foi a vítima quem pediu para que o apelante lhe desse carona, insistindo para que fosse transportada em conjunto com outras amigas na carroceria da caminhonete Toyota. Ressalte-se que a prova testemunhal colhida nos autos informa que a vítima fora advertida que deveria manter-se sentada durante todo o trajeto, sendo esta a condição imposta pelo apelante para atender ao seu pedido. Entretanto, por livre e espontânea vontade, preferiu ficar de pé, pagando com sua própria vida pelo ato irresponsável.

(...)

Diante do rigor da teoria *conditio sine qua non*, a relação de causalidade entre a conduta do apelante e a morte da vítima está comprovada: se este não aceitasse o pedido de carona não haveria acidente.

Todavia, o moderno Direito Penal que se constrói objetivando a real proteção da sociedade não mais fica preso ao rigorismo de teorias elaboradas abstratamente, optando por sua construção em face da situação problemática enfrentada no caso prático.

Neste diapasão, a imputação objetiva surge para amenizar o rigor da teoria da equivalência dos antecedentes causais – tão criticada pela doutrina penal – criando a categoria da imputação, constituindo-se num dado valorativo e posterior à causalidade meramente física constatada apenas no plano material.

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

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

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

Agora é necessário, conforme dispõe Claus Roxin em sua magistral obra *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, tradução da Abanto Vásquez, M., Lima, 1997, a criação de um risco jurídico-penalmente relevante ou não permitido ou desaprovado, a realização do risco imputável no resultado lesivo e a infringência ao fim de proteção do tipo penal ou alcance do tipo.

A imputação objetiva serve para limitar a responsabilidade penal, constituin-

do-se em um mecanismo para delimitar o comportamento proibido. Ancorada em um sistema coerente de interpretação que se infere da função desempenhada pelo direito penal na sociedade, sua finalidade é analisar o sentido social de um comportamento, precisando se este encontra-se ou não socialmente proibido e se tal proibição é relevante para o direito penal.

Nesse sentido, foram elaborados vários critérios negativos da imputação objetiva, ou seja, hipóteses em que não haverá a valoração da conduta como juridicamente relevante para que o resultado a ela seja imputado, entre eles, o que nos interessa para a resolução do caso em tela, a exclusão da imputação pelo consentimento em uma auto-colocação em perigo.

(...)

Na hipótese dos autos, a vítima se colocou numa situação de risco, por livre e espontânea vontade, servindo o apelante apenas como instrumento de realização de sua conduta perigosa, pois, além de ter insistido para que fosse transportada na carroceria do automóvel, não seguiu as orientações para que se mantivesse sentada durante o percurso, levantando-se e vindo a perder o equilíbrio e cair, batendo a cabeça no chão e morrendo em virtude da lesão cerebral.

O comportamento da vítima é que determinou a ocorrência do resultado lesivo e não a conduta do apelante. Não havendo que se falar em criação, por parte do acusado, de uma situação de risco não permitida, mas apenas em participação na conduta perigosa de outrem, no caso, a vítima. (...)"

O magistrado demonstrou lucidez na decisão e trouxe uma luz de mudanças no pensamento doutrinário pátrio. A base de sua fundamentação foi a autocolocação em perigo por parte da vítima, pois ela possuía o domínio do risco, e não seria político-criminalmente correta a punição ao réu, pois esta não atenderia às finalidades preventivas da pena.

3.9. OUTRAS CONCEPÇÕES DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA

3.9.1. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA PARA GÜNTHER JAKOBS

Primeiramente, há de se explicar, em breves palavras, o funcionalismo penal de JAKOBS. Para ele, a função do direito penal é afirmar sua própria vigência. É o direito penal construído *para* o direito penal. Infringir uma norma é provocar a instabilidade do ordenamento jurídico.

Sua obra está sustentada em conceitos sociológicos⁷³. Assim, o direito penal tem como função manter a estabilidade social e preservar as expectativas guardadas nos papéis sociais de cada um. Esses *papéis* se referem à função que o indivíduo desempenha em um específico contato social, ao sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por pessoas intercambiáveis.⁷⁴

⁷³ Para uma boa compreensão da teoria de JAKOBS, v. LESCH, *Intervención...*, p. 39 e ss.

⁷⁴ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 124.

JAKOBS parte do pressuposto da liberdade de comportamento do indivíduo e sua responsabilidade pelas conseqüências. O fundamento liberal de uma “obrigação originária” tem como conteúdo negativo que o outro não deva ser perturbado em sua existência e a jurisdição não se poderia resumir apenas a normas de proibição, mas estas devem atuar junto com as normas de mandato.

Faz JAKOBS uma distinção entre normas de *proibição* e normas de *mandato*. As normas de proibição devem impedir a formação de um motivo que conduza a uma determinada atividade, enquanto as de mandato devem motivar precisamente a uma determinada atividade.⁷⁵

Na teoria da imputação objetiva, afirma o mestre de Bonn que sua função em um tal sistema consiste em determinar os pressupostos que fazem de uma causação qualquer, de um dado naturalista, um complexo significativo, cujo sentido comunicativo é o questionamento da norma, um “esboço de um mundo” no qual a norma não vige.⁷⁶

Sustentando-se no conceito de *ação típica* como sendo aquela em que, de um ponto de vista objetivo, viole um papel, através da figura de garantidor, ao autor somente serão imputados aqueles riscos cuja evitação cumpra a ele garantir, aqueles riscos em face dos quais ele desempenhe uma posição de garantidor.⁷⁷ Portanto, ao violar seu dever de garantidor, o autor cria um risco juridicamente proibido.

Em sua teoria, são irrelevantes todos os conhecimentos que ultrapassem os limites daquilo a que o agente, segundo seu papel social, está obrigado a saber.⁷⁸ Há o famoso exemplo do estudante de Biologia que trabalha como garçom nas horas vagas. Este mesmo rapaz, servindo ao cliente do restaurante, sabe que um cogumelo servido no prato é venenoso. Porém, só é possível este conhecimento em decorrência de suas habilidades como biólogo. Por isso, se o cliente morrer por ingerir o cogumelo, sua morte não poderá ser imputada ao rapaz que, no momento do fato, exercia seu papel de garçom, não se podendo exigir os usos de seus conhecimentos especiais de biólogo.

Duas diferenças são ressaltadas entre as teorias de ROXIN e JAKOBS: a) JAKOBS não leva em consideração os cursos causais hipotéticos na determinação da realização do risco; b) também JAKOBS não adotou o fim de proteção da norma, por considerar este *topos* impreciso.⁷⁹

Finalmente, na teoria da imputação objetiva de JAKOBS, a mesma será excluída nos seguintes casos: a) *criação do risco permitido*: realizado o risco permitido, o tipo será excluído⁸⁰, pois todo contato social envolve determinados riscos⁸¹; b) *princípio da confiança*: ninguém é obrigado a fazer de tudo pela vida social

⁷⁵ JAKOBS, *La imputación...*, p. 849.

⁷⁶ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 122.

⁷⁷ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 125; JAKOBS, *Bemerkungen...*, p. 50; JAKOBS, *Risikokonkurrenz...*, p. 63 e ss.

⁷⁸ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 127; JAKOBS, *Risikokonkurrenz...*, p. 73 e 74.

⁷⁹ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 130.

⁸⁰ JAKOBS, *A Imputação...*, p. 52.

⁸¹ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 126; JAKOBS, *A Imputação...*, p. 34 e ss.

estável porque existe a confiança em que cada um cumprirá sua função social⁸²; c) *proibição de regresso*: não há delito no comportamento socialmente neutro do autor se este for utilizado por terceiro com intuito criminoso⁸³; e d) *competência da vítima*: hipóteses em que o risco se encontra no âmbito da vítima, e não do autor⁸⁴

3.9.2. A DOUTRINA DE FRISCH

Por se tratar de uma complexa e densa teoria – mas uma das mais completas da doutrina – a mesma será exposta em linhas gerais, sem o aprofundamento merecido, uma vez que seu papel, aqui, é de mera complementação.

Na posição de FRISCH, a doutrina dominante teria priorizado a imputação de resultados, esquecendo-se de que seu pressuposto seria o comportamento proibido praticado pelo autor. No entanto, o autor afirma que tal comportamento sequer se pode dizer proibido⁸⁵.

Há de se distinguir *comportamento típico e imputação do resultado*, já que são conceitos construídos com base em normas diferentes, respectivamente, as *normas de comportamento* e as *normas de sanção*.⁸⁶ Seguem tais normas perspectivas *ex ante* e *ex post* ao resultado⁸⁷.

Em primeiro momento, FRISCH constrói sua *teoria do comportamento típico*, dividida em dois planos: no plano constitucional, em que são estudadas as necessidades de intervenção estatal no direito de liberdade, e no plano jurídico-penal, onde, da perspectiva do princípio da proporcionalidade (idoneidade, necessidade e adequação), será cogitada a reprovação social merecedora de sanção penal.

Posteriormente, parte para a concretização do resultado, estudando três grupos de casos: a) comportamentos imediatamente perigosos para o bem jurídico; b) comportamentos que possibilitam ou facilitam autolesões ou autocolocações em perigo da vítima e c) comportamentos que possibilitam, facilitam ou motivam comportamento lesivo de terceiro.⁸⁸

Duas observações pertinentes são levantadas por GRECO a respeito da teoria de FRISCH⁸⁹: a) o autor alemão confere importância às normas que regulam o comportamento, reduzindo a aparente indeterminação do critério proposto para o plano de concretização (os três grupos de casos acima citados); b) inúmeros problemas que a doutrina tradicionalmente resolve no plano de realização do risco são tratados por FRISCH no âmbito do comportamento típico.

⁸² JAKOBS, *Sociedad...*, p. 22 e ss., GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 126.

⁸³ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 126..

⁸⁴ JAKOBS, *Risikokonkurrenz...*, p. 75.; GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 127.

⁸⁵ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 132.

⁸⁶ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 133.

⁸⁷ Posicionamento semelhante possui WOLTER (*Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la "aberratio ictus"*, in *El sistema...*, p. 109 e ss.

⁸⁸ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 136.

⁸⁹ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 136 a 139.

Continua FRISCH na sua construção dogmática partindo para a *teoria da imputação do resultado*. Para ele, o desvalor do resultado deve ser fundamentado pela *ratio* dúplice da insegurança jurídica e da vigência da norma. Faltando essa *ratio*, o resultado não poderá ser imputado ao autor.

No plano de realização do risco, basta apenas uma mudança de perspectiva, da *ex ante* para a *ex post*. Ou seja, basta perguntar se, *ex post*, o que realmente ocorreu foi aquele risco *ex ante* criado, se o curso causal ocorrido era daqueles que a norma tinha por finalidade evitar.⁹⁰

3.9.3. A IMPUTAÇÃO PARA PUPPE

Trataremos, por último, da teoria da imputação de PUPPE, após explanada sua teoria da causalidade⁹¹. Por questões de metodologia, a exposição ficará restrita a alguns pontos.

As duas principais novidades em sua teoria estão na *realização do risco* e no *fim de proteção da norma*. PUPPE pouco difere da doutrina dominante no que diz respeito da criação de riscos juridicamente desaprovados⁹²

Para saber se um risco realizou-se no resultado, tem-se de analisar se o risco criado pelo autor é condição necessária para explica-lo de modo suficiente, se aquelas características do comportamento, que fazem dele algo proibido, sejam partes necessárias da explicação causal⁹³.

Sua principal inovação é trabalhar a teoria da imputação com base em leis meramente probabilísticas, e não deterministas. Visa esse método a corrigir os erros da causalidade onde não se pode afirmar, com certeza, por meio de leis deterministas, a ocorrência de um resultado.

Ou seja, se A aplica veneno na sopa de B, a quantidade aplicada será a condição necessária do enunciado de que toda vez que alguém ingerir uma quantidade X de veneno, morrerá em consequência deste (lei probabilística).

Outro exemplo utilizado por GRECO⁹⁴: numa operação arriscada, o médico comete um erro, vindo a matar seu paciente. Não há qualquer lei determinista que impere que sempre que um médico cometer o erro X, seu paciente morrerá. Há inúmeros outros fatores que podem contribuir para o resultado morte.

Trabalhando apenas com leis deterministas, de que não se pode afirmar que esse erro sempre causará a morte, o médico sempre sairia impune. Portanto, a necessidade das leis probabilísticas se dá no momento de detectar o aumento do risco derivado de uma lei probabilística, para se chegar a uma conclusão sobre o resultado.

Em relação ao fim de proteção da norma, PUPPE vai contra a teoria domi-

⁹⁰ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 141.

⁹¹ V. item 3.4.

⁹² GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 150.

⁹³ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 150.

⁹⁴ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 151 e 152.

nante e o redefine como a *idoneidade genérica para impedir determinada classe de cursos causais*⁹⁵. Quer dizer que não se pode ficar preso à simples interpretação individual do tipo, mas trabalhar com conceitos genéricos.

Compreendem-se nas normas penais todos aqueles cursos causais que o respeito à norma *geralmente* consegue impedir. Se o respeito à norma tiver idoneidade para impedir o resultado não no plano macro, mas no caso específico apenas, o resultado se encontrará fora do âmbito de proteção da norma⁹⁶.

4. QUESTÕES RELEVANTES DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Neste capítulo, estão expostos alguns dos problemas levantados nas doutrinas brasileira e estrangeira surgidos com o desenvolvimento das teorias da causalidade e da imputação objetiva.

Modestamente, estão explicitadas as questões de maneira não profunda por dois motivos: a) a falta de consenso doutrinário e de uma teoria geral da imputação; b) a proposta do trabalho (expor as transformações sofridas na teoria do delito) e seus limites de pesquisa (pouco material disponível no Brasil).

4.1. IMPUTAÇÃO COMO SUBSTITUTA DA CAUSALIDADE

Na doutrina nacional, DAMÁSIO defende, com ênfase, a substituição da causalidade pela imputação. Diz o autor que pretende substituir o dogma causal material por uma relação jurídica (normativa) entre a conduta e o resultado⁹⁷.

Discordando do autor, a posição aqui defendida continua sendo de uma teoria da imputação como elemento suplementar da teoria do tipo, onde se encontra, também, a teoria da causalidade. Ou seja, causalidade e imputação assumem funções distintas, porém, complementares.

A problemática se estende nos casos em que o autor criou o risco juridicamente proibido e este risco se realizou no resultado concreto, porém, por obra de outra conduta. Por exemplo, A atira em B com a intenção de matá-lo, porém, este morre em virtude de uma infecção hospitalar. Como resolver esta questão apenas no plano da imputação? Como distinguir a causação do resultado sem considerar os elementos ontológicos?

Especialmente nos crimes materiais, há necessidade de um dado ontológico para caracterizar o nexo entre ação e resultado. JAKOBS afirma que se não houver um mínimo de naturalismo no resultado, teremos apenas crimes de perigo.⁹⁸

Parece ser mais correto a adoção de uma teoria da causalidade - mais criteriosa - para evitar inequívocos já no primeiro instante da resolução do caso, seguida da análise da imputação objetiva, como meio de aplicar o princípio da legalidade e defender as garantias do autor.

⁹⁵ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 153.

⁹⁶ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 153.

⁹⁷ JESUS, *Imputação...*, p. 23.

⁹⁸ JAKOBS, *Risikokonkurrenz...*, p. 54 e 55, nota de rodapé n.º 4.

A imputação objetiva se faz necessária para evitar certos absurdos, no plano da causalidade, como o regresso *ad infinitum* possibilitado pela teoria da equivalência das condições.

Continuando, ainda, DAMÁSIO propõe a prova do aumento do risco, pura e simplesmente, para imputar o resultado ao réu, nas hipóteses em que for difícil a comprovação do nexo de causalidade⁹⁹, em especial nos delitos ambientais¹⁰⁰.

A discordância, aqui, fundamenta-se na falta de consenso entre a teoria do incremento do risco. Mesmo na Alemanha, país onde o Direito Penal atingiu maior fecundidade, não há uma teoria uniforme que trabalhe o conceito de aumento de risco. Por exemplo, as teorias distintas de ROXIN, JAKOBS e PUPPE. Outros, como FRISCH, nem mesmo aceitam a existência do aumento do risco¹⁰¹.

4.2. O ARTIGO 13 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Apesar de a teoria da imputação objetiva ter passado despercebida em nossa doutrina por muito tempo¹⁰², nosso Código Penal já a incorporava, de forma discreta, em seu artigo 13, § 1.º, do Código Penal, cuja redação é a seguinte:

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

Trata-se de um instrumento que o legislador utilizou para evitar os abusos da teoria da *conditio sine qua non*, imperante no *caput* do artigo 13, como o regresso das causas que fuja do bom senso jurídico, e outras imperfeições que possam levar a erros grotescos.

A própria redação do código traz o verbo *imputar* na explicação das causas supervenientes independentes. Quer dizer, não há impedimentos para a adoção de uma teoria da imputação objetiva em nosso ordenamento.

A doutrina tradicional ocupou-se em estudar a teoria da imputação como a *teoria das concausas*, segundo a qual a causa preexistente, concomitante ou superveniente, que, por si só, produz o resultado, não permite que o resultado seja imputado ao autor.¹⁰³

Um pouco diferente da opinião dominante é a de REALE JR., segundo o qual o ordenamento brasileiro adotou a teoria da relevância. Descreve a verificação da ação como *conditio sine qua non* do resultado e a redução do âmbito de relevância causal, pelo exame do aspecto psicológico, que atua como fator limitativo da impu-

⁹⁹ JESUS, *Imputação...*, p. 80.

¹⁰⁰ Por meio do direito ambiental, o legislador brasileiro introduziu a figura da responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma das grandes aberrações de nosso sistema legislativo, portanto, não é aceitável que também se aumente a problemática em torno destes crimes, ceifando a causalidade dos respectivos tipos. Mas este é um tema que merece desenvolvimento em trabalho a parte.

¹⁰¹ V. capítulo 4.

¹⁰² Faça-se justiça a TAVARES que, em 1985, em sua obra *Direito penal da negligência* (São Paulo / RT) já discorria sobre a teoria da imputação objetiva (p. 151 e ss).

¹⁰³ Como exemplo, JESUS, *Direito penal...*, p. 223 e ss.

tação estritamente causal.¹⁰⁴ Nota-se que o mesmo autor não faz, ainda, alusão à teoria da imputação objetiva.

Recentemente, CIRINO DOS SANTOS faz a distinção entre causação e imputação¹⁰⁵ do resultado sustentando-se no artigo 13, § 1.º do Código Penal, afirmando que a lei brasileira considera a *independência relativa* do novo curso causal como excludente da *imputação* do resultado – não como excludente da *relação de causalidade*¹⁰⁶.

A posição aqui adotada segue a defendida pelo professor paranaense, segundo a qual o tipo penal é construído pelos elementos objetivos e subjetivos, sendo aqueles a tipicidade, a causalidade, a imputação objetiva e o resultado.

Mas o problema descrito neste tópico não fica restrito à terminologia ou a aspectos teóricos. Chama a atenção GRECO para a maior extensão da teoria da imputação objetiva e pelos erros a que a combinatória de causas (supervenientes, antecedentes e concomitantes) pode levar, com conseqüências drásticas de uma responsabilidade objetiva, sem culpa, com base no mero nexo causal.¹⁰⁷

4.3. CRÍTICAS DA DOUTRINA NACIONAL

Dentre os doutrinadores brasileiros, QUEIROZ encontra-se entre os maiores críticos da teoria da imputação objetiva. O autor não nega a sua importância, porém, afirma que existe demasiado grau de abstração na teoria, o que não passa, em boa parte, de pura especulação¹⁰⁸.

Sustenta-se o autor nos posicionamentos de GIMBERNAT ORDEIG. Primeiramente, em relação aos crimes culposos, se o autor se mantém dentro do risco permitido, não haveria imputação objetiva simplesmente porque não existe, em tal caso, culpa, já que o autor, atuando dentro do risco socialmente tolerado, não infringe, assim, o dever objetivo de cuidado, de sorte que não é necessário apelar à teoria da imputação objetiva¹⁰⁹.

Ilustrando a situação: A trafega por uma via dentro do limite permitido e, sem qualquer intenção, atropela B. Pela teoria da imputação objetiva, o resultado não seria imputável ao autor porque o mesmo atuou dentro do risco tolerável pela sociedade. Para GIMBERNAT, não haveria tipicidade unicamente pela ausência do elemento *culpa*, sem necessidade de examinar os grupos de casos da teoria da imputação objetiva.

Continua QUEIROZ em sua fundamentação analisando o risco permitido como sendo a inexistência de imprudência, imperícia ou negligência, o que significa ausência de culpa¹¹⁰. Argumenta, por exemplo, que não há culpa quando o agente não

¹⁰⁴ REALE JR., *Teoria...*, p. 178 e 179.

¹⁰⁵ CIRINO prefere o termo *atribuição* ao termo *imputação*.

¹⁰⁶ CIRINO DOS SANTOS, *A moderna...*, p. 53.

¹⁰⁷ GRECO, in ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 172.

¹⁰⁸ QUEIROZ, *Direito penal...*, p. 138.

¹⁰⁹ QUEIROZ, *Direito penal...*, p. 135.

¹¹⁰ QUEIROZ, *Direito penal...*, p. 136.

possui dever objetivo de garantidor em relação a outrem e sua omissão for causa do resultado.

Em relação aos crimes dolosos, haverá ausência de *culpa* – e não exclusão da imputação – nas hipóteses em que o autor sugere à vítima que faça alguma atividade perigosa, porém, permitida. Exemplo: A sugere a B que pratique algum esporte violento, com a intenção de que este morra. A mera intenção não configura *culpa* e, portanto, não há tipicidade. Se o fato realizado constitui uma conduta correta – por mais que se realiza com más intenções – então, para um Direito Penal regido pelo princípio do fato, não existe tampouco uma manifestação externa à qual se possa vincular uma proibição penal¹¹¹.

Conclui sua crítica invocando mais uma vez GIMBERNAT, dizendo que a teoria da imputação objetiva é uma teoria que não se sabe exatamente o que é, nem qual é o seu fundamento¹¹².

Preferimos a posição de TAVARES, concordando com o autor carioca quando este afirma que a imputação do injusto não é uma questão pura de tipicidade, mas se estende também a temas de permissão, sendo elemento da construção do injusto de garantia¹¹³. Ora, se o que se busca é o Direito Penal garantístico, não se pode dispensar a teoria da imputação objetiva apenas porque os exemplos utilizados por nossa doutrina são fantasiosos; deve-se, antes de tudo, estudá-la a fundo e aperfeiçoar seus fundamentos porque ainda é uma teoria recente e pouco conhecida em nosso território.

4.4. AS LEIS CAUSAIS PROBABILÍSTICAS

É-nos apresentada por PUPPE a teoria do incremento do risco substitutiva da causalidade, segundo a qual a imputação é possível com bases em leis de probabilidade. Diz que as leis deterministas não apresentam soluções nos casos concretos em que a causalidade não está determinada.¹¹⁴ A autora parte da idéia de que “o ajustamento das leis – como regra escrita ou, quando menos, de probabilidade – não é somente pressuposto teórico de um conceito razoável de causação, senão também pressuposto normativo razoável de imputação”¹¹⁵.

Quando um juiz não apresenta habilidades para resolver uma discordância entre especialistas das ciências naturais sobre a validade de uma lei causal, pode, e deve, decidir se um fator determinado foi causal ou não de um dano no caso concreto, já que isto não implica uma decisão sobre a validade de uma lei causal.¹¹⁶

Porém, na atualidade, já não é mais seguro afirmar que as ciências naturais disponham de verdades absolutas e eternas para nós.¹¹⁷ PUPPE sustenta a posi-

¹¹¹ QUEIROZ, *Direito penal...*, p. 136.

¹¹² QUEIROZ, *Direito penal...*, p. 138.

¹¹³ TAVARES, *Teoria...*, p. 246.

¹¹⁴ PUPPE, *La imputación...*, p. 28; *Der Erfolg...*, pp. 902 e 903.

¹¹⁵ PUPPE, *La imputación...*, p. 21.

¹¹⁶ PUPPE, *La imputación...*, pp. 17 e 18.

¹¹⁷ PUPPE, *La imputación...*, p. 25.

ção de que deve ser exigido o mais alto grau de certeza que, em geral, as ciências naturais podem oferecer para a aplicação de uma lei causal. E, continua:

“Uma lei dotada de certeza permite deduzir forçosamente a conseqüência através da causa, pois a causa se apresenta como a condição suficiente para a conseqüência. Uma lei de certeza será, pois, absoluta se permite uma dedução forçosa da conseqüência. Uma lei de probabilidade nunca permite uma dedução forçosa da conseqüência, senão somente uma dedução baseada em uma maior ou menor probabilidade de aparição desta conseqüência. Disto não resulta critério algum para o caráter absoluto da lei, porque uma lei de probabilidade será absoluta se oferece o grau mais alto de probabilidade, isto é, se contém todos os fatores que elevam a possibilidade da aparição do resultado.”¹¹⁸

Os enunciados teóricos gerais são provados através de comprovações experimentais ou estatísticas e de sua compatibilidade com outros princípios teóricos universalmente reconhecidos. PUPPE discorda da jurisprudência do Tribunal Federal alemão, afirmando que “mediante o informe pericial não se prova uma lei causal, informa-se somente sobre sua comprovação efetuada de uma maneira distinta. Neste sentido, o juiz não pode decidir sobre a validade de uma lei causal mediante uma “avaliação global” das circunstâncias do caso concreto, como opina o BGH. Deve, pois, decidir se as razões expostas pelos peritos são suficientes para aceitar-se a lei causal”¹¹⁹.

Uma das hipóteses em que PUPPE inclui a utilização de leis probabilísticas refere-se às lesões posteriores a tratamentos médicos. Por exemplo, um paciente vem a falecer porque o médico se omitiu em aplicar sessões de determinada terapia que possibilitaria o prolongamento de sua vida. Estatisticamente, está comprovado que 95% dos pacientes que se submetem à terapia sobrevivem por mais dois anos. Então, cabe a indagação: como provar que o paciente não estaria no grupo dos 5% que não sobrevivem, mesmo com a terapia?

Argumenta PUPPE que muitos processos patológicos e também os processos de cura não são vistos nas ciências médicas modernas como plenamente determinados por leis causais.¹²⁰ Há necessidade de aplicação de leis de probabilidade para decidir sobre a imputação no caso exemplificativo.

PUPPE faz ressalvas à teoria do incremento do risco substitutiva da causalidade. Diz que uma lei dotada de certeza permite deduzir forçosamente a conseqüência de sua causa, dado que esta se apresenta como condição suficiente para aquela¹²¹. “Uma lei de certeza será, pois, absoluta se permitir uma dedução forçosa da conseqüência. Sem embargo, uma lei de probabilidade nunca permite uma dedução forçosa da conseqüência. Disto resulta critério algum para o caráter absoluto da lei, pelo que uma lei de probabilidade será absoluta se oferece o grau mais

¹¹⁸ PUPPE, *La imputación...*, p. 31.

¹¹⁹ PUPPE, *La imputación...*, p. 25.

¹²⁰ PUPPE, *La imputación...*, p. 27.

¹²¹ PUPPE, *La imputación...*, p. 31.

alto de probabilidade, isto é, se contém todos os fatores que elevam a probabilidade da aparição do resultado”¹²².

Fica evidente que a utilização da teoria do incremento do risco substituta da causalidade merece todo cuidado se for aplicada, uma vez que no plano teórico não há segurança sobre a indeterminação da representação causal, é dizer, se esta se deve a uma determinação não absoluta do processo ou ao conhecimento não absoluto de suas determinantes¹²³.

5. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A intenção deste capítulo é trabalhar um pouco a prática da teoria da imputação objetiva, para mostrar como a mesma pode ser mais do que apenas um amontoado de idéias teóricas.

Alguns acórdãos foram separados e suas decisões analisadas. Em seguida, foi colocada uma nova solução para a mesma questão, aplicando o que fora até aqui exposto.

A pesquisa jurisprudencial iniciou-se com a obra *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, organizada por Alberto SILVA FRANCO e Rui STOCCO (editora Saraiva, 2001), e, em seguida, com a leitura em inteiro teor do acórdão.

SITUAÇÃO 1 (Ap. 981.353-6 – TACRIM/SP): Motorista foi condenado por lesão corporal culposa após trafegar na contramão e provocar outro acidente, decorrente de uma moto que se desviou por causa de sua imperícia.

O condutor da moto, que estava na mão correta, ao perceber que o réu vinha pela contramão, manobrou para a diagonal, colidindo com outro veículo. Tanto aquele que conduzia a moto, como o condutor do veículo, ficaram feridos.

O fundamento do voto foi a teoria da equivalência das condições, pois o resultado somente ocorreu pela manobra incorreta do réu e, se esta fosse hipoteticamente eliminada, o resultado não teria ocorrido.

Poder-se-ia, no caso em tela, resolvê-lo pela teoria da imputação objetiva. Houve, sem dúvida, uma violação ao dever de cuidado, resultando em um risco juridicamente proibido (trafegar na contramão). O Código Brasileiro de Trânsito tem, como uma de suas finalidades, proteger os motoristas e pedestres, regulando condutas que devem ser obedecidas.

O resultado foi a lesão corporal das vítimas, o que poderia ser impedido se o risco não fosse criado. Ou seja, o alcance da norma de trânsito atinge a integridade física das pessoas que trafegam pelas ruas. Uma manobra mais responsável do réu poderia ter evitado o resultado.

Salta-se aos olhos que o motorista agiu de maneira contrária ao ordenamento jurídico. Criou um risco juridicamente proibido, este risco foi realizado no resultado

¹²² PUPPE, *La imputación...*, p. 31.

¹²³ PUPPE, *La imputación...*, p. 32.

concreto e o alcance da norma não se extrapolou.

Uma decisão fundamentada apenas na mera eliminação hipotética poderia provocar uma pena injusta, por exemplo, por homicídio culposo, caso um dos lesados morresse no hospital em virtude de infecção que nada teve a ver com o acidente. Pois, a vítima não estaria hospitalizada se o autor agisse, anteriormente, com prudência.

SITUAÇÃO 2 (RJTJSP 1/210): O autor de lesões corporais foi condenado por homicídio culposo, pois a vítima ficou assustada com as agressões e morreu em consequência de parada cardíaca, pois seu coração estava fragilizado pelo “Trypanosoma cruzi”.

Este é um caso que teria outro desfecho se o magistrado tivesse ministrado a teoria da imputação objetiva. A vítima faleceu em virtude de uma parada cardíaca, e não pelas lesões sofridas. Não se poderia tipificar o crime como lesão corporal seguida de morte.

O autor desconhecia a doença da vítima, que estava contaminada pelo “Trypanosoma cruzi”, o que realmente fragilizou sua resistência orgânica. Mas o desconhecimento dessa fragilidade afasta a culpa por homicídio, uma vez que a conduta não configura negligência, imperícia, ou imprudência. A intenção do autor era apenas lesar a vítima.

Portanto, o risco juridicamente proibido foi criado dentro do alcance da norma do artigo 129 do Código Penal, e não do artigo 121. E o resultado concreto não se insere aqui. O réu deveria, por conseguinte, ter sido condenado pelo crime de lesão corporal dolosa.

SITUAÇÃO 3 (JUTACRIM 84/407): A vítima, ao ser assustada pelo réu, correu em direção à pista, onde, inesperadamente, foi atropelada, vindo a falecer. O réu foi absolvido com fundamento na teoria das concausas (causa superveniente que, por si só, produziu o resultado).

Apesar do julgamento favorável ao réu, o conteúdo da decisão não encontra mais respaldo na moderna doutrina. Como dito anteriormente, a teoria das concausas foi colocada às margens pela teoria da imputação.

O caso seria facilmente resolvido pela exclusão da imputação, pois não houve um risco juridicamente proibido. O artigo 121 do Código Penal não tem qualquer intenção de proibir sustos. E, também, não estava o risco sob domínio do autor, uma vez que o próprio acórdão relatou que o veículo surgiu repentinamente.

SITUAÇÃO 4 (RJTJSP 106/454): Mulher foi vítima de atropelamento, resultando em morte, após fugir dos agentes, que a mantinham dentro de automóvel, nas proximidades da Via Dutra. A vítima estava embriagada e a intenção dos agentes era de, com ela, manter relações sexuais.

Aqui, houve a criação do risco juridicamente proibido, pois o Direito proíbe condutas que privem as pessoas de sua liberdade sexual. Porém, este risco não se realizou no resultado (que deveria ser o estupro, por exemplo). O resultado foi a morte.

O ato de tentar manter relações sexuais com a vítima despertou seu ímpeto para fugir. E, conforme conhecimento de uma pessoa mediana, uma fuga pela Via Dutra provavelmente não terminaria sem acidentes, ainda mais quando se está embriagado.

No entanto, não era a morte a intenção dos agentes. O que aconteceu foi o comportamento imprudente por parte deles, ao praticar o ato em região perigosa. Então, o risco juridicamente proibido se realizou no resultado morte, por *culpa*.

Afirmar que a vítima causou o risco de um acidente ao correr pela rodovia seria dizer que a mesma deveria se entregar aos agentes e manter relações sexuais, como se fosse de sua vontade.

Finalizando, o resultado somente poderia se imputar aos réus a título de culpa, o que seria, por conseguinte, o homicídio culposo, e não doloso, como decidiu o tribunal, com base na teoria da equivalência das condições.

SITUAÇÃO 5 (TJSP – HC 182.240-3/5): O Ministério Público denunciou o médico que não efetuou transfusão de sangue ao paciente menor, por recusa da própria vítima e de seus pais, por homicídio doloso (dolo eventual).

Caso muito delicado que envolve crenças religiosas, traz à tona a questão do consentimento da vítima. O médico tentou por vários meios convencer a família de que a transfusão de sangue seria essencial e, mesmo assim, houve a recusa. A vítima, algum tempo depois, veio a falecer.

O Ministério Público entendeu que o médico agira com dolo eventual, em crime de homicídio comissivo por omissão. Não é justa a alegação, e muito menos seria uma possível condenação.

A vítima, apesar de menor, estava sendo representada pelos pais. E, juntos, negaram a transfusão por entenderem que o ato feriria os dogmas de sua religião. Como houve expressa advertência médica (como registrado nos relatórios do hospital) do perigo eminente, o risco estava sob domínio da própria vítima.

A doutrina afirma que a autocolocação em perigo da vítima exclui a imputação. Se não fosse assim tratado o caso, a inação do médico seria causa do resultado, e não haveria exclusão do nexo de causalidade pela teoria das *concausas*. Resultaria, portanto, na sua condenação por homicídio doloso, o que em nada refletiria a justiça de um Direito Penal democrático.

SITUAÇÃO 6 (RJTJSP 25/565): Vítima de agressões foi submetida a cirurgia e, em razão de complicações provocadas por esta, veio a falecer. O juiz entendeu que houve nexo de causalidade e condenou o réu por homicídio doloso (dolo eventual). A defesa recorreu alegando causa superveniente, mas o tribunal manteve a sentença, defendendo a tese do Ministério Público de que havia relação de causalidade.

Erraram os juízos *a quo* e *ad quem* em suas decisões e fundamentações. O laudo médico comprovou que a morte foi resultado de complicações decorrentes da cirurgia. Obviamente que a cirurgia só foi precisa por causa das agressões, configurando o nexo de causalidade pela teoria da *conditio sine qua non*. Mas não há

como imputar o homicídio.

O risco juridicamente proibido foi o do artigo 129 do Código Penal, e não o do 121. A intenção do agente era a de lesar a vítima, o que realmente aconteceu. Porém, o mesmo risco não se efetivou no resultado concreto, mas sim a morte.

O agente deveria, pela argumentação da teoria da imputação objetiva, ser condenado pelo crime de lesão corporal grave. E, mesmo que tivesse a intenção de matar, responderia apenas pela tentativa de homicídio, pois a morte seria derivada de causa alheia ao alcance do autor.

SITUAÇÃO 7 (RJACRIM 42/189): Médico foi acusado pelo Ministério Público pelo crime de lesão corporal culposa, após observar que o quadro clínico do paciente era mais grave do que o esperado, não realiza a cirurgia que inicialmente pretendia. Originariamente, o médico efetuaria a cirurgia do apêndice, porém, colocou um dreno local e o paciente piorou. O mesmo foi transferido para outra cidade, onde recuperou sua saúde.

Os médicos que realizaram a cirurgia na outra cidade constataram que o procedimento do acusado foi correta, pois o estado clínico do paciente não era simples e, por isso, necessitava de cuidados anteriores à cirurgia, havendo o risco de uma piora, o que veio a ocorrer.

Os membros do Ministério Público entenderam que houve imperícia do primeiro médico e esta teria sido a causa da piora. Não obstante, demais médicos confirmaram o contrário.

O juízo *ad quem* decidiu pela absolvição do médico, entendendo que o fato foi atípico, pois carecia de elemento subjetivo do tipo. Mas não é só isso. O procedimento do acusado diminuiu o risco de um resultado de lesão ao paciente, o que exclui a imputação.

O caso em tela incide no *topos* em que ROXIN considera não haver a imputação ao tipo objetivo porque houve diminuição do risco, tendo a conduta impedido resultado que poderia ser pior que a sua piora no quadro clínico. Note-se que, segundo o laudo médico, a queda do quadro clínico era previsível, porém, necessário.

SITUAÇÃO 8 (RJD 11/109): Vítima falecida por ocasião de uma parada cardiorespiratória, durante cirurgia para reparação de fratura decorrente de atropelamento.

O agente conduzia o veículo com imprudência, imprimindo-lhe alta velocidade. Obviamente esse comportamento aumentou o risco proibido pelas normas de trânsito, sendo o resultado objetivamente imputável ao motorista.

Foram duas etapas de complicação pelas quais passou a vítima: a primeira, as fraturas conseqüentes do atropelamento; a segunda, a parada cardiorespiratória durante a cirurgia. Portanto, a morte não foi mera obra do acaso: pode-se dizer, com segurança, que foi a realização do risco no resultado concreto.

A decisão do magistrado foi baseada meramente na esfera da causalidade, sustentando-se no “desdobramento” de causas, a segunda como conseqüência da

primeira. Foi o motorista condenado por homicídio culposo.

Apesar da decisão acertada, a fundamentação meramente apoiada na causalidade poderia trazer um ponto de insegurança. Se a morte fosse resultante de qualquer tipo de infecção hospitalar, seria a mesma, também, um “desdobramento” das fraturas originárias. No entanto, o resultado morte não seria a realização do risco aumentado e a pena mais justa seria a lesão corporal culposa.

SITUAÇÃO 9 (JUTACRIM 72/272): Vítima de atropelamento falece no decurso do tratamento, por complicações decorrentes das fraturas.

Aqui, a situação é semelhante à anterior. Uma única diferença é a fundamentação do magistrado. Diz o mesmo que a “relação causal entre a conduta do agente e o resultado morte não deixa de subsistir, ainda quando, para tal resultado haja contribuído, por exemplo, particular condição fisiologia da vítima ou a falta de tratamento adequado”.

Essa argumentação é muito perigosa para o Direito Penal das garantias. Não se pode - como exaustivamente desenvolvido no trabalho – focalizar o vínculo entre conduta e resultado no mero exame da causalidade.

Não é necessário recorrer à teoria da imputação objetiva para detectar o equívoco. Basta voltar aos olhos à superada teoria das concausas para perceber que foram desprezadas as chamadas causas anteriores, concomitantes e supervenientes.

Ao conduzir o veículo em alta velocidade, o agente aumentou o risco juridicamente proibido pelas normas de trânsito. Estas têm como uma das funções prevenir acidentes de maneira geral, e não especificamente aos portadores de determinadas doenças.

Exemplificando: se a vítima atropelada fosse portadora de hemofilia e, por causa desta peculiaridade, viesse a falecer, pois seu organismo é mais frágil do que o de uma pessoa não-hemofílica, não poderia imputar o crime de homicídio ao agente. Não há normas que proibam atropelamentos à pessoas hemofílicas, especificamente.

Abrem-se duas questões: se o agente sabe que a vítima é portadora de hemofilia, imputa-se o crime de homicídio doloso; se não sabe da doença e esta vem a ser causa da morte, imputa-se-ia o crime de lesão corporal culposa.

Fica evidente que a imputação objetiva é necessária para evitar erros assim, pois não se pode olvidar que as normas penais são destinadas aos cidadãos em geral, e não a pessoas determinadas.

SITUAÇÃO 10 (Súmula 174 do STJ): Trata-se da polêmica súmula que inclui o uso de arma de brinquedo como qualificadora do crime de roubo.

A análise da súmula pode ir além de um estudo das elementares do tipo, atingindo o plano da imputação objetiva.

É sabido por todos que uma arma de brinquedo não pode causar os mesmos danos que uma arma verdadeira, em especial lesões graves ou, até mesmo, a morte da vítima.

Portanto, aquele que faz uso de arma de brinquedo para subtrair algo não cria um risco juridicamente proibido de provocar lesões graves. Obviamente que a vítima não procuraria saber se a arma é ou não verdadeira, sentindo-se ameaçada como se o fosse. Mas a questão da qualificadora consiste no POTENCIAL ofensivo.

Se a potencialidade de cada arma se apresenta em oposição, o eventual disparo de cada uma provocaria resultados distintos (a lesão e a não-lesão). Ou seja, é impossível que os riscos proibidos de cada ação se concretizem igualmente no resultado.

Não se pode imputar o uso da arma de brinquedo como uma qualificadora, equiparando-se ao uso de uma arma verdadeira. Esta é a modalidade qualificada, enquanto aquela é a forma simples. A arma sem potencial real ofensivo não aumenta o risco de lesão como o faria a arma de fogo.

Felizmente, a súmula 174 do STJ foi revogada.

6. CONCLUSÕES

1) A teoria do delito no Brasil não acompanhou seu desenvolvimento no continente europeu, em especial na Alemanha. Ainda trabalhamos com concepções finalistas enquanto o direito germânico, já há algum tempo, mescla diversos fundamentos, das mais variadas correntes. A doutrina brasileira dominante não incorporou a imputação objetiva como elemento do tipo, restringindo este à composição da ação, causalidade e resultado.

2) A fórmula de determinação da causalidade pela *conditio sine qua non* mostra-se insuficiente e cheia de falhas que podem levar a absurdos quando se estuda o nexo entre a conduta e o resultado. Outras teorias buscaram aperfeiçoar o estudo das condições da causalidade, destacando-se a da adequação e relevância e, sobretudo, a da condição conforme uma lei natural, sendo esta predominante na doutrina alemã.

3) Historicamente, várias foram as tentativas de construção de uma teoria da imputação objetiva para o Direito Penal, tendo como marco a teoria da imputação de Hegel. Atualmente, as quatro teorias de maior incidência na doutrina são as de Roxin, Jakobs, Puppe e Fisch. O presente trabalho optou pela análise da teoria de Claus Roxin, fundamentada nas finalidades preventivas da pena.

4) A imputação objetiva trabalha com três conceitos: a criação de um risco juridicamente proibido, a realização deste risco no resultado concreto e o alcance da norma. Ou seja, não basta haver a mera causalidade, que fica restrita apenas ao plano naturalístico. Há necessidade de uma delimitação normativa que busque as necessidades de prevenção da pena aplicada ao caso concreto.

5) Roxin desenvolve sua teoria invertendo o raciocínio dedutivo para o indutivo. Explicando melhor: divide a teoria em quatro grupo de casos, dando um tratamento específico para cada um, deixando de lado uma idéia única a ser aplicada **generalizadamente. Cada grupo de casos denon** ~~ira~~ ~~tip~~ ~~os~~, sendo estes: a) diminuição do risco; b) os riscos juridicamente irrelevantes; c) o aumento do risco; e d) o fim de proteção da norma.

6) Considerando-se que a mera causalidade não pode ter papel exclusivo como nexa entre a ação e o resultado, pode-se concluir que a mera imputação também não o faz. Ignorar por completo o plano naturalístico, aderindo a um plano puramente normativo, é ceifar os crimes de resultado e admitir que todos os crimes sejam de perigo.

7) O artigo 13 do Código Penal brasileiro apresenta-se obsoleto. A teoria das concausas, defendida em peso pela doutrina brasileira, foi, há muito, substituída pela teoria da imputação objetiva. A própria redação do artigo permite uma nova leitura. Em vez da tradicional utilização dos conceitos de causas preexistente, concomitante e superveniente, a moderna doutrina recomenda a imputação objetiva.

8) Nossa jurisprudência, a exemplo de nossa doutrina, não acompanhou a evolução da teoria do delito e também não adotou a teoria da imputação objetiva para fundamentar suas decisões. Os tribunais ainda ficam restritos ao plano da causalidade, considerando, fortemente, as concausas como excludentes do tipo penal. A ausência de uma teoria da imputação objetiva leva, por muitas vezes, a decisões incorretas e à insegurança jurídica.

9) A posição aqui defendida é de um tipo penal composto por causalidade e imputação. Não basta apenas o fato naturalístico (causalidade) como elo entre ação e resultado. Deve estar presente a imputação objetiva. Um resultado somente caracteriza um delito se puder ser imputado à ação praticada pelo agente.

10) A teoria da imputação objetiva não surgiu como a salvação do Direito Penal, já que também carrega consigo alguns problemas sem soluções unânimes. A discussão ainda não atingiu um grau de solidez, tanto que grandes penalistas continuam divergindo em muitos aspectos, cada um no seu raciocínio, e nem por isso uma teoria é mais valiosa que a outra. Aqui no Brasil, tem que se seguir o exemplo dos juristas alemães e discutir as idéias, sem fazer uso dos argumentos de autoridade. Nosso Direito Penal ainda tem muito a evoluir.

BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2000.

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

GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2000.

GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Jurídica*, ano 48. Porto Alegre. 2000; e em www.geraldoprado.com.br.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

HÖNIG, Richard. *Kausalität und objektive Zurechnung*, em: Hegler (ed.), *Festgabe für Reinhardt v. Frank*, vol. I, Mohr, Tübingen, 1930.

JAKOBS, Günther. *A Imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

_____. *Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht*, em: Küper (ed.), *Festschrift für Lackner*, DeGruyter, Berlin-New York, 1987.

_____. *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung*, em: Weigend / Küpper (eds.), *Festschrift für Hirsch*, DeGruyter, Berlin / New York, 1999.

(*)_____. *La imputación penal de la acción y de la omisión*.

(*)_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. 1999.

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

LESCH, Heiko H.. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1995.

- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.
- PUPPE, Ingeborg. *Der Erfolg in seiner kausalen Erklärung im Strafrecht*, em: ZStW 92 (1980).
- _____. *Kausalität. Ein Versuch, kriminalistisch zu denken*, em: ZStrR 107 (1990).
- _____. *La imputación objetiva*. Trad. Percy García Caveró. Granada: Comares. 2001.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva. 2001.
- REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.
- _____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
- _____. *Finalität und objektive Zurechnung*, em: Dornseifer etc. (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Heymanns, Köln usw. 1989.
- _____. *Derecho penal, parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas. 1997.
- _____. *Wandlungen der Strafzwecklehre*. In Sonderdruck aus Grundfragen staatlichen Strafsens. Verlag C. H. Beck: Munique. 2001.
- SCHUNEMANN, Bernd (coord.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos. 1991.
- _____. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte*, em: JA 1975.
- _____. *Über die objektive Zurechnung*, em: GA 1999.
- STRATENWERTH, Günter. *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, em: Lackner (etc.), *Festschrift für Gallas*, DeGruyter, Berlin, 1973.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Saraiva. 2000.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.