PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

Teoria da Imputação Penal Objetiva: Contradições e impactos no ordenamento brasileiro

por

Francisco Carneiro Ribeiro Gradel

ORIENTADOR: Sergio Chastinet Duarte Guimarães

2019.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

Teoria da Imputação Penal Objetiva: Contradições e impactos no ordenamento brasileiro

por

Francisco Carneiro Ribeiro Gradel

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Sergio Chastinet Duarte

2019.2

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à memória de minha mãe, Maria Augusta Carneiro Ribeiro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que tanto contribuíram para que esse momento pudesse ser alcançado.

Primeiro, ao Professor Sergio Chastinet Duarte Guimarães, por todo conhecimento, experiência e paciência despendidos na orientação desta monografia.

A meu pai, José, por todo carinho e amor de um pai, pelo humor intratável dos Gradel e por ter me ensinado a sonhar com um mundo mais justo, racional e possível para todos.

A minha companheira, Julia, por ser minha base, minha inspiração e a pessoa mais do balacobaco que existe.

Aos colegas de faculdade e companheiros de trincheira da advocacia criminal, que pela completa impossibilidade de citação considero retratados nas pessoas de Ana Terra, Carolina, João Marcello e Beatriz, por todo o companheirismo e alegria compartilhados ao longo dessa jornada e pelas futuras batalhas que continuaremos a lutar.

Por fim, mas jamais menos importantes, agradeço imensamente àqueles e àquelas que apesar de todas as barreiras, contratempos, faltas, chatices e desafios insistem em ser as melhores amigas que alguém poderia ter, aqui amplamente representados por Pedro Antonio, Tatiana, Luis Enrique, Maria Isabel, Daniel, Theodora, Lucas, Rachel e Marcella.

RESUMO

GRADEL, Francisco Carneiro Ribeiro. *Teoria da Imputação Penal Objetiva: Contradições e Impactos no Ordenamento Brasileiro*. Rio de Janeiro: 2018: 78 p. Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

A presente monografia objetiva apresentar a Teoria da Imputação Objetiva na visão de Claus Roxin, a partir das inovações que esta traz à configuração do fato típico. Para que isso seja possível, nos primeiros capítulos desse trabalho são investigadas as teorias do crime mais consagradas pela dogmática tradicional, a partir de um corte teórico objetivo, para, compreendidos seus conceitos mais elementares, adentrar-se a moderna teoria da imputação objetiva, analisando-a a partir dos princípios nos quais se funda, investigando-se a quais casos seriam estes aplicáveis, e de que forma o momento histórico e os institutos jurídico-penais então existentes afetaram seu desenvolvimento. Por fim, no último capítulo, analisa-se a possibilidade de harmonização da tese sob análise com o ordenamento brasileiro, bem como seus efeitos e reflexos sobre a legislação e jurisprudência pátrias. Para atingir tais fins, este trabalho monográfico utiliza-se de extensa pesquisa bibliográfica almejando a apresentação do tema a título introdutório-analítico, não se buscando qualquer colocação valorativa acerca das diferentes visões dogmáticas sobre a configuração do fato típico.

Palavras-Chave: Dogmática penal, teoria do crime, dolo, culpa, causalidade, finalismo, imputação objetiva, risco permitido, insignificância.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA DOGMÁTICA JURÍDICA PENAL.....	9
1.1 A Teoria Causalista e o pensamento científico-natural.....	12
1.2 A Teoria Finalista e os elementos constitutivos do tipo penal.....	19
1.3 Diferenciação e críticas às teorias consagradas pela dogmática tradicional.....	27
CAPÍTULO 2 – TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	33
2.1 Criação ou incremento de um risco proibido relevante.....	38
2.1.1 Risco Permitido e Risco Proibido.....	38
2.1.2 Diminuição do Risco.....	41
2.1.3 Princípio da Confiança.....	42
2.1.4 Proibição de regresso.....	43
2.1.5 Consentimento e Participação da Vítima.....	44
2.1.5.1 Consentimento do ofendido.....	44
2.1.5.2 Ações a próprio risco.....	45
2.1.6 Causalidade de substituição.....	48
2.2 Realização do Risco Não Permitido.....	49
2.3 Resultado Penalmente Relevante.....	50
2.3.1 Princípio da Insignificância.....	52
2.4 Críticas à teoria da imputação objetiva.....	55
CAPÍTULO 3 – IMPUTAÇÃO OBJETIVA FRENTE AO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	58
3.1 Nexo de causalidade: a imputação objetiva e as concausas.....	59
3.2 Realidade dos fatos – Previsão x Jurisprudência.....	65
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	77

LISTA DE ABREVIações

§ - Parágrafo

Art. - Artigo

CP - Código Penal

CF - Constituição da República

Des. - Desembargador

Min. - Ministro

Rel. - Relator

REsp - Recurso Especial

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a apresentar a teoria da imputação objetiva, na visão de um de seus maiores expositores, Claus Roxin, a partir da análise das bases dogmáticas formadoras do momento em que se edifica esta corrente de pensamento, indicando quais são as críticas manifestadas contra a mesma, situando-a frente ao ordenamento brasileiro posto e, finalmente, chegando à análise de seus efeitos e reflexos práticos no cotidiano das Cortes Penais brasileiras, questionando sua real adequação ao ordenamento.

Dada a natureza introdutória do presente estudo, não se objetiva aqui analisar se seria a teoria da imputação objetiva uma nova via a ser adotada pelo ordenamento pátrio, mas sim expor quais as mais relevantes características desta corrente de pensamento, bem como das mais tradicionais teorias do crime, visando diferenciá-las e corrigir erros de concepção comuns a essa temática.

Dessa forma, o primeiro capítulo ilustra de qual maneira a ciência jurídica penal aborda as teorias mais significantes acerca do estudo crime, a saber, as teorias causalista e finalista, a partir dos paradigmas de pensamento que orientaram seu surgimento enquanto correntes ideológicas, dissecando suas principais características e realizando breve estudo comparativo a fim de delimitar seus dogmas e solucionar enganos comuns em relação a sua aplicação.

No segundo capítulo dar-se-á início à investigação da doutrina da imputação objetiva a partir de seus princípios basilares, enfatizando sua aplicação prática, nos termos sobre os quais esta se desenvolve na visão de Claus Roxin. Tal análise será feita a partir de autores que se voltaram ao estudo desta tese e, por muitas das vezes inclusive, apoiadores de sua implementação ao direito penal brasileiro.

Contudo, como explicitado, pertinente ressaltar o caráter introdutório e expositivo das concepções que ensejaram a consolidação de tais teses, sem ter por objeto a reflexão acerca da defesa ou da adoção dessa posição.

Por fim, no terceiro capítulo serão destacadas as contradições da teoria supracitada frente ao ordenamento brasileiro, especialmente no tocante à questão do nexo de causalidade e a teoria da *conditio sine qua non*, bem como seus efeitos práticos sobre a legislação e a produção jurisprudencial do país.

Busca-se, portanto, sistematizar e refletir acerca das diferentes concepções sobre a configuração do fato típico, com ênfase na teoria da imputação objetiva, valendo-se, para tanto, de pesquisas bibliográficas a autores cujas obras dedicam-se especialmente a esse tema, de forma a compreender as bases e limites para que se indague se há compatibilidade entre a referida teoria e o ordenamento brasileiro e, conseqüentemente, quais seus principais efeitos sobre o momento jurídico pátrio atual.

CAPÍTULO 1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA DOGMÁTICA JURÍDICA PENAL E A TEORIA DO CRIME

Os estudiosos, dogmaticamente, aludem à teoria causal ou causalista (também chamada de naturalista, clássica, tradicional), ou ainda ao causalismo, bem como à teoria finalista da ação ou da ação final, ou finalismo, como sendo as duas grandes teorias dentro da teoria do crime. Antes adentrar especificamente a análise das referidas teses, cumpre pontuar brevemente a Dogmática Jurídica e o estudo do crime enquanto fenômeno.

A Dogmática Jurídica representa a Ciência do Direito, tendo por alvo o Direito Positivo em vigor, buscando montar um sistema de conceitos elaborados com base na lei, valendo-se de raciocínios lógico-formais, tudo com vistas a servir ao Direito.

Nessa linha dogmática, nos cursos de graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, o estudo do Direito Penal incide, basicamente, em três grandes teorias: teoria da norma, teoria do crime e teoria da pena. Assim, estudar, acadêmica e dogmaticamente, o Direito Penal significa estudar as teorias da norma, do crime e da pena, sendo comum a afirmação de que a Ciência Penal orbita esses campos.

Dentro as três, o presente trabalho situa-se especialmente na teoria do crime.

Para efeitos e fins didáticos e se abstraindo preciosismos, segundo Heleno Cláudio FRAGOSO:

“[...] a teoria do crime é a parte da Dogmática Jurídico-Penal que estuda o crime como fato punível, do ponto de vista jurídico, para estabelecer e analisar suas características gerais, bem como suas formas especiais de aparecimento.”¹

¹ FRAGOSO, Claudio Heleno. Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 143.

Fragoso, dentre outros grandes doutrinadores, ainda subdivide a teoria do crime em teoria do crime (*stricto sensu*), teoria da ação e teoria do tipo.

Nos cursos de Direito Penal ensina-se, de maneira simplificada, que o crime, em termos materiais, é a violação de um bem jurídico protegido pela lei penal através de uma conduta humana punível penalmente por ser alvo de reprovação social.

Ensina Roxin que:

*“El concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador um criterio políticocriminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe deja impune.”*²

Nessa esteira, em termos formais ou analíticos, o crime é a ação (comissiva ou omissiva) típica, ilícita (antijurídica) e culpável. Assim, cumpre registrar que, embora existam diferenças, os doutrinadores, na maior parte das vezes, usam antijuridicidade como sinônimo de ilicitude.

Nesse sentido, Guilherme Souza Nucci:

*“Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (culpabilidade).”*³

² ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito – traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1ª ed. Madrid: Civitas, 2008.* – “o conceito material de crime é prévio ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que o Direito Penal deve punir e o que deve deixar impune.”

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral / Parte Especial. 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 159-160.*

Os diversos operadores do Direito Penal, juízes, promotores, defensores, acadêmicos, professores, ao raciocinarem sobre o crime ou sobre a teoria do crime, necessariamente o fazem em três elementos – ou em três planos – isto é, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, respectivamente, fato típico, ilícito e culpável.

Tais elementos, em torno dos quais gravita o estudo tradicional da teoria do crime são didaticamente bem separados. É comum nas sentenças condenatórias, os juízes, ao julgarem procedentes as denúncias, a construção de silogismos, demonstrando a presença dos três planos e a ausência de causas excludentes de tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Em casos de absolvição, as sentenças também aludem, muitas vezes, ao plano que restou afastado, o que, por via oblíqua, impõe a exclusão do próprio crime.

Ao menos formalmente, o raciocínio do crime em três planos, com verificação das respectivas causas excludentes e ante à necessidade de fundamentação das decisões judiciais, gera um mínimo de segurança ao jurisdicionado em relação a condenações arbitrárias, uma vez que obriga o julgador a analisar, no mínimo, as causas excludentes ventiladas.

Os acadêmicos são, nos cursos de graduação, orientados a raciocinar a teoria do crime nos três níveis, inclusive devendo o raciocínio iniciar-se sempre pela tipicidade (fato típico), sendo que, apenas na hipótese de presente a tipicidade, passa-se à análise da ilicitude (antijuridicidade). Assim, seguindo necessariamente a ordem tipicidade, ilicitude e culpabilidade, somente analisa-se a culpabilidade, se presentes tipicidade e ilicitude, ou ainda se presentes fato típico e ilícito.

Em síntese, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, quais sejam fato típico, ilícito e culpável são os planos em torno dos quais se desenvolve,

didática, dogmática e tecnicamente, o raciocínio sobre o crime ou fato-crime, ou melhor, sobre a teoria do crime.

Nessa linha, para Fragoso:

“Crime é ação (ou omissão) típica, antijurídica e culpável. Isso significa dizer que não há crime sem que o fato constitua ação ou omissão: sem que tal ação ou omissão correspondam à descrição legal (tipo) e sejam contrárias ao direito, por não ocorrer causa de justificação ou exclusão da antijuridicidade. E, finalmente, sem que a ação ou omissão típica e antijurídica constitua comportamento juridicamente reprovável (culpável).”⁴

Nesse diapasão, vislumbra-se como elementos constitutivos do crime, elencados também como requisitos para o crime: a) a tipicidade, estreitamente relacionada com o tipo penal, é o amoldamento, o enquadramento, a correspondência de uma conduta praticada no mundo real com o tipo penal (modelo legal da conduta penalmente proibida); b) a antijuridicidade, é a relação de contrariedade entre a conduta típica e o ordenamento jurídico total; c) e a culpabilidade, o juízo de reprovação da conduta.

Ao se debruçar sobre teoria do crime, os estudiosos, por sua vez, analisam sob a ótica da teoria causalista, bem como à teoria finalista da ação ou da ação final, ou finalismo, como sendo as duas grandes correntes de pensamento dentro da teoria do crime, sendo os nomes antes referidos sempre conhecidos nos meios forenses e acadêmicos.

1.1 A Teoria Causalista e o pensamento científico-natural

⁴ FRAGOSO. *op cit.* 1985. p. 144.

A teoria causalista da ação foi desenvolvida por Von Liszt e Beling no final do século XIX, em decorrência da influência do pensamento científico-natural sobre a Ciência do Direito Penal.⁵

Como ressaltado pelo professor Cezar Roberto Bitencourt:

“O formalismo e a exclusão de juízos de valor do método positivista não deixava de ser uma forma a mais de analisar, reconstruir e aplicar o Direito, que ademais, dificultava o risco de sua manipulação subjetiva por parte do intérprete. Com Von Liszt, o naturalismo oferecia, por outro lado, à elaboração dogmática uma base sólida, a realidade cientificamente observável, que também contribuiria para segurança jurídica.”⁶

Nessa linha de pensamento, apenas constitui o tipo o objeto destituído de conotação valorativa e de conotação subjetiva, devendo este descrever o que integra objetivamente o delito, sem referir aos aspectos axiológicos, nem aos aspectos psíquicos.

Resta evidente que o tipo causalista permite perceber a influência do pensamento científico-natural do final do século XIX, por meio do positivismo incidente sobre a Ciência do Direito Penal na medida em que se trata de tipo avalorativo, puramente descritivo e objetivo.

Segundo Bitencourt, o tipo penal e a tipicidade, para teoria causalista “representavam o caráter externo da ação, compreendendo somente os aspectos objetivos do fato descrito na lei”⁷. Dessa forma, “deixa fora do tipo e da tipicidade todas as circunstâncias subjetivas ou internas do delito, que pertenceriam à culpabilidade”⁸.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 262.

⁶ *Idem.* p. 263.

⁷ *Idem.* p. 274.

⁸ *Idem.* p. 274.

Para a teoria causalista, a conduta constitui uma modificação causal do mundo exterior, suscetível de percepção pelos sentidos e produzida por uma manifestação de vontade através de uma ação ou omissão voluntária.

O conceito de ação advindo desses pensadores dividia a própria ação, cindindo-a, fazendo com que se visualizasse, de um lado, o processo causal externo (ação e resultado) e, de outro, o conteúdo da vontade (processo interno).

Bitencourt registra ainda que:

“[...] com o descobrimento de elementos subjetivos na antijuridicidade e, particularmente, com o reconhecimento de que na tentativa o dolo é ‘um elemento subjetivo do injusto’, desintegrou-se o sistema clássico, que se fundamentava nessa distinção básica entre ‘causal-objetivo’ e ‘animico-subjetivo’. Ora, se o ‘dolo’ pertence ao ‘injusto da tentativa’, não pode ser somente ‘elemento da culpabilidade’ na ‘consumação’, especialmente quando se admite que a distinção entre ‘tentativa’ e ‘consumação’ carece de relevância material. Dificuldade igualmente insuperável enfrentou o conceito causal de ação em relação ao ‘crime culposos’, especialmente com a compreensão de que o fato decisivo do injusto, nesses crimes, é o desvalor da ação.”⁹

Para Mezger, no plano da tipicidade ou do fato típico, a teoria clássica diverge:

[...] limita-se a perguntar o que foi causado pelo querer do agente, qual é o efeito produzido por dito querer. Todos os efeitos do querer do sujeito que atua são partes integrantes da ação. Para a teoria jurídico-penal da ação é irrelevante se estes efeitos são também conteúdo da consciência e do querer do agente, e até que ponto o são (...) para se afirmar que existe uma ação basta a certeza de que o sujeito atuou voluntariamente. O que quis (ou seja, o conteúdo de sua vontade) é por ora irrelevante: o conteúdo do ato de vontade somente tem importância no problema da culpabilidade.¹⁰

Outrossim, para essa teoria, a ação no plano do fato típico, existe e fica comprovada com a simples certeza de que há ocorrência de voluntariedade da parte do agente. Então, o querer do sujeito só terá

⁹ *Idem.* p. 275.

¹⁰ MEZGER *apud* BITENCOURT, 2014. p. 152.

importância na esfera da culpabilidade, onde se analisam o dolo e a culpa. Em sentido contrário da noção de dolo do imaginário comum.

Von Liszt, descreve a ação como “a inervação muscular produzida por energias de um impulso cerebral, que, comandadas pelas leis da natureza, provocam uma transformação no mundo exterior”.¹¹

O ser humano atuando sobre as coisas, os fenômenos, os acontecimentos e, inclusive, sobre os outros homens, produz mudanças na disposição das coisas e no curso dos fatos, alterando, portanto, a ordem social e da natureza.

Então, para a teoria naturalista-clássica a ação é o movimento corporal voluntário que gera modificação no mundo exterior, incorrendo assim em um fazer ou não fazer que causa ou tende a um resultado. Este, por conseguinte, altera a disposição das coisas, ou o curso dos fenômenos. Vislumbra-se aqui três elementos em seu conceito: a manifestação da vontade, o resultado e a relação de causalidade.

Ao impulso da vontade, o indivíduo faz algo ou não faz o que deve fazer, causando no seu ambiente uma modificação, consequência ou resultado.

Porém, quando a teoria causal examina a ação em questão, a conduta, não há indagação sobre se o indivíduo, ao praticar a ação, tinha em vista finalidade específica ou algum objetivo contrário ao direito.

Dessa forma, é imprescindível retirar do estudo neste primeiro plano, o conteúdo da vontade, que, conforme previamente exposto, deve ser

¹¹ VON LISZT *apud* BITENCOURT, 2014. p. 274.

observado somente na análise da culpabilidade, em um terceiro momento. Sedimenta-se assim, a inclusão do dolo apenas na terceira esfera.

No mesmo condão, ao observar-se o âmbito da tipicidade ou do fato típico, a teoria naturalista não confronta a intenção do indivíduo no momento da ação de alcançar algum resultado – independente de positivo ou negativo. Não há interesse na certeza de saber se o sujeito ao erguer a mão, hipoteticamente, o fez com o fim de agredir; se apontou o revolver para lesionar ou matar, se correu atrás da pessoa com o objetivo de lhe tomar algo ou de machucá-la; se proferiu as palavras desejando ofender ou humilhar alguém. A teoria clássica, no plano da tipicidade, apenas busca saber se o indivíduo praticou essas ações, porque quis praticar, se o sujeito teve vontade e consciência de fazê-lo, sem indagar a finalidade.

A indagação do fim ou da intenção com que a pessoa praticou a ação, é feita em outro momento, no qual se investiga a culpabilidade, para saber se houve dolo ou culpa na ação praticada.

Mas essa análise da culpabilidade, da possibilidade de existência de dolo ou culpa, é feita depois de se verificar se tal ação era, além de voluntária, típica e antijurídica. Se a ação-conduta for atípica ou não for antijurídica, não se adentra na análise da culpabilidade. De modo que a sequência do pensamento é essencial para o raciocínio com clareza e precisão na classificação da prática do crime.

A análise é destrinchada em fases subsequentes e dependentes entre si, onde a descaracterização de um requisito que precede a culpa no ato, ainda que esta reste evidenciada, acarreta na desconsideração de toda a prática.

Para teoria clássica, a única qualidade que se exige da ação, no momento da tipicidade, é a voluntariedade sem conteúdo finalístico, isto é, vontade simples, sem intenção de resultado, tampouco de objetivo.

Essa voluntariedade é o único elemento subjetivo ou psíquico que a teoria naturalística reconhece e exige na ação humana. De modo assim, é possível a distinção desta e das ações naturais, que também são capazes de produzir modificações no mundo. Sustenta-se que a diferença reside na voluntariedade, vez que as forças da natureza são forças cegas, por óbvio, involuntárias, que obedecem à lei da causalidade e não à lei da vontade.

Em plena vigência legal da teoria causalista no sistema jurídico brasileiro, no período que antecedeu julho de 1984, não apenas vigência doutrinária, nosso Código Penal apresentava, contudo, alguns exemplos de tipos penais cujo conteúdo desvelava influência de elementos subjetivos que, a priori, não eram comportados pela teoria causalista.

Sobre os elementos subjetivos do tipo, leciona Bitencourt:

“[...] elementos subjetivos do tipo permitem compreender a ação ou omissão típica não só como um processo causal cego, mas como um processo causal dirigido pela vontade humana para o alcance de um fim. De tal forma que, no momento de realizar o juízo de subsunção de uma conduta a um concreto tipo penal, é necessário também analisar o conteúdo dessa vontade, isto é, sua relevância típica.”¹²

Cabe assim, a elucidação de alguns elementos subjetivos do tipo, exemplificados como segue: o objetivo de obter vantagem indevida no delito de propaganda desleal (art. 196, §1º, I, II e III, do Código Penal); o fim libidinoso do crime de rapto (art. 219, do CP); a intenção de transmitir a outrem moléstia grave que completa o tipo no crime de perigo de contágio (art. 131, do CP), todos constantes de nosso Código Penal quando de sua edição original, dentre outros.

Ainda em Bitencourt, encontra-se a subsequente definição acerca dos elementos normativos do tipo:

¹² BITENCOURT, *op cit.* 2014. p. 350.

“Elementos normativos são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa. São circunstâncias que não se limitam a descrever o natural, mas implicam um juízo de valor.”¹³

Quando o tipo possui elementos subjetivos (alusivos ao aspecto anímico, a fins especiais pretendidos pelo agente) e normativos (alusivos à antijuridicidade, conceitos jurídicos, ou ainda extrajurídicos), consoante os teóricos clássicos, estes não constituem o tipo penal, ao menos em sua acepção pura.

Conforme Damásio E. de Jesus:

“De acordo com a parte da doutrina, quando a descrição legal só contém elementos objetivos, o tipo se denomina ‘normal’, pelo que se fala em ‘tipicidade normal’. Quando a definição, além de elementos objetivos, possui elementos atinentes à antijuridicidade e ao estado anímico do agente, o tipo é ‘anormal’, falando-se em ‘tipicidade anormal’.”¹⁴

Dessa forma, os causalistas firmaram a divisão do tipo em duas espécies: i) o tipo puro (ou normal) que contém exclusivamente os elementos objetivos ou descritivos; e ii) o tipo impuro (ou anormal) que pode dispor, além dos elementos descritivos, de elementos normativos e elementos subjetivos.

Constata-se, portanto, resistência da teoria causalista à inclusão de elementos normativos e subjetivos no tipo. Tal teoria chega ao ponto de denominar impuros e anormais os tipos providos de elementos normativos ou subjetivos. Percebe-se a neutralidade axiológica decorrente do modelo de ciência que imperava no século XIX.

Assim, na análise dos elementos normativos do tipo, o intérprete realiza juízo de valores já no plano da tipicidade e não apenas realiza atividade de conhecimento, por exemplo, de elementos normativos como

¹³ *Idem.* p. 350.

¹⁴ JESUS, Damásio E.de. *Direito Penal: Parte Geral*. Vol I. 21ªed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 273.

“sem justa causa”, “injustamente”, indevidamente”, a doutrina causalista demonstrou resistência aos tipos providos de elementos normativos, pois o tipo causalista ideal devia ser avalorativo, descritivo e objetivo.

Inclusive, os doutrinadores causalistas, como Aníbal Bruno e Nelson Hungria, advertem que o aumento de elementos normativos, por permitir ao juiz juízo de valores, gera insegurança ao jurisdicionado.

Em síntese, a teoria causal ou naturalista vê a ação, no plano do fato típico, como um comportamento físico dominado pela voluntariedade, ou seja, a conduta voluntária é motriz das modificações no mundo exterior. Ao mesmo passo, adota o tipo avalorativo, descritivo e objetivo como tipo ideal ou normal, restando perceptível a influência do pensamento científico-natural do final do século XIX incidindo sobre a Ciência do Direito Penal.

Como se verá a seguir, novas correntes de pensamento foram inauguradas, nas quais a análise acerca do dolo e culpa do agente seriam transportadas para o plano da tipicidade, implicando em necessárias evoluções dogmáticas que pudessem adequar-se aos novos paradigmas de pensamento que passaram a ter influência sobre a dogmática penal.

1.2 A Teoria Finalista e os elementos constitutivos do tipo penal

Antes de adentrar-se na teoria finalista, releva recordar que esta foi precedida pela lógica do modelo neokantista. Embora suas conclusões lógicas sejam de extrema importância para o desenvolvimento do próprio finalismo, verdade é que os efeitos práticos do neokantismo podem ser observados através da ótica finalista, que se desenvolveu a partir daquela para aperfeiçoar seu modelo e consagrar-se como uma das principais correntes de pensamento da teoria do crime.

Bitencourt resume com maestria as principais contribuições do modelo neokantista para a dogmática jurídica penal:

“[...] enquanto teoria do Direito penal, por sua vez, teve grande virtude de superar a ideia de crime como um fenômeno físico causador de um resultado naturalístico: o crime é identificado axiologicamente por categorias jurídicas.”¹⁵

Passa-se, então, à análise da teoria finalista.

De início, é de se registrar que, com o advento da Lei 7.209/84, houve a efetiva adoção da teoria finalista na legislação nacional, sendo que, antes disso, já havia doutrinariamente registros do finalismo.

Cumprе salientar que o art. 20 do Código Penal, na redação dada pela Lei 7.209/84, é a prova cabal e irrefutável da adoção da teoria finalista da ação pela legislação penal pátria.

“Art. 20 – O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.”¹⁶

Ora, se o erro sobre elemento constitutivo do tipo leva à exclusão do dolo e da tipicidade dolosa, é porque o dolo está situado no tipo, ou seja, no plano do fato típico, no âmbito da tipicidade. Situar o dolo no tipo (plano do fato típico) é característica própria, como veremos adiante, da teoria finalista da ação.

Na esfera mundial e no plano doutrinário, as mudanças em prol do finalismo tiveram início em época bem anterior à entrada em vigor da Lei 7.209/84 no Brasil.

¹⁵ BITENCOURT, *op cit.* 2014. p. 266.

¹⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei /del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

Em 1931, o penalista alemão Hanz Welzel, não satisfeito com as explicações da teoria causal-naturalista, elaborou um conceito novo de ação, dando origem à teoria finalista ou da ação final.

Welzel foi o grande nome do finalismo, sendo que a concepção da realidade e do conhecimento que dão embasamento à doutrina finalista, tem suas premissas em uma interpretação auto reflexiva das categorias kantianas. Isso porque, em Kant, toda ação do homem visa um fim, de modo que seria impossível a dissociação da vontade em fase distinta da interpretação finalística.

A teoria finalista é assim denominada, porque, ao contrário da teoria causalista, afirma que a ação, em vez de ser apenas causa do resultado, consiste em atividade do homem, dirigida a um fim e a um objetivo, orientada para uma finalidade, como leciona Damásio de Jesus:

“A doutrina penal, mesmo antes de Welzel, havia percebido que a adoção da teoria causal da ação levava à perplexidade. Diante dela, não havia diferença entre a ação de uma lesão dolosa e uma lesão culposa, uma vez que o resultado nos dois crimes é idêntico (ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima). O desvalor do resultado não constitui elemento diversificador. A diferença está na ação: é o desvalor da ação que faz com que um homicídio doloso seja apenado mais severamente do que um homicídio culposos, embora o resultado morte seja elementar dos dois delitos. Diante disso, viram que os crimes não se diferenciam somente pelo desvalor do resultado, mas principalmente pelo desvalor do comportamento típico, ou, como diz Maurach, repetindo a antiga idéia reacionária, pelo ‘desvalor do fenômeno da ação por si só’. ”¹⁷

Logo, a conduta ou ação humana é dotada de gigantesco conteúdo. É, na verdade, um movimento humano consciente e voluntário com o qual se procura atingir o objetivo, não sendo aquilo a que é reduzida pela teoria causalista, um mero acontecer causal do resultado. No dizer de Damásio de Jesus, a “ação é a que se manifesta por intermédio de um movimento corpóreo tendente a uma finalidade. (...) Alguns autores ensinam que a

¹⁷ BITENCOURT, *op cit.* 2014. p. 231-232.

comissão não é somente movimento corpóreo, mas também a inércia, a atividade”.¹⁸

Damásio menciona que a doutrina finalista se preocupa, também, com a culpa e não somente com o dolo, como se evidencia do transcrito:

“A doutrina finalista da ação não se preocupa apenas com o conteúdo da vontade, o dolo, que consiste na vontade de concretizar as características objetivas do tipo penal, mas também com a culpa. O Direito não deseja apenas que o homem não realize condutas dolosas, mas, também, que imprima em todas as suas atividades uma direção finalista capaz de impedir que produzam resultados lesivos. As ações que, produzindo um resultado causal, são devidas à inobservância do mínimo de direção finalista no sentido de impedir a produção de tal consequência, ingressam no rol dos delitos culposos.”¹⁹

A presente teoria parte da noção de que o homem é um ser racional dotado de inteligência. Face a esses predicados, ele tem a capacidade de propor objetivos e de persegui-los com intenção de conquistá-los. Porém, antes de buscar seus objetivos, antes de perseguir seus fins, o homem escolhe os meios de agir, aqueles que entende como mais adequados à realização do fim visado. Nesse sentido, para Welzel:

“[...] a ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer final e não puramente causal. A finalidade ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente’. A atividade final – prossegue Welzel – é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em função do fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada caso. A finalidade é, por isso – dito graficamente – ‘vidente’, a causalidade ‘cega’.”²⁰

Nesse condão, compreende-se que o ser humano é capaz de antecipar a ação no seu interior psíquico, no seu pensamento, e assim planejar a conduta que vai pôr em prática para conseguir seu objetivo. Se o homem pode direcionar um fim ou um objetivo em sua mente e depois mover-se no

¹⁸ *Idem.* p. 235.

¹⁹ *Idem.* p. 233.

²⁰ WELZEL *apud* BITENCOURT, 2014. p. 154.

sentido de alcançar esse mesmo objetivo, conclui a teoria finalista que a vontade do fim pertence à própria ação, está na própria conduta, no próprio comportamento em si, já no plano do fato típico, da tipicidade. Então, para Bitencourt:

“A direção final de uma ação realiza-se em duas fase: 1º ‘subjética’ (ocorre na esfera intelectual): a) antecipação do fim que o agente quer realizar (objeto pretendido); b) seleção dos meios adequados para a consecução do fim (meios de execução); c) consideração dos efeitos concomitantes relacionados à utilização dos meios e o propósito a ser alcançado (consequências da relação meio/fim); 2º) ‘objetiva’ (ocorre no mundo real): execução da ação real, dominada pela determinação do fim e dos meios na esfera do pensamento. Em outros termos, o agente põe em movimento, segundo um plano, o processo causal, dominado pela finalidade, procurando alcançar o objetivo proposto. Se, por qualquer razão, não se consegue o domínio final ou não se produz o resultado, a ação será apenas tentada.”²¹

Torna-se notório que a vontade do fim, que é a vontade de praticar determinada conduta, não está ligada à culpabilidade, como pretendiam os causalistas. Portanto, a teoria finalista desloca o dolo e a culpa do plano da culpabilidade, característica da teoria causal, para o plano da tipicidade, do fato típico. “Por isso, a vontade finalista pertence à ação, quer dizer, aquilo que os mecanicistas chamam de conteúdo da vontade, que corresponde à vontade tendente à produção de determinado fim, pertence á conduta, primeiro elemento do fato típico.”²²

Para Damásio de Jesus:

“A vontade abrange: a) o objetivo que o agente pretende alcançar; b) os meios empregados; e c) as consequências secundárias.

O nexu finalista da ação só se estende a esses elementos, quais sejam, aos resultados propostos pela vontade. Em relação ao não-proposto pela vontade, rege o princípio causal. A enfermeira, ensina Welzel, que sem pensar em nada aplica uma dose de morfina demasiado forte, de efeito mortal, realiza uma injeção finalista de cura, mas não uma ação finalista de homicídio. O sujeito que, na penumbra, atira num homem, supondo tratar-se de um tronco de árvore, realiza um tiro finalista de exercício, mas não uma conduta finalista de homicídio. Nos dois casos, conclui, ‘a consequência ulterior não querida (morte) originou-se de modo

²¹ BITENCOURT, *op cit.* 2014. p. 154-155.

²² JESUS, *op cit* 1998. p. 232.

cegamente causal pela ação finalista (ação finalista de injeção de cura e do exercício de tiro). ”²³

Todavia, ao Direito Penal não interessa qualquer ação, e sim aquela que for típica e enquadre-se em algum modelo legal da conduta proibida previsto pela norma, o tipo penal em questão. A ação penalmente atípica pode interessar ao Direito Civil ou às demais searas jurídicas, não, porém, ao Direito Penal.

Assim, afirma-se que a ação penalmente atípica é aquela que não se enquadra em nenhum dispositivo penal, nem do Código, nem das leis extravagantes. Portanto, a teoria finalista localiza o dolo e a culpa na ação típica, no tipo penal, sendo que a ação que não se encaixe nessa análise de tipicidade é descartada, ou mesmo inexistente, no universo do Direito Penal.

Ensina Damásio de Jesus que “o dolo é retirado da culpabilidade, não constituindo espécie (teoria psicológica) ou elemento da culpabilidade (teoria psicológico-normativa), mas elemento subjetivo do tipo, integrando a conduta, primeiro elemento do fato típico. ”²⁴

Para Bitencourt a “‘teoria final da ação’ tem o mérito de superar a taxativa separação dos aspectos objetivos e subjetivos da ação e do próprio injusto, transformando, assim, o ‘injusto naturalístico’ em ‘injusto pessoal’.”²⁵

Convém salientar que a teoria finalista sofre enorme crítica quanto aos crimes culposos, como explica Bitencourt, “cujo resultado se produz de forma puramente causal, não sendo abrangido pela vontade do autor”²⁶, vez

²³ *Idem.* p. 232-233.

²⁴ *Idem.* p. 234.

²⁵ BITENCOURT, *op cit.* 2014. p. 153.

²⁶ *Idem.* p. 155.

que a voluntariedade alcança a causa de um resultado não desejado, o qual ocorre por iniciativa livre do agente.

Neste giro, Damásio de Jesus esclarece que:

“[...] no crime culposo, a conduta descrita no tipo (‘se o homicídio é culposo’) está integrada pela inobservância do dever de diligência na vida de relação. Quem tem habilidade para realizar uma conduta ‘adequadamente’, deve executá-la ‘adequadamente’. Aquele que não possui tal habilidade, deve abster-se de realizar o comportamento desejado. ‘Com o comportamento adequado que assim se estabelece, deve ser comparado o efetivo comportamento do agente, para verificar-se se ele é típico no sentido de um crime culposo: toda ação que não corresponder a tal comportamento adequado é típica no sentido do crime culposo’.”²⁷

Quanto aos elementos constitutivos do tipo, os finalistas não afirmam que o tipo ideal é o composto tão somente de elementos objetivos ou descritivos, havendo, na composição típica finalista, também elementos subjetivos e normativos. O tipo penal possui elementos objetivos, normativos e subjetivos e, a partir dessa subdivisão, edifica-se o raciocínio da tipicidade do delito.

Dessa forma, segundo o entendimento de Bitencourt, os elementos objetivos descritivos são facilmente reforçados com a percepção dos sentidos. Referem-se a objetos, seres, animais ou atos perceptíveis pelos sentidos.²⁸ Esses elementos objetivos vêm sendo cada vez mais utilizados na definição das infrações penais, como se depreende da observação dos verbos utilizados pelo legislador.

Já os elementos normativos são aqueles que necessitam atividade valorativa, sendo insuficiente desenvolver atividade meramente cognitiva. Essas circunstâncias implicam um juízo de valor. Não são limitadas ao acontecer natural dos fatos. Pode-se usar como exemplo expressões como: “indevidamente”, “sem justa causa”, “sem permissão legal”,

²⁷ JESUS, *op cit.* 1998. p. 234.

²⁸ BITENCOURT, *op cit.* 2014. p. 349.

“fraudulentamente”, entre outros, todos constantes de textos legais e, como exposto acima, encontrados em sentenças judiciais.

Por último, os elementos subjetivos são dados ou circunstâncias que pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor. São constituídos por elementos subjetivos gerais – dolo – e especiais do tipo – elementos subjetivos do injusto.²⁹

Nesse aspecto, para Damásio de Jesus:

“(...) adotada a teoria finalista da ação, inclui-se no tipo o dolo e a culpa como elementos psicológico-normativos, cremos que não se pode falar em tipicidade normal e anormal. Incluídos esses elementos no tipo, não se pode falar em tipo de mera descrição objetiva (tipicidade normal). ”³⁰

Como visto, quando se constata que o agente não teve nem dolo, nem culpa em sua conduta, o fato será atípico, consoante se depreende do parágrafo único do art. 18 do Código Penal:

“Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. ”³¹

²⁹ *Idem.* p. 349-350.

³⁰ JESUS, *op cit.* 1998. p. 273.

³¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei /del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

Sem a presença dolo, tampouco de culpa, não há possibilidade de atribuição de responsabilidade penal. A teoria finalista da ação deslocou o dolo e a culpa para o plano da tipicidade. Assim, a partir do finalismo, não se pode falar em tipo puro ou normal, e ainda impuro ou anormal, porque todos os tipos ou têm dolo (elemento subjetivo) ou têm culpa (elemento normativo).

Nessa linha, é impossível haver, no finalismo, tipos puros conforme a descrição da teoria causalista, pois nenhum tipo penal será composto apenas por elementos objetivos.

Em suma, a teoria finalista ou da ação final entende a ação, no plano do fato típico, enquanto atividade do ser humano, dirigida a um fim. Os tipos, além de elementos objetivos, possuem pelo menos um elemento subjetivo ou um elemento normativo, quais sejam, o dolo ou a culpa, não sendo cabível a terminologia causalista de tipo “ideal” ou “normal”, sendo perceptível a influência do pensamento de Emmanuel Kant sobre a corrente finalista e sua compreensão acerca da ação humana e sua busca por finalidade.

1.3 Diferenciação e críticas às teorias consagradas pela dogmática tradicional

Por serem teorias consagradas pela dogmática tradicional, tais correntes doutrinárias são frequentemente comparadas em estudos e obras de autores referenciados na área.

O autor Damásio de Jesus arrolou diferenças sistemáticas entre as teorias causalista e final. Algumas merecem destaque. Nesse aspecto, segundo Damásio de Jesus:

“1ª) Conduta (ação):

Teoria clássica: é meramente casual – movimento corpóreo que produz um resultado no mundo exterior. Não contém o dolo nem a culpa.

Teoria finalista: é o comportamento humano consciente dirigido a certa finalidade.

2ª) Dolo:

Teoria clássica: vontade livre e consciente dirigida a um resultado antijurídico (Nélson Hungria).

Teoria finalista: vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo.

3ª) Culpa:

Teoria clássica: ‘é a prática voluntária de uma conduta sem a devida atenção ou cuidado, da qual deflui um resultado previsto na lei como crime, não desejado nem previsto, mas previsível’ (Paulo José da Costa Júnior);

Teoria finalista: é a inobservância do cuidado objetivo necessário, manifestada numa conduta produtora de um resultado objetiva e subjetivamente previsível (previsibilidade objetiva e subjetiva). ”³²

Como exposto, para os finalistas, a conduta humana, já no âmbito da tipicidade, tem sua finalidade e seu objetivo devidamente investigados, o que não acontece na teoria clássica.

Quanto à localização do dolo e da culpa, Damásio de Jesus, comprovando que o tipo finalista possui mais elementos e é, portanto, mais complexo do que o tipo causalista, leciona que:

“4ª) Localização do dolo e culpa:

Teoria clássica: na culpabilidade.

Teoria finalista: no tipo. Dolo: elemento subjetivo do tipo; culpa: elemento normativo do tipo.

5ª) Elementos do fato típico:

Teoria clássica: conduta ‘voluntária’ (não é dolosa nem culposa), resultado, nexos causal e tipicidade.

Teoria finalista: conduta ‘dolosa’ ou ‘culposa’, resultado, nexos causal e tipicidade.

³² JESUS, Damásio E. de. Novíssimas Questões Criminais. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 242

6ª) Conduta:

Teoria clássica: voluntária (vontade de fazer ou não fazer): a voluntariedade não se confunde com o dolo.

Teoria finalista: dolosa ou culposa.

(...)

8ª) Efeitos da ausência de dolo ou culpa:

Teoria clássica: ausência de culpabilidade.

Teoria finalista: ausência (atipicidade) de conduta: o fato é atípico. ”³³

Tais diferenças apresentam enorme reflexo no momento de se analisar o que, “em princípio”, pode ser um fato-crime, pois a ausência de dolo e de culpa, para os finalistas, faz com que o fato sequer ingresse no mundo penal, sendo atípico, não tendo assim relevância penal.

Em sentido oposto, a ausência de dolo e de culpa, para os clássicos, acarreta na exclusão da culpabilidade, tendo o fato interesse penal, pois foi típico e antijurídico. Cumpre frisar também que, para se chegar à análise da culpabilidade, âmbito no qual para os clássicos dá-se a análise do dolo e da culpa, será preciso antes analisar-se a tipicidade e ilicitude, pois sem a presença de tais requisitos do crime, não se chega ao plano da culpabilidade.

Quanto à natureza e aos elementos do dolo e da culpa, Damásio de Jesus, comprovando que o tipo finalista possui mais elementos, ensina que:

“9ª) Natureza do dolo:

Teoria Clássica: é normativo (contém a consciência da ilicitude).

Teoria Finalista: é natural (não porta consciência da antijuridicidade).

³³ *Idem.* p. 243.

10ª) Elementos do dolo:

Teoria clássica: a) consciência da ação e do resultado; b) consciência do nexo de causalidade; c) consciência da ilicitude; d) vontade de realizar a ação e produzir o resultado (Magalhães Noronha).

Teoria finalista: a) consciência da conduta e do resultado; b) consciência do nexo causal. C) vontade de realizar a conduta e produzir o resultado (nos crimes de evento). ”³⁴

Nesse sentido, o tipo finalista é mais complexo e, por conseguinte, mais fechado do que o tipo causalista, o qual é desprovido de dolo e de culpa, implicando ao tipo clássico mais juízos de adequação.

No campo do erro, a posição do dolo e da culpa também traz reflexos importantes. De modo que a análise no campo do erro serve também para fundamentar que, com a reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984, passa-se a compreender que a teoria finalista foi adotada pelo ordenamento brasileiro.

Nessa linha, ainda segundo Damásio:

“14ª) Erro que recai sobre os elementos descritivos do delito:

Teoria clássica: é chamado ‘erro de fato’, excludente da culpabilidade, se inevitável.

Teoria finalista: é denominado ‘erro de tipo’, excludente do dolo, culpa e fato típico, se invencível, podendo o sujeito responder por crime culposos, se vencível (CP, art. 20). Prova de que, segundo os finalistas, o dolo, na reforma penal de 1984, integra o tipo e não a culpabilidade.

15ª Erro que recai sobre a ilicitude do fato (sobre a regra de proibição):

Teoria clássica: é erro de direito, não excluindo a culpabilidade (antigo art. 16 do CP).

Teoria finalista: é chamado ‘erro de proibição’. Não exclui o dolo e sim a culpabilidade, se invencível, ou reduz a pena, se vencível (CP, art. 21). Por isso, para os partidários, no Brasil, da teoria finalista, na reforma penal de 1984 a consciência da ilicitude não está no dolo, nem este faz parte da culpabilidade. Se a

³⁴ *Idem.* p. 243.

consciência da ilicitude estivesse no dolo e este integrasse a culpabilidade, teríamos o seguinte efeito: o erro de proibição excluiria o dolo, uma vez que ele é incompatível com a exigência da consciência da ilicitude. ”³⁵

Na mesma esteira, a posição do dolo e da culpa, ao refletir no campo do erro, incide também no campo das discriminantes putativas ou imaginárias, o que também serve para fundamentar que, ante à reforma da parte Geral do Código Penal em 1984, restou adotada a teoria finalista no âmbito legal.

Conforme Damásio de Jesus:

“17ª) Discriminantes putativas (legítima defesa putativa etc.):

Teoria clássica: excluem a culpabilidade (erro de fato.)

Teoria finalista: se derivadas de erro sobre as circunstâncias do fato, há erro de tipo (CP, art. 20, §1º); se incidem sobre os elementos típicos normativos (ex.: na legítima defesa, sobre a injustiça da agressão). O erro é de proibição (art. 21). ”³⁶

Consoante se percebe pelas diferenças arroladas por Damásio de Jesus, bem como pelo referido nos subcapítulos anteriores, a teoria finalista da ação situa o dolo e a culpa no plano do fato típico, no âmbito da tipicidade, enquanto a teoria causal os situa na culpabilidade, no fato culpável.

Assim, a título de exemplo, se o agente voluntariamente puxar o gatilho de um revólver e matar um ser humano, esse agente, à luz da teoria clássica, praticou o fato típico homicídio, ou seja, no âmbito do fato típico, no plano da tipicidade, o fato já corresponde à previsão legal para o crime de homicídio, pois o dolo e a culpa só serão analisados na culpabilidade.

Nessa linha, não há como se negar que, à luz da teoria causal e no plano do fato típico, o caso acima é de homicídio, diante da ocorrência do

³⁵ *Idem.* p. 244.

³⁶ *Idem.* p. 242-245.

resultado morte, ressaltando-se que a teoria clássica enfatiza o desvalor do resultado.

De outro lado, à luz da teoria finalista, o exemplo acima citado não constitui necessariamente o fato típico homicídio. Já, no plano da tipicidade, pode haver o reconhecimento de que o fato é atípico, isto é, não se juridicizou penalmente.

No referido exemplo, o agente voluntariamente puxa o gatilho de um revólver e mata um ser humano. Todavia, no momento do disparo, estava tal agente praticando tiro ao alvo em clube de tiro, com a adoção de todas as cautelas exigíveis na ocasião. A vítima, até o momento do tiro, estava escondida, tendo saltado de trás do alvo, pois desejava morrer. Não se pode dizer, à luz da teoria finalista, que o agente praticou o fato típico homicídio.

Já no plano da tipicidade, deve haver o reconhecimento de que o fato é atípico e não se juridicizou penalmente, até porque não há fato típico sem dolo e sem culpa para os finalistas, sem se olvidar que a teoria finalista enfatiza o desvalor da conduta, sempre atenta à finalidade de tal conduta.

Com base nos subcapítulos anteriores, nas diferenças referidas por Damásio de Jesus e, também, no singelo exemplo acima, é possível constatar que o tipo (modelo legal da conduta proibida), nos moldes da teoria causal, é mais simples, possui menos elementos constitutivos, não possui nem dolo, nem culpa, restando mais aberto, portanto menos preciso.

Em face da maior simplicidade do tipo causalista, os fatos do mundo concreto mais facilmente se amoldam ao tipo clássico, até porque o que o dito tipo exige é mais simples e fácil de ocorrer faticamente.

Como já dito, o tipo, além de modelo legal da conduta proibida, é a porta de ingresso no mundo da ilicitude penal. Tal porta de ingresso é mais

larga, mais aberta, nos moldes causalistas, dada sua simplicidade e menor número de requisitos, o que proporciona uma maior juridicização penal das condutas ocorridas no mundo dos fatos, uma maior interferência do Direito Penal na sociedade.

Por outro lado, é possível também constatar que o modelo legal de conduta proibida nos moldes da teoria finalista, é mais complexo, pois possui mais elementos constitutivos, possui dolo e culpa para serem analisados, já no plano da tipicidade, restando mais fechado, mais estrito e mais estreito.

Em face da maior complexidade do tipo finalista, os fatos concretos menos facilmente se enquadram a tal tipo, sendo a aplicação da persecução penal mais restrita nessa corrente de pensamento.

Em síntese, como o tipo é a porta de ingresso no mundo da ilicitude penal, é possível afirmar que a juridicização penal dos fatos da vida é maior à luz da teoria causalista e nos moldes do tipo causalista do que na teoria finalista e do tipo finalista, sendo inegável a maior criminalização de comportamentos sob a teoria clássica do que sob o finalismo.

No que diz respeito ao ordenamento brasileiro, já é entendimento pacífico na doutrina que a partir da Reforma de 1984 passou-se a operar com a prevalência do modelo finalista de delito.

CAPÍTULO 2 – TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

As mais importantes correntes de pensamento acerca da teoria do delito, até meados da década de 60, eram: i) o positivismo naturalista, conhecida como teoria do causalismo; b) o neokantiano; e c) o finalista, também conhecida como teoria finalista da ação. É inegável, como exposto acima, a influência do surgimento dessas teorias com os ideais positivistas.

A noção de direito penal como ferramenta de promoção da justiça, engendrou um movimento de transformação do molde formalista, com abordagem lógica e conceitual, em um método que permitisse a aplicação concreta em cada caso. Nesse momento, surge a Teoria da Imputação Objetiva, lastreada nos conceitos funcionalistas.

A partir desse momento, ganham protagonismo as linhas de pensamento que abordam noções axiológicas, uma vez que há novo objetivo, de identificar o que seria o justo na situação concreta. Portanto, trata-se de uma nova corrente de pensamento denominada de funcionalismo teleológico-funcional ou político.

Como antecessores de forte influência para a consolidação desta Teoria, tem-se os juristas alemães Karl Larenz e Richard Honig. No entanto, consagrou-se na tese de Claus Roxin, objeto de análise do presente trabalho que, portanto, merece exposição mais detalhada. Sobre suas influências nos estudos dos compatriotas que o precederam, Roxin afirma:

“As raízes históricos-espirituais da teoria da imputação objetiva remontam até a filosofia de Hegel. Dela é que Larenz, no ano 1927, extraiu uma concepção da imputação objetiva, que logo depois foi aplicada por Honig especialmente na dogmática jurídico-penal. Foi a Honig (e, é claro, também a Larenz) que me referi ao desenvolver em 1970 aquilo que denominei de princípio do risco, que desde então tem feito uma carreira repleta de sucessos.”³⁷

A começar pela teoria finalista, esta parte da premissa de que a ação, a conduta praticada pelo homem, é feita com um fim. Haveria, portanto, uma finalidade teleológica e a esse fim que caberia a imputação do delito. No entanto, segundo Jakobs, a análise dessas intenções humanas, não deve em momento algum, ser feita a partir de uma ótica individualista, mas sim através de um sistema interpretativo que se pauta na construção da sociedade.

³⁷ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.26.

Inaugurada, portanto, na dogmática penal a Teoria da Imputação Objetiva, para Roxin, o eixo basilar de tal teoria é o bem jurídico, como cita-se em sua obra “o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos”³⁸.

Nesse sentido, segue pontuando que a função protetiva dos bens jurídicos cabe ao Direito Penal, adentrando no conceito da teoria do injusto, disserta o autor:

“[...] a teoria da imputação objetiva se encontra enlaçada diretamente com o princípio da proteção de bens jurídicos, e que dita teoria fixa a medida da proteção mediante um sutil conjunto de regras, racionalmente convincentes, circunscritas ao social, e politicamente necessárias.”³⁹

E conclui:

“[...] a proteção de bens jurídicos não só governa a tarefa político-criminal do Direito Penal, mas também a sistemática da teoria do injusto. O Direito Penal protege, no marco do alcance de seus tipos penais, os bens jurídicos frente aos riscos não permitidos. Por isso, a proteção de bens jurídicos e a teoria da imputação objetiva são componentes irrenunciáveis num processo social de ponderação da matéria correspondente à proibição. [...]”⁴⁰

Nesse condão, pode-se inferir que a “imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico(...)”⁴¹. E, sobre o assunto, alerta o professor Damásio de Jesus:

“Trata-se de um dos mais antigos problemas do Direito Penal, qual seja, a determinação de quando a lesão de um interesse jurídico pode ser considerada “obra” de uma pessoa. Na verdade, cuida-se de uma teoria com missão de restringir

³⁸ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal, org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 12.

³⁹ *Idem.* p. 43.

⁴⁰ *Idem.* p. 61.

⁴¹ JESUS, Damásio E. de. Imputação objetiva. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34.

a atribuição da imputação, delimitando-se as fronteiras entre o penalmente permitido e o proibido.”⁴²

Damásio, ainda sobre as diferentes teorias do delito, delimita quais as maiores e mais relevantes distinções acerca da teoria da imputação objetiva, como expões claramente em sua doutrina:

“Diferenciam-se relação de causalidade e imputação objetiva. Naquela, procura-se estabelecer um liame no mundo natural entre o comportamento e o resultado também natural (“conseqüente necessário”); nesta, equaciona-se uma relação jurídica entre a conduta, um risco a bem jurídico e o resultado também jurídico (“conseqüente prescrito”). A expressão “imputação objetiva” não quer dizer “responsabilidade penal objetiva”, que significa responder o autor pelo resultado, por crime doloso ou culposos, desde que presente a relação de causalidade com a conduta, ainda que não tenha agido com dolo ou culpa. Não se relaciona com presunção de dolo e culpa e sim com o nexos normativo entre a conduta criadora de relevante risco proibido e o resultado jurídico (afetação do bem jurídico). Distingue-se também da “imputabilidade penal” (art. 26 do CP), em que é questionado se o sujeito, no momento da conduta, tinha capacidade intelecto-volitiva (de entender e de querer). Diferencia-se da responsabilidade penal subjetiva, que diz respeito à atitude pessoal do autor, agindo com dolo ou culpa. Aqui se trata de atribuir juridicamente a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco proibido ou de haver provocado um resultado jurídico.”⁴³

Desse modo, a fim de interpretar de forma precisa a relevância jurídica dos atos humanos, sob uma ótica causalista, é fundamental identificar a existência de risco como finalidade da ação, ou seja, a conduta praticada, deve, por via de regra, gerar um resultado jurídico gravoso ao bem.

Roxin, segue em sua obra definindo que a delimitação da tipicidade deve ocorrer em duas esferas. A primeira delas, sendo a dimensão objetiva, qual seja de identificar o cabimento do fato praticado à norma jurídica e, em seguida, a normativa, na qual compete analisar se a prática criou um risco proibido pela lei e, posteriormente, se esse risco se materializou em um resultado que lesasse um bem jurídico. Destaca-se, portanto, o aspecto fundamental do reconhecimento de um resultado que desencadeasse uma alteração no mundo exterior e, além disso, alteração lesiva.

⁴² *Idem.* p. 34.

⁴³ *Idem.* p. 33-34.

Releva enfatizar que tal resultado naturalístico pontuado acima, não é possível a todos os crimes. Nos casos de crimes materiais é imprescindível a ocorrência deste resultado para configurar a consumação. Todavia, em relação aos crimes formais, o resultado naturalístico não é condição *sine qua non*, podendo ou não ocorrer, sem inferir na consumação do crime. Quanto aos crimes de mera conduta, não há ocorrência.

Nessa esteira, Claus Roxin prossegue em sua teoria, baseado no funcionalismo, afirmando que para a devida imputação objetiva, é fundamental que estejam caracterizadas três condições, quais sejam: i) o aumento de risco não permitido pela prática de uma conduta; ii) a ocorrência concreta desse risco no mundo externo e iii) a previsão legal deste resultado, ou seja, seu cabimento ao tipo penal.

No sentido contrário, não se sustenta a imputação de resultado ao agente em casos onde a) o resultado seja oriundo de um risco não-proibido ou que o agente tinha a intenção de reduzir um risco proibido; b) não haja a efetiva consumação do risco proibido, restando, portanto, ausente o resultado concreto ou c) ainda que haja resultado, este não se enquadre no delimitado no tipo penal em questão, tampouco na proteção do bem tutelado pela norma.

Sintetiza nesse sentido Greco:

“[...] O que essa teoria faz é relegar o tipo subjetivo e a finalidade a uma posição secundária e recolocar o tipo objetivo no centro das atenções. Esse tipo objetivo não pode, porém, esgotar-se na mera causação de um resultado – é necessário algo mais para fazer dessa causação uma causação objetivamente típica. Este algo mais compõe-se, fundamentalmente, de duas ideias: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado.”⁴⁴

⁴⁴ GRECO, Luís. Um panorama da teoria da imputação objetiva. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 9.

Assim, passa-se aos próximos itens deste capítulo, afim de pormenorizar os cenários que permitem a imputação objetiva e as diferentes situações possíveis.

2.1 Criação ou incremento de um risco proibido relevante

2.1.1 Risco Permitido e Risco Proibido

Como observado, a noção de coletividade social é fundamental para debruçar sobre a ação humana. São muitas as condutas que acarretam em riscos à sociedade, por isso, delimitou-se através do estudo da dogmática penal, dentre estes, quais seriam os riscos proibidos.

Para esclarecer essa importante distinção entre o risco permitido e o risco proibido, transcreve-se excerto do doutrinador Damásio de Jesus:

“A diferença entre risco permitido e proibido não está na gravidade do perigo e sim em que às vezes é lícito e em outras não o é. Enquanto o “risco” pertence ao mundo natural, a permissão e a proibição determinam-se de acordo com as regras do ordenamento social. A tolerância para a realização da conduta criadora do risco advém das estruturas sociais, que, por intermédio de diferentes critérios, disciplinam o que é lícito e o que é desaprovado. Na aplicação desses métodos devemos ter em conta, em primeiro lugar, a consideração da natureza do bem jurídico, que deve ser encontrada na Constituição Federal. Esses critérios são os seguintes: a utilidade social, a inevitabilidade do risco e as necessidades de certas empresas. (sem destaque no original).”⁴⁵

O que se observa, portanto, é que há, naturalmente, conforme caminha o avanço social, a ocorrência reiterada de diversas condutas de risco aos cidadãos, inclusive, pelos próprios avanços há crescimento de perigos aos bens dos cidadãos. Nesse momento, é feita a ponderação entre a tutela de tais bens jurídicos e a utilidade social do progresso.

Isto posto, configurado o cenário de que se vive em uma sociedade de riscos, na qual diversos perigos apresentam-se no cotidiano, solidifica-se o

⁴⁵ JESUS, *op cit.* 2007. p. 41.

entendimento do conceito inafastabilidade do perigo, sob o qual vive a sociedade.

Na lição de Roxin acerca do conceito de risco permitido, “[...] onde ele não estiver fixado legalmente, o juízo jurídico não poderá ser formulado sem levar em conta investigações empíricas [...]”⁴⁶.

Partindo do pressuposto de que estes riscos são inafastáveis e, além disso, são varias as atividades benéficas ao corpo social, o que o Poder Legislativo busca é a definição de limites da utilização.

Face a isso, insta fundamental compreender que a imputação de delitos se restringe aos riscos proibidos e relevantes. Portanto, é feito um juízo valorativo que permita a materialidade da conduta para o aferimento da tipicidade.

Roxin dá ênfase à relevância do bem jurídico, conforme apresentado anteriormente e versa sobre essa característica inicial de necessidade de existência de risco proibido para a produção de resultado penalmente relevante, como segue:

“A ponderação entre os direitos estatais de ingerência e os direitos civis da liberdade, que na fase da legislação se logra com o auxílio do princípio do bem jurídico, se torna válida uma vez mais, agora numa segunda fase, na da dogmática, mediante a exigência do risco não permitido.”⁴⁷

Pode-se dizer que:

“[...] se cada um se comporta de acordo com um papel que lhe foi atribuído pela sociedade, mesmo que a conduta praticada importe na criação do risco de lesão ou perigo de lesão aos bens de terceira pessoa, se tal comportamento se mantiver

⁴⁶ ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 9, n.º 35, p. 103-119, jul/set 2001. p. 106

⁴⁷ ROXIN, *op cit.* 2009. p. 40.

dentro dos padrões aceitos e assimilados pela sociedade, se dessa conduta advier algum resultado lesivo, este será imputado ao acaso.”⁴⁸

Sucintamente, “o critério do risco não permitido aporta assim, pois, para o âmbito do injusto, a escala de ponderação entre a intervenção estatal e a liberdade.”⁴⁹

Neste condão, Greco versa sobre a necessidade de que ação seja perigosa e a finalidade do direito penal, *in verbis*:

“Esta exigência tem sua raiz mais profunda na própria finalidade do direito penal, que é proteger bens jurídicos: proibir ações não perigosas é proibir por proibir, é limitar a liberdade sem correlato ganho social. Só as proibições que gerem algum ganho social podem ser proibições legítimas, só as proibições que sejam idôneas a proteger um bem jurídico podem ser legítimas. Aqui se vê, igualmente, o contato da criação do risco com o princípio constitucional da proporcionalidade, especificamente com a ideia de idoneidade – a de que toda limitação de liberdade deve ser idônea, isto é, capaz de alcançar a finalidade desejada; e com a teoria da prevenção geral negativa, segundo a qual fim da proibição é motivar os cidadãos a não praticarem determinada ação.”⁵⁰

Contudo, finaliza o autor em tom de alerta que apenas as ações perigosas podem ser proibidas; mas que, ao mesmo passo, nem toda ação perigosa está proibida. Daí a necessidade de uma segunda etapa, na qual se valora quais, dentre os riscos criados, merecem a desaprovação do direito⁵¹.

Fundamental pontuar que, como explica Greco, a existência do risco é a faceta primeira da fase objetiva:

“[...] o que interessa, portanto, é perguntar se o que efetivamente ocorreu foi aquilo que a norma almejava prevenir, se as considerações que legitimam a proibição do comportamento são válidas também em face do que efetivamente ocorreu.”⁵²

De todo modo, deve-se observar a dificuldade de delimitação precisa do que se entende por risco permitido e risco proibido em abstrato. A

⁴⁸ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 242.

⁴⁹ ROXIN, *op cit* 2009. p. 41.

⁵⁰ GRECO, *op cit* 2005. p. 24.

⁵¹ *Idem.* p. 37.

⁵² *Idem.* p. 137.

verdadeira e efetiva análise, ocorre de maneira muito mais eficaz na aplicação a casos concretos.

2.1.2 Diminuição do Risco

Tal princípio de diminuição do risco consagra que não há imputação objetiva em casos em que o agente pratica a conduta de menor lesão ao bem jurídico, a fim de evitar um dano maior.

Podemos utilizar como exemplo a situação do agente que, para impedir que um inocente seja atropelado por um veículo desgovernado, empurra-o, causando-lhe lesões corporais leves.

No entanto, é fundamental ressaltar os comentários Damásio de Jesus, fazendo menção a Roxin, quando aborda os requisitos necessários para aplicação da diminuição de risco:

“1º) que o fato apresente um mesmo objeto jurídico, pertencente a um só sujeito. Tratando-se de bens jurídicos diversos, incide o estado de necessidade. Exemplo: o sujeito danifica um bem material para salvar a vida de seu proprietário;

2º) que a relação de risco seja a mesma. Exemplo: num incêndio, para salvar a vida de uma pessoa, o sujeito lança-a por uma janela, causando-lhe lesões corporais;

3º) que o autor não esteja inteiramente obrigado a reduzir o risco. Se tinha essa obrigação e podia cumpri-la, há imputação objetiva. Exemplo: o médico, mediante uma cirurgia, salva a vida do paciente. Infringindo a *lex artis*, entretanto, causa-lhe a perda de um membro. Responde pela lesão corporal grave, uma vez que desobedeceu as regras técnicas de sua profissão.”⁵³

Uma vez reconhecida a diminuição do risco, a situação é classificada como atípica. De maneira semelhante, o mesmo ocorre em casos em que não há caracterização de risco ao bem jurídico, portanto, também ausente a imputação.

⁵³ JESUS, *op cit.* 2007. p. 82-83.

2.1.3 Princípio da Confiança

O conceito de confiança, há muito, principalmente no âmbito da Sociologia, é peça-chave para o convívio entre os membros do corpo social. Há pressupostos de confiança que os indivíduos agirão de acordo com os seus papéis sociais, suas obrigações e deveres. Por conseguinte, considerando essa presunção de ação, o cidadão é afastado individualmente de uma posição vigilante com os seus semelhantes, como ensina Greco:

“[...] Cada um de nós, na sociedade, é portador de determinado papel. Devemos cumpri-lo e também acreditar que o outro cumprirá o seu, pois, caso contrário, o contrato social se tornaria insuportável, e as pessoas estariam impossibilitadas de praticar as condutas mais simples e corriqueiras. Por exemplo, o princípio da confiança nos permite atravessar um perigoso cruzamento, desde que o sinal esteja verde. Confiamos, dessa forma, que os veículos, que também almejam atravessar o mesmo cruzamento e que se encontram do lado no qual o sinal encontra-se vermelho, obedeçam à sinalização de parada obrigatória.”⁵⁴

Fazendo uma análise sobre o tema, aduz Roxin:

“[...] Pois a tradicional redução do tipo a uma causalidade, compreendida esta no sentido da teoria da equivalência dos antecedentes, criou em primeiro lugar uma esfera de responsabilidade sem fronteiras, que mesmo através de elementos como a previsibilidade ou a evitabilidade ainda não foram limitadas de modo aceitável do ponto de vista do Estado de Direito. Ora, quase tudo é abstratamente previsível e evitável. O âmbito daquilo que se é obrigatório a prever e a evitar sob a ameaça da pena é, na verdade, muito menor e deve ser definido por deveres de comportamento determináveis. Institutos dogmáticos como o risco permitido ou o princípio da confiança, que se desenvolveram fora das categorias sistemáticas, indicam o caminho necessário da tipificação dos deveres, cuja construção dogmática é a única possibilidade de dar aos tipos de delitos negligentes uma estrutura rígida tal qual a dos delitos dolosos.”⁵⁵

No entanto, observa-se que o conceito exposto acima não é absoluto. Como se depreende do exemplo da criança que corre atrás da bola, em uma rua em movimento. O espectador dessa cena não pode se firmar no pressuposto da confiança perante aquela criança. Todavia, não é plausível a atribuição de responsabilidade ou mesmo dever vigilante a esse espectador.

⁵⁴ GRECO, *op cit.* 2008. P. 243.

⁵⁵ ROXIN, *op cit.* 2002. p. 45.

Sobre as exceções a tal princípio, discorre Greco:

“[...] ninguém pode confiar em quem não é digno de confiança, como uma criança ou um doente mental (não se pode dirigir despreocupadamente, se se vê que há crianças jogando futebol na rua); da mesma forma, a confiança será injustificada se há indícios concretos no sentido de que o comportamento antijurídico de terceiro será praticado (não se pode dirigir despreocupadamente se o motorista que vem na transversal, apesar de aproximar-se do sinal vermelho, continua a acelerar); se o comportamento antijurídico é de tal modo comum, que não se pode mais contar com a sua não prática (ex: ninguém pode contar com a não-ultrapassagem do sinal vermelho depois das 11:00 da noite no Rio de Janeiro); e, por fim, pessoas dotadas de deveres especiais de vigilância não podem desincumbir-se com base no referido princípio (ex: o professor da auto-escola não pode confiar em que o seu aluno dirigirá corretamente).”⁵⁶

De tal modo, não há tipicidade da conduta em relação ao agente que se insere em uma situação de risco proibido cumprindo um dever de cuidado, como uma terceira pessoa. É excluída a imputação nesse caso pois não há em sua conduta isoladamente, produção de resultado lesivo.

2.1.4 Proibição de regresso

Este conceito é aplicado nas situações que o agente não sai de sua função social, seja ela a sua profissão, a sua atuação cotidiana ou o que for, ainda que haja contribuição para a existência do resultado lesivo. Nestes casos, a conduta rotineira não poderá ser incriminada.

Aduz Damásio:

“Por aplicação da teoria da proibição do regresso, quem estabelece com outro um relacionamento inofensivo não fica responsável por comportamento futuro realizado por ele, ainda que ilícito (restrição ao *regressus ad infinitum*). Significa que uma ação cotidiana inicial correta não conduz seu autor a responsabilidade por condutas posteriores ilícitas.”⁵⁷

⁵⁶ GRECO, *op cit.* 2005. p. 55-56.

⁵⁷ JESUS, *op cit.* 2007. p. 49.

Com isso, tem-se os casos hipotéticos, do taxista que, no regular exercício de sua função, transporta o autor de homicídio, concorrendo para o cometimento do delito, bem como da enfermeira, que da mesma forma, é utilizada para o envenenamento de terceiro, aos quais não há responsabilização destes pelos atos criminais.

Em suma, aquele que auxilia ou comete práticas que resultam em um crime, não são imputados, em situações que estavam meramente cumprindo suas funções sociais.

2.1.5 Consentimento e Participação da Vítima

2.1.5.1 Consentimento do ofendido

Nestes casos, há duas funções distintas que o ofendido pode exercer por meio de consentimento: o excludente de tipicidade ou o excludente supralegal de antijuridicidade.

No primeiro cenário, o consenso caracteriza o excludente do tipo quando este, traz em sua definição normativa a falta de consentimento, o dissentimento, como elementar do tipo. É o que ocorre nos crimes de invasão à domicílio, constante ao artigo 150 do Código Penal, quando resta comprovado manifesto consentimento do proprietário.

Na mesma esteira, tem-se o artigo 164 do Código Penal que define como forma típica “introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que do fato resulte prejuízo”⁵⁸. Prossegue Damásio dizendo que “nas figuras em que o dissentimento do

⁵⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei /del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

ofendido não aparece como elementar, o consenso funciona como causa supralegal de exclusão da ilicitude. [...]”⁵⁹.

Frisa Damásio de Jesus a imprescindibilidade do ofendido em estar apto, em condições, a consentir⁶⁰ e que haja objeto jurídico possível e presente.

No mais:

“Verifica-se hoje, na doutrina da imputação objetiva, tendência de conceder ao consenso da vítima maior relevância no terreno da tipicidade e não da antijuridicidade, i. e., os penalistas estão começando a considerar que a contribuição do ofendido na prática do fato, mediante consentimento, nas hipóteses em que o tipo não menciona o dissentimento, deve produzir efeito no plano da tipicidade, excluindo-a, e não no da ilicitude.”⁶¹

Assim, ao antecipar o consentimento da esfera da ilicitude para a tipicidade, importa, refletir essa migração em outras práticas, a exemplo, a dispensa de instauração de inquérito, em cenários onde a situação é clara, e, a previsibilidade de seu trancamento via Habeas Corpus, caso uma vez instaurado.

2.1.5.2 Ações a próprio risco

Nos casos onde há ocorrência de risco próprio ocasionado pela ação, a vítima é quem pratica a conduta lesiva, ou seja, esta se coloca em risco por meio de sua própria ação. Tal conceito é denominado de autocolocação ou autoexposição ao risco.

Um dos mais didáticos exemplos sobre o tema é da vítima que deliberadamente pratica esportes radicais. Nesse cenário, a vítima tem

⁵⁹ JESUS, *op cit.* 2007. p. 55-56.

⁶⁰ *Idem.* p.55.

⁶¹ JESUS, *op cit.* 2007, p. 56.

ciência de que há o risco de danos ao corpo, ou até mesmo a ocorrência de óbito, de modo que a eventual confirmação destes riscos não permite a imputação do instrutor, a exemplo, da atividade em questão. Elucida Greco:

“[...] Assim, aquele que se dispõe a participar de uma cavalgada, a praticar o rapel e a fazer escaladas sabe dos riscos que são peculiares a cada uma dessas atividades, não se podendo imputar ao instrutor do grupo, por exemplo, os danos considerados como acontecimentos normais. É possível que o cavalo se assuste e jogue o cavaleiro fora da sela, como também pode acontecer que o montanhista, numa escalada, perdendo o equilíbrio, caia e quebre o braço [...]”⁶²

Alerta Roxin que:

[...] não é missão do Direito penal proteger os sujeitos responsáveis frente às autolesões conscientes de terceiros, provocadas por eles mesmos. Um paternalismo estatal com intervenção do Direito penal deveria ser admissível só no caso de falta de autonomia na pessoa do afetado [...].⁶³

Em sentindo antagônico, há, também, a heteroexposição ao risco (heterocolocação em perigo), ou seja, “o autor é quem ocupa uma posição principal no fato, a vítima apenas consentindo com a atividade arriscada”⁶⁴. Nas palavras de Greco, “[...] situação na qual a vítima, por exemplo, pede ao agente, que está em sua companhia, que pratique uma conduta arriscada, acreditando, firmemente, que não ocorrerá qualquer resultado danoso [...]”⁶⁵.

O professor Damásio de Jesus⁶⁶ enumera hipóteses de diferentes ações a próprio risco:

“1) Participação em fato que expõe a vítima a seu próprio risco – a vítima cria uma situação de risco a seus próprios interesses jurídicos com a participação de terceiro. Exemplo: overdose – um viciado fornece a seu amigo, também viciado, droga e seringa. A vítima exagera na dose e morre. O viciado que forneceu a seringa e a droga não responderá pela morte da vítima.

⁶² GRECO, *op cit.* 2008. p. 245.

⁶³ ROXIN, *op cit.* 2009. p. 43-44.

⁶⁴ JESUS, *op cit.* 2007. p. 57.

⁶⁵ GRECO, *op cit.* 2008. p. 245.

⁶⁶ JESUS, *op cit.* 2007. p. 63-64.

2) Consentimento em ação realizada por terceiro que expõe a risco o próprio consensiente – a vítima consente em expor a perigo por obra de terceiro, ou seja, ela não se arrisca por si mesma. A vítima consente com a situação de risco, e não com a produção do resultado. No entanto, estando em risco bem jurídico indisponível, como a vida, haverá imputação objetiva.

3) Condutas perigosas de salvamento – é criado um comportamento de risco juridicamente relevante e proibido. Terceira pessoa tenta salvar o bem jurídico colocado em risco por tal comportamento, vindo a sofrer lesões ou a morrer. O produtor do risco inicial não responde pelo resultado mais grave – em face da terceira pessoa. Foi esta quem se autocolocou em risco.

4) Criação de nova relação de risco por parte da vítima ao violar seus deveres de proteção própria – é o caso do agente que provoca uma colisão culposa entre dois automóveis. O outro motorista vem a falecer porque estava sem cinto de segurança, sendo verificado que, se o usasse no momento da colisão, teria apenas lesões corporais leves, respondendo o agente pelo delito de lesões corporais culposas no trânsito.

5) Conduta posterior de um sujeito que, em face de um comportamento anterior do autor, pode ser lesiva a seus próprios bens – haverá ou não imputação objetiva, dependendo da análise do caso concreto.”⁶⁷

A exemplo, essencial citar Damásio em seu original:

“1. CASO DO ARSÊNICO. A esposa havia guardado arsênico numa garrafa de vinho. Seu marido, dado à embriaguez, supondo tratar-se de bebida alcoólica, ingeriu o líquido e morreu. Ela responde pelo resultado morte? [...]

Hipóteses como essas devem ser apreciadas sob dois aspectos:

1º) No “caso do arsênico”, p. ex., se o autor expõe a falsa garrafa de refrigerante ou bebida alcoólica em local acessível a pessoas que com ele convivem, responde pelo evento. Exemplo: colocar o objeto sobre a pia da cozinha (é o caso supra do arsênico). Se o sujeito reside numa habitação onde moram várias pessoas, constitui conduta imprudente deixar uma garrafa, que aparenta ser de cerveja ou vinho, na verdade cheia de veneno (inobservância do cuidado objetivo necessário, produzindo risco juridicamente proibido). O mesmo ocorre em relação a uma arma

⁶⁷ Idem. p. 64-65.

de fogo carregada. Se o sujeito, descuidadamente, deixa-a ao alcance de terceiro, ocorrendo um resultado culposos, responde por este.

2º) Imagine que, no caso supra do veneno, a autora tivesse guardado a garrafa em local apropriado, escondida, por exemplo, num guarda-roupa, e um ladrão, procurando bens de valor, a tivesse encontrado e ingerido o líquido. Nessa hipótese, não haveria imputação do resultado. Diga-se o mesmo em relação à arma de fogo.”⁶⁸

Nesse momento, ao se observar as circunstâncias do fato e ante à análise de que há capacidade da vítima em consentir e ter a ciência do risco em comento, bem como a disponibilidade do bem jurídico tutelado, não é possível a imputação deste risco, nem de suas consequências a terceiro.

2.1.6 Causalidade de substituição

A substituição causal, também é denominada como “aceleração de causalidade” ou “cursos causais hipotéticos”.

Explica o professor Damásio de Jesus que “o resultado jurídico é causado por um comportamento produtor de um risco juridicamente proibido no mesmo instante em que fatalmente teria ocorrido em face de outro perigo”⁶⁹.

Em continuação, cita o seguinte exemplo:

“CASO DA EXPLOÇÃO CRIMINOSA POR OCASIÃO DE DESASTRE AÉREO FORTUITO. O autor deseja matar uma pessoa. Com uma bomba programada, explode uma aeronave em que ela se encontra no mesmo instante em que o aparelho está se precipitando por causa de uma falha mecânica. A vítima morre em face dos ferimentos produzidos na queda do avião contra o solo e não em decorrência da explosão, que ocorre no último segundo antes do choque. O agente responde pela morte?”⁷⁰

⁶⁸ *Idem.* p. 65-66.

⁶⁹ *Idem.* p. 119.

⁷⁰ *Idem.* p.120.

Entende-se que o agente responderia nesse caso exclusivamente pelo homicídio tentado, vez que, em atenção às causas da morte, a bomba não pode ser incluída.

Em outros casos, é possível a alegação de inevitabilidade do resultado ou do crime que teria ocorrido de qualquer forma, sob o argumento de que ainda que ele não fosse o agente, a prática teria sido realizada por “B”. Neste contexto não há a descaracterização da imputação objetiva, pois os três elementos básicos para a aplicação da norma estão presentes, a criação de um risco proibido, a consumação de seu resultado lesivo e a correspondência da prática com o tipo penal previsto.

Dessa forma, face a essas situações em que os cursos causais não hipotéticos ou derivados, o agente é imputado normalmente, haja vista a capacidade de responsabilização do resultado pela conduta praticada.

2.2 Realização do Risco Não Permitido

A fim de configurar o risco não permitido, não é suficiente a criação ou majoração de um risco não permitido de forma isolada de consequências. É imprescindível a consumação deste risco proibido no resultado lesivo. A lesão ao bem jurídico tem que ser a mesma ameaçada pelo risco proibido. Portanto, nos casos em que não há essa ocorrência mútua, há presentes os conceitos de desvalor da ação, no primeiro caso e de desvalor do resultado, no último.

Elucida Greco:

“E a teoria da imputação objetiva complementa ambas as dimensões de desvalor com novos aspectos. O desvalor da ação, até agora subjetivo, mera finalidade, ganha uma face objetiva: a criação de um risco juridicamente proibido. Somente ações intoleravelmente perigosas são desvaloradas pelo direito. Também o desvalor do resultado é enriquecido: nem toda causação de lesão a bem jurídico referida a uma finalidade é desvalorada; apenas o será a causação em que se realize o risco juridicamente proibido criado pelo autor. Ou seja, a imputação objetiva

acrescenta ao injusto um desvalor objetivo da ação (a criação de um risco juridicamente desaprovado), e dá ao desvalor do resultado uma nova dimensão (realização do risco juridicamente desaprovado).”⁷¹

A fim de ilustrar o exposto, faz-se cabível relatar o clássico exemplo em que “A” atira em “B” com a intenção de matar, mas, de maneira insatisfatório, gera exclusivamente lesões. Contudo, em consequência, “B” é levado ao hospital e falece na ambulância a caminho do mesmo. Explica Roxin:

“Em meu segundo grupo de casos, no exemplo do sujeito que, ferido por alguém com dolo de homicídio, vem a morrer em um acidente de ambulância, o resultado igualmente não poderá imputar-se àquele que atirou, apesar de ter sido causado e almejado. É verdade que, através do tiro, criou o autor um perigo imediato de vida, que é suficiente para a punição por tentativa. Mas este perigo não permitido não se realizou, pois a vítima não morreu em razão dos ferimentos, e sim de um acidente de trânsito. O risco de morrer em um acidente de trânsito não foi elevado pelo transporte na ambulância; ele não é maior do que o risco de acidentar-se quando se passeia a pé, ou com o próprio automóvel. Falta, portanto, a realização do risco criado pelo tiro, de modo que o resultado morte não pode ser imputado àquele que efetuou o disparo como sua obra. Ele não cometeu uma ação de homicídio, mas somente uma ação de tentativa de homicídio.”⁷²

Destarte, a imputação somente ocorre se houver a concretização do risco proibido no resultado final. Em situações diversas destas, nas quais o resultado é consumado, mas não por consequência direta da conduta em questão, o agente somente responderá pelas práticas que tenha efetivamente realizado, ou também, pelo resultado direto de sua conduta.

2.3 Resultado Penalmente Relevante

A imputação objetiva é sancionada pela sua relevância jurídica, esta por sua vez, intimamente ligada à análise da abrangência de proteção de cada norma do ordenamento jurídico. De forma tal, a mera existência de nexo causal, não enseja a imputação do agente, em casos onde o resultado, ainda

⁷¹ GRECO, *op cit.* 2005. p. 12.

⁷² ROXIN, *op cit.* 2002. p. 15.

que deflagrada a causalidade com a conduta, não seja lesivo ao bem jurídico protegido.

Indo ao encontro acerca da importância do bem jurídico, Roxin:

[...] Consistindo a missão do Direito penal na proteção de bens jurídicos, então o injusto penal deve manifestar-se como o menoscabo de um bem jurídico, isto é, como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico. Ainda que isso possa parecer trivial e evidente, não o é, entretanto, quando se reconhece que outras concepções de grande influência, as quais logo me referirei mais detidamente, concebem o injusto como um conceito único, baseado no desvalor da ação ou na desautorização da vigência da norma, renunciando, desta maneira, de contemplar no injusto o desvalor do resultado expressado como lesão de bens jurídicos.⁷³

O autor continua sua lição dispondo sobre a necessidade de conjugação do bem jurídico tutelado e do risco proibido para que seja configurado o cometimento do injusto penal.

A teoria da imputação objetiva, em cuja renovação e desenvolvimento moderno tenha sido uma participação destacada, decorre inexcusavelmente do princípio de proteção de bens jurídicos e, nesta direção, tem chegado a alcançar uma ampla difusão internacional. Querendo o Direito penal proteger bens jurídicos contra os ataques humanos, isto só será possível na medida em que o Direito penal proíba a criação de riscos não permitidos e, ademais, valore a infração na forma de uma lesão do bem jurídico, como injusto penal. Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelos homens.⁷⁴

Sobre o mesmo tema, explica Greco que:

[...] O desvalor do resultado deve ser referido ao desvalor da ação, dissemos. O que isso significa, mais concretamente? Isso significa que só haverá realização do risco se a proibição da conduta for justificada para evitar a lesão de determinado bem jurídico por meio de determinado curso causal, os quais venham efetivamente a ocorrer. É este o verdadeiro sentido da ideia “fim de proteção da norma”, que comumente se repete, mas que quase nunca se define: a norma proibitiva visa evitar que um certo bem jurídico seja afetado de certa maneira. Se for afetado não esse bem jurídico, mas outro, ou se ele próprio for afetado, mas por curso causal completamente diverso, o que se realizou no resultado não foi o risco que se estava a analisar.⁷⁵

⁷³ ROXIN, *op cit.* 2009. p. 39-40.

⁷⁴ *Idem.* p. 40.

⁷⁵ GRECO, *op cit.* 2005. p. 95.

Continua o ilustre professor, pormenorizando a finalidade protetiva da norma:

Noutras palavras, à guisa de síntese: para saber se um risco proibido está ou não compreendido no fim de proteção da norma, o que interessa é se ele foi realmente criado. Trocando em miúdos, isso significa que, em primeiro lugar, vemos o que efetivamente ocorreu, mais especificamente o bem lesionado e o curso causal de que resultou essa lesão. Depois, perguntamos se a proibição almejava ou não preveni-los, ou se eles só teriam sido evitados por acaso. Para sabermos se a proibição almejava ou não preveni-los, não devemos falar diretamente em fim de proteção da norma, porque por ora ainda não sabemos o que ele é, qual o fim da norma de cuidado – uma tal resposta não passaria de uma tautologia, estilo “o guepardo corre a noventa quilômetros por hora, porque ele corre a quarenta e cinco quilômetros a cada meia hora” ou “Romeu e Julieta se amam porque são apaixonados um pelo outro”. O que temos de fazer é levar em conta os mesmos pontos de vista de que partimos ao analisar a criação de um risco juridicamente desaprovado, isto é, a proteção de bens jurídicos, a prevenção geral negativa, o núcleo de liberdade imponderável e a ponderação de interesses, bem como os critérios com base nos quais os concretizamos, a saber, a prognose póstuma objetiva, a violação de normas jurídicas e extrajurídicas de cuidado, o princípio da confiança e o parâmetro do homem prudente; e verificar se estes aspectos fundamentam a proibição também para evitar o que efetivamente ocorreu.⁷⁶

Em suma, somente caracteriza-se a possibilidade de imputação quando há lesividade no resultado a qualquer norma protetiva, bem como quando há a caracterização de risco juridicamente relevante, pois em contrário, aplica-se o princípio da insignificância, o qual será melhor exposto no item subsequente.

2.3.1 Princípio da Insignificância

Também conhecido como “crime de lesão mínima” ou “crime de bagatela”, pressupõe que somente as práticas que atacam bens jurídicos relevantes justificam a intervenção punitiva do Direito Penal. Desta forma, os crimes cujo resultado é de lesão mínima e o objeto lesado não é bem jurídico relevante, não preveem a imputação objetiva.

Explica Greco:

⁷⁶ *Idem.* p. 104-105.

Tivemos a oportunidade de dizer que o princípio da intervenção mínima, como limitador do poder punitivo do Estado, faz com que o legislador selecione, para fins de proteção pelo Direito Penal, os bens mais importantes existentes em nossa sociedade. Além disso, ainda no seu critério de seleção, ele deverá observar aquelas condutas que se consideram socialmente adequadas, para delas também manter afastado o Direito Penal. Assim, uma vez escolhidos os bens a serem tutelados, estes integrarão uma pequena parcela que irá merecer a atenção do Direito Penal, em virtude de seu caráter fragmentário.⁷⁷

Ao mesmo passo, elucida Damásio de Jesus:

[...] Recomenda, pois, que, pela limitação da tipicidade, a pretensão punitiva somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material). O Direito Penal é um recurso punitivo extremo, cumprindo ser exercido somente quando os outros ramos do Direito mostrem-se ineficientes. De modo que o direito repressivo não deve intervir quando a lesão jurídica é mínima, reservando-se para as ofensas graves.⁷⁸

Para Roxin, a proteção do bem jurídico perpassa a interpretação restritiva dos casos, de modo a realizar de maneira concomitante a análise constitucional e a do Direito Penal. É nesse cenário que se faz possível fundamentar o princípio da insignificância:

que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinoso no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por “violência” não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser sensível, para adentrar no marco da criminalidade. Se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir destes princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país.⁷⁹

No mesmo sentido, alimentando a noção de inexistência de previsão de punição para casos que a lesão ao bem tutelado é ínfima:

[...] é indispensável que o fato tenha acarretado uma ofensa de certa magnitude ao bem jurídico protegido para que se possa concluir por um juízo positivo de tipicidade. Com base em um enfoque de modernização da Justiça Criminal, não mais se discute que os responsáveis por lesões aos bens jurídicos só devem ser submetidos à sanção criminal quando esta se torna indispensável à adequação da

⁷⁷ GRECO, *op cit.* 2008. p. 63.

⁷⁸ JESUS, *op cit.* 2007. p. 79.

⁷⁹ ROXIN, *op cit.* 2002. p. 47-48.

justiça e à segurança dos valores da sociedade. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato.⁸⁰

Distingue-se, ainda, a prática criminal de bagatela, por meio de características específicas, consoante ensinamento de Mirabete: “[...] (a) escassa reprovabilidade; (b) ofensa a bem jurídico de menor relevância; (c) habitualidade; (d) maior incidência nos crimes contra o patrimônio e no trânsito, além de uma característica de natureza político-criminal [...]”⁸¹, a ser definida pela “[...]dispensabilidade da pena do ponto de vista da prevenção geral, se não mesmo sua inconveniência do ponto de vista da prevenção especial”⁸².

Em atenção à jurisprudência pátria, diversas práticas vêm sendo enquadradas no referido princípio ao longo dos anos, quais sejam: furto de bagatela, posse mínima de maconha, delitos tributários, contrabando de pequena monta, dentre outros.

Fundamental ressaltar que a pacificidade em relação à aplicação deste princípio é sedimentada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal. O egrégio Tribunal, embora não adote a teoria da imputação objetiva de forma institucional, já fixou os requisitos que permitem a aplicação do mesmo. São eles: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Desta feita, é essencial observar as finalidades da política criminal, de modo a reiterar, como o acima exposto entendimento da Corte Suprema, que a punição e incidência de responsabilização por fatos de baixa ou nula relevância jurídica, cuja ameaça aos bens tutelados é irrisória, é descabida e deve ser questionada.

⁸⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p. 118.

⁸¹ *Idem*. 2003. p.119.

⁸² *Idem*. 2003. p.119.

2.4 Críticas à teoria da imputação objetiva

Compreendemos assim, ao menos em seus principais elementos, a teoria da imputação objetiva conforme defendida pelo autor Claus Roxin, e outros teóricos que seguem seu modelo, em maioria, simpatizantes de sua adoção e desenvolvimento pelo ordenamento brasileiro.

É necessário, contudo, para que possamos entender de melhor forma a própria teoria e como ela se situa ante nosso ordenamento, o que veremos a seguir, é necessário que se dê espaço para que seus críticos tenham a oportunidade de indicar suas deficiências e contradições.

É através do estudo sério e do confronto de ideia que a própria dogmática jurídica se desenvolve e aprimora, de forma que este é um capítulo indispensável ao estudo dessa tese e para formação de opinião independente do leitor.

Como é de se esperar, muitas das críticas contra a teoria de Roxin surgem em face de sua inspiração político-criminal, em face da insegurança que esta cria, na visão dos críticos, à determinação objetiva e taxativa do tipo penal tradicional.

Nesse sentido, insurge-se Feijóo Sanchez:

Roxin afirma que os problemas devem ser resolvidos considerando-se os fins político-criminais, mas não determina quais são os fins político-criminais que nos ajudam a desentranhar as dificuldades da tipicidade (a intimidação, a prevenção geral positiva, a prevenção especial, a proteção de bens jurídicos, etc.). Sem determinar previamente esses fins político-criminais, é impossível chegar a uma solução geral.⁸³

⁸³ FEIJÓO SANCHEZ *apud* ALMEIDA, Felipe Lima de. Causalidade e Imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. 1ª ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p.192.

A teoria da imputação objetiva é caracterizada por seus críticos como imprecisa e pouco clara, principalmente quanto à definição do que seria o “risco”, tão essencial a esta formulação teórica. Acerca dessas críticas da academia salienta Felipe de Almeida que:

Segundo parte da doutrina, muitas vezes sob a denominação de “imputação objetiva”, não se esconde mais que uma solução de compromisso que pretende excluir a punibilidade, de acordo com critérios vagos e indeterminados que, em muitas ocasiões, somente acodem ao “sentimento jurídico” mais do que à razão.

A doutrina aponta que a teoria da imputação objetiva seria carecedora de uma fundamentação dogmática sólida ou de um supedâneo científico consistente (racional, não somente razoável), diante da falta de clareza no que se refere aos problemas do tipo. De acordo com Feijóo Sanchez, “essa teoria não tem conseguido livrar-se de seu caráter de agrupamento caótico de critérios que buscam soluções político-criminalmente aceitáveis para certos grupos de casos”.⁸⁴

É comum também à maioria de seus críticos a tentativa de demonstração de que os tópicos criados por Roxin são de pouca aplicabilidade prática, limitados a um número reduzido de casos, o que não justificaria tamanha teorização para consolidar critérios demasiadamente abstratos e imprecisos.

Rememorando-se sempre que a teoria, como debatida neste trabalho, é ainda jovem em comparação a suas já consagradas “antecessoras” – propositalmente entre aspas para que se enfatize a incerteza acerca de sua futura prevalência – e, em seu atual grau de desenvolvimento, parece, a grande parte da doutrina, ainda representar um grande conglomerado de princípios e critérios, por vezes em contradição, carecendo de lógica interna que a sustente enquanto linha de pensamento.

⁸⁴ ALMEIDA, *op cit.* 2013. p. 193.

O próprio critério do risco juridicamente relevante é de admissão bastante controvertida em relação aos delitos dolosos, pois dependeria de dois elementos constitutivos dos crimes culposos, a previsibilidade objetiva e a observância do dever de cuidado, translação que, na opinião de alguns doutrinadores, seria inclusive desnecessária, vez que o dolo, por si só, já incorpora ambos.⁸⁵

É também citada a dispensabilidade da aplicação da teoria aos delitos culposos, aduzindo-se que quanto a estes nada acrescentaria, tendo em vista que o dever objetivo de cuidado já integra sua própria formação, nada acrescentando à sua análise. Discorre Paulo Queiroz:

[...] relativamente aos crimes culposos, se o agente se mantém dentro do risco permitido, não há 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, para tanto, apelar à imputação objetiva”.⁸⁶

Ressaltamos, por fim, a posição, ainda que severa, do renomado professor Cezar Roberto Bittencourt:

Sintetizando, seus reflexos devem ser muito mais modestos do que o furor de perplexidade que está causando no continente latino-americano. Porque, a única certeza, até agora, apresentada pela teoria da imputação objetiva é a incerteza dos seus enunciados, a imprecisão dos seus conceitos e a insegurança dos resultados a que pode levar! Aliás, o próprio Claus Roxin, maior expoente da teoria em exame, afirma que “o conceito de risco permitido é utilizado em múltiplos contextos, mas sobre seu significado e posição sistemática reina a mais absoluta falta de clareza”. (...) Propõe-se, na verdade, a discutir critérios objetivos limitadores dessa causalidade, sendo desnecessário, conseqüentemente, projetar-se critérios positivos, mostrando-se suficientes somente critérios negativos de atribuição. (...) A relação de causalidade não é suficiente nos crimes de ação, nem sempre é necessária nos crimes de omissão e é absolutamente irrelevante nos crimes de mera atividade; portanto, a teoria da imputação objetiva tem um espaço e importância reduzidos.⁸⁷

⁸⁵ CEREZO MIR *apud* ALMEIDA, 2013. p. 194.

⁸⁶ QUEIROZ *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral/Parte Especial. 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 199.

⁸⁷ BITENCOURT *apud* NUCCI, 2011. p. 200.

Em suma, diante desta e de tantas outras críticas, grande parte da doutrina entende que os critérios normativos de imputação objetiva, extraídos através do exame de casos concretos, não lograram elaborar uma teoria suficientemente uniforme de imputação e também não almejaram reestruturar a categoria da tipicidade, como se objetivava. Ainda não se estaria, segundo os críticos, diante de uma teoria sólida e bem assentada, mas sim de um estudo inicial, que precisa ainda ser trabalhado e estudado, desenvolver com maior solidez suas premissas, para que algum dia possa vir a se mostrar como uma alternativa viável aos modelos já estabelecidos.

CAPÍTULO 3 – IMPUTAÇÃO OBJETIVA FRENTE AO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Vimos, portanto, quais são os principais elementos da teoria da imputação objetiva defendida por Claus Roxin através dos olhos de seus defensores e detratores, realizando a necessária análise das críticas ao modelo.

Falta, portanto, confrontar esta tese frente ao ordenamento brasileiro, de forma a perquirir quais suas possíveis e reais aplicações, de que forma ela já se faz presente ou não no ordenamento e jurisprudência pátrios, passando a compreender seus limites e possibilidades no direito penal brasileiro.

Recorda-se sempre que, no Brasil, percebe-se a prevalência do sistema finalista do delito. Se na Alemanha de Claus Roxin sua adoção pode ser datada do final da Segunda Grande Guerra,⁸⁸ a teoria só veio a chegar em terras tupiniquins a partir de 1970, com o registro da primeira obra sobre o finalismo e suas estruturas lógico-objetivas, com o trabalho do professor João

⁸⁸ ALMEIDA, *op cit.* 2013. p. 56.

Mestieri, “Curso de Direito Criminal”, na qual o autor se filia a teoria finalista de Welzel, distinguindo o tipo objetivo e o tipo subjetivo.

Contudo, sua real adoção ainda demorou alguns anos para ocorrer, ao longo dos quais foi angariando renomados adeptos, dos quais citamos Heleno Fragoso e Juarez Tavares. A partir dessa base, iniciou-se o movimento de reforma penal em 1981, criando-se a comissão para elaboração de um novo Código Penal que resultou nas reformas de 1984, elaborando-se uma nova Parte Geral do Código através da Lei 7.209/84, que, segundo a maioria da doutrina, representa a adoção do sistema penal brasileiro da teoria finalista do delito.

3.1 Nexo de causalidade: a imputação objetiva e as causas independentes e relativamente independentes

Como será demonstrado a seguir, uma das razões que orientam o surgimento da teoria da imputação objetiva na Alemanha está intimamente ligada a essencial diferença dogmática em relação ao direito brasileiro.

No que tange as relações de causalidade ou nexos causais, o Brasil adota a teoria da equivalência das condições antecedentes. Esta, de maneira *sine qua non*, estabelece:

[...] é considerada causa a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido. O sistema atribui relevância a todos os antecedentes do resultado naturalístico, considerando que nenhum elemento, de que depende a sua produção, pode ser excluído da linha de desdobramento causal.⁸⁹

Face a isso, o que se tem é a metodologia de reconhecimento de causalidade denominada de método da eliminação hipotética, que permitiria aferir através de um abstrato descarte de determinada conduta, se esta teria de fato inferido no resultado. Desse modo, obtém-se de maneira padronizada,

⁸⁹ JESUS, *op cit.* 2007, p. 6.

quais as ações que desencadearam aquele resultado. Ou seja, quais seriam as condutas que imperiosamente são causa daquele resultado.

A doutrina traz um exemplo clássico, como crítica a esta metodologia, no qual analisa-se o homicídio, prática complexa com inúmeros fatores antecedentes passíveis de contribuição para o resultado, fato típico, contudo a exclusão da fabricação da arma, embora ocasionasse o impedimento do resultado, não pode e não deveria ser considerada causa do crime.

Pois dessa forma, igualmente concorreriam para o hipotético assassinato o dono da fábrica de armas, o taxista que levou o homicida, dentre outros inúmeros casos.

Os autores da teoria da imputação objetiva consideravam a teoria de equivalência dos antecedentes excessivamente rigorosa e possivelmente injusta ao aferir o nexo causal. Por ser exclusivamente pautada na relação material de causa e efeito entre a conduta e o resultado por ela provocado: a condição *sine qua non* acabava por levar ao regresso ao infinito, de modo a responsabilizar injustamente indivíduos que, de qualquer modo, colaboraram para o acontecimento do fato.

A doutrina passou a perceber que era perigoso depender exclusivamente da inexistência de dolo ou culpa para considerar ou não alguém autor de um fato típico. Isso porque, na Alemanha, antes da reforma penal de 1953, o agente respondia objetivamente pelo delito, ou seja, ainda que não o tivesse causado dolosa ou culposamente.

A noção de causalidade, por muitas vezes, foi pautada como conceito que precisaria ser revisto. Dessa forma, houve uma guinada do movimento teórico em circundar o nexo causal como elemento que perpassa a juridicidade, removendo o caráter meramente material e naturalístico, a fim de combater a injusta vinculação do agente ao resultado.

Aplicando-se a teoria da imputação objetiva, antes e independentemente da análise da presença de dolo ou culpa, deve-se analisar se o agente deu causa, objetivamente, ao resultado. Se não houver dado causa, torna-se irrelevante a análise do dolo ou culpa. Em outras palavras, a preocupação da teoria da imputação objetiva, a princípio, não é saber se o agente atuou efetivamente com dolo ou culpa (elementos subjetivos do tipo) no caso concreto. A verificação de cabimento do resultado ao disposto no tipo penal, seu reflexo à norma protetiva e se este é cabível à imputação do agente é o principal problema, que antecede tal aferição.

A teoria aqui estudada sustenta que não é suficiente proceder à eliminação hipotética para atribuir determinado resultado a alguém. Surge, então, para limitar seu alcance: deixa-se de lado a relação de causalidade como conhecida anteriormente, de natureza material, para adentrar-se na possibilidade de análise da causalidade jurídica presente nessas situações.

É nesse ponto em que, historicamente, diferenciam-se abruptamente os ordenamentos penais brasileiro e alemão. Com a Reforma operada em 1984, foram introduzidos novos institutos ao direito brasileiro que por si só deram conta de solucionar os problemas apontados pela doutrina em relação à teoria da equivalência de condições. Foi desenvolvida uma série de critérios responsáveis pela reconstrução da noção de tipicidade como conceito jurídico, especialmente, abarcando a redefinição da relação de causalidade.

Como já percebido à época pelos teóricos que adotaram a imputação objetiva, a primeira solução encontrada para limitar-se a teoria da equivalência das condições foi elaborada com base na análise de culpa e dolo enquanto integrantes do tipo penal. Sobre o tema, leciona o professor Cezar Roberto Bitencourt:

Com a consagração da teoria finalista da ação, situando o dolo ou, quando for o caso, a culpa, no tipo penal, consolidou-se um primeiro limite à teoria da equivalência das condições. Ora, segundo essa orientação, pode ser que alguém dê

causa a um resultado, mas sem agir com dolo ou culpa. E fora do dolo e da culpa entramos na órbita do acidental, portanto, fora dos limites do Direito Penal. E isso porque a relevância típica das contribuições causais ao resultado depende da existência de, pelo menos, previsibilidade *ex ante* da produção do resultado e da correspondente possibilidade de evitar que o mesmo seja produzido. Com efeito, uma pessoa pode ter dado causa a determinado resultado, e não ser possível imputar-se-lhe a responsabilidade por esse fato, por não ter agido nem dolosa nem culposamente, isto é, não ter agido tipicamente; essa atividade permanece fora da esfera do Direito Penal, sendo impossível imputá-la a alguém pela falta de dolo ou culpa, a despeito da existência de uma relação causal objetiva, constituindo, por conseguinte, a primeira limitação à teoria da *conditio sine qua non*.⁹⁰

Assim, entendemos que o principal problema enfrentado pelos alemães ao se depararem com os desafios da teoria da equivalência de condições, inexistente ao ordenamento brasileiro. É plenamente compreensível que ao buscar uma saída despenalizadora em um sistema de punibilidade objetiva se evite adentrar à análise de tipicidade, contudo, como o ordenamento brasileiro realiza a análise do vínculo subjetivo do agente, para identificar os necessários dolo ou culpa, a análise típica, sob a égide da teoria finalista, serve ao propósito de limitação da teoria, coisa que não ocorreria no sistema penal alemão estudado pelos pioneiros da teoria da imputação objetiva.

Ainda assim, entendendo-se que a análise de vinculação subjetiva do agente poderia não resultar em uma solução completa aos desafios da *conditio sine qua non*, foram desenvolvidas no âmbito das teorias da causalidade outras limitações ao nexo de causalidade, as chamadas condições que, de forma absoluta ou relativamente independentes, causam o resultado que se analisa.

Bitencourt assinala acerca das classificações dessas condições que dão causa ao resultado:

[...] Essas condições preexistentes, concomitantes ou supervenientes à conduta podem auxiliá-la na produção do evento ou produzi-lo de maneira total, absolutamente independente da conduta que se examina. São condições – concausas – preexistentes aquelas que ocorrem antes da existência da conduta, isto

⁹⁰ BITENCOURT, *op cit.* 2014. p. 319-320.

é, antes da realização do comportamento humano; concomitantes, quando ocorrem simultaneamente com a conduta e, finalmente, uma concausa é superveniente quando se manifesta depois da conduta. As concausas, quaisquer delas, podem ser constituídas por outras condutas ou simplesmente por um fato natural.

Qualquer que seja a concausa – preexistente, concomitante ou superveniente –, poderá produzir o resultado de forma absolutamente independente do comportamento que examinamos. Nesses casos, fazendo-se aquele juízo hipotético de eliminação, verificaremos que a conduta não contribuiu em nada para a produção do evento.⁹¹

É nesse sentido, e formulado com base nessas ideias, que dispõe o art.

13, *caput*, do CP, ao prever a exclusão da causalidade da conduta:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Contudo, resta ainda a dúvida em relação a casos em que as causas – sejam preexistentes, concomitantes ou supervenientes – atuem de forma a auxiliar ou “reforçar” o processo causal iniciado com o comportamento do agente. Há no caso uma soma de esforços que produz o resultado.

Tomemos o clássico exemplo de dois indivíduos que, sem tomar conhecimento da prática do outro, com o intuito de matar, aplicam, separadamente, quantidade insuficiente de substância tóxica na mesma vítima, mas que, devido à soma das doses ministradas, vem a morrer. Cezar Roberto Bitencourt apresenta a seguinte solução para o caso em tela:

[...] A nosso juízo, configuram-se causas (concausas) relativamente independentes, pois a supressão de qualquer delas inviabiliza a obtenção do resultado pretendido, razão pela qual ambos devem responder individualmente pelo homicídio doloso consumado. [...] A hipótese de causa superveniente relativamente independente que, por si só, produz o resultado fica completamente afastada, na medida em que, pelo juízo hipotético de eliminação, suprimida qualquer das doses, anterior ou posterior, não importa, o resultado morte não se teria produzido. Por outro lado, nenhuma das duas doses criou um novo nexo de causalidade, inserindo-se, ambas, no mesmo fulcro causal. Há, nesse caso, uma soma de esforços, que se aliam, e as duas doses, juntas, vão determinar o evento.⁹²

⁹¹ *Idem.* p. 320.

⁹² *Idem.* p. 321.

Há, contudo, ainda uma terceira via, sendo plenamente representada pela disposição do §1º do art. 13 do CP:

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O parágrafo é claro ao referir-se apenas às causas supervenientes. Em cenários onde ocorrem causas preexistente ou concomitantes, há de ser feita a aplicação das alternativas expostas em momento anterior: ou são absolutamente independentes, acarretando na exclusão do vínculo causal, ou relativamente independentes, possibilitando a caracterização de causalidade e, por conseguinte, a imputação.

Mais uma vez nos socorrem as brilhantes palavras de Bitencourt, quanto à definição do que se entende pelas causas relativamente independentes que sozinhas produzem o resultado:

[...] quando alguém coloca em andamento determinado processo causal pode ocorrer que sobrevenha, no decurso deste, uma nova condição – produzida por uma atividade humana ou por um acontecer natural – que, em vez de inserir no fulcro aberto pela conduta anterior, provoca um novo nexo de causalidade. Embora se possa estabelecer uma conexão entre a conduta primitiva e o resultado final, a segunda causa, a causa superveniente, é de tal ordem que determina a ocorrência do resultado, como se tivesse agido sozinha, pela anormalidade, pelo inusitado, pela imprevisibilidade da sua ocorrência.⁹³

Bitencourt continua para nos alertar sobre os cuidados que devemos ater ao analisar uma causa superveniente.

Se, buscando aferir se a conduta inicial é causa ou não do fato, utilizando o juízo hipotético de eliminação para retirar a conduta anterior da equação, verifica-se que não haveria consumação do resultado, pode-se afirmar que há vínculo causal entre a prática do agente e o resultado.

⁹³ *Idem.* p. 322.

Contudo, o nobre professor ressalta que devemos estar atentos para a possibilidade da causa superveniente se encontrar nos termos do §1º do art.

13. Por isso

[...] temos de formular uma segunda pergunta: essa causa superveniente se insere no fulcro aberto pela conduta anterior, somando-se a ela para a produção do resultado, ou não? Se a resposta for afirmativa, não excluirá o nexo de causalidade da conduta anterior, porque a causa posterior simplesmente somou-se à conduta anterior na produção do resultado. Ao contrário, se respondermos que não, isto é, que a causa superveniente causou isoladamente o evento, estaríamos resolvendo a situação com base no §1º, afastando a relação de causalidade da conduta anterior. Nesse caso, o autor da conduta anterior responderá pelos atos praticados que, em si mesmos, constituírem crimes, segundo seu elemento subjetivo.⁹⁴

Do exposto, entendemos que a teoria da imputação objetiva surge enquanto alternativa à teoria da equivalência dos antecedentes, em um outro momento histórico, de um ordenamento que possuía características essencialmente diferentes do brasileiro, noção que reforçaria uma necessidade maior de cuidado ao transportar seus conceitos e ideias para a realidade pátria.

3.2 Realidade dos fatos – Previsão x Jurisprudência

Na seara jurisprudencial brasileira existem demonstrações de que a teoria da imputação objetiva já vem sendo utilizada, alcançando efeitos tanto na jurisprudência quanto na própria legislação.

Como vimos anteriormente, a adoção pelo sistema brasileiro da teoria da condição *sine qua non* ocorre em meio a um contexto específico, no qual a verificação do elemento volitivo, a verificação da vontade na conduta do agente surge enquanto solução para crítica do “regresso infinito” da técnica da eliminação hipotética. Necessária a delimitação da abrangência dos antecedentes relevantes, bem como a análise da presença de dolo ou culpa.

⁹⁴ *Idem.* p. 323.

Conduto, vemos que em certos tipos de crime, em especial nos crimes formais, nos omissivos próprios e nos crimes de mera conduta, observamos que, para fins de responsabilização penal, há a criação de uma ficção jurídica de um elo entre o agente e o resultado naturalístico baseado em um suposto dever de agir, assemelhando-se em muita a uma utilização similar de alguns princípios da teoria da imputação objetiva.

É assim, por exemplo, que no caso dos crimes omissivos, o art. 13, §2º, do CP, estabelece um dever legal de agir para determinadas figuras:

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Vale ressaltar que, segundo o Supremo Tribunal Federal, "a causalidade, nos crimes comissivos por omissão, não é fática, mas jurídica, consistente em não haver atuado o omitente como deveria e podia, para impedir o resultado".⁹⁵

Tratam as alíneas de responsabilizações em função de deveres de cuidado estabelecidos em lei e também da responsabilização mediante a criação de risco proibido, denotando-se a influência da teoria de Roxin sobre a criação do texto legal.

Sobre a imputação objetiva em relação aos crimes contra o consumo, Sergio Guimarães explicita o entendimento doutrinário:

Se nos crimes formais o resultado é imbricado na própria conduta do agente, não é necessário pesquisar se esta deu causa àquele, pelo que a imputação do tipo objetivo prescinde do nexo de causalidade. Discute-se, porém, sobre a necessidade

⁹⁵ RHC-63428/SC; Rel. Min. CARLOS MADEIRA, DJ de 14.11.85, p. 20567.

de se pesquisar acerca da atribuição da conduta típica ao agente segundo outros critérios de imputação. (...) não se tratando de crime em que é necessário pesquisar a causalidade, o intérprete fica livre das limitações do Artigo 13, §1º, do Código Penal para aplicar os princípios formulados pela doutrina no sentido de excluir a imputação do tipo objetivo. Para Roxin, estes princípios negativos de imputação estão em geral baseados na idéia de incremento do risco permitido”.⁹⁶

Continua o autor:

É possível formular exclusões à imputação objetiva do tipo nos crimes contra o consumo mediante a utilização de quase todos esses princípios negativos. Especial atenção merece, porém, o princípio da confiança, segundo o qual em determinadas atividades sociais – principalmente as que envolvam divisão do trabalho -, é facultado a quem se comporta de acordo com o direito confiar que os demais também o façam. (...)

Assim, nos crimes contra o consumo cometidos por intermédio de pessoa jurídica, não será necessário sequer pesquisar o dolo na conduta do integrante a quem não estava acometida a responsabilidade pela tarefa que degenerou em delito, se o mesmo cumpriu fielmente suas atribuições. Em tal hipóteses, exclui-se desde logo a imputação objetiva, porque a atividade descrita no respectivo tipo penal não pode ser atribuída à pessoa em questão.⁹⁷

Na jurisprudência pátria também observamos como a tese de Roxin já se faz presente na construção dos argumentos dogmáticos.

Conforme mencionado ao longo do presente trabalho, a teoria da imputação objetiva possibilita o trancamento de ações penais, através de *Habeas Corpus*, como sedimenta o Supremo Tribunal de Justiça em ementa do julgado de 2006:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE POR AFOGAMENTO NA PISCINA. COMISSÃO DE FORMATURA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE, DE NEXO DE CAUSALIDADE E DA CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. (...)

⁹⁶ GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. Tutela penal do consumo - abordagem dos aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor e do Artigo 7º da Lei nº 8.137, de 27.dez.1990. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 64-65.

⁹⁷ *Idem*. p. 66.

3. Por outro lado, narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal.

4. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa.

5. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu *in casu*, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta.

6. Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal.⁹⁸

No mesmo sentido, em relação aos crimes culposos, o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. VÍTIMA MERGULHADOR PROFISSIONAL CONTRATADO PARA VISTORAR ACIDENTE MARÍTIMO. ART. 121, §§ 3º E 4º, PRIMEIRA PARTE, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.

1. (...)

2. No caso, a denúncia imputa ao paciente a prática de crime omissivo culposo, na forma imprópria. A teor do § 2º do art. 13 do Código Penal, somente poderá ser autor do delito quem se encontrar dentro de um determinado círculo normativo, ou seja, em posição de garantidor.

3. A hipótese não trata, evidentemente, de uma autêntica relação causal, já que a omissão, sendo um não-agir, nada poderia causar, no sentido naturalístico da expressão. Portanto, a relação causal exigida para a configuração do fato típico em questão é de natureza normativa.

⁹⁸ STJ, Habeas Corpus nº.46.525/MT, QUINTA TURMA, Relator: Ministro. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 21/03/2006, Data de Publicação: DJ 10/04/2006.

4. Da análise singela dos autos, sem que haja a necessidade de se incursionar na seara fático-probatória, verifico que a ausência do nexo causal se confirma nas narrativas constantes na própria denúncia.

5. Diante do quadro delineado, não há falar em negligência na conduta do paciente (engenheiro naval), dado que prestou as informações que entendia pertinentes ao êxito do trabalho do profissional qualificado, alertando-o sobre a sua exposição à substância tóxica, confiando que o contratado executaria a operação de mergulho dentro das regras de segurança exigíveis ao desempenho de sua atividade, que mesmo em situações normais já é extremamente perigosa.

6. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta do acusado e a morte do mergulhador, à luz da teoria da imputação objetiva, seria necessária a demonstração da criação pelo paciente de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese.

7. Com efeito, não há como asseverar, de forma efetiva, que engenheiro tenha contribuído de alguma forma para aumentar o risco já existente (permitido) ou estabelecido situação que ultrapasse os limites para os quais tal risco seria juridicamente tolerado.

8. Habeas corpus concedido para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta.⁹⁹

Em outro julgado resta demonstrada a ocorrência dos três requisitos basilares que permitem a imputação objetiva, há risco proibido criado pela conduta, há também a sua concretização lesiva no resultado, bem como a definição precisa daquele resultado pela norma protetiva, o tipo penal, como segue:

CRIMINAL. RESP. DELITO DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE PENAL. DELITO CULPOSO. RISCO PERMITIDO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPUTABILIDADE OBJETIVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. AUSÊNCIA DE CORRESPONDÊNCIA COM A PENA SUBSTITUÍDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma.

⁹⁹ STJ, Habeas Corpus nº. 68.871/PR, SEXTA TURMA, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de julgamento: 06/08/2009, Data de Publicação: DJ 05/10/2009.

II. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável.

III. Hipótese em que o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito (criou um risco não permitido), causando resultado jurídico abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado morte da vítima, atraindo a incidência da imputabilidade objetiva.

IV. As circunstâncias que envolvem o fato em si não podem ser utilizadas para atrair a incidência da teoria do risco permitido e afastar a imputabilidade objetiva, se as condições de sua aplicação encontram-se presentes, isto é, se o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito, causando resultado jurídico que a norma visava coibir com sua original previsão.

V. O fato de transitar às 3 horas da madrugada e em via deserta não pode servir de justificativa à atuação do agente em desconformidade com a legislação de trânsito. Isto não é risco permitido, mas atuação proibida.

VI. Impossível se considerar a hipótese de aplicação da teoria do risco permitido com atribuição do resultado danoso ao acaso, seja pelo fato do agente transitar embriagado e em velocidade acima da permitida na via, seja pelo que restou entendido pela Corte a quo no sentido de sua direção descuidada.

VII. A averiguação do nexo causal entre a conduta do réu, assim como da vítima, que não teria feito uso do cinto de segurança, com o resultado final, escapa à via especial, diante do óbice da Súmula 07 desta Corte se, nas instâncias ordinárias, ficou demonstrado que, por sua conduta, o agente, em violação ao Código de Trânsito, causou resultado abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado.

VIII. Não há simetria entre a pena pecuniária substitutiva e a quantidade da pena privativa de liberdade substituída.

IX. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.¹⁰⁰

Afim de ressaltar a conjunção da tipicidade objetiva e da tipicidade subjetiva, bem como, passando pela noção funcionalista da teoria do delito exposta anteriormente, assevera o julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO DE MATERIAL ELETRÔNICO. AUSÊNCIA DE DOLO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL VIA HABEAS CORPUS. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

¹⁰⁰ STJ, Recurso Especial nº. 822.517/DF, QUINTA TURMA, Relator: Ministro Gilson Dipp. Data de julgamento: 12/06/2007. Data de publicação: 29/06/2007.

1. É certo que o dolo opera diretamente no tipo penal, que na hodierna estrutura funcionalista da teoria do crime, leva em consideração, também, os aspectos formais (conduta, resultado jurídico, nexo de causalidade e subsunção legal) e os materiais (imputação objetiva, desvalor da conduta e desvalor do resultado).
2. Por força do princípio da responsabilidade penal subjetiva ninguém pode ser punido senão a título de dolo ou culpa, sob pena de caracterizar a responsabilidade penal objetiva, rechaçada em nosso ordenamento.
3. Segundo a boa doutrina, dolo nada mais é do que a consciência (desejo ou aceitação) dos requisitos objetivos do tipo penal. Sua ausência descaracteriza o tipo e, por consequência, afasta a ocorrência do crime.
3. Inexistindo crime, não há justa causa para a deflagração da ação penal, nos termos do art. 397, III, do CPP.
4. O trancamento de inquérito policial ou de ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.
5. No caso concreto, o Tribunal de piso reconheceu a atipicidade da conduta denunciada diante da ausência de dolo, sem a necessidade de um maior exame valorativo fático ou probatório, não havendo falar em ilegalidade nesta decisão.
5. Agravo regimental não provido.¹⁰¹

Como podemos ver, mesmo havendo ainda prevalência do sistema funcionalista de delito sobre o ordenamento penal brasileiro, diversas ideias e conceitos da teoria da imputação objetiva já permeiam nossa legislação e ainda mais nossa jurisprudência.

Como bem se sabe, o direito é um produto social, que busca acompanhar a evolução da sociedade, sendo um espaço de disputa política, o que implica na impossibilidade de sistemas completamente estanques, que não se comunicam ou influenciam. É consequência natural do caráter social e político da dogmática jurídica que conceitos de teses permeiem sistemas de

¹⁰¹ STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.243.193/ES, QUINTA TURMA, Relator: Ministro Jorge Mussi. Data de julgamento: 22/05/2012. Data de publicação: 31/05/2012. (Numeração com erro no original)

onde não são originárias, seja por confusão, seja por aplicação mais benéfica ao acusado.

CONCLUSÃO

O Direito Penal representa, enquanto campo de atuação estatal, a forma mais brutal e contundente do exercício da força sobre o indivíduo. É por meio dele que se objetivam punir as mais graves violações àqueles bens que a sociedade considera mais preciosos, contudo, se na busca de seu objetivo repressivo for utilizado de forma arbitrária e autoritária, torna-se um atalho ao autoritarismo e ao fim do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, é primordial que sejam observadas as garantias individuais estabelecidas através dos princípios e normas que regulamentam seu exercício. A já conhecida analogia entre as normas limitadoras do poder punitivo estatal com um dique, que represa o agir punitivo, mantendo a salvo os direitos de todos os indivíduos submetidos a determinada jurisdição, representa com perfeição a realidade da dicotomia penal.

Se por um lado a sombra do punitivismo parece proporcionar certa sensação de segurança àqueles que dele se valem por confiarem em sua força e celeridade, por certo, esta mesma sombra desponta enquanto enorme ameaça aos indispensáveis valores da liberdade e vida de cada cidadão.

Dentre os mecanismos utilizados para limitação da força do Leviatã de Thomas Hobbes, estão sem dúvida os princípios e normas positivadas, mas também o estão a doutrina e a dogmática penal. As imprescindíveis classificações, determinações, distinções e modelos elaborados a partir do estudo intrínseco da matéria penal são a base lógica para qualquer argumento de defesa do indivíduo, pois é a partir destas que se acordam quais as fronteiras ao agir estatal.

Assim o é com a temática da teoria do crime. Sua insuperável relevância dogmática a partir da determinação do que afinal constitui o tipo penal, o fato autorizador do agir punitivo, pressupõe que as correntes de pensamento que operam nesse campo assumem crucial importância e, portanto, revelam-se objeto de interesse basilar para qualquer pensador que se ocupe da dogmática criminal.

Nesse passo, várias foram as teorias que, ao longo dos séculos, buscaram fundamentar o Direito Penal, sobressaindo-se especialmente o Causalismo e o Finalismo e, no que concerne ao Direito Penal brasileiro, sendo premente ressaltar a prevalência do Finalismo enquanto teoria amplamente adotada pelo ordenamento jurídico-penal, bem como pelos dispositivos constitucionais referentes ao Direito Penal.

Para a teoria causalista da ação, desenvolvida em decorrência da influência do pensamento científico-natural sobre a dogmática penal e umas das primeiras ideologias a orientar a interpretação dogmática acerca do que configura o crime, apenas constitui o tipo aquilo que for destituído de conotação valorativa e de conotação subjetiva, devendo o tipo descrever o que integra objetivamente o delito, sem referir aos aspectos axiológicos, nem aos aspectos psíquicos. O tipo, nos moldes da teoria causal, é mais simples, possui menos elementos constitutivos, não possui nem dolo, nem culpa, restando mais aberto, portanto menos preciso, havendo, portanto, um maior risco ao indivíduo, pois menos limitado o agir punitivo.

A teoria finalista entende a ação, no plano do fato típico, enquanto atividade do ser humano, dirigida a um fim, a um objetivo, orientada para uma finalidade. Os tipos, além de elementos objetivos, possuem aqui pelo menos um elemento subjetivo ou um elemento normativo, quais sejam, o dolo ou a culpa, sendo perceptível a influência do pensamento de Emmanuel Kant sobre a corrente finalista e sua compreensão acerca da ação humana e sua busca por finalidade. O modelo legal de conduta proibida nos moldes da

teoria finalista, é mais complexo, pois possui mais elementos constitutivos, possui dolo e culpa para serem analisados, já no plano da tipicidade, restando mais estrito, mais estreito, mais limitado.

No intuito de explicar o nexo entre a conduta do agente e o resultado típico, foi desenvolvida a teoria da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non*, a qual foi adotada pelo Código Penal em seu art. 13.

Como discorrido, o desenvolvimento do estudo da causalidade é uma grande diferença entre o ordenamento brasileiro e o ordenamento alemão instituído a época de início do desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, devendo ser compreendido enquanto ponto essencial para compreensão da real dimensão de aplicação desta corrente ao ordenamento brasileiro.

A teoria da imputação objetiva desenvolvida por Claus Roxin se funda na crítica de que o finalismo se encontraria demasiado limitado pelo apego às figuras teóricas que, em tese, afastariam de sua aplicação a correspondência com a realidade. Propõe, assim, que cada categoria do delito seja orientada pelos objetivos sociais e político-criminais, pelas funções estabelecidas para o direito penal, visando justamente a abertura da dogmática para a realidade empírica. A corrente elaborada por Roxin a partir dos primeiros estudos de Larenz e Honig, não compreende, portanto, a ação típica exclusivamente como um dado prévio ontológico, mas também como produto da valoração legislativa, afirmando que um dogmático sistema fechado ao empirismo somente nos afastaria da solução do problema.

Exige-se, nessa linha, para ocorrência do nexo de causalidade que o agente tenha criado ou incrementado um risco não permitido ao bem jurídico protegido e a concretização desse risco no resultado típico. Sugere, assim, mais uma dimensão no fato típico, que é a valoração da conduta a partir de questões político-criminais, ou seja, assume a caracterização do tipo penal

enquanto produto de um processo de atribuição de significados externos à dogmática, criados na sociedade. Destaca que cada categoria do tipo deve ser observada e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal, devendo ser analisada, ainda, a ofensa ao bem jurídico tutelado, sendo a relevância da ofensa justificada a partir do princípio da insignificância.

Com relação ao delito culposos, segundo Roxin, este só se aperfeiçoa se o resultado decorrer exatamente da referida violação do dever de cuidado. Deve o resultado representar a realização do risco não permitido que o dever de cuidado consubstanciado no tipo pretendia prevenir. No pertinente à culpabilidade, será verificada em conjunto com a necessidade da pena. Assim, na síntese da síntese, pode-se dizer que Roxin procurou promover a formação de um direito penal a partir de uma política criminal.

Como vimos, a teoria de Roxin não deixa de receber diversas críticas, principalmente daqueles autores mais alinhados ao finalismo, que indicam haver nesta certa imprecisão de conceitos, o que representaria um risco à taxatividade clássica do tipo penal e para as próprias garantias individuais.

Contudo, mesmo sofrendo a resistência de grandes nomes da dogmática penal pátria, a teoria da imputação objetiva de Roxin demonstra-se persistente, vindo a produzir efeitos e reflexos no ordenamento brasileiro, apesar deste ter denotado seu alinhamento ao finalismo a partir da Reforma de 1984. E não só isso.

Como qualquer ferramenta, observa-se, a partir de seus reflexos na legislação e jurisprudências pátrias, que as bases da teoria em discussão podem ser utilizadas de variadas formas. Se, os estudos de Roxin podem ser aplicados à limitação da responsabilidade penal, reduzindo-se o âmbito de atuação estatal em relação ao poder de agir, sabe-se da mesma forma que a fragilidade de um direito penal orientado a partir de políticas criminais pode ser constatado a partir de uma simples mudança de orientação ideológica,

resultado natural, por exemplo, da alternância de poder tão comum e recentemente experimentada pela maioria dos governos do globo.

Por isso, enquanto ferramenta teórica e objeto do presente trabalho monográfico, não interesse analisar a teoria da imputação objetiva em uma comparação meramente qualitativa em relação às já consagradas teorias que a precedem. Não importa aqui determinar-se qual a “melhor” opção a ser seguida pelo ordenamento. Primeiro porque seria este um esforço inútil, dada a inegável interação entre as diferentes correntes de pensamento e o inalcançável padrão hermético que alguns defendem de aplicação da dogmática. Segundo porque demonstra-se mais importante que se compreenda seu funcionamento, seus institutos e princípios, de que forma se relacionam e conduzem ou não à formação de uma teoria de configuração do fato típico que possa ser aproveitada ao objetivo de limitação do poder punitivo e defesa das garantias e direitos individuais do ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Felipe Lima de. Causalidade e Imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. 1ª ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. Lições de Direito Penal: A Nova Parte geral. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GOMES, Luiz Flávio. STJ aceitou a teoria da imputação objetiva. Disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/teoria-constitucionalista-do-delito/stj-aceitou-a-teoria-da-imputacao-objetiva/>. Acesso em: 28 set. 2019.

_____. A conduta deve ser valorada com o critério de Roxin: criação ou incremento de um risco penal relevante. Disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/teoria-constitucionalista-do-delito/a-conduta-eve-ser-valorada-de-acordo-com-o-criterio-de-roxin-criacao-ou-incremento-de-um-risco-proibido-relevante/?preview=true>. Acesso: 28 set. 2019.

GRECO, Luís. Um panorama da teoria da imputação objetiva. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____. Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. Tutela penal do consumo - abordagem dos aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor e do Artigo 7º da Lei nº 8.137, de 27.dez.1990. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

JESUS, Damásio E. de. Novíssimas Questões Criminais. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Direito Penal: Parte Geral. Vol I. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Imputação objetiva. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral / Parte Especial. 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Política criminal e sistema jurídico-penal, tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 9, n.º 35, p. 103-119, jul/set 2001.

_____. A Teoria da Imputação Objetiva. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 10, n. 38, p. 11 a 31, abr/jun 2002.

_____. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal, org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito – traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.