

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS
DELITOS DE RESULTADO**

Elias Augusto de Lima Filho

Presidente Prudente/SP

2003

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS
DELITOS DE RESULTADO**

Elias Augusto de Lima Filho

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP

2003

A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS DELITOS DE RESULTADO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Jurandir José dos Santos.

Prof. Jurandir José dos Santos
Orientador

Prof. Antenor Ferreira Pavarina
Examinador

Prof. Luis Roberto Gomes
Examinador

Presidente Prudente/SP., 02 de dezembro de 2003.

A maior invenção dos últimos 2.000 anos é a borracha de apagar.

Ela nos permite voltar e corrigir nossos erros.

Sem nossa capacidade de voltar, apagar e tentar de novo
não teríamos modelo nem meio de desenvolver nossa cultura ou ética.
A borra é nosso confessor, nosso absolvedor e nossa máquina do tempo

(Douglas Rushkoff)

O analfabeto do ano 2000 não será o que não sabe ler e escrever,
mas o que não conseguir aprender, desaprender e reaprender.

(Alvin Tofler)

Praticar a justiça é alegria para o justo,
mas espanto para os que praticam a iniquidade.

(Provérbios, 21:15)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por ter me dado saúde para que pudesse suportar as agruras do dia-a-dia, especialmente nesses cinco anos de faculdade, indicando-me sempre o caminho a ser seguido e não permitindo que dele desviasse-me.

Aos meus pais, Elias Augusto de Lima e Aparecida Zampoli, minha sincera gratidão, por sempre estarem ao meu lado, tanto nos bons quanto nos maus momentos. Por sempre terem estendido a mão quando eu precisei. Por terem vivenciado cada dia de minha existência. Por sempre terem acreditado em mim. Por todos os conselhos e ensinamentos ministrados, que contribuíram sobremaneira para a formação do meu caráter, sem os quais, certamente, não concluiria os estudos. Sem os quais não seria ninguém. Dedico, pois, este trabalho a vocês, meus queridos pais. Todo o amor do mundo!

Por derradeiro, agradeço à minha amada namorada Maria Fernanda Moya Sanches, pelo amor, compreensão, incentivos e paciência dispensados. Pela pessoa maravilhosa que é. Por sua intrepidez, sempre motivando-me nos momentos de aflição. Pelo companheirismo e ombro amigo onde sempre esteei-me. Enfim, querida Fer, obrigado por existir!

Elias Augusto de Lima Filho

RESUMO

No presente trabalho monográfico o autor procura focar as consequências da adoção da teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico pátrio, bem como analisar quais as contribuições da referida teoria no que concerne aos delitos de resultado.

A teoria da imputação objetiva significa, num conceito preliminar, a atribuição de uma conduta ou de um resultado normativo àquele cujo comportamento denota risco legalmente vedado pelo ordenamento jurídico.

Surgiu a intenção do presente estudo ante o fato de que os efeitos da incorporação da *imputatio objective* no Brasil são variados e importam em verdadeira revolução no Direito Penal, especialmente no que toca aos crimes materiais e ao terreno da tipicidade, o que certamente conduzirá os aplicadores do Direito Penal a uma revisão dos conceitos penais clássicos até então aceitos.

A imputação objetiva está fadada a substituir, no futuro, a causalidade material. Configura-se, no momento, tão-somente seu complemento, corrigindo algumas de suas deficiências, bem como atuando como um critério restritivo do dogma causal material.

Conclui-se que a principal contribuição da teoria da imputação objetiva nos delitos de resultado é que a grande crítica do causalismo, que permite o *regressus ad infinitum*, é resolvido a título de ausência de tipicidade, e não de dolo, como na doutrina causal, bem como algumas causas de exclusão da antijuridicidade são apreciadas sob a óptica de exclusão da própria tipicidade, e não da ilicitude, como no atual sistema.

Pretende, pois, substituir o dogma causal material por uma relação jurídica/normativa entre conduta e resultado.

PALAVRAS-CHAVE: Imputação objetiva; Delitos de resultado; Contribuição.

ABSTRACT

In the present monographic work the author looks for to focus the consequences of the adoption of the theory of the objective imputation in the native legal system, as well as analyzing which the contributions of the related theory in that he concerns to the result delicts.

The theory of the objective imputation means, in a preliminary concept, the attribution of a behavior or a normative result to that one whose behavior legally denotes risk forbidden by the legal system.

The intention appeared of the present study before the fact of that the effect of the incorporation of the imputationo objective in Brazil are varied and matter in true revolution in the Criminal Law, especially in that it touches to the substance delinquency and the land of the vagueness doctrine, what certainly it will lead the applicators of the Criminal law to a revision of the classic criminal concepts until then accepted.

The objective imputation is predestinold to substitute, in the future, the substante cause. It is configured, at the moment, so only its complement, correcting some of its deficiencies, as well as acting as a restrictive criterion of the substance cause unquestionable.

One concludes that the main contribution of the theory of the objective imputation in the result delicts is that great the critical one of the cause, that allows return the infinite, is decided the heading of vagueness doctrine absence, and not of deceit, as in the cause doctrine, as well as some causes of exclusion of the antilegality they are appreciated under the optics of exclusion of the proper vagueness doctrine, and not of the illegality, as in the current system.

It intends, therefore, to substitute the substance cause unquestionable for a normative/lawl relation between behavior and result.

KEYWORDS: Objective imputation; Delicts of result; Contribution.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO	9
-------------------------	---

CAPÍTULO II

DO DELITO E SEU DESENVOLVIMENTO

1. Conceito de delito.....	12
1.1 Conceito formal de delito.....	14
1.2 Conceito material de delito.....	14
1.3 Conceito analítico de delito.....	15
2. Síntese em torno do desenvolvimento da teoria do delito.....	16
3. Breve visão da teoria do delito no Brasil.....	16

CAPÍTULO III

DA TEORIA DO DELITO E SEUS CONSECTÁRIOS

1. Do delito de resultado.....	18
2. Indagações em torno da causalidade na teoria do delito.....	19
3. Sobre a evolução histórica da doutrina geral do fato punível (Escolas Penais)	
3.1 Concepção clássica (positivista-naturalista) – O sistema “Liszt-Beling”.....	23
3.2 Concepção neoclássica (normativista).....	28
3.3 As inovações e os avanços oferecidos pelo finalismo.....	31

CAPÍTULO IV

DAS TEORIAS CAUSAIS

1. Dos critérios normativos para delimitar a causalidade natural.....	36
1.1 A teoria da condição (equivalência dos antecedentes causais).....	37
1.2 Teoria da causalidade adequada - (Exceção à teoria da <i>conditio sine qua non</i>).....	41
2. Das causas absolutamente independentes.....	43
3. Das causas relativamente independentes.....	44
4. O declínio do prestígio da exigência do nexo causal.....	46

CAPÍTULO V

DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

1.	Antecedentes históricos.....	50
1.1	As formulações de Platão e Aristóteles.....	53
1.2	A reelaboração da teoria por Samuel Pufendorf.....	56
1.3	Georg Hegel e seu princípio fundamental.....	57
1.4	Início da concepção modernista com Karl Larenz.....	59
1.5	Richard Honig e a imputação do resultado.....	62
1.6	A concepção de Claus Roxin.....	63
2.	Os critérios diferenciadores da teoria da imputação objetiva.....	66
3.	Conceito de imputação objetiva.....	67
4.	Âmbito e limites de aplicação.....	68
5.	Natureza jurídica e posição sistemática.....	71
6.	Critérios de imputação	
6.1	Risco permitido e risco proibido.....	72
6.2	A diminuição do risco	
	Análise da imputação objetiva e as excludentes da antijuridicidade.....	74
6.3	Criação ou não-criação de um risco juridicamente relevante.....	78
7.	A contribuição da teoria da imputação objetiva nos delitos de resultado.....	81

CAPÍTULO VI

CONCLUSÃO.....	92
-----------------------	-----------

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRÁFICAS.....	96
----------------------------	-----------

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

Despontou-nos o interesse em trabalhar com o presente tema, haja vista ser o Direito Penal nossa grande paixão, bem como ante o fato de ser a teoria da imputação objetiva, o assunto mais discutido em Direito Penal desde o fim da primeira metade do século XX até os dias de hoje.

Sendo assim, como estudante do Direito Penal que procuramos ser, não podemos nos acomodar e aceitar todas as mazelas introduzidas pelo legislador em nosso ordenamento jurídico positivo. Destarte, na luta por um Direito Penal mais equitativo, nossa pesquisa estudou a viabilidade da aplicação da teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico nacional, completando e corrigindo as deficiências da vigente causalidade material (dogma causal), que, infelizmente, ainda é aceita e aplicada, hodiernamente, pelo Código Penal brasileiro.

A pesquisa sob enfoque teve basicamente como objeto à análise de teses doutrinárias que tratam sobre o tema, utilizando-se na metodologia do presente trabalho a pesquisa teórica, o método dedutivo, por considerarmos o mais consentâneo à pesquisa que se propôs, qual seja, a bibliográfica, onde procuramos retratar o que a lei dispõe, a doutrina ensina e a jurisprudência decide a respeito das particularidades que norteiam o tema abordado e, também aplicamos o método de procedimento monográfico, igualmente mais apropriado com a pesquisa que fora realizada.

Com uma limitação da clássica teoria dos antecedentes causais e seus consectários, nosso trabalho apoiou-se na premissa de que o resultado jurídico está estruturalmente vinculado a todos os delitos e, especialmente, nos delitos materiais (que exigem, efetivamente, a produção do resultado jurídico), sendo tal resultado considerado penalmente relevante (para a teoria da imputação objetiva) quando for juridicamente inadequado e houver significativa importância para o Direito, só podendo tal resultado ser imputado ao agente que realizar uma conduta que venha dar azo à criação de um risco juridicamente proibido.

Nesse diapasão, nosso desiderato foi abordar toda a evolução da doutrina geral do fato punível, bem como seus consectários, indagando-se acerca da causalidade na teoria do

delito; perquirindo-se, ainda, sobre as escolas penais, desde a concepção clássica (positivista-naturalista), passando pela neoclássica (normativista) e pelo finalismo, até chegarmos ao declínio do prestígio da exigência do nexo de causalidade.

Seguindo essa orientação, também analisamos as teorias causais e os critérios normativos para delimitar a causalidade natural, numa abordagem das teorias da equivalência dos antecedentes causais e da causalidade adequada, que visa ser uma exceção à *conditio sine qua non*.

Já na imputação objetiva, que vem a ser atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico, viu-se desde seus antecedentes históricos, que remontam a Platão e Aristóteles, bem como todas as concepções doutrinárias por quais percorreu até chegar à atual concepção de Claus Roxin.

Sob essa óptica, mister se fez esquadrihar quais os critérios diferenciadores da teoria da imputação objetiva, seu conceito, o âmbito e limites de sua aplicação, sua natureza jurídica e posição sistemática.

Numa abordagem acerca dos critérios de imputação, estudou-se o que vem a ser o risco permitido e o risco proibido, bem como quais os conseqüências da criação ou não-criação de um risco juridicamente relevante.

Em seguida, analisou-se a diminuição do risco e a incidência da imputação objetiva nas causas excludentes da antijuridicidade, o que causa verdadeira revolução no Direito Penal contemporâneo, pois são referidas causas, muitas das vezes, resolvidas a título de ausência de tipicidade, e não de antijuridicidade, como no atual sistema.

No enfoque específico acerca da contribuição da teoria da imputação objetiva nos delitos de resultado apontou-se a inserção da imputação objetiva como sendo um novo elemento normativo do tipo, passando os tipos penais incriminadores, com sua aceitação em face do declínio do dogma causal, a conter cinco elementos do tipo, quais sejam, conduta, resultado, nexo de causalidade, imputação objetiva e tipicidade. Nesse tópico, enfatizou-se que a imputação objetiva diferencia-se da maioria dos outros elementos normativos do tipo penal, que são expressos. Ela se encontra implícita nas figuras típicas, assim como o dolo, que configura elemento subjetivo implícito do tipo. Cuida-se, portanto, de uma exigência típica. De maneira que, ausente a imputação objetiva da conduta ou do

resultado, a consequência é a atipicidade do fato e, por conseguinte, a inexistência do delito.

Nesse contexto, afirmou-se que a imputação objetiva tem o destino de substituir, no futuro, a causalidade material, configurando-se, no momento, tão-somente seu complemento, corrigindo algumas de suas chagas, bem como atuando como um critério restritivo do dogma causal material.

Visa, portanto, a teoria da imputação objetiva resolver os problemas que o dogma causal naturalístico (segundo o qual o resultado lesivo só é imputado a quem lhe deu causa, considerando-se esta toda ação ou omissão sem a qual o evento final não teria ocorrido) e a doutrina finalista não conseguiram solucionar.

CAPÍTULO II

DO DELITO E SEU DESENVOLVIMENTO

1. Conceito de delito

A princípio, mister se faz consignar o que, na atual conjuntura jurídico-penal, vem a ser delito. O significado etimológico - segundo o Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva¹ -, é derivado do latim *delictum*, de *delinquere*, é, em sentido geral, aplicado para significar ou indicar todo fato ilícito, ou seja, todo fato voluntário, que possa resultar numa reparação, sujeitando aquele que lhe deu causa às sanções previstas na lei.

Nesta razão, o sentido de *delito* tem um âmbito genérico, e, nestas condições, costumam-se assinalar os delitos em *delito civil*, *delito penal*, *delito correcional*, *delito fiscal*, *delito funcional*, *delito administrativo*, *delito tributário*, etc., sendo compreendidos e definidos segundo o próprio sentido que lhes emprestam os qualificativos adotados.

Dessa forma, tem-se que o conceito de delito *lato sensu*, exsurge como sendo o ato ou fato que infringe, lesa, transgride ou ofende as normas jurídicas instituídas pelo Direito.

O mestre Francisco Muñoz Conde², nos brinda com as seguintes palavras: “*Do ponto de vista jurídico, delito é toda conduta que o legislador sanciona com uma pena. Isto é consequência do princípio nullum crimen sine lege que rege o moderno Direito Penal*”.

Feitas essas considerações vestibulares, saliente-se que o presente trabalho ater-se-á ao delito jurídico-penal, isto é, analisará a estrutura e aspectos do delito dentro da seara do Direito Penal. Neste diapasão, Juarez Tavares³ sustenta que *o delito, sob um aspecto analítico é uma ação típica, antijurídica e culpável, estando a punibilidade deslocada para o campo consequencial*.

¹ SILVA, De Plácido e, 1892-1963. Vocabulário jurídico, vol. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pág.27.

² MUNOZ CONDE, Francisco. Teoria geral do delito. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre, Fabris, 1988.

³ TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 2. ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Ressalte-se ainda que em nosso ordenamento jurídico, por ter adotado o critério dicotômico do sistema de divisão do gênero *infração penal*, não há distinção entre delito e crime, que são expressões sinônimas.

Assim, a palavra delito (ou crime) comporta vários sentidos, bem como várias divisões, dentre elas: a) formal, b) material, c) formal e material, d) formal, material e sintomático.

Segundo Damásio⁴, formalmente, conceitua-se o delito sob o aspecto da técnica jurídica, do ponto de vista legal, isto é, da lei na qual está inserido.

Na conceituação material de delito, analisa-se-o sob o ângulo ontológico, isto é, explora-se qual a verdadeira razão que levou o legislador a determinar como criminosa uma ou outra conduta humana, a natureza do dano, bem como suas conseqüências.

O terceiro sistema conceitua delito sob os aspectos formal e material, conjuntamente. Assim, Carrara, que adotava o critério substancial e dogmático, definia o delito como “a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”⁵.

Por derradeiro, tem-se que o quarto critério visa ao aspecto formal e material do delito, incluindo em sua conceituação a personalidade do agente. Ranieri, sob esse aspecto, define o delito como “fato humano tipicamente previsto por norma jurídica sancionada mediante pena em sentido estrito (pena criminal), lesivo ou perigoso para bens ou interesses considerados merecedores da mais enérgica tutela”, constituindo “expressão reprovável da *personalidade do agente*, tal como se revela no momento de sua realização”⁶.

No ordenamento jurídico-penal, hodiernamente, dos quatro sistemas supramencionados, dois predominam, quais sejam: o formal e o material. Saliente-se que o primeiro (formal) apreende o elemento dogmático da conduta qualificada como delito por uma norma penal. Já o segundo vai além, lançando olhar às profundezas das quais o legislador extraiu os elementos que dão conteúdo e razão de ser ao esquema legal⁷.

⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, vol. 1, 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 1999.

⁵ CARRARA, *apud* Jesus (1999).

⁶ MILANO, *apud* Jesus (1999).

⁷ BETTIOL, *apud* Jesus (1999).

1.1 Conceito formal de delito

O aspecto formal, que não se preocupa com o aspecto ontológico, é a definição que encontra-se na própria lei, variando, destarte, conforme a norma que o define.

No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal, assim dispõe: “Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

Da definição legal, como visto, extrai-se que *delito é a violação da lei penal*.

Régis Prado, diz que no âmbito estritamente conceitual, o delito formal ou nominal é aquele definido sob o ponto de vista do Direito positivo, ou seja, o que a lei penal em vigor reputa como ilícito, incrimina (*sub specie juris*), fixando seu campo de abrangência – função de garantia (artigo 1.º do Código Penal brasileiro).⁸

De forma mais pragmática, Damásio⁹, que é adepto da escola finalista, diz que delito, sob o aspecto formal, é um fato típico e antijurídico; ficando a culpabilidade como pressuposto da pena, ao contrário do que esposado por Luiz Regis Prado, que leciona ser o delito toda *ação ou omissão típica, ilícita ou antijurídica e culpável*.¹⁰

1.2 Conceito material de delito

No sentido substancial, para Manzini, delito é a ação ou omissão, imputável a uma pessoa, lesiva ou perigosa a interesse penalmente protegido, constituída de determinados elementos e eventualmente integrada por certas condições, ou acompanhada de determinadas circunstâncias previstas em lei¹¹.

Como se denota, sob o aspecto jurídico-material, o conceito de delito visa aos bens tutelados pelo Direito Penal. Destarte, nada mais é que a violação de um bem penalmente

⁸ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral: arts. 1.º a 120. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. pág. 206.

⁹ ob. cit.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis, ob. cit.

¹¹ *Tratado de derecho penal, v. 1, p. 496.*

protegido¹²; ou ainda, “aquele comportamento humano que, a juízo do legislador, contrasta com os fins do Estado e exige como sanção uma pena (criminal)¹³. De sua vez, Francesco Carrara o concebeu como sendo “a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso.”¹⁴

1.3 Conceito analítico de delito

O conceito analítico do delito põe em relevo os seus valores essenciais, variando as opiniões a respeito da composição dos elementos estruturais de sua definição¹⁵. A questão que aqui se coloca é metodológica, ou seja, o método analítico é que emprega-se *in casu*, isto é, decomposição sucessiva de um todo em suas partes, seja materialmente, seja idealmente, visando agrupá-las em uma ordem simultânea.¹⁶ Basileu Garcia destaca os seguintes elementos: *fato típico, ilicitude, culpabilidade e punibilidade*. Já Francisco de Assis Toledo elenca apenas três: *fato típico, ilicitude e culpabilidade*. Por sua vez, Júlio Fabbrini Mirabete e Damásio Evangelista de Jesus indicam apenas dois: *fato típico e ilicitude*.

Como se vê, a doutrina é dividida no que toca à adoção da teoria bipartida ou tripartida no conceito de delito, prevalecendo, hodiernamente, àquela, a qual adotamos, que atribui à conduta duas valorações: tipicidade e antijuridicidade ou ilicitude - ficando a *culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena* - sendo a tipicidade a adequação de uma determinada conduta humana a um tipo penal disposto na lei, e a antijuridicidade (ou ilicitude) a contrariedade que existe entre o comportamento do agente (conduta), e o ordenamento jurídico tutelado pela lei penal, lesando bens jurídicos penalmente protegidos.

¹² Cf. MARQUES, José Frederico, *Tratado de direito penal*, Saraiva, 1956, v. 2, p. 18.

¹³ BETTIOL *apud* Prado (2002)

¹⁴ *Programa de Derecho Criminal*, I, p. 42.

¹⁵ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*, vol. 1. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.

2. Síntese em torno do desenvolvimento da teoria do delito

A parte da ciência do direito penal que busca interpretar o que é o delito em geral, isto é, esclarecer quais são os caracteres que qualquer delito deve conter, denomina-se “teoria do delito”. Teoria esta que analisa as várias fases por quais passou – e vem passando – o Direito Penal.

Destas fases, como veremos detalhadamente no capítulo II do presente trabalho, destacam-se:

- 1.^a - do causalismo, com fundamento no desvalor do resultado (teoria causal da ação);**
- 2.^a - da teoria da adequação social de Welzel;**
- 3.^a - do finalismo, com suporte no desvalor da ação (teoria finalista da ação);**

3. Breve visão da teoria do delito no Brasil

No ordenamento jurídico-penal brasileiro, os grandes ícones da doutrina sustentaram a teoria causalista (tipo objetivo e dolo e culpa na culpabilidade) em quase todas as obras elaboradas na vigência do Código Penal de 1940 (Nélson Hungria, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, José Salgado Martins, E. Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Paulo José da Costa Júnior, Roque de Brito Alves dentre outros). Em nosso atual Código Penal, instituído pelo Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, surgiu a estrutura finalista como sendo uma melhor metodologia analítica, e, muito embora nem todos os autores adotem um único ponto de partida quanto à teoria do conhecimento, estão acordes numa única sistemática (tipo complexo, culpabilidade depurada). Destarte, podemos mencionar como exemplos as obras gerais de Heleno Cláudio Fragoso, Júlio Fabbrini Mirabete, Francisco de Assis Toledo, Damásio Evangelista de Jesus, Luiz Régis Prado, Cezar Roberto Bitencourt e outros).

Diferentemente de outros países latino-americanos - segundo Zaffaroni - a doutrina brasileira se apercebeu das vantagens desta sistemática e a adotou sem maiores traumas. No Brasil, ninguém sustentou, de forma coerente, que a sistemática de Liszt-Beling

¹⁶ PRADO, ob. cit. (2002).

possuía uma carta de cidadania e que a nova sistemática lesionava garantias ou que representava ideologias políticas totalitárias, como ocorreu na Argentina. (ZAFFARONI, 1997, p. 259).

CAPÍTULO III

DA TEORIA DO DELITO E SEUS CONSEQUÊNCIAS

1. Do delito de resultado

Delito de resultado ou material é aquele que o tipo penal prevê um resultado vinculado à conduta do agente pelo nexo casual, como por exemplo (arts. 121 – homicídio, 122 – induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, 125 – aborto provocado por terceiro, 129 – lesão corporal, 179 – fraude à execução, do Código Penal Brasileiro)¹⁷.

Esses delitos, por sua natureza, exigem que o aperfeiçoamento do crime dependa ainda da ocorrência do resultado naturalístico previsto na lei penal, isto é, deve ocorrer uma modificação do mundo exterior produzida pela conduta do agente. Assim sendo, esse resultado naturalístico (modificação do mundo exterior) só se torna indispensável à configuração dos delitos materiais, sendo prescindível, portanto, nos delitos formais e de mera conduta.

Importante ainda salientar que nos crimes (delitos) materiais (de resultado), a norma jurídica incriminadora (tipo penal) descreve um resultado naturalístico, bem como exige que este resultado ocorra a fim de que se tenha à consumação do delito, isto é, quando nele se reunirem todos os elementos de sua definição legal, a regra do disposto no artigo 14, inciso I, do Código Penal. Não sobrevindo o evento, não obstante o agente tenha realizado a conduta, o crime permanecerá na fase da tentativa, ou seja, não se consumará por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Como visto, denota-se que, na estrutura do primeiro requisito do crime (fato típico), o resultado só é elemento imprescindível nos delitos de resultado, materiais, que, como dito alhures, são aqueles que o tipo menciona a conduta e o evento, exigindo a sua produção para que se tenha a consumação.

Dito isto, surge a seguinte indagação: Em que consiste o resultado? Segundo Damásio (1999), esse resultado exigido nos delitos materiais – modificação do mundo exterior causada pela conduta do agente, pode apresentar-se sob diversas formas. Citando Antolisei, assevera que tais efeitos podem ser físicos, como a destruição de um objeto no

crime de dano (art. 163, CP); fisiológicos, como a morte de um homem no homicídio (art. 121, CP), ou a perda de um membro nas lesões corporais (art. 129, § 2.º, III, CP); ou psicológicos, como a percepção de uma expressão ofensiva por parte de uma pessoa na injúria e na difamação (arts. 140 e 139 do nosso CP). E arremata: “Em todos os casos, trata-se de uma conseqüência natural da conduta humana, distinta desta e relevante para o Direito, no plano da tipicidade.”¹⁸

Feitas essas considerações preliminares acerca do delito material (que se apresenta exigindo o resultado em sua essência para consumir-se), que visam servir de interligação para a análise do terceiro elemento do fato típico, qual seja, o próprio nexo de causalidade, que é imperioso incidir entre a conduta do agente (comportamento humano) e o resultado, nos crimes materiais, mister se faz à análise acerca da aplicabilidade e reflexos da causalidade na teoria do crime, e, em especial, nos delitos materiais, o que se faz a seguir:

2. Indagações em torno da causalidade na teoria do delito

Em princípio, numa análise introdutória acerca da causalidade na teoria do delito, necessário se faz observar-se quais as bases, as vigas mestras que sustentaram o causalismo, bem como foi aceito, adotado, incorporado e aplicado na teoria do crime. Analisar-se-á também as deficiências da vigente causalidade material (dogma causal) que, infelizmente, é aceito e aplicado, hodiernamente, pelo ordenamento jurídico penal pátrio, bem como viabilidade de inserção e aplicação da teoria da imputação objetiva na teoria do delito, completando e corrigindo as deficiências da causalidade material.

De início, cumpre lembrar que “o causalismo não tem uma única base filosófica, mas durante toda sua evolução podem ser nitidamente distinguidos dois momentos filosóficos principais, isto é, dois argumentos filosóficos distintos em que se apóia.”¹⁹

O conceito causalista de conduta, em seu nascedouro, teve como fonte geratriz à base filosófica do positivismo mecanicista, que, segundo Zaffaroni (1997) foi herdado das concepções da Ilustração e, portanto, tributário das concepções físicas de Newton. Segundo esta concepção, “*tudo são causas e efeitos, dentro de um grande mecanismo que é o*

¹⁷ PRADO, ob. cit. (2002), pág. 209.

¹⁸ ANTOLISEI, *apud* Damásio (1999), págs. 246/247.

¹⁹ ZAFFARONI, ob. cit., pág. 423.

universo, e a conduta humana, como parte dele, também é uma sucessão de causas e efeitos.” E arremata dizendo que: “*Esta é, em última análise, a base filosófica do sistema construído por Franz von Liszt e por Ernst von Beling (sistema Liszt-Beling)*”.

Tem-se ainda que o segundo momento filosófico, sob a concepção de Zaffaroni (1997) tem lugar quando se desconsidera os ensinamentos filosóficos da escola positiva, o que provocava a destruição do sistema se sua base filosófica de sustentação não fosse rapidamente substituída. Leciona, ainda, Zaffaroni²⁰ que: “Esta nova base filosófica (o segundo momento filosófico do causalismo) é oferecida pelo neokantismo de Baden. Se a primeira foi chamada estrutura “clássica” do delito, a Segunda costuma chamar-se de “estrutura neoclássica”, como veremos adiante.

Como visto de início, a questão da causalidade não é uma questão exclusivamente jurídica. Ainda neste terreno filosófico, tem-se que a noção de *causa*, segundo Juarez Tavares²¹, seguiu tradicionalmente dois caminhos, quais sejam:

a) como forma de uma relação racional, na qual a causa é sempre deduzida de seu efeito, uma espécie de força que sempre gera esse efeito; b) como forma de uma relação empírica, na qual a causa não é deduzida do seu efeito como uma força produtora, mas segundo um juízo de previsibilidade, que, pela constância e uniformidade, poderá admitir uma série de sucessões²². O primeiro caminho é seguido, basicamente, por ARISTÓTELES, que admitia quatro espécies de causa: a causa material (da qual é feita uma coisa), a causa formal (como forma ou substância de uma coisa), a causa eficiente (que produz modificações nas coisas) e a causa final (como motivo do agir)²³. O segundo caminho tem apoio na obra de HUME: não existe uma relação de causalidade natural e necessária; causalidade, como relação entre dois fatos em ordem de sucessão, só pode ser afirmada por sua repetição empiricamente observável, segundo um critério de regularidade²⁴.

Analisada sob o enfoque filosófico, vimos que a causalidade apresenta diversos caminhos a serem seguidos, variando os posicionamentos a esse respeito, de acordo com os vários doutrinadores que abordam o tema.

Partindo o enfoque da causalidade sob um ângulo exclusivamente jurídico, tem-se que a relação de causalidade no Código Penal brasileiro vem disciplinada no artigo 13, “caput”, que dispõe: “*O resultado, de que depende a existência do crime, somente é*

²⁰ ob.cit., pág. 423.

²¹ TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 2. ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pág. 255

²² ABBAGNANO (1966) *apud* Tavares (2002).

²³ ARISTÓTELES. *Physica*, I, 1, 184a 10, *apud* Tavares (2002).

²⁴ David Hume, *apud* Tavares (2002).

imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”²⁵

Do dispositivo legal supramencionado podem ser extraídas duas conclusões, sendo a primeira, de que sem a causalidade não há imputação. Tem-se que: “essa é uma assertiva indeclinável do princípio da *responsabilidade pessoal*, em oposição à *responsabilidade solidária*, que pode existir no direito privado, mas não no direito penal.” E continua, dizendo que a segunda conclusão a que se chega é de que admitindo-se a causalidade na omissão, se deve exigir que o processo de imputação também se estenda a delitos de mera atividade e não simplesmente a delitos de resultado.²⁶

Várias teorias, no entanto, foram formuladas, visando estabelecer uma noção de causalidade, todas elas hoje, praticamente, reduzidas a três grandes teorias, períodos, fases ou escolas de evolução do fato punível, haja vista que as divergências doutrinárias apegam-se mais à nomenclatura do que propriamente à substância e conteúdo.

Jorge de Figueiredo Dias²⁷, a respeito do tema diz que predominam: a escola clássica, de notória influência jusnaturalista e juspositivista; o da escola neoclássica, cujos fundamentos se devem procurar no normativismo jurídico de raiz neokantiana; e o da escola finalista, orientada por uma concepção ôntica ou regional-ontológica do direito, ligada à fenomenologia e a uma filosofia material dos valores.

Juarez Tavares²⁸, por sua vez, ensina que as teorias causais que se encarregaram de tratar da evolução da teoria do delito são: *teoria da condição*: onde *causa* é toda condição do resultado, não se estabelecendo, de início, uma diferenciação entre *causa* e *condição*; *teoria da causalidade adequada*: que diz ser uma teoria da imputação, e não propriamente uma teoria da relação causal, porque pretende limitar a causalidade natural segundo parâmetros juridicamente aceitáveis. Para essa teoria, *causa* é apenas a condição *tipicamente adequada* a produzir o resultado; e, por derradeiro, *teoria da relevância jurídica*: ensinando que, ainda quando uma ação seja causal relativamente ao resultado, quer segundo a teoria da condição, quer da adequação, o seu autor só pode ser responsável por este resultado se a conexão causal for juridicamente relevante.

²⁵ BRASIL. Código penal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 37.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

²⁶ TAVARES, ob. cit.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões Fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pág. 191.

²⁸ Ob. cit., pág. 256

De outra banda, Luiz Regis Prado²⁹, ministra que na moderna ciência do Direito Penal para se determinar quando uma ação é causa de um resultado, várias teorias são aventadas, destacando-as da seguinte forma:

- 1) **Teoria da equivalência das condições:** onde causa é condição sem a qual o resultado não teria ocorrido. Saliente-se ainda, que os antecedentes causais classificam-se em: a) absolutamente independentes (preexistentes/concomitantes/supervenientes): há exclusão do nexo causal (art. 13, *caput*, CP); b) relativamente independentes: b.1.) preexistentes/concomitantes: resultado imputável ao autor (art. 13, CP); b.2.) supervenientes: - se por si só produziu o resultado: imputabilidade dos fatos anteriores (art. 13, § 1.º, CP); - fato posterior prolongamento do anterior: imputabilidade do resultado final (art. 13, *caput*, CP);
- 2) **Teoria da causalidade adequada:** onde causa apresenta-se como condição mais adequada para produzir o resultado;
- 3) **Teoria da imputação objetiva:** prescrevendo que causa depende da criação de perigo juridicamente desaprovado pelo autor;
- 4) **Teoria da qualidade do efeito ou da causa eficiente:** diz que causa é condição da qual depende a qualidade do resultado;
- 5) **Teoria da condição mais eficaz ou ativa:** para essa teoria causa é condição que contribuiu mais eficazmente para o resultado;
- 6) **Teoria do equilíbrio ou da preponderância:** aqui, causa é a condição positiva que predomina sobre a negativa;
- 7) **Teoria da causa próxima ou última:** ensina que causa é última condição da cadeia causal;
- 8) **Teoria da causalidade jurídica:** trata da escolha da causa responsável por resultado dado;
- 9) **Teoria da causalidade jurídica:** considera pela característica exclusivamente humana da causa;
- 10) **Teoria da tipicidade condicional:** sucessão, necessidade e uniformidade da relação causal.

Leciona, ainda,³⁰ que coexistem, primordialmente, cinco teorias ou correntes doutrinárias sobre o conceito de ação e de omissão, sendo elas divididas em:

- 1) **Teorias causais:** a) teoria causal-naturalística: ação é movimento corporal voluntário causador de modificação no mundo exterior; b) teoria causal-valorativa: ação é atuação da vontade no mundo exterior.
- 2) **Teoria social:** ação é manifestação externa da vontade com relevância social.
- 3) **Teoria finalista:** ação é exercício de atividade finalista. Sendo que, dentre suas contribuições para o desenvolvimento da teoria do delito, as

²⁹ ob. cit., pág. 248/255.

³⁰ PRADO, ob. cit.

principais foram: a) inclusão do dolo e da culpa nos tipos do injusto; b) conceito pessoal de injusto; c) culpabilidade puramente normativa.

4) **Teorias teleológicas ou funcionalistas:** a) teoria personalista da ação: ação é a exteriorização da personalidade humana; b) teoria da inevitabilidade individual: onde ação é a realização de um resultado individualmente evitável.

Demonstrado o vasto leque que a doutrina abre a fim de explicar as teorias da causalidade no que concerne ao desenvolvimento da teoria do delito, tem-se que cada uma das escolas referidas pretendeu, mais que substituir, *superar* a escola anterior. Como exatamente sublinha Jescheck, “nenhuma das teorias conseguiu afastar completamente as outras, continuando ainda hoje vivos, uns junto aos outros, pensamentos procedentes dos três sistemas”.³¹ Necessário se faz, destarte, seja dado ênfase às concepções destes três sistemas, o naturalista de Lizst-Beling; a Concepção neoclássica; e, por derradeiro, quais foram, dentre muitas, as principais inovações oferecidas pela escola finalista, conforme veremos a seguir.

3. Sobre a evolução histórica da doutrina geral do fato punível (Escolas penais)

3.1 Concepção clássica (positivista-naturalista) – O sistema “Liszt-Beling”

A concepção chamada “clássica” do fato punível³², considerada como sendo a teoria precursora a analisar o causalismo, assenta-se numa visão do jurídico decisivamente influenciada, em perspectiva político-criminal, pela “escola moderna” e, de forma geral, pelo naturalismo positivista que caracterizou o monismo científico próprio de todo o pensamento da segunda metade do século XIX.

Diz-se que essa teoria clássica é também chamada de naturalista, haja vista que também o direito, teria como ideal a exatidão científica própria das ciências naturais e, por conseguinte, deveria incondicionalmente a ele se submeter; de sorte que, da mesma forma, todo o sistema que trata do fato punível haveria de ser tão-somente constituído por realidades mensuráveis e empiricamente comprováveis - isto é, que pudessem ser aferidas através da simples experiência, tornando-se despiendo o estudo teórico - , pertencentes, dessa forma, a facticidade (objetiva) do mundo exterior ou antes a processos psíquicos

³¹ JESCHECK / WEIGENDE, § 22, *in principio*, apud Dias (1999).

internos (subjetivos).³³ Com isso, ficava próxima uma *bipartição* do conceito de crime que agrupasse os seus elementos constitutivos na vertente objetiva (conduta típica e ilícita) e na vertente subjetiva (conduta culposa); concepção esta ainda hoje muito viva, por exemplo, na doutrina francesa dominante, que se limita em regra a distinguir no conceito de delito *l'élément matériel et l'élément moral de l'infraction*.³⁴

Calha ainda ressaltar que a dogmática do delito no início do século XX tinha uma marca impositiva: o injusto era considerado objetivo e a culpabilidade era considerada psicologicamente³⁵.

De acordo com este critério, também conhecido como concepção psicológica da culpabilidade, configurava-se o injusto com a cometimento físico de um resultado socialmente danoso e culpabilidade era a causação psíquica deste mesmo resultado, que podia assumir a forma de dolo (quando se queria causar o resultado antijurídico) ou de culpa (quando o mesmo sobrevinha como consequência de imprudência, negligência ou imperícia). O que em definitivo se devia investigar para saber se havia delito eram dois nexos causais: um físico (a conduta causou o resultado?) e outro psíquico (há uma relação psicológica entre a conduta e o resultado?)³⁶.

Entretanto, ainda segundo Zaffaroni e Pierangeli³⁷, a tipicidade e a antijuridicidade não se distinguem dentro do injusto, havendo, de tal sorte, várias condutas ilícitas e culpáveis que não eram delitos. Necessário fazia-se, deste modo, agregar outro requisito a fim de evitar este fenômeno de caracterização insuficiente do crime. A punibilidade, neste contexto, costumava ser agregada depois da antijuridicidade (ilicitude) e da culpabilidade. O delito se conceituava como uma conduta antijurídica, culpável e punível; sendo que, dentro deste encadeamento de idéias, temos: **1) Conduta**, entendida como uma vontade exteriorizada de maneira a pôr em marcha à causalidade; **2) Antijuridicidade**, entendida como causação de um resultado socialmente danoso; **3) Culpabilidade**, entendida como relação psicológica entre a conduta e o resultado em forma de dolo ou de culpa; e, por

³² E para a qual contribuíram decisivamente autores como Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (1857), v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (1881) e BELING, *Die Lehre vom Verbrechen* (1906), *apud* Dias (1999).

³³ DIAS, ob. cit., pág. 192.

³⁴ Seguindo nesta parte a lição de Carrara, *apud* DIAS (1999).

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de direito penal brasileiro: parte geral* – São Paulo: RT, 1997.

³⁶ ZAFFARONI, ob. cit.

³⁷ ob. cit., pág. 397/398.

derradeiro, **4) Punibilidade**, entendida como a submissão a uma pena de hipóteses enquadráveis nos itens anteriores.³⁸

Feitas estas considerações acerca do sistema do injusto objetivo – culpabilidade psicológica de Liszt, mister se faz, a fim de entendermos o porquê da denominação “Liszt-Beling”, bem como qual foi a contribuição de Beling para o aprimoramento da escola “clássica”, salientar que no esquema anterior, como vimos, mostrava-se deveras inconveniente a averiguação da antijuridicidade e culpabilidade de uma determinada conduta e a conseqüente conclusão, posteriormente, que a lei penal não a comina pena alguma. Por isso, dentre outras causas, o eminente Ernst von Beling, sem fazer mudança no esquema analítico “objetivo-subjetivo”, enunciou, em meados de 1906, sua teoria do tipo penal, onde fazia uma distinção, dentro do injusto objetivo, entre a tipicidade e a antijuridicidade. Assim sendo, o que era proibido era causar o próprio resultado típico, e a antijuridicidade era a impacto da causação deste resultado com a ordem jurídica, que comprovava-se com a ausência de qualquer permissão para causar o resultado.

Não obstante os avanços introduzidos por Ernst von Beling, o delito passou a ser definido como conduta típica, antijurídica e culpável, sendo que alguns seguiram conservando a punibilidade como integrante do conceito de delito sob o ótica clássica. Destarte, dentro desse arcabouço, temos: **1) Conduta**, entendida como uma vontade exteriorizada de maneira a pôr em marcha a causalidade; **2) Tipicidade**, como sendo a proibição de causar um determinado resultado; **3) Antijuridicidade**, significando uma contradição entre a causação do resultado e o ordenamento jurídico; e, por fim, **4) Culpabilidade**, compreendida como relação psicológica entre a conduta e o resultado em forma de dolo ou culpa.³⁹

Como visto, substancialmente, não houve alterações por parte de Beling, nos conceitos até então formulados por Lizst. Muito pelo contrário. Diz-se que houve complementação.

Denota-se que no tocante a conceituação de delito (como alhures mencionado), os elementos conduta e culpabilidade permaneceram intocáveis, isto é, foram *ipsis litteris*, adotados por Beling. Já em relação à antijuridicidade, mudança houve em virtude de Beling incluir, no conceito de crime, a tipicidade. Assim, *antijuridicidade* para Beling era definida como *uma contradição entre a causação do resultado e a ordem jurídica*;

³⁸ ZAFFARONI, ob. cit., pág. 398.

³⁹ Esquema, substancialmente, baseado em Zaffaroni, ob. cit., pág. 398/399.

enquanto que para Lizst era entendida como *causação de um resultado socialmente danoso*. Ora, tal modificação – que não alterou a substância do esquema de Lizst -, só se fez necessária haja vista a incorporação da *tipicidade* no conceito de crime, que, segundo Beling, *era a proibição da causação de um resultado*. Daí porque, repise-se, houve uma complementação, por parte de Beling, do sistema construído por Lizst, ficando, por isso, referido sistema conhecido como sistema “Lizst-Beling”.

Em síntese, de acordo com os ensinamentos doutrinários supramencionados, esta concepção (positivista-naturalista) via na *ação o movimento corporal determinante de uma modificação do mundo exterior, ligada causalmente à vontade do agente*. Ação esta que se tornaria em *ação típica* sempre que, lógico-formalmente, fosse subsumível num tipo legal de delito, ou seja, uma descrição puramente externo-objetiva da realização da ação, completamente estranha a valores e a sentidos. Dentro desse mesmo raciocínio, tem-se que a ação típica, por sua vez, que tornar-se-ia em *ilícita* se no caso não incidisse uma causa justificativa, é dizer, uma situação, como por exemplo, legítima defesa, estado de necessidade, obediência devida etc., que, a título excepcional, torna-se a ação típica em ação ilícita e aceita pelo direito; determinando desta forma, definitivamente, a contrariedade da ação ao ordenamento jurídico. E com isso ficaria perfeita a *vertente objetiva do fato*.⁴⁰

No que concerne à *vertente subjetiva do fato*, ela reduzir-se-ia à verificação da culpabilidade. Nesse diapasão, a ação típica e antijurídica tornar-se-ia uma ação *culposa* sempre que fosse possível comprovar a existência, entre o agente (imputável) e o seu fato objetivo, de uma ligação puramente psicológica – daí, como dito alhures, esta doutrina ter ficado conhecida também como *concepção psicológica da culpabilidade* – capaz de tornar legítima a imputação do fato ao agente a título de dolo (conhecimento e vontade de realização do fato) ou de negligência (deficiente tensão de vontade impeditiva de prever corretamente a realização do fato). E com isso, conclui-se, se teria logrado a apreensão perfeita e completa do conceito de delito.⁴¹

Importante frisar que, nas sábias palavras de Maurach e Zipf⁴², tem-se que:

⁴⁰ DIAS, ob. cit., pág.192/193.

⁴¹ DIAS, ob. cit., pág. 193.

⁴² MAURACH, Reinhart. ZIPF, Heinz. Derecho Penal. Parte general. vol. 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7.ª edición alemana por JORGE BOFILL GENZSCH Y ENRIQUE AIMONE GIBSON. Buenos Aires: Astrea, 1994, pág. 253.

(...) la formulación clásica del concepto naturalista de acción dada por Liszt y Beling es un concepto claro y decididamente previo al derecho, no sólo por razones ontológicas, sino también de practicabilidad, ya que se suponía que solamente un concepto similar de acción podría servir de base común a los delitos dolosos y culposos, por estar completamente libre de toda valoración.

Assim, de acordo com os ensinamentos de Maurach e Zipf⁴³, se esta concepção se chama natural, é porque pretende aplicar as leis das ciências naturais ao direito penal, bem como considerar a realização do tipo como uma *mera consequência científico-natural do acontecer causal antecedente*. Esta construção é um produto característico do pensamento científico-natural que dominou o final do século XIX, invadindo inclusive as ciências sociais. Destarte, como todo acontecimento natural é resultado de uma conduta causal, também o é o delito.

Dentro dessa concepção clássica, onde vimos que o conceito de ação exigia um movimento corpóreo e, conseqüentemente, uma modificação do mundo exterior, o que deveras restringia todo o seu alicerce de construção, compreendeu-se que o então atual sistema naturista-positivista do delito, se mantido com suas delineações, não podia prevalecer.

A concepção psicológica da culpabilidade, por derradeiro, também esquecia que o inimputável, isto é, incapaz de culpabilidade, pode agir com dolo ou culpa; que na culpa, ao menos na inconsciente, onde não se prevê o resultado, não existe relação alguma psicologicamente comprovável entre o agente e o fato, antes *ausência dela*, como, por exemplo, o faroleiro que se deixa adormecer e não dá o sinal devido⁴⁴; bem como que, “para além da verificação do dolo ou da negligência⁴⁵, ou em vez dela, outras circunstâncias existem que devem excluir a culpabilidade, nomeadamente em situações de falta de consciência do ilícito ou de inexigibilidade de outro comportamento.”⁴⁶

Diante dessas deficiências, a concepção da escola clássica (psicológica da culpabilidade, positivista-naturalista), foi sendo preterida quando pôde-se compreender que não mais eram defensáveis os *fundamentos ideológicos e filosóficos* sobre quais se assentava.⁴⁷ Não é inverídico que a ela coube o mérito inexorável de, de forma inédita, ter erigido todo um sistema do crime, distinguindo, como visto em epígrafe, entre as vertentes

⁴³ Ob. cit.

⁴⁴ Exemplo extraído de DIAS, Jorge de Figueiredo. ob. cit., p. 194.

⁴⁵ Utilizada aqui como sinônimo de culpa. DIAS, ob.cit.

⁴⁶ DIAS, ob. cit., pág. 194.

objetiva e subjetiva do fato punível. Não obstante essas contribuições, suas fraquezas e deficiências não podiam mais ser escondidas, haja vista que:

...o direito penal não participa do monismo ideológico das ciências naturais, por outro lado, trata com realidades que excedem a experiência psicofísica e não se inscrevem de modo exclusivo no mundo do ser; com, por outro lado, o pensamento jurídico não se deixa comandar por uma metodologia de cariz positiva nem se esgota em operações de pura lógica formal.⁴⁸

Destarte, logo que as assertivas supramencionadas foram compreendidas, o sistema clássico (positivista-naturalista) do conceito de fato punível estava maduro para ser substituído por uma nova concepção, como veremos a seguir.

3.2 Concepção neoclássica (normativista)

A concepção neoclássica (normativa) do conceito de fato punível, também conhecida como teoria social da ação, funda-se essencialmente na filosofia dos valores de origem neokantiana, tal como ela foi desenvolvida, na primeira metade do século XX, pela chamada *escola do sudoeste alemão* ou *escola de Baden* (Windelband, Rickert, Lask).⁴⁹ Diz-se ainda, que a origem dessa doutrina se encontra na definição de conduta como *fenômeno social*, devida a Eb. Schmidt.⁵⁰

Como anotam Maurach e Zipf (1994), a elaboração da teoria social da ação começa a ser desenvolvida por volta dos anos 30, do século XX, mas só adquire maior força depois da Segunda Guerra Mundial. A amplitude de sua base de conhecimento constitui, simultaneamente, sua força e sua debilidade; dita teoria visa a exercer uma função de intermediação, mas é isso mesmo o que dificulta em grande parte sua unidade interna. Prescrevem ainda os doutrinadores supramencionados, que a teoria social da ação se apresenta com numerosas variantes, de tal sorte que chega a ser duvidoso se é possível falar-se de uma posição única em si, mas pelo contrário, é preciso distinguir diversas teorias sociais da ação, destacando que:

⁴⁷ Sendo decisivas, neste contexto, as obras de Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (1935), e de Eduardo Correia, *Unidade*, p. 69 e ss., *apud* DIAS (1999).

⁴⁸ DIAS, ob. cit., pág. 194.

La corrección del concepto natural de acción de Liszt fue mérito principal de E. Schmidt, quien caracterizó la acción como “una conducta arbitraria para con el mundo social externo” (Lb. 154; en detalle sobre ello Bloy, op. Cit., 611 y siguientes). Los conceptos elaborados por otros autores se adhieren en mayor o menor medida a aquél. Según Engisch (op. Cit., 161), el actuar es “la causación arbitraria de consecuencias previsibles y socialmente relevantes”. Las formulaciones de Schroder (en Schonke-Schorder, 17ª ed., nº 27ª, antes de § 1), “por acción debe comprenderse un movimiento corporal dominado por la voluntad”, y de Mezger (Moderne Wege, 12), “actuar es conducta humana”, son sólo a primera vista neutralmente valorativas en un sentido aparentemente naturalista; en realidad, ambas presuponen como algo natural el carácter o referencia social de esta conducta.⁵¹

E, de acordo com a concepção normativista, “*ação é a manifestação externa da vontade com relevância social, ou, simplesmente, o comportamento humano socialmente relevante*”.⁵²

Seguindo os ensinamentos de Maurach e Zipf (1994), Zaffaroni (1997) também aduz que a chamada “teoria social da ação” pretendeu ser uma ponte ou posição intermediária entre as teorias causal e final. Para ele, referida teoria baseia-se na afirmação de que não é qualquer ação que pode ser objeto de proibição pelo direito penal, mas somente aquelas que têm sentido social, isto é, que transcendem a terceiros, fazendo parte do interacionar humano; e, nos dá o seguinte exemplo: “apenas as ações que formam parte deste interação podem interessar ao direito penal, e não aquelas que não transcendem o âmbito individual, como escovar os dentes, barbear-se etc. Nessa mesma linha de raciocínio, temos que “*ação é a realização de um resultado socialmente relevante, questionado pelos requisitos do Direito e não pelas leis da natureza.*”⁵³ Diante disso, “*ação nada mais é que a causação de um resultado, não importando qual.*”⁵⁴

Alguns defensores dessa teoria⁵⁵ adotam a denominada *dupla função/posição do dolo* na teoria do delito: elemento subjetivo do tipo de injusto e forma de culpabilidade.

Essa concepção, no entanto, recebe várias críticas por parte da doutrina.

Luiz Regis Prado, no mesmo contexto alhures mencionado, ministra que “a teoria social da ação reúne dados característicos da orientação *causal e finalista*, não apresentando uma estrutura sistemática própria do delito. Visa a plasmar um conceito

⁴⁹ Fundamentais, de novo, as obras de Welzel e de Eduardo Correia, *apud* DIAS (1999).

⁵⁰ Cf. CEREZO MIR, José, *apud* PRADO, ob. cit., pág. 250.

⁵¹ MAURACH; ZIPF. Ob. cit., pág. 261.

⁵² JESCHECK, *apud* PRADO (1999).

⁵³ JESUS, ob. cit., pág. 233.

⁵⁴ JESUS, ob. cit., pág. 233.

unitário ou geral de ação que englobe todas as formas de conduta – dolosa/culposa/omissiva.”⁵⁶

E continua: “entretanto, não logra conseguir esse objetivo, pois, além de faltar-lhe a indispensável neutralidade axiológica e de ser excessivamente abstrato, ‘ao deixar de compreender a categoria essencial da finalidade e não permitir conhecer a índole da ação concreta realizada, está privado de toda conexão interna, funcional, com os restantes elementos do delito’”.⁵⁷

Críticas estas que, segundo Jorge de Figueiredo Dias⁵⁸, são, em sua maior parte, “no que respeita diretamente à construção do sistema do fato punível que, a partir da erupção da “nova imagem do sistema jurídico-penal” enunciada por Welzel em inúmeros estudos, as críticas mais se fizeram ouvir e deram pasto a uma controvérsia que ainda hoje não se calou de todo.”

A crítica dirigiu-se sobretudo ao *conceito mecânico-causalista da ação* de que a teoria social continuava a partir, não observando, entretanto, não ser minimamente aí que residia a essência do atuar humano.⁵⁹

Críticas severas são tecidas por Zaffaroni⁶⁰, que diz *não ser possível extrair qualquer outra consequência desta teoria que – por nebulosa – se tem pretendido que sirva de base a todas as estruturas do delito*. Diz ainda que *a exigência da “relevância causal” como lesividade social é inadmissível*, bem como que *uma conduta é uma conduta, embora não seja socialmente lesiva*.⁶¹

Para concluir e explicitar de vez o ponto principal de resistência doutrinária em aceitar a teoria social da ação (concepção neoclássica ou normativista), necessário se faz a citação, *ipsis litteris*, dos ensinamentos ministrados por Jorge de Figueiredo Dias, que, ao nosso ver, é quem de forma verdadeiramente didática elucida o tema, dizendo que:

... praticamente todos os erros na construção posterior do sistema teriam ali a sua origem radical: o ilícito continuaria, apesar de nele se terem introduzido já elementos subjetivos, a constituir uma entidade fundamentalmente objetiva, que esqueceria ou minimizaria a sua carga ético-pessoal e não poderia servir por isso para corretamente caracterizar a contrariedade da ação à ordem jurídica;

⁵⁵ JESCHECK, *apud* PRADO, ob. cit., pág. 250.

⁵⁶ Ob. cit., pág. 250.

⁵⁷ CERESO MIR, José, *apud* PRADO (2002).

⁵⁸ Ob. cit., pág. 196/197.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Ob. cit., pág. 429.

⁶¹ *Ibidem*.

enquanto, por seu turno, a culpabilidade, apesar de se dizer concebida como juízo de censura, continuava a constituir um conglomerado heterogêneo de objeto da valoração e de valoração do objeto, submetendo ao mesmo denominador características que, como a imputabilidade e a exigibilidade, são na verdade elementos de um puro juízo, e características que, como o dolo e a negligência, são elementos do substrato que deve ser valorado como censurável.⁶²

Quando estudarmos a terceira escola, todas estas críticas que se fizeram à teoria social da ação serão mais rigorosamente abordadas e compreendidas, bem como veremos quais foram as inovações e os avanços introduzidos pelo finalismo na evolução histórica da doutrina geral do delito.

3.3 As inovações e os avanços oferecidos pelo finalismo

A escola finalista (ôntico-fenomenológica) do conceito de fato punível surgiu após a 2.^a Guerra Mundial, e teve seu nascimento como decorrência da utilização do método ôntico-fenomenológico no campo penal; e, quando ficou claro que o normativismo das orientações neokantianas não oferecia mais garantia bastante de *justiça* dos conteúdos das normas validamente editadas, se contrapôs a esse critério incorreto da doutrina causal de separação entre a *vontade e seu conteúdo*⁶³.

Toda a normatividade até então exigida pela concepção neoclássica, estava prestes a ser regulada por leis que lhe dessem estrutura, robustez, a fim de que, uma vez estabelecidas, vinculassem-se às condutas humanas, regulando, desta forma, todo o ordenamento jurídico.

A teoria final da ação, que teve *Hans Welzel* (1904-1977) como sendo seu mais extremado criador e precursor e foi continuada por Busch, Niese, Stratenwerth e Armin Kaufmann, encontra sua origem na filosofia de Honigswald (*Bases de la filosofía del pensamiento*) e Nikolai Hartmann (*El problema del ser espiritual*; cfr. Welzel, Bild). Segundo esta concepção - sempre uma conduta humana, em oposição a um acontecer causal objetivo é também a reação instintiva do animal - consiste na direção do acontecer real, mediante a incorporação de componentes próprios de determinação.⁶⁴

⁶² DIAS, ob. cit., pág. 197.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ MAURACH, ob. cit.

Maurach.... nos ensina que “*La acción es actividade humana final*”. Isto quer dizer, conforme preconiza Welzel, que “*la finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividade; fijarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conformea su plan, a la consecución de estos fines* (Welzel, Lb. 30)”⁶⁵.

Analisando-se as lições de Welzel, tem-se que ele encontrou a verdadeira “essência” da ação humana na verificação de que o homem dirige finalisticamente os processos causais naturais em direção a fins mentalmente antecipados, escolhendo para o efeito os meios correspondentes: toda a ação humana é assim *supradeterminação final de um processo causal*.⁶⁶ Isto é, conhecendo a teoria da causa e efeito, o agente tem condições de dirigir sua conduta no sentido de produzir determinados efeitos. “A causalidade, pelo contrário, não se encontra ordenada dessa maneira. Ela é cega, enquanto a finalidade é vidente”⁶⁷.

Feitas essas considerações, repise-se que encontra-se nas lições de Welzel o alicerce da natureza ontológica da ação, a partir da qual todo o sistema do fato punível haveria de ser ali construído.

E, mesmo antes de os ensinamentos de Hans Welzel difundirem-se, os doutrinadores penais, já haviam se dado conta de que se continuasse sendo adotada a já superada escola clássica (teoria causal) chegar-se-ia à perplexidade.

Tais argumentos encontram respaldo no fato de a teoria causal não estabelecer diferença entre a ação de uma lesão dolosa e a de uma lesão culposa, haja vista que o resultado nos dois casos é idêntico (ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima).⁶⁸ “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 culposo, embora o resultado morte seja elementar dos dois delitos. Diante disso, viram que os crimes não se diferenciam só pelo desvalor do resultado, mas principalmente pelo desvalor do comportamento típico, ou, como dia Maurach, repetindo a antiga idéia reacionária, ‘*pelo desvalor do fenômeno da ação por si só*’”⁶⁹

⁶⁵ WELZEL, *apud* MAURACH. *Ibidem*, pág. 255.

⁶⁶ WELZEL, *apud* DIAS (1999).

⁶⁷ *La teoría de la acción finalista*, trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker, *apud* JESUS (1999).

⁶⁸ Exemplo extraído de JESUS, Damásio E. de, *ob. cit.*, pág. 233.

⁶⁹ JESUS, *ob. cit.*, pág. 233/234.

Daí, leciona Damásio, que “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 à conduta, primeiro elemento do fato típico”⁷⁰.

Diante das deficiências da teoria causal apontadas pela doutrina, mister se fazia, portanto, uma mudança substancial na estrutura do tipo, da ilicitude e da culpabilidade. E, com base nesses pensamentos iniciais, Hans Welzel, apoiando-se nas idéias filosóficas de Honigswald e Hartmann, criou a teoria finalista da ação.

Nesse diapasão, pode-se destacar como sendo os principais méritos e inovações introduzidas pela concepção finalista (ôntico-fenomenológica) do conceito de fato punível⁷¹:

a) a inclusão do dolo (*sem a consciência da ilicitude*) e da culpa nos tipos de injusto (*doloso/culposo*); b) o conceito pessoal de injusto – leva em conta os elementos pessoais (relativos ao autor); o *desvalor pessoal* da ação do agente, que se manifesta pelo dolo de tipo (*desvalor doloso/tipo de injusto doloso*) ou pela culpa (*desvalor culposo/tipo de injusto culposo*). E ao *desvalor da ação* corresponde um *desvalor do resultado*, consistente na lesão ou perigo de lesão do bem jurídico;⁷² c) a culpabilidade puramente normativa.

Diz, ainda, que: “O conceito finalista de ação, lastreado na concepção do homem como um ser responsável, implica em considerar a conduta *finalista* como sendo única forma específica de conduta *humana*.⁷³ A omissão, por sua vez, consiste na “não-realização de uma determinada ação finalista que o agente podia realizar em uma situação concreta. Trata-se de um conceito limitativo, enquanto falta de capacidade ou de possibilidade concreta da ação”.⁷⁴

Nesse contexto, à unanimidade da doutrina não hesita em asseverar que com essas inovações, a escola finalista conduziu a aquisições científicas para as quais ainda hoje não se divisam alternativas. Talvez a mais importante das inovações trazidas pela escola finalista – consequência derivada daquela concepção da ação é a de que o *dolo* (que no parecer tanto da escola clássica, como da neoclássica, constituía um elemento da

⁷⁰ Ob. cit., pág. 234.

⁷¹ Esquema extraído de PRADO, ob. cit., pág. 252.

⁷² WELZEL, Hans, *apud* PRADO, ob. cit., pág. 252.

⁷³ Cf. CEREZO MIR, José, *apud* PRADO, ob. cit., pág. 252.

⁷⁴ Cf. WELZEL, Hans; CEREZO MIR, José, *apud* PRADO (1999), pág. 252.

culpabilidade) passa agora a conformar um elemento essencial da *tipicidade*, substituindo às anteriores concepções causais-objetivas, uma *concepção pessoal-final do ilícito*.⁷⁵

À respeito do tema, esclarece Damásio: “...o dolo é retirado da culpabilidade, não constituindo espécie (teoria psicológica) ou elemento da culpabilidade (teoria psicológica-normativa), mas elemento subjetivo do tipo, integrando a conduta, primeiro elemento do fato típico”⁷⁶.

Maurach, por sua vez, prescreve que ...“el dolo, en cuanto elemento subjetivo del tipo, pasa a formar parte de los hechos constitutivos del ilícito, es decir, se transforma en un dolo natural”⁷⁷.

Neste mesmo encadeamento de idéias, afirma-se que as conseqüências práticas da teoria finalista da ação no que diz respeito à dogmática anterior são revolucionárias. Dentro da estrutura do delito não existe nenhum campo que não sofra alterações fundamentais por causa destas alterações estruturais, dentre elas, citam-se que:

“...la culpabilidad del delito doloso pierde el carácter dualista que tenía hasta entonces y pasa a ser un juicio de valor puro. La conciencia potencial de la ilicitud encuentra su lugar dentro de la culpabilidad. La teoría del error es objeto de un nuevo orden y la accesoriadade de la participación recibe una base sólida. Al mismo tiempo, los hechos punibles de los inimputables adquieren una configuración más firme. La teoría de la unidade y pluralidad de hechos obtiene una delimitación más clara. Aun se encuentra pendiente la disputa acerca de los efectos de la teoría final sobre los delitos omissivos”.⁷⁸

Quanto à culpa, nos termos da tese de Welzel, “la inobservancia del cuidado objetivo pertenece a lo injusto de los delitos culposos”⁷⁹.

Críticas, no entanto, há em relação à escola finalista. Luiz Régis Prado acentua: ...que não há falar-se em causalidade na omissão, já que “não existe uma relação de causalidade, em sentido estrito, entre a omissão e a produção do resultado delitivo”. Deste modo, tem-se que o resultado surge como sendo uma conseqüência de uma série de condições previamente existentes, e, ainda, de uma série de fatores causais concorrentes. Arremata dizendo que: “nos delitos de comissão por omissão, o agente podia (e devia)

⁷⁵ DIAS, ob. cit., pág. 199.

⁷⁶ JESUS, ob. cit., pág. 236.

⁷⁷ Ob. cit., pág. 256.

⁷⁸ MAURACH, ob. cit., pág. 257.

⁷⁹ Na linguagem de Welzel, o injusto é a conduta antijurídica, isto é, o tipo. *Apud* JESUS, (1999).

evitar a produção do resultado e não o fez, mas não o causou. A omissão, por isso, nunca cria ou aumenta o perigo da produção do resultado”⁸⁰

Observando esses ensinamentos, tem-se que somente com as inovações do finalismo atingiu-se uma concepção normativa da culpabilidade, como tentou, sem êxito, lograr a escola positivista-naturalista (clássica). Assim, a culpabilidade foi reduzida a um puro juízo de (des)valor, ou seja, um autêntico juízo de censura, de reprovabilidade que recai sobre a conduta do agente, do qual os elementos da imputabilidade, da consciência do ilícito e da exigibilidade de conduta diversa participariam, conforme ver-se-á em tópico específico.

⁸⁰ CEREZO MIR, *apud* PRADO, ob. cit., pág. 253.

CAPÍTULO IV

DAS TEORIAS CAUSAIS

1. Dos critérios normativos para delimitar a causalidade natural

O Código Penal brasileiro, ao disciplinar a relação de causalidade, dispôs, em seu artigo 13, *caput*, que *considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*. Previamente, porém, enunciou que *o resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa*, exigindo, assim, para sua imputação, que tenha sido ele (resultado) causado pelo sujeito ativo do delito.

Do dispositivo supramencionado, tem-se que podem ser extraídas duas conclusões⁸¹: A primeira, de que sem causalidade não há imputação, haja vista que *o resultado de que depende a existência do delito somente é imputável a quem lhe deu causa*. Essa é uma assertiva indeclinável do princípio da responsabilidade pessoal, em oposição à responsabilidade solidária, que pode existir no direito privado, mas, como é cediço, não no direito penal. A Segunda, de que admitindo-se a causalidade na omissão, deve-se exigir que o processo de imputação também se estenda a delitos de mera atividade e não simplesmente a delitos de resultado. “Neste quadro normativo inicial é que se deve compor a teoria da imputação como elemento estrutural do conteúdo de injusto do fato.”⁸²

Diversas teorias foram formuladas, ao longo da evolução jurídico-penal, buscando estabelecer uma noção de causalidade, sendo que atualmente, estão, praticamente, reduzidas a três grandes grupos, conforme tenham em vista a simples imputação material, como base no critério de certeza (sob plano lógico ou contrafático), a imputação sobre uma base de adequação e a imputação sobre uma base normativa, o que deu lugar à teoria da condição, à teoria da causalidade adequada e à teoria da relevância jurídica.⁸³ Os penalistas fazem referência a outras teorias, como as da causa eficiente, da preponderância, da causa

⁸¹ Conforme ensina Juarez Tavares, *in ob. cit.*, pág. 255.

⁸² TAVARES, *ob. cit.*, pág. 255.

⁸³ *Ibidem*, pág. 255.

próxima, da causalidade jurídica, da causa humana e da tipicidade condicional, as quais, entretanto, se encontram absolutamente superadas e não merecem referência especial.⁸⁴

1.1 A teoria da condição (equivalência dos antecedentes causais)

Segunda a *teoria da condição*, “**causa é toda condição de um resultado concreto que, mentalmente suprimida, daria lugar a que esse resultado não se produzisse**”.⁸⁵ Juarez Tavares⁸⁶ afirma que: “Isto quer dizer que não se faz, inicialmente, uma diferenciação entre *causa e condição*”. Isto é, continua referido doutrinador, citando Hungria, “causa pode ser qualquer condição, indistintamente, que tenha contribuído para o resultado”.⁸⁷ É indiferente, portanto, para a noção de causa, que o resultado tenha sido produzido ocasionalmente ou que para sua verificação tenha concorrido uma *concausa*, ou seja, uma condição preexistente, concomitante ou superveniente. Essa teoria atribui relevância causal a todos os antecedentes do resultado – daí denominar-se “teoria da equivalência dos antecedentes causais” - , considerando que nenhum elemento, de que depende a sua produção, pode ser excluído da linha de desdobramento causal.⁸⁸

Conforme ensina Juarez Tavares⁸⁹, “a teoria da condição ou da equivalência dos antecedentes causais foi formulada em 1858 pelo processualista austríaco Julius Glaser⁹⁰ e depois introduzida na jurisprudência por Von Buri⁹¹, tendo recebido diversas críticas de seus opositores, devido ao chamado *regresso infinito*, pelo qual, na medida em que toda e qualquer condição que contribua para o resultado é considerada causa, condutas anteriores, absolutamente estranhas ao fato sob julgamento, devem ser também nele incluídas”. Alguns doutrinadores⁹², para melhor compreensão do tema, mencionam o seguinte exemplo: No caso do movimento de um automóvel, são considerados a máquina, o

⁸⁴ Para uma visão dessas teorias: Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 1958, Tomo II, pág. 61 *et seq.*, *apud* TAVARES (2002).

⁸⁵ MUNOZ CONDE, *ob. cit.*, pág. 22.

⁸⁶ *Ob. cit.*, pág. 257.

⁸⁷ Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*, 1958, Tomo II, p. 61., *Apud* TAVARES, (2002).

⁸⁸ JESUS, *ob. cit.*, pág. 249/250.

⁸⁹ (2002), pág. 257.

⁹⁰ Julius Glaser. *Abhandlungen aus dem osterreichischen Strafrecht*, Leipzig, 1858, Tomo I, p. 298; *Idem*, *Handbuch des Strafprozesses*, Leipzig, 1883, reimpressão, Frankfurt am Main, 1998. *Apud* Tavares, 2002.

⁹¹ Maximilian von Buri. *Zur Lehre von der Teilnahme na dem Verbrechen und der Begünstigung*, Giessen, 1860; *Idem*. *Ueber Causalitat und derem Verantwortung*, Leipzig, 1873, reimpressão, Frankfurt am Main, 1968; *Idem*. *Beitrage zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch*, Leipzig, 1894, reimpressão, Frankfurt am Main, 1997. *Apud* Tavares, 2002.

⁹² JESUS (1999), TAVARES (2002).

combustível, etc., que influem no movimento. Com a exclusão de qualquer deles, o movimento se torna impossível. Num acidente deste automóvel, em face da alta velocidade imprimida pelo motorista, dele seriam causa não apenas o motorista, mas também o projetista, o engenheiro e o fabricante do automóvel, como ainda o construtor da estrada ou os pais da motorista que o haviam gerado.

Na concepção de Von Buri, no exemplo acima alinhavado não será lícito distinguir entre condições essenciais e acidentais do resultado, pois todas as forças que tenham contribuído para produzir esse resultado são, da mesma forma, essenciais à sua produção e nenhuma delas pode ser deixada de lado.⁹³ Para se saber se uma ação é causa do resultado basta, mentalmente, excluí-la da séria causal. É o denominado e conhecido *procedimento hipotético de eliminação* de Thyrén, segundo o qual uma condição será causa de um resultado se, uma vez eliminada mentalmente essa condição, tiver como efeito também a eliminação do resultado, isto é, quando a mente humana julga que um fenômeno é condição de outro toda vez que, suprimindo-o mentalmente, resulta impossível conceber o segundo fenômeno.⁹⁴

Juarez Tavares (2002) destaca que a fórmula da eliminação hipotética tem gerado inúmeras controvérsias, que não são só em relação aos seus efeitos, como também quanto à sua origem.⁹⁵ Referido doutrinador enfatiza que a doutrina atribui erroneamente essa fórmula ao jurista sueco Thyrén⁹⁶, que, embora tenha contribuído para a solução de vários casos práticos de causalidade, por uma crítica rigorosa aos seus postulados de certeza e incerteza, não foi seu criador. Assevera que referida fórmula foi proposta por Julius Glaser, em 1858, quando enunciou sua teoria, e reproduzida depois por Von Buri, que introduziu referida teoria na jurisprudência.

Em que pesem as divergências doutrinárias acerca de quem detém a titularidade da criação do procedimento hipotético de eliminação, se Thyrén, Glaser ou Buri, tem-se que referido procedimento precisa ser bem compreendido. O importante, destaca o professor Damásio (1999) é fixar que excluído determinado acontecimento o resultado não teria ocorrido “como ocorreu”: a conduta é causa quando, suprimida mentalmente, o evento *in*

⁹³ Apud TAVARES (2002), pág. 258.

⁹⁴ Soler (1978) apud Jesus (1999).

⁹⁵ Sobre a polêmica de seu uso pelos tribunais, veja-se a indicação de Claus Roxin, *Strafrecht*, § 11, apud TAVARES (2002).

⁹⁶ Johan C. W. Thyrén. “Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien”, in *Abhandlungen aus den Strafrechte und der Rechtsphilosophie*, vol. I, 1894.

concreto não teria ocorrido no momento em que ocorreu, isto é, da forma, com as mesmas características em que ocorreu. Referido doutrinador dá o seguinte exemplo:

Suponha-se que o agente encontre a vítima mortalmente esfaqueada em local absolutamente solitário e lhe desfira outros golpes de punhal, produzido-se a morte. Prova-se que os últimos ferimentos concorreram para o êxito letal. Suprimindo-se mentalmente os golpes desferidos pelo agente, ainda assim a morte teria acontecido em virtude dos acontecimentos anteriores. À primeira vista, parece que a conduta do sujeito não deve ser considerada causa do resultado. Todavia, sem ela o evento não teria ocorrido como ocorreu. Por isso, deve ser considerada causa.

Saliente-se, ainda, que o atual sistema penal brasileiro, como já fazia o Código Penal de 1940, não admite a *concausa*, que é a condição que concorre para a produção do resultado com preponderância sobre a conduta do sujeito. Ainda, segundo os ensinamentos de Damásio (1999), o Código de 1890 atribuía privilégio ao homicídio doloso *concausal*, reduzindo a pena quando, para a produção do evento morte, tivessem concorrido *condições personalíssimas* da vítima ou *inobservância*, por parte desta, do *regime médico-higiênico reclamado pelo seu estado*.⁹⁷ Neste diapasão, as concausas eram preexistentes ou supervenientes. As condições personalíssimas da vítima eram consideradas como sendo concausas preexistentes. As concausas supervenientes, por sua vez, decorriam da inobservância, por parte do ofendido, do regime médico e higiênico indispensável a seu estado. Neste contexto, provada uma concausa, a pena do homicídio era atenuada. O Digesto Penal de 1890, conforme disposto no artigo 295, *caput*, considerava mortal não só a lesão que por si mesma fosse a causa da morte do ofendido – causa eficiente da morte por sua natureza e sede – como aquela que, associada à constituição do indivíduo ou ao seu estado mórbido, produzisse a morte.⁹⁸

Confrontando-se o “caput” e o § 1.º, do artigo 295, do Código Penal de 1890, surgiram dúvidas sobre se o legislador tinha ou não desejado estabelecer diferença entre *constituição* ou *estado mórbido anterior* e o que denominou *condições personalíssimas*. Para uma parte da doutrina, eram diferentes, sendo que como condições personalíssimas se

⁹⁷ Art. 295, § 1.º: “Se a morte resultar, não da natureza e sede da lesão, e sim de condições personalíssimas do ofendido: Pena – de prisão celular por quatro a doze anos”.

§ 2.º: “Se resultar, não porque o mal fosse mortal, e sim por ter o ofendido deixado de observar o regime médico-higiênico reclamado pelo seu estado: Pena – de prisão celular por dois a oito anos”.

⁹⁸ Art. 295, *caput*, do CP de 1890: “Para que se repute mortal, no sentido legal, uma lesão corporal, é indispensável que seja causa eficiente da morte por sua natureza e sede, ou por ter sido praticada sobre pessoa cuja constituição ou estado mórbido anterior concorram para torná-la irremediavelmente mortal”. Em relação ao crime de homicídio, a lei brasileira filiava-se à teoria da causa eficiente (v. Roberto Lyra, *Direito Penal*, Rio de Janeiro, Livr. Jacyntho Ed., 1938, v. 1, p. 121).

entendiam os estados transitórios em que se encontrava a vítima no instante da produção do resultado, como a cólera excessiva, a embriaguez aguda, o estômago sobrecarregado de alimentos etc. Em contrapartida, outros sustentavam que eram a mesma coisa, porque é justamente o estado mórbido que acarreta a condição personalíssima.⁹⁹

Diante disso, percebe-se que a legislação era confusa e dava grande margem a injustiças, haja vista que, em muitos casos, o sujeito contava com a concausa para conseguir o evento morte e, não obstante, a reprimenda penal era atenuada (JESUS, 1999).

O atual Código Penal brasileiro, de 1940, em face das críticas formuladas ao Código Penal anterior, de 1890, aboliu as concausas. Neste diapasão, Francisco Muñoz Conde¹⁰⁰, destaca que:

A doutrina e a jurisprudência brasileiras têm seguido invariavelmente a teoria da equivalência das condições, que é adotada pelo Código Penal (art. 13) com a seguinte definição de causa: “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Para corrigir a interminável extensão da relação causal que esta teoria sugere, o Código Penal adotou uma fórmula limitativa em seu § 1.º, afirmando: “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”. Nessa fórmula, nota-se evidente concessão à teoria da causalidade adequada, pois na verdade, embora permaneça intacta a relação causal, já que se trata de causa relativamente independente, a imputação não se faz, quando a causa superveniente se afaste da relação de causalidade anterior, ou porque imprevisível ou atípica, ou porque se inclua em uma seqüência anormal de seu desdobramento.

Como visto, dois são os critérios normativos para delimitar a causalidade natural, quais sejam, a própria teoria da equivalência das condições e a teoria da causalidade adequada, que ver-se-á adiante.

Dentre as críticas que sofreu a teoria da *conditio sine qua non*, a doutrina destaca como sendo a mais severa a que diz respeito à sua extensão, conforme observa Antolisei, essa teoria é combatida porque “supone una extensión excesiva del concepto de causa, extensión que conduce a resultados contrarios a las exigencias del Derecho y al sentimiento de justicia.”¹⁰¹

⁹⁹ J. L. Ribeiro de Souza apud JESUS (1999).

¹⁰⁰ Ob. cit., pág. 25.

¹⁰¹ Antolisei, apud (JESUS, 1999).

Sendo assim, nas palavras de Fernando Capez, “tem-se que estas críticas dizem respeito não só à possibilidade objetiva do regresso causal *ad infinitum*, mas também a algumas hipóteses não solucionadas adequadamente pelo emprego da *conditio sine qua non*.”¹⁰²

Lecionando sobre o tema, Damásio de Jesus anota: “A teoria da equivalência dos antecedentes, porém, não leva a excessos. Nos exemplos dados o sujeito não responde por crime em face da ausência de dolo e culpa”.¹⁰³

Fernando Capez¹⁰⁴, por sua vez, tece ferrenhas críticas à teoria da *conditio sine qua non*. Confira-se:

O principal problema, no entanto, é a exclusiva dependência no nexos normativo, para que não ocorram absurdos jurídicos. O que tem isentado de responsabilidade o tataravô pelo crime praticado pelo tataraneto, ou o fabricante de automóveis pelos acidentes, é a ausência de dolo ou culpa. No plano objetivo, porém, a *conditio sine qua non* admite a relação causal.

E arremata, dizendo que: “na entrada deste terceiro milênio, continuar admitindo no Direito uma teoria que pertence ao campo das ciências físicas, desprovida de conteúdo axiológico, é caminhar na contramão da evolução do pensamento jurídico e filosófico”.¹⁰⁵

1.2 Teoria da causalidade adequada - (Exceção à teoria da *conditio sine qua non*)

Para corrigir as falhas e suprir as lacunas da *conditio sine qua non*, a teoria da causalidade adequada, exceção à teoria da equivalência dos antecedentes causais, seria uma opção?

“Como tentativa de limitar o insaciável apetite do dogma causal, foi concebida a teoria da causação adequada”.¹⁰⁶

Nesse diapasão, aduz-se que “segundo a teoria da adequação, nem toda condição do resultado concreto é causa em sentido jurídico, senão somente aquela que geralmente é

¹⁰² CAPEZ, Fernando. O Declínio do Dogma Causal. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, abr. 2001. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm

¹⁰³ Ob. cit., pág. 253.

¹⁰⁴ Ob. cit.

¹⁰⁵ Ob. cit.

¹⁰⁶ CAPEZ, ob. cit.

adequada a produzir um resultado, quando uma pessoa normal, situada na mesma posição do agente, tivesse podido prever que, em circunstâncias correntes, tal resultado se produziria inevitavelmente.”¹⁰⁷

Numa busca de dirimir a celeuma, Von Kries¹⁰⁸ utilizou-se dos critérios da probabilidade e possibilidade como limite ao determinismo causal, afirmando escapar aos juízos de possibilidade e de probabilidade, por exemplo, a morte de um passageiro atingido por um raio no caminho que, por haver dormido o cocheiro, seguiu equivocadamente.¹⁰⁹

No exemplo supramencionado, menciona a doutrina¹¹⁰ que “aplicando a teoria da equivalência dos antecedentes, tem-se que, se o condutor não tivesse adormecido, a carruagem não teria seguindo o caminho errado e, não tomando rumo diverso, o raio não cairia sobre a cabeça do passageiro, matando-o”.

Assim, “mediante um critério puramente físico, naturalístico, não há como recusar a existência de um liame causal entre a conduta omissiva do cocheiro e a morte do viajante”.

Conclui-se dizendo que: “a causalidade adequada, contudo, temperando os excessos decorrentes da *conditio sine qua non*, vai afastar, do ponto de vista jurídico, a relação de causa e efeito, por considerar a absoluta imprevisibilidade e improbabilidade entre uma efêmera soneca e um relâmpago assassino”.

Diante do exemplo em epígrafe, percebe-se que à luz da teoria da causalidade adequada - que, como dito, utiliza-se dos critérios da probabilidade e possibilidade como limite ao determinismo causal - , não será possível, atribuir um liame causal, ainda que, pela teoria da eliminação hipotética, fosse possível estabelecer um vínculo na esfera física-naturalística.

Como dito alhures, o atual Código Penal brasileiro, adotou em seu artigo 13, *caput*, a teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da *conditio sine qua non*, dispondo que: “...Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”¹¹¹. Abre o Código Penal, no entanto, uma exceção à regra disciplina no “caput”, do artigo supramencionado, consagrando no § 1.º, do mesmo artigo 13, a teoria da causalidade adequada.

¹⁰⁷ MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 22.

¹⁰⁸ Apud CAPEZ, ob. cit.

¹⁰⁹ Exemplo extraído de CAPEZ, ob. cit.

¹¹⁰ CAPEZ, Ob. cit.

¹¹¹ BRASIL. Código penal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 37.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999

Dispõe o citado § 1.º, do artigo 13, do Código Penal brasileiro: “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”.¹¹²

Neste contexto, Flávio Augusto Monteiro de Barros anota que: “só se justifica a exceção quanto a causa superveniente relativamente independente que por si só produziu o resultado.” Destaca ainda que: “desnecessária a invocação do aludido preceito legal na hipótese de causas absolutamente independentes, preexistentes, concomitantes e supervenientes.”¹¹³

A causa, como visto, pode ser preexistente, concomitante ou superveniente, relativa ou absolutamente independente do comportamento do agente. Cumpre agora, portanto, examinar-se as causas absoluta e relativamente independentes, e suas respectivas subespécies, conforme ver-se-á a seguir.

2. Das causas absolutamente independentes

Em síntese, pode-se conceituar causa absolutamente independente como sendo aquela que surge sem ter sido provocada pela conduta comissiva ou omissiva do agente. Podem ser: preexistentes, concomitantes e supervenientes.

Os exemplos doutrinários clássicos sobre o tema são¹¹⁴: Exemplo de causa preexistente absolutamente independente: A lesiona B com um tiro de revólver e este, vem a falecer pouco depois, não em consequência dos ferimentos recebidos, mas sim do veneno que ingeriu antes de ser alvejado. Exemplo de causa concomitante absolutamente independente: A fere B no mesmo momento em que este vem a falecer exclusivamente por força de um colapso cardíaco ou ainda, A fere B no mesmo momento em que este está sendo atacado por um leão faminto, que deixa na mandíbula as suas vísceras, causando-lhe a morte. Exemplo de causa superveniente absolutamente independente: A ministra veneno na alimentação de B que, quando está tomando a refeição, vem a falecer em consequência de um desabamento ou ainda, A fere mortalmente o barqueiro B, mas este, antes que

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Ob. cit., pág. 175/176.

¹¹⁴ BARROS, ob. cit.; JESUS, ob. cit.

sobrevenha a morte em conseqüência do ferimento, parece afogado porque um tufão fez soçobrar o barco – exemplo de Von Liszt.

Nos exemplos supramencionados, percebe-se que o agente não deu causa ao resultado, pois suprimindo *in mente* a sua conduta a morte teria igualmente ocorrido. Assim, quando a causa é absolutamente independente da conduta do agente, a questão é resolvida pelo *caput* do art. 13: há exclusão da causalidade decorrente da conduta. Nos exemplos, a causa da morte não tem ligação alguma como o comportamento do sujeito. Em face disso, ele não responde pelo resultado morte, mas sim pelos atos praticados antes de sua produção.

Nas palavras do professor Damásio¹¹⁵ “se a causa, preexistente, concomitante ou superveniente, produz por si mesma o resultado, não se ligando de forma alguma com a conduta, em relação ela é uma *não-causa*”.

Destarte, a causa preexistente, concomitante ou superveniente da conduta do agente que, por si só, vem a produzir o resultado, sendo absolutamente independente, não lhe é imputável, por força do disposto no precitado artigo 13, *caput*, do digesto Penal.

3. Das causas relativamente independentes

Analisadas as causas absolutamente independentes, cumpre agora examinar as relativamente independentes, que, assim como as absolutamente independentes, também subdividem-se em três: preexistentes, concomitantes e supervenientes.

Mas, o que se entende pela expressão “relativamente independente”?

Como leciona Damásio¹¹⁶ “causa relativamente independente é a que, funcionando em face da conduta anterior, conduz-se como se por si só tivesse produzido o resultado (estamos tratando da causa superveniente)”. E, para melhor compreensão, menciona o seguinte exemplo: “É o caso clássico do cidadão que, mortalmente ferido por outro, é transportado para um hospital, onde vem a falecer em conseqüência das queimaduras provocadas por um incêndio. A causa provocadora da morte é relativamente independente

¹¹⁵ 1999, pág. 257.

¹¹⁶ Ob. cit., pág. 259.

em relação à conduta anterior: se a vítima não tivesse sido ferida, não seria levada ao hospital”.

Vejamos agora, exemplos¹¹⁷ de cada uma das espécies de causa relativamente independente: Exemplo de causa preexistente relativamente independente em relação à conduta do agente: A golpeia B, hemofílico, que vem a falecer em consequência dos ferimentos, a par da contribuição de sua particular condição fisiológica.

Exemplo de causa concomitante relativamente independente: A desfecha um tiro em B, no exato instante em que este está sofrendo um colapso cardíaco, provando-se que a lesão contribuiu para a eclosão do êxito legal.

Exemplo de causa superveniente relativamente independente: num trecho de rua, um ônibus, que o sujeito dirige, colide com um poste que sustenta fios elétricos, um dos quais, caindo ao chão, atinge um passageiro ileso e já fora do veículo, provocando a sua morte em consequência da forte descarga elétrica.

Analisados os exemplos acima, tem-se que nos dois primeiros, as causas (hemofilia e colapso cardíaco) não excluem a linha de desdobramento físico desenvolvida pelas ações, de modo que os agentes respondem pelo resultado morte. Não é de ser aplicado o art. 13, *caput*, uma vez que trata, *a contrario sensu*, das causas absolutamente independentes. Naqueles exemplos não se pode dizer que as causas, de forma *exclusiva*, produziram o resultado.

No terceiro caso, o agente não responde pela morte do passageiro, mas somente pelos atos anteriores, se descritos como infração penal. É aí que cabe a aplicação do disposto no artigo 13, § 1.º, do Código Penal brasileiro.

Vê-se então que, as causas preexistentes e concomitantes, quando relativamente independentes, não excluem o resultado. A causa superveniente, quando absolutamente independente, faz com que a ação anterior não seja *conditio sine qua non* do resultado, por ilação do próprio art. 13, *caput*. Quando relativamente independente, sendo que, por si só, produziu o resultado, exclui a imputação, respondendo o agente pela prática dos atos anteriores (art. 13, § 1.º) Se o parágrafo contemplasse a causa superveniente absolutamente independente, seria de uma inutilidade flagrante, pois a questão é resolvida pela cabeça do dispositivo¹¹⁸.

¹¹⁷ Extraídos de JESUS, ob. cit., pág. 258.

¹¹⁸ JESUS, ob. cit., pág. 258.

Por derradeiro, a fim de melhor elucidar o tormentoso assunto, apresenta-se o quadro sinóptico, conforme segue:

Quadro sinóptico¹¹⁹: Causas absolutamente independentes em relação à conduta do agente podem ser preexistentes, concomitantes ou supervenientes. **Conseqüência:** (há exclusão do nexos de causalidade – art. 13, *caput*, do CP); Causas relativamente independentes em relação à conduta do agente também podem ser preexistentes, concomitantes ou supervenientes. **Conseqüência:** (no primeiro e segundo casos “causas preexistentes e concomitantes” o resultado é imputável ao agente – art. 13, *caput*); no último caso “causas supervenientes” (o resultado não é imputável ao agente – art. 13, § 1.º, do CP).

4. O declínio do prestígio da exigência do nexos causal

Não é de hoje que os autores vêm debatendo acerca do declínio do prestígio da exigência do nexos de causalidade, o famigerado “dogma causal”. Nesse passo, muitos autores vêm recomendando a eliminação da relação de causalidade como elemento do primeiro requisito do delito, qual seja, a própria tipicidade, no que concerne ao fato típico, que passaria a conter, como requisitos do delito material e comissivo, tão-somente a conduta dolosa ou culposa, o resultado e a tipicidade.

Diante dos avanços e evoluções que vêm advindo ao Direito Penal da culpabilidade – ensinam -, torna-se despicienda a verificação da relação entre a conduta e o resultado, uma vez que só pode sofrer o juízo de censurabilidade que recai sobre o autor da conduta (culpabilidade), o próprio autor, i.e., quem concretiza o fato típico, dentro do qual se encontra o evento, conseqüência da ação. Nesse diapasão, o juiz, na fase da verificação da culpabilidade, necessariamente deverá passar pela averiguação da prática do fato típico – que é o quarto elemento do fato típico (teoria finalista da ação) -, onde será observado a conduta comissiva ou omissiva, bem como o resultado. Se estes não estiverem conectados ao agente, sua absolvição é medida que se impõe.¹²⁰

Frise-se, por pertinente, que a idéia de se excluir o nexos de causalidade material dos códigos penais não é recente, tendo, inclusive, a Comissão Redatora do Código Penal Tipo

¹¹⁹ Quadro sinóptico extraído, substancialmente, de JESUS, Damásio E. de, ob. cit., pág. 259.

¹²⁰ Cf. JESUS, Damásio E. de. Código penal anotado. 12. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 34/35.

para a América Latina, em sua Segunda reunião, realizada no México (sessão de 20/10/1968), recomendou a não-inclusão de dispositivo a respeito do nexo de causalidade objetiva.¹²¹

Naquela oportunidade, o insigne, preclaro e hoje saudoso doutrinador HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, relator da Comissão brasileira, anotou que “a matéria da causalidade provoca gravíssimas discrepâncias doutrinárias e jurisprudenciais, conduzindo a situações de grande confusão na aplicação da lei penal”¹²²

Em outro trabalho, referido doutrinante afirmou que a matéria da relação de causalidade é um “daqueles conceitos que devem ser deixados à elaboração doutrinária, como, por exemplo, o conceito de culpabilidade. Esse é o caminho que vão seguindo todos os códigos e projetos mais recentes”¹²³

BUSTOS RAMÍREZ, por sua vez, assevera que no estágio atual da doutrina da teoria do delito, “o dogma da causalidade não serve para nada e fica reduzido a um ‘puro dogma’, vazio completamente de conteúdo”¹²⁴

Vê-se, portanto, que de acordo com os doutrinadores supramencionados, o tratamento do nexo causal, relevante para a teoria naturalística da ação – como visto alhures -, à medida que esta foi perdendo terreno na doutrina, diminuiu de importância, substituído pelo princípio de que não há pena sem culpabilidade.

Para outros, entretanto, a questão cinge-se à tipicidade, de amoldar-se ou não o fato material ao modelo legal, de modo a poder ser atribuído ao agente, tema que supera, por inclusão, o nexo causal, podendo por isso ser excluído.¹²⁵ Além disso, afirmam que a existência do nexo de causalidade é apenas início da responsabilidade penal. Tanto que no próprio tipo se inclui o dolo, delimitador subjetivo da imputação do resultado. Entre nós, acatado na reforma penal de 1984 o princípio da culpabilidade e, por isso, extinto todo resquício de responsabilidade penal objetiva, como se depreende do art. 19 do Estatuto Penal Repressivo, segundo o qual o resultado só pode ser imputado ao agente a título de dolo ou culpa, alguns doutrinadores afirmam que não há mais necessidade de socorrer-se da relação causal objetiva.

¹²¹ Idem.

¹²² Código Penal Tipo para Latinoamérica, México, Academia Mexicana de Ciencias Penales, 1967, p.70). Apud Jesus, 2002.

¹²³ A reforma da legislação penal – I, RBCDP, Rio de Janeiro, 2:59, 1963. Apud Jesus, Código penal anotado, ob. cit.

¹²⁴ Manuel de derecho penal español, Madrid, PPU, 1984, v. 1, p. 174. Apud Jesus, ob. cit.

Ante o burburinho doutrinário e jurisprudencial que havia se instalado sobre o tema, a Comissão Revisora do Anteprojeto de Código Penal de 1969, de NÉLSON HUNGRIA, atendendo às objeções que apareceram na época, suprimiu as disposições referentes à *imputatio facti*. O Código Penal de 1969, porém, de acordo com o que informou a Exposição de Motivos, decidiu “manter, com pequenas correções, o que refere à relação de causalidade, considerando que se trata de regra que jamais trouxe qualquer dificuldade na aplicação da lei penal, sendo de fácil compreensão pelos juízes. Suprimir esse dispositivo seria ensejar a reabertura de largo debate que ainda hoje divide a doutrina, entre as teorias fundamentais sobre o nexos causal, o que haveria de conduzir a incertezas e dificuldades na aplicação da lei”.¹²⁶ A reforma penal de 1984, inobservando todas as críticas em sentido contrário, seguiu essa orientação, mantendo a disciplina do nexos de causalidade no art. 13 do CP. Por isso, incidiu na crítica da doutrina.

Sobre o tema, o festejado DAMÁSIO DE JESUS¹²⁷ leciona que se acatada a responsabilidade pessoal e subjetiva, que tem como centro a culpabilidade, só pode ser condenado, v. g., por homicídio doloso, quem ‘matou alguém’, o que pressupõe o nexos de causalidade. Ausente este, não se pode considerar que o sujeito ‘matou alguém’. De ver-se, contudo, que, adotada irrestritamente a teoria de que o Direito Penal da culpabilidade leva ao desprezo do nexos causal, por ser supérfluo, quando ausente este, opera-se a absolvição do agente por falta de censurabilidade, pressupondo-se, então, que cometeu um fato típico e antijurídico.

Ainda segundo DAMÁSIO, tem-se o seguinte exemplo: se alguém é acusado da prática de um crime de homicídio e comprova-se que a morte não adveio de sua conduta, não se pode dizer que realizou um fato típico, tendo em vista que o resultado não foi causado pela ação. Absolvê-lo por ausência de culpabilidade é reconhecer que praticou um crime, quando, na verdade, nem fato típico pode ser-lhe imputado.

Diante o exemplo acima analisado, vê-se que o doutrinador transmite a idéia de que não se identificam os efeitos da ausência de fato típico e de culpabilidade, pelo contrário, são díspares. É que na primeira hipótese, continua “o fato não ingressa no campo do Direito Penal, ficando impedidos o inquérito policial e a ação penal; na segunda, como há

¹²⁵ Jesus, ob. cit., 2002., pág. 35.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Código penal anotado. Ob. cit., pág. 35.

o cometimento de um delito, procede-se à persecução criminal, beneficiando-se o acusado pela absolvição somente no momento da análise do mérito da pretensão punitiva.”¹²⁸

Não obstante isso, tem-se que em muitos casos, como de causas antecedentes, concomitantes e supervenientes, absolutamente independentes da conduta do agente, a exclusão do nexos de causalidade, afastando o fato típico e não a culpabilidade, constitui - segundo DAMÁSIO¹²⁹ - exigência de um Direito Penal garantidor.

Destarte, ante o exposto, pode-se concluir dizendo que é certo que, se inexistir nexos de causalidade objetivo entre a conduta do agente e o resultado dela advindo, o fato é atípico, pelo que seria de todo despiciendo exigir-se a presença da causalidade, que seria substituída pela tipicidade. Para os delitos materiais comissivos, entretanto, a presença da regra de que o resultado só é imputável a quem lhe deu causa – ainda segundo o mestre DAMÁSIO¹³⁰ -, constitui uma garantia na solução dos casos que envolvem a autoria direta e material. Daí por que - conclui referido doutrinador -, “não concordamos com a tese da desnecessidade do nexos causal como elemento do fato típico nos casos de autoria direta e material, reconhecendo a conveniência de sua subsistência e a manutenção do art. 13 deste código, que disciplina o tema.”¹³¹

¹²⁸ Ob. cit.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Ob. cit.

CAPÍTULO V

DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

1. Antecedentes históricos

Nos dizeres de Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho¹³², tem-se que qualquer reflexão crítica com respeito à doutrina da imputação objetiva exige um cuidadoso exame do desenvolvimento histórico-dogmático do conceito de imputação. Reclama-se, pois, proceder a uma incursão histórica pelo conceito de imputação objetiva adotado pelo Direito Penal através dos tempos, “perquirindo sua função no que tange ao estabelecimento das condições de atribuição da responsabilidade”.

Neste contexto, salientam referidos doutrinadores que “a teoria da imputação objetiva parece apresentar-se como um complemento corretivo – e, em certas ocasiões, de superação – das diversas teorias causais. Seus antecedentes radicam, sobretudo, nas obras de Platão, Aristóteles, Samuel Pufendorf e, modernamente, nos estudos desenvolvidos por Karl Larenz e Richard Honig”.

Ainda, segundo Tavares¹³³, “no campo da teoria do direito moderno, entende FRISCH que a teoria da imputação tem seu ponto de partido com um artigo de HONIG, relativo ao controle do curso causal, como pressuposto para atribuir-se a alguém a responsabilidade pelo resultado produzido”¹³⁴.

De qualquer modo, ressalta, “pode-se dizer que como teoria normativa, inicia-se com a obra de LARENZ, que busca discutir acerca da teoria da imputação em HEGEL¹³⁵ e no direito penal, em particular, com um livro de HARDWIG¹³⁶, no qual visara distinguir entre a imputação do injusto e a imputação na culpabilidade”.

Diante das inúmeras inovações trazidas pelo tema, logo tomou corpo em toda a doutrina moderna, levando autores a propor uma verdadeira remodelação na teoria do

¹³¹ Código penal anotado. Ob. cit.

¹³² PRADO, Luiz Regis. Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica e seus fundamentos / Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 17.

¹³³ ob. cit., pág. 279.

¹³⁴ Wolfgang Frisch. “La imputación objetiva: el estado de la cuestión”, apud Tavares, ob. cit.

¹³⁵ Larentz, Karl (1927) apud Tavares (2002).

delito, como teoria da imputação¹³⁷, ou chegando ao extremo de substituir a conceituação tripartida do crime por uma nova conceituação a partir apenas da imputação objetiva no âmbito da antijuridicidade e da imputação subjetiva na culpabilidade¹³⁸, caminho este último que tem seu antecedente em HARDWIG, mas sem acolhida pela maioria¹³⁹.

E, Juarez Tavares arremata dizendo que, “não obstante haver a teoria da imputação objetiva assumido um lugar de destaque em todos os manuais de direito penal, se deve, contudo, a ROXIN o grande mérito de sua sistematização e enquadramento correto na teoria do delito da atualidade”¹⁴⁰. Esse também é o entendimento de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho¹⁴¹.

Neste diapasão, convém mencionar que BARROS¹⁴² faz uma evolução da teoria da imputação objetiva bem didática. Vejamos:

A teoria da Imputação Objetiva foi inicialmente desenvolvida, dentro do Direito Civil, por Karl Larentz, em 1927, inspirado no pensamento do filósofo alemão Hegel (1770-1831), visando delimitar os limites entre os acontecimentos acidentais e os dominados pela vontade do agente. Na esfera penal, Richard M. Honig, em 1930, foi o primeiro a apresentar um ensaio sobre a causalidade e imputação objetiva, sustentando que a causalidade só é relevante quando previsível e dominável pela vontade humana. Modernamente, Claus Roxin, a partir de 1962, retomou os estudos da aludida teoria publicando o trabalho *Contrariedade ao dever e resultado nos delitos culposos*. Em 1970, Roxin publicou a obra *Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal*.

Os festejados doutrinantes ZAFFARONI e PIERANGELI¹⁴³ lecionam que “a partir dos anos 70, iniciou-se um ensaio de sistematização funcional, que admite não serem tais conceitos científicos e que dependem de suas finalidades penais, político-criminais ou políticas em geral, não estão sendo impostos pela natureza nem por dados ônticos, e que são construídos em função de objetivos penais preestabelecidos”.

Sem dúvida, tem-se que trata-se de uma corrente que tece uma forte base do funcionalismo sistêmico sociológico. Seus representantes de maior vulto, em face do seu

¹³⁶ Werner Hardwig (1957) apud Tavares (2002).

¹³⁷ Assim, por exemplo, Jakobs, *Strafrecht*, AT, 2. ed., p. 123 *et seq.*

¹³⁸ Assim, por exemplo, Yesid Reyes Alvarado (1992) apud Tavares, ob. cit.

¹³⁹ Criticamente: Juan Bustos Ramírez (1989) apud Tavares (2002).

¹⁴⁰ Claus Roxin. *Strafrecht*, AT, p. 310 *et seq.*

¹⁴¹ Ob. cit., pág. 63/102.

¹⁴² Ob. cit., pág. 180/181.

¹⁴³ Ob. cit., pág. 404/405.

desenvolvimento em obras gerais, afirmam, são Roxin e Jacobs, embora existam importantes pesquisas realizadas sobre aspectos parciais.

Nesta mesma concepção, continuam enfatizando que “Roxin propôs um projeto de sistematização, que se volta para o neokantismo dos anos 30, mas que substitui a orientação das normas de cultura, que estima pouco clara, pela orientação político-criminal de conformidade com os fins da pena. Denomina o seu sistema de “funcional” ou “racional segundo objetivos”. Sustenta duas características para o seu sistema: talvez a que maior atenção está por merecer seja a sua teoria da imputação ao tipo objetivo. Sustenta que nas três sistematizações precedentes o tipo objetivo é reduzido à causalidade, propondo a sua substituição pela produção de um risco não permitido no âmbito protetor da norma, com o que a categoria natural ou lógica da causalidade fica substituída por uma regra de trabalho, orientada por valores jurídicos. Acha seus antecedentes nos anos 30, nas pesquisas do neokantiano Honig e do neo-hegeliano Larenz”.

Por derradeiro, Santiago Mir Puig¹⁴⁴, ensina que:

El término “imputación” es uno de los más representativos del lenguaje en que se expresa la actual teoría jurídica del delito. Por ejemplo, en la doctrina penal alemana, autores de orientaciones tan diferentes como ROXIN, JAKOBS y HRUSCHKA sitúan este concepto en el centro de sus obras.

Ressalta, ainda, que: “aparte de haber sido ROXIN el principal promotor de la teoría da la imputación objetiva desde hace treinta años, tanto la acción, como la parte objetiva del tipo y su parte subjetiva, se conciben en su Tratado desde la óptica de la imputación”¹⁴⁵.

Como visto, segundo a melhor doutrina¹⁴⁶, é dado a CLAUS ROXIN o título de criador da teoria da imputação objetiva. Sendo assim, nada melhor do que analisarmos os ensinamentos do próprio Dr. ROXIN, o que faremos adiante, em tópico específico, a fim de termos uma melhor compreensão do tema.

¹⁴⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, PG cit. L 10/61y s., p. 237.

¹⁴⁵ Cfr. *Derecho Penal*, Parte General, I, traducción y notas de Luzon Peña, Diaz y Garcia Conlledo, y de Vicente Remesal, 1997.

¹⁴⁶ Dentre eles Juarez Tavares, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, Santiago Mir Puig, Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho, dentre outros.

CLAUS ROXIN¹⁴⁷, em sua obra supramencionada, traz uma grande leva de doutrinadores, na indicação bibliográfica, que tratam sobre o tema da imputação objetiva, a qual remetemos o leitor¹⁴⁸.

1.1 As formulações de Platão e Aristóteles

Já na obra de Platão (*A República*, 617 b-d) pode ser encontrada referência à matéria.¹⁴⁹ O termo imputabilidade significa em grego *deon tina poiein*, ou seja, fazer recair sobre alguém. O verbo fazer (*poiein*) mantém, portanto, a identidade daquele que age com sentido e imputabilidade (*poietes*). Assim sendo, a imputabilidade tem significação tanto no campo jurídico quanto no político.

Em Platão, o aspecto positivo das leis é importante quando a lei deve exercer, no caso das leis penais, uma função imperativa.

Lecionando sobre o tema, Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho (2002, pág. 18) anotam:

É notório que essa função se expressa na generalidade que une na sanção os delitos e os delinquentes, na proporcionalidade os crimes às penas, na moralidade as normas e os costumes, as prescrições e os atos. A lei, portanto, definirá a imputabilidade do ato moral. Imputação (cada qual é causa de sua própria escolha) não mais é mera e simples ação dos deuses (fatalismo), que acoitariam a ação do homem. O sujeito está ligado à sua ação, bem como às conseqüências que dela decorrem. A imputação pode ser vista a partir do processo de criação do demiurgo, considerando-se sempre ser ela um ato legal e político.

Do ponto de vista filosófico, tem-se aí o prenúncio da noção de *imputação*, mas também a idéia de produção de algo de acordo com determinada norma, ou o acontecer de

¹⁴⁷ Título original: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 2. Auflage Beck, Munchen, 1994. *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoria del Delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Carcía Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas, S/A. Madrid (España), 1996.

¹⁴⁸ ROXIN, ob. cit., pág. 342/345.

¹⁴⁹ Assim, especificamente: “(...) A virtude não tem senhor; cada um a terá em maior ou menor grau, conforme a honrar ou desonrar. A responsabilidade é de quem escolhe. O Deus é isento de culpa” apud Prado e Carvalho (2002).

algo, segundo certa lei que rege os acontecimentos da mesma espécie, ou ainda a transmissão de propriedades de uma coisa a outra conforme determinado princípio.¹⁵⁰

Mas, dentre os supramencionados, afirmam que “os princípios da imputação foram mais claramente determinados por Aristóteles¹⁵¹”, que, para fixá-los, tomou como ponto de partida a esfera das estruturas jurídicas *a priori*, isto é, centrou-se nas categorias ontológicas.¹⁵²

Assim, segundo os ensinamentos de Aristóteles, “uma ação somente poderia ser imputável se submetida ao âmbito de controle daquele que atua, de forma que poderia Ter agido de outro modo. Nesse sentido, só se pode atribuir a responsabilidade por uma ação a quem voluntariamente fez uso de sua liberdade natural (livre determinação de agir), com ou sem ânimo de praticar determinado delito, sem adequar seu comportamento ao juridicamente exigível. Tão-somente os atos que estão sob domínio da vontade são suscetíveis de imputação (ato voluntário, *kekusión*).¹⁵³

De fato, segundo Aristóteles, “atua-se voluntariamente porque o princípio do movimento dos membros instrumentais em ações desse tipo está em quem as executa, e se o princípio delas está nele, também está em sua mão realizá-las ou não”. Daí afirmar-se que, implicitamente, as estruturas materiais do princípio do domínio do fato se encontram na obra aristotélica¹⁵⁴.

Perseveram os insígnies doutrinadores, aduzindo que “os princípios da imputação em Aristóteles fazem referência, sobretudo, a elementos *ontológicos*¹⁵⁵ (estrutura da ação humana), mas também apresentam traços *valorativos* – especialmente ao delinear os fundamentos essenciais do juízo da culpa. Da análise da estrutura teleológica¹⁵⁶ da ação –

¹⁵⁰ AUBENQUE, *apud* Prado e Carvalho (2002).

¹⁵¹ PRADO e CARVALHO, *ob. cit.*, pág. 19.

¹⁵² RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *apud* Prado e Carvalho (2002).

¹⁵³ MEDINA MORALES, Diego. *Apud* Prado e Carvalho (2002).

¹⁵⁴ WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho...*, p. 31. Assim, enfatiza-se que com Aristóteles “desenvolve-se resumidamente pela primeira vez os princípios da imputação, que, nos séculos seguintes, aportarão por duas vezes – com Santo Tomás, na Idade Média, e com Pufendorf, na Idade Moderna – idéias permanentes em torno das estruturas jurídicas materiais” (Welzel, *apud* Prado 2002). Aristóteles fornece, portanto, “as idéias essenciais acerca do princípio fundamental da imputação na estrutura teleológica da ação e nos problemas da ignorância da proibição” (*ibidem*, p. 19).

¹⁵⁵ De ontologia, tendo seu significado como sendo parte da filosofia que trata do ser enquanto ser, i. e., do ser concebido como tendo uma natureza comum que é inerente a todos e a cada um dos seres: “Com Kant (v. kantiano), o universo é uma dúvida: com Locke, é dúvida o nosso espírito: e num destes abismos vêm precipitar-se todas as ontologias.” (Alexandre Herculano, *Lendas e Narrativas*, II, p. 107.)

¹⁵⁶ Segundo a filosofia diz-se de argumento, conhecimento ou explicação que relaciona um fato com sua causa final.

em que reside o núcleo da teoria finalista da ação¹⁵⁷ – deduz Aristóteles os fundamentos do princípio da imputação”¹⁵⁸.

Por derradeiro, em relação a Aristóteles, anotam que¹⁵⁹: “no conceito de imputação por ele concebido, a ênfase é conferida à vontade atual,¹⁶⁰ e nele merece destaque o domínio do fato como elemento ontológico imanente.¹⁶¹ De conseguinte, a imputação busca determinar que um fato – independentemente do juízo de valor que sobre ele recaia – é obra de certa pessoa e, para isso, faz-se mister comprovar que este última tenha o domínio do fato.

Nesta mesma linha de raciocínio encontram-se as lições de Juarez Tavares¹⁶², para quem, “a teoria da imputação objetiva do resultado, como teoria de atribuição, parece remontar, filosoficamente a PLATÃO, quando se refere à eleição que cada um faz acerca de seu próprio destino¹⁶³, embora se possa atribuir sua origem à noção de *virtude* de ARISTÓTELES, como a disposição racional que conduz o homem a fazer bem a sua tarefa”¹⁶⁴.

¹⁵⁷ Com efeito, afirma Aristóteles que o homem “é o princípio das ações, e a deliberação tem por objeto o que ele mesmo pode fazer, e as ações realizam-se tendo em vista outras coisas. Pois não pode ser objeto de deliberação o fim, mas os meios que conduzem aos fins” (*Ética a Nicômaco*, 1112 b). E, ainda, “como o objeto da escolha é algo que está em nosso poder e é tema de deliberação e desejável, a escolha será também um desejo deliberado de coisas a nosso alcance... Descrevíamos, pois, em linhas gerais a escolha, e dissemos sobre quais objetos versa, e que estes são os que conduzem aos fins” (Ob. cit. 1113 a). De conseguinte, “sendo os fins, então, aquilo que nós aspiramos, e os meios aquilo sobre que deliberamos e que escolhemos, as ações relativas aos meios devem estar de acordo com a escolha e ser voluntárias (...). Mas se é evidente que o homem é a origem de suas próprias ações e se não somos capazes de relacionar nossa conduta a quaisquer outras origens que não sejam as que estão dentro de nós mesmos, então as ações cujas origens estão em nós devem também depender de nós e ser voluntárias” (Extraído da nota de rodapé n.º 12, in Prado e Carvalho, 2002).

¹⁵⁸ Aristóteles, *apud* Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho, ob. cit.

¹⁵⁹ ob. cit., pág. 20/21.

¹⁶⁰ “A finalidade das ações produz-se segundo a ocasião e, portanto, o voluntário ou o involuntário deve ser qualificado como tal no momento em que se realiza” – *Ibidem*.

¹⁶¹ Acrescenta Aristóteles que “sempre que está em nosso poder o fazer, está também o não fazer, e sempre que está em nosso poder o não, está o sim; de modo que se está em nosso poder o agir quando é bom, estará também em nosso poder o agir quando é ruim, e se está em nosso poder o não agir quando é bom, também estará em nosso poder o agir quando é ruim. E se está em nosso poder fazer o bem e o mal, igualmente o não fazer, e nisso consistia o ser bom ou ruim, estará em nosso poder o ser virtuoso ou vicioso” (Ob. cit., 1113 b). A esse respeito assevera María Ángeles Rueda Martín que “na concepção de Aristóteles o conceito do domínio do fato parece implicar elementos da culpabilidade, da consciência da antijuridicidade, o que é devido ao fato de que... sua teoria da imputação está referida também aos elementos essenciais do juízo da culpa. Não obstante, analiticamente distingue-se em Aristóteles claramente o domínio do fato como elemento estrutural da imputação, da valoração da ação e da consciência do sujeito acerca de tal valoração (*apud* Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho, ob. cit.).

¹⁶² 2002, pág. 279.

¹⁶³ Platão. República, X 617 e., *apud* Tavares (2002)

¹⁶⁴ Aristóteles. *A ética*, II, 6, 1106 a 22; *apud* Tavares, ob. cit.

1.2 A reelaboração da teoria por Samuel Pufendorf

Após Aristóteles, tem lugar uma reelaboração de sua doutrina da imputação, levada a cabo, sobretudo, por Samuel Pufendorf. À luz do direito natural racionalista, aprofundou esse autor investigações sobre as estruturas materiais da imputação e forneceu à ciência do Direito Penal de sua época seu conceito,¹⁶⁵ assim como o de ação.

Através do conceito de imputação, busca-se circunscrever as ações humanas, delimitando-as ante os acontecimentos fortuitos. Para tanto, afirma-se que apenas os resultados que dependam da vontade humana ou que sejam domináveis por ela podem ser imputados ao homem como obra sua. **O conceito de imputação depende, portanto, da vontade.**

Parte o referido autor do reconhecimento do homem como ser racional, capaz de compreender, comparar e deduzir o desconhecido a partir do conhecido. Diferentemente dos demais seres, o homem possui a faculdade de dominar e dirigir seus movimentos através de suas decisões. Todavia, essa capacidade não é absoluta, posto que se encontra limitada por determinados princípios que orientam a conduta humana. O homem, enquanto ser racional, também integra o mundo da natureza, podendo intervir nos processos causais e conduzi-los segundo sua vontade. Esses são os principais fundamentos da teoria da imputação de Samuel Pufendorf.

Finalmente, tem-se que, a exemplo de Aristóteles, também Pufendorf destaca as estruturas *materiais* do conceito de imputação (*imputativitas*), que, para aquele, estavam representadas pelo domínio do fato e para este último, pela vontade reitora da ação livre (na qual se encontra compreendido também o domínio do fato).¹⁶⁶

¹⁶⁵ Hans Welzel, assevera: “Pufendorf foi certamente o primeiro a introduzir na ciência do Direito Penal o fundamental conceito de imputação (*imputatio*), tratando-a sistematicamente”. É mister reconhecer que “Pufendorf oferece à ciência jurídica e em especial ao Direito Penal, com a idéia de imputação, um conceito básico extremamente frutífero, que serve de fundamento para a construção de uma parte geral do Direito Penal” (MARTÍNEZ ESCAMILLA) Apud Prado e Carvalho (2002).

¹⁶⁶ RUEDA MARTÍN. Apud Prado e Carvalho (2002).

1.3 Georg Hegel e seu princípio fundamental

A ciência penalista, com base na teoria da imputação elaborada por Samuel Pufendorf, formula nos séculos seguintes os alicerces estruturais do moderno conceito analítico de crime.

Nessa época, o delito era dividido em uma parte *objetiva* – à qual se aplica o conceito de *imputatio facti* – e outra parte *subjetiva* – submetida à *imputatio iuris*. Desprovido de unidade interna, o delito é configurado como simples justaposição de elementos objetivos e subjetivos. Nesta concepção estão, por exemplo, os sistemas construídos por Feuerbach e Grolman.¹⁶⁷

No princípio do século XIX, Georg Hegel elabora um princípio fundamental – desenvolvido posteriormente por Kostlin, Berner, Abegg e Halschner – sobre o qual, segundo parte da doutrina,¹⁶⁸ sedimenta-se a moderna teoria da imputação objetiva.

Indaga ele fundamentalmente quais resultados poderão ser imputados ao sujeito, e a resposta é a seguinte: um fato só pode ser imputado como responsabilidade da vontade.¹⁶⁹ O conceito de ação é deslindado no âmbito da teoria da imputação. Apenas os resultados que, juntamente com a ação, representam uma unidade dominada pelo fim são passíveis da imputação. O juízo de imputação é um juízo *teleológico*, e não causal, visto que a imputação só será possível quando o fato se encontrar vinculado à vontade do agente. Ou seja, *ipsis verbis*: “A vontade atuante no seu fim encontra, na medida em que o orienta para uma existência dada, a representação das circunstâncias (...). Tem, por isso, a vontade o direito de só reconhecer como ação sua aquilo que ela se representou e de, portanto, só se considerar responsável por aquilo que sabe pertencer às condições em que atuou, por aquilo que estava nos seus propósitos. O que apenas lhe pode ser imputado como erro da vontade constitui o direito de exame. Transportada para a existência exterior, a ação que se desenvolve em todos os seus aspectos segundo as suas relações com a necessidade exterior tem resultados diversos. Tais resultados, como produtos de que a ação é a alma, são seus, pertencem à ação, mas esta, ao mesmo tempo, como fim projetado na extrinsicidade, fica entregue às forças exteriores que lhe acrescentam algo de muito diferente daquilo que ela é para si e a desenvolvem em resultados longínquos e estranhos.

¹⁶⁷ PRADO e CARVALHO, ob. cit.

¹⁶⁸ Vide, entre outros: SUÁREZ GONZÁLEZ, C. e CANCIO MELIÁ, M.. Estudio preliminar. La imputación objetiva en Derecho Penal. In: JAKOBS, Gunther. La imputación objetiva, p. 23-24; SCHUNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la imputación objetiva. Teorías actuales en el Derecho Penal, p. 221, conforme citação de Prado e Carvalho, 2002.

¹⁶⁹ Nessa trilha, assinala esse autor que “a finitude da vontade subjetiva na imediatidade da conduta consiste imediatamente nisso de ela supor, para que seja efetiva, um objeto exterior diversamente condicionado. O ato introduz uma alteração nesta existência dada, e a vontade é responsável por aquilo que a realidade alterada contém do predicado abstrato de se minha” (HEGEL, Georg. *Princípios da filosofia do Direito*, p. 110). – *Apud* Prado e Carvalho (2002).

Também aqui a vontade possui o direito de só perfilhar os primeiros resultados, pois só esses estavam nos seus propósitos.¹⁷⁰

Com Hegel, então, a imputação volta a pertencer à ação como uma característica interna.¹⁷¹

Junto à imputação está a *responsabilidade* – aqui compreendida como sendo o dever de responder por um fato próprio -, mas ambas não se sobrepõem. Como bem se explica, “para a fundamentação da responsabilidade é exigido, além do juízo de imputação, um juízo normativo sobre o valor exterior do fato como uma reprovação subjetiva da culpabilidade. Pressupõe-se, desse modo, a mencionada imputação subjetiva, que é remetida à determinação interna da vontade do sujeito.”¹⁷²

Cabe, ainda, ressaltar que em Hegel vislumbrou-se pela primeira vez a ação como uma totalidade plena de sentido, na qual é importante sua direção final, e não a pura causalidade.

No que toca ao tema, a doutrina assevera que “é possível estabelecer um paralelo entre o conceito de ação de Hegel – enquanto realização da vontade – e os princípios basilares da teoria da imputação de Pufendorf.”¹⁷³

¹⁷⁰ HEGEL, Georg. Apud Prado e Carvalho, ob. cit., pág. 27/28.

¹⁷¹ KOHLER, M. Apud Prado e Carvalho, ob. cit.

¹⁷² RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Apud Prado e Carvalho, ob. cit., pág. 28. Do ponto de vista teórico, urge precisar uma questão referente ao próprio ponto de partida sistemático. Na discussão acerca da problemática da imputação do resultado busca-se evitar, com o uso do termo *imputação*, qualquer confusão desta com a *responsabilidade* penal. Dentro da teoria jurídica há que se proceder à clara distinção entre *culpabilidade* – a saber, conduta culpável – e *responsabilidade*, ou seja, o fato de responder alguém pela realização de um resultado. Na *responsabilidade* “o fato é considerado dentro da perspectiva do resultado produzido, dado que ela não pressupõe necessariamente inculpação, mas a responsabilidade pode provir de sua atribuição a um terceiro devido a esferas de riscos ou ralações pessoais” (HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la teoría de la imputación objetiva. Derecho Penal. Obras completas, t. I, p. 51). De outro lado, na *culpabilidade* o ponto central é o exame do indivíduo na situação concreta em que se encontrava, a fim de verificar se o mesmo poderia Ter agido de outro modo, de acordo com as exigências do ordenamento jurídico. A culpabilidade consiste, portanto, na reprovabilidade pessoal da ação típica e antijurídica (conceito formal), e seu fundamento se encontra na capacidade do sujeito de agir de outro modo (conceito material). Para tanto, deve-se partir sempre da concepção do homem como pessoa, como ser responsável, ou seja, guardando uma posição coerente com o conceito de homem que inspira a Constituição (Vide, por todos: José Cerezo Mir, Curso de Drecho Penal español, t. III, p. 38 e ss). Para a tendência funcionalista extrema, porém, seria defensável o abandono a alusão – tida como equívoca – “a um poder atuar de outro modo ou a um poder evitar, reconhecendo que se trata de uma *imputação social de poder*, que, de modo análogo, pode encontrar seu lugar no seio da ‘responsabilidade’, de mdo que seria dispensável ‘uma *separação de culpabilidade e responsabilidad* dentro da imputação individual” (ACHENBACH, Hans. Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad. El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales, p. 146) Apud Prado e Carvalho, ob. cit., pág. 29, nota 44.

¹⁷³ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Apud Prado e Carvalho, ob. cit.

Paralelos esses que, segundo os ensinamentos de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho¹⁷⁴ unem-se porque:

...o conceito de ação desenvolvido por Samuel Pufendorf – introduzido na ciência jurídico-penal por J. S. Fr. von Bohmer (1704-1772) – serviu de fundamento para a dogmática penal até princípios do século XIX. Na primeira metade desse século, os hegelianos (especialmente Abegg, Berner e Kostlin) puseram novamente no centro do sistema jurídico-penal a idéia de que o fundamento objetivo da imputação está na ação.

A ação era definida – com base na orientação dada pelo primeiro – como “vontade (livre) realizada por um sujeito (imputável)”. O defeito desse conceito – que dominou até a década de 80 do século XIX – “residia no fato de identificar a ação – no Direito Penal – com a ação (livre) culpável e por essa razão “não pôde adaptar-se às exigências do desenvolvimento dogmático”.

A doutrina, por sua vez, questiona a aplicabilidade do conceito de ação de Hegel aos delitos culposos,¹⁷⁵ já que nestes o resultado não é abarcado pela vontade do sujeito, ou seja, pelo dolo, que é traduzido como sendo a vontade livre e consciente de praticar o delito.

Segundo Prado e Carvalho (2002) “essa seria uma deficiência do conceito de ação hegeliano, suprida pela criação de determinados critérios normativos que permitiriam considerar que o resultado, também nos delitos culposos, seria querido pelo agente.”

1.4 Início da concepção modernista com Karl Larenz

Karl Larenz, modernamente, foi quem retomou o debate acerca da imputação objetiva, em uma época que predominava, notadamente no âmbito jurídico, o famigerado dogma da causalidade (que tratamos no capítulo III).

Ao referido jurista, conjuntamente com Richard Honig, é dado o atributo de ter arraigado a teoria da imputação objetiva, no sentido do aprofundamento de seu estudo na concepção modernista.¹⁷⁶

Segundo as lições de Larenz, como o conceito causal de ação não encontrava limites na esfera ontológica, as restrições eram impostas por critérios valorativos. O

¹⁷⁴ ob. cit., pág. 29.

¹⁷⁵ WELZEL. Apud Prado e Carvalho, ob. cit.

conceito de imputação que surge a partir de então não coincide com o conteúdo material daquele elaborado por Aristóteles e Pufendorf com fulcro nas estruturas materiais.

Sustentava Larenz que o critério fundamental para atribuir um fato a alguém reside no chamado “juízo de imputação”, cujo sentido seria marcadamente diferente do juízo sobre a existência ou não de uma relação causal. Com lastro na obra de Hegel (mas sem conceber a ação como unidade plena de sentido¹⁷⁷) e fortemente ancorado nos princípios básicos do idealismo, Larenz entende a imputação como a tentativa de delimitar um fato próprio de um acontecimento puramente fortuito, ou seja, na realidade o propósito primeiro do juízo de imputação nada mais é do que determinar se um fato é ou não obra de um sujeito.

Daí configurar-se o juízo de imputação como um juízo de cunho *teleológico*, isto é, a vontade humana domina o acontecer causal e o converte em um fato próprio, dirigindo-o rumo a determinado objetivo. O fato surge, assim, como um todo teleológico – a saber, como um conjunto de causas e efeitos que encontram seu ponto de unificação nos fins estabelecidos pela vontade.

Para Larenz, a imputação objetiva descreve aquele juízo pelo qual determinado fato surge como obra de um sujeito, ou seja, a imputação nada mais é do que a tentativa de delimitação entre fatos próprios do agente e acontecimentos puramente acidentais. Quando se diz que alguém causou determinado fato, afirma-se que esse acontecimento é obra sua, de sua vontade, e não de um acontecimento acidental. Se entendemos como causa um conjunto de condições, é impossível selecionar apenas uma delas e imputar-lhe o resultado como seu. Todos os intentos que visam definir o juízo de imputação como mero juízo causal estão destinados ao fracasso. É preciso destacar que só a vontade dirige um processo causal e pode transformar as conseqüências acidentais em um fato próprio do agente e a ele imputável. De conseguinte, a imputação de um fato é a relação entre acontecimento e vontade.

¹⁷⁶ Essa é a idéia de Luiz Regis Prado, *in* Curso de direito penal brasileiro, vol. 1, parte geral – 3. ed. ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁷⁷ O próprio Larenz afirmava que seu conceito de fato coincidia com o conceito de ação de Hegel, o que não é verdade. Hegel concebia a ação como um complexo *subjetivo* (vontade) e *objetivo* (o fato); já Larenz extirpa da ação sua estrutura material (momento subjetivo), de modo que seus critérios normativos de restrição da causalidade não restringiriam a *imputativitas* – como fazia Hegel –, mas sim a *imputatio*, no sentido de Pufendorf (vide a acertada crítica de María Ángeles Rueda Martín, apud Prado e Carvalho, ob. cit., nota 49, págs. 30/31).

“Pressuposto inafastável da imputação é a existência de um homem livre, pois só essa liberdade o torna verdadeiramente responsável por seus atos”.¹⁷⁸

Luiz Regis Prado, lecionando sobre o tema, anota que “a imputação é chamada de *objetiva* porque essa possibilidade de previsão não é aferida com base na capacidade e conhecimentos do autor concreto, mas de acordo com um critério geral e objetivo, o do “homem inteligente-prudente”.¹⁷⁹

Em síntese: o fato é a realização da vontade; e a imputação, o juízo que relaciona o fato com a vontade.¹⁸⁰

Percebe-se, portanto, que na óptica de Larenz a imputação é denominada de *objetiva* haja vista que a possibilidade de previsibilidade do resultado não é avaliada de acordo com os conhecimentos do agente, mas sim de acordo com um critério genérico e objetivo, o que, segundo ele, é denominado de “homem inteligente-prudente”.

Nesse sentido, assinala Karl Larenz (LARENZ, Karl. Apud Prado e Carvalho, ob. cit., nota 52, pág. 33) que:

A figura do espectador objetivo represente o juízo da sociedade sobre a conduta examinada, ou a figura do juiz como personificação do ordenamento jurídico, de forma que não é o autor do fato quem determina a relevância de sua própria conduta, mas a norma, sendo o seu juízo representado por esse espectador. Assim, o determinante para o injusto não é a representação que o sujeito faz de sua ação, mas aquela que racionalmente – isto é, atendendo a pautas de interpretação do mundo aceitas pela maioria – se determine.¹⁸¹

Segundo CERESO MIR (CERESO MIR, José. Apud Prado e Carvalho, ob. cit., 2002, pág. 33), referida concepção é desenvolvida do ponto de vista da *ação*, mais especificamente do que se deve entender por *ação adequada*.

Assim, tem-se que seu objetivo fundamental é manter a medida da *adequação* como critério de imputação, pelo qual de modo algum a teoria da imputação objetiva busca investigar “se um comportamento determinado constitui a causa de um resultado, mas se

¹⁷⁸ Embora Larenz também opine que “a liberdade é um pressuposto da imputação objetiva”, entende essa liberdade “enquanto característica do ser humano em geral, não como a liberdade de um indivíduo concreto em um caso particular” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, apud Prado e Carvalho, ob. cit., nota 50, pág. 32).

¹⁷⁹ PRADO, Luiz Regis. Ob. cit., pág. 268.

¹⁸⁰ LARRARI, Elena. Apud Prado e Carvalho, ob. cit., nota 51, pág. 32.

este resultado pode ser imputado a quem o tenha causado como fato próprio, como consequência de sua vontade.¹⁸²

Finalmente, no que toca a Larenz, ensina a doutrina¹⁸³ que, em sua concepção, o juízo de imputação determinaria, então, se um fato é ou não obra de um agente, bem como se esta obra constitui sua ação; mas ao subtrair do conceito de ação sua essência (o conteúdo da vontade do agente), abandona a *imputativitas* (teoria da imputação situada na esfera ontológica) e elabora critérios valorativos no plano *imputatio*.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, citado por Luiz Regis Prado¹⁸⁴, arremata dizendo que “a teoria da imputação objetiva proposta por Larenz será adotada pela doutrina posterior no que se refere à sua denominação e conteúdo, precisando e desenvolvendo este último, mas rechaçando, isso sim, as considerações filosóficas, das quais Larenz parte, como fundamento de uma doutrina da imputação objetiva.”

1.5 Richard Honig e a imputação do resultado

No desenvolvimento da teoria do delito, a doutrina da imputação objetiva que, como dito alhures, prepondera atualmente na Alemanha e Espanha, se propõe a elaborar os critérios normativos de atribuição de determinado resultado a uma conduta ativa ou omissiva.¹⁸⁵

Richard Honig é apontado como precursor dessa linha de pensamento, qual seja, partir de alguns casos concretos anteriormente solucionados sob a perspectiva da causalidade, destacando, assim, que o propósito da imputação objetiva é deslindar o significado que a relação de causalidade tem para o ordenamento jurídico.

Frise-se que referido doutrinante, diversamente de Larenz, enfatiza não a *imputação do comportamento*, mas a *imputação do resultado*.

Assinala, nessa trilha, que somente são portadores de significado jurídico aqueles resultados que podem ser *pensados finalmente* em virtude de sua alcançabilidade ou

¹⁸² LARENZ, K. Apud Prado e Carvalho, ob. cit., pág. 33.

¹⁸³ PRADO e CARVALHO, ob. cit.

¹⁸⁴ Nota 56, idem.

¹⁸⁵ Nesse sentido, por exemplo: MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. Apud Prado e Carvalho, ob. cit.

evitabilidade.¹⁸⁶ Não obstante – e sem distanciar-se da concepção de Larenz -, conclui que a imputação do resultado é uma questão relativa ao conceito de ação.¹⁸⁷

Pragmaticamente, Honig salienta que o indubitável para o ordenamento jurídico não é a constatação de uma mera relação de causalidade – onde vê-se uma crítica à teoria da causalidade adequada -, mas de uma relação jurídica especial entre a ação e o resultado. Não se trata de avaliar a relação de causalidade, mas sim conferir-lhe um juízo de valoração.

Tem-se que para Honig, o que importa é compreender se o agente podia, com sua conduta, efetivar ou evitar o resultado. No entanto, partindo desse raciocínio, a avaliação do controle do curso causal cair-se-ia na casuística, dependendo de um exame de casos concretos, onde possa ser verificado se o agente teve a possibilidade de prever o deslinde causal.

Essa concepção – que em nada coincide com o conteúdo material da imputação enquanto *imputativitas* – é a origem da moderna teoria da imputação objetiva. Não obstante, embora Honig já introduza critérios valorativos à imputação objetiva do resultado – sobretudo ao investigar o significado da relação causal para o ordenamento jurídico -, ainda inexiste um critério extra-sistemático posterior que forneça parâmetros concretos de relevância social, tarefa que será desenvolvida depois pela moderna teoria da imputação objetiva.¹⁸⁸

1.6 A concepção de Claus Roxin

O jurista alemão Claus Roxin, com fundamento nas lições formuladas por Honig, desenvolveu diversos critérios de imputação objetiva, adquirindo *status* de verdadeiro precursor de referida teoria.

Sustenta Roxin que só é imputável aquele resultado que pode ser finalmente previsto e dirigido pela vontade.

¹⁸⁶ HONIG, Richard. Apud Prado e Carvalho, ob. cit.

¹⁸⁷ CEREZO MIR. Idem.

¹⁸⁸ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Apud Prado e Carvalho, ob. cit., nota 65. “Na atualidade, a teoria da imputação objetiva propõe a complementação dos tipos penais por elementos normativos que, do ponto de vista do tipo objetivo, determinem se a conduta possui uma expressão de sentido típica. Para Hirsch, é compreensível que a teoria da imputação objetiva busque compensar o déficit dogmático que uma aplicação da pura causalidade ao tipo objetivo dos delitos de resultado traz consigo.”

ROXIN destaca em sua obra¹⁸⁹ que foi influenciado pelas idéias de Richard Honig, ora adotando-as, ora aperfeiçoando-as. Nas palavras do próprio Roxin, há quarenta anos RICHARD HONIG expôs no seu ensaio *Kausalität und objektive Zurechnung* uma série de idéias que apontavam a direção a seguir para fundamentar o sistema do direito penal, as quais até ao momento presente ainda se não esgotaram por completo.

“Seguir as suas fecundas pisadas e examiná-las a partir de uma perspectiva atual, parece-me ser uma tarefa proveitosa”¹⁹⁰, aduziu o mestre.

Desta feita, no início da década de 70 do século passado, Claus Roxin dá início à formulação de um série de critérios normativos de imputação para os delitos de resultado, tanto os dolosos quanto os culposos, com vistas à construção de uma teoria geral de imputação objetiva desvinculada do dogma causal. O traço comum entre esses critérios seria o *princípio do risco*, com base no qual, partindo do resultado, o importante é saber se a conduta do autor criou ou não um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico.¹⁹¹

Neste diapasão, Claus Roxin elaborou a chamada *teoria do incremento do risco*¹⁹², que teve inicialmente seu âmbito de atuação restringido apenas aos crimes culposos, segundo a qual é preciso comparar o comportamento incorreto adotado pelo autor com aquela conduta correta (situada dentro do risco permitido) e verificar se houve ou não o incremento da possibilidade de produção do resultado.

Assim, aduz Roxin que “un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y esse peligro también se há realizado en el resultado concreto.”¹⁹³

Em uma análise preliminar, percebe-se desde logo que o autor trabalha com os conceitos de risco permitido e risco proibido que, diante da importância que possuem para a compreensão do instituto, serão trabalhados em capítulo próprio.

¹⁸⁹ ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal. Coleção Veja Universidade. Secção: Direito e Ciência Jurídica. Direção de J. M. de Vasconcelos Mendes Ferreira. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz (textos I/VIII), Ana Isabel de Figueiredo (texto X) e Maria Fernanda Palma (texto XI). Coimbra Editora Ltda. Portugal: 1986.

¹⁹⁰ Idem.

¹⁹¹ PRADO e CARVALHO, ob. cit.

¹⁹² ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General, § 11, B 3, n. 72 e ss.

¹⁹³ ROXIN, Claus (1997), pág. 362.

Ante o fato de sustentar ROXIN que só é imputável aquele resultado que pode ser finalmente previsto e dirigido pela vontade do agente, tem-se que, ainda que presente uma relação de causalidade, faltarão a possibilidade de imputar objetivamente o resultado ao agente se estivermos diante de um curso causal que ele não possua o domínio ou se for um curso causal que se afigure não-dominável, haja vista que nesses casos está ausente a possibilidade de um controle efetivo do processo causal por parte do sujeito. Sendo assim, forçoso é reconhecer que, sempre nos trilhos das lições de Roxin, *os resultados que não forem previsíveis ou dirigíveis pela vontade do agente não são típicos*, ou seja, de acordo com a teoria finalista da ação, sequer chegam a integrar o primeiro requisito do crime, que é a própria tipicidade.

Essa possibilidade de domínio é equiparada através da vontade humana (finalidade objetiva) à criação de um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico.¹⁹⁴ Segundo Prado e Carvalho (2002) esse aspecto seria independente e anterior à aferição do dolo ou da culpa.

Como princípio geral de imputação objetiva, figura, portanto, a criação pela conduta humana de um *risco juridicamente desvalorado*, consubstanciado em um resultado típico.¹⁹⁵

Desenvolvendo tal princípio, elaboram-se os seguintes parâmetros concretos para determinar o juízo de imputação objetiva, a saber: a) a diminuição do risco; b) a criação ou não-criação de um risco juridicamente relevante; c) o incremento ou falta de aumento do risco permitido; e d) o âmbito de proteção da norma.¹⁹⁶

¹⁹⁴ ROXIN, Claus. Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal. Problemas básicos del Derecho Penal, p. 131.

¹⁹⁵ Aceitam esse critério, por exemplo: MIR PUIG, Santiago; GÓMEZ BENÍTEZ; BUSTOS RAMÍREZ, J; TORÍO LÓPEZ, Ángel; JESCHECK, H-H; STRATENWERTH. Apud Prado e Carvalho, ob. cit., nota 4, pág. 65.

¹⁹⁶ Ressalta Juarez Tavares que, “embora a base funcional de fundamentação desses critérios possa ser contestada, porque tem em vista que o injusto decorre, na verdade, da violação a deveres de organização e não da realização de uma conduta que ultrapasse os lindes da intervenção estatal, podem eles merecer acolhida, na falta de outros indicadores, desde que subordinados às condições pessoais do sujeito e de sua liberdade contextual. Isto significa que o processo de imputação objetiva deve ser visto como um recurso adicional a recuperar a função do sujeito na realização do injusto, eliminando de seu âmbito aqueles acessórios absolutamente contingentes, pelos quais esse mesmo sujeito se veria situado como mero objeto das propostas incriminadoras. Na medida em que esses critérios possam acentuar essa sua função central delimitadora, segundo o princípio da integridade racional da ordem jurídica, serão válidos como critérios normativos.” (TAVARES, Juarez. Ob. cit., pág. 224).

Frise-se, desde já, que a idéia da *diminuição do risco* significa, em apertada síntese, que o agente ao reduzir a probabilidade de uma lesão não se encontra disposto a menosprezar a integridade corporal de outrem e, por via de consequência, não lhe pode ser atribuído o resultado.

Nesse mesmo contexto, aduz-se que a esfera da *criação ou não-criação de um risco juridicamente relevante* abarca o âmbito da chamada teoria da adequação, bem como a problemática do denominados desvios do curso causal.¹⁹⁷ O critério do *incremento do risco*, por sua vez, foi reservado para solucionar os casos de comportamentos alternativos ajustados ao Direito, enquanto sob a égide do *fim de proteção da norma* – circunscrito inicialmente aos delitos culposos – incluiu, por exemplo, as hipóteses de autocolocação em perigo, de colocação em perigo de um terceiro voluntariamente aceita por este e os casos de produção de um segundo dano (consequências secundárias).¹⁹⁸

São essas, inicialmente, as principais concepções de Claus Roxin acerca da inovadora teoria da imputação objetiva, as quais terão tratamento especial, em capítulo apartado.

2. Os critérios diferenciadores da teoria da imputação objetiva

Segundo a doutrina¹⁹⁹, tem-se que o tema “Imputação Objetiva” está fadado a converter-se em marco na história do Direito pátrio, superando por completo as até então prevaletentes teorias do delito e inserindo o Brasil no rol dos países como Alemanha e Espanha, entre outros, que de algum modo, preocupados com uma mais justa e condizente aplicação da Lei Penal, já incorporaram à sua realidade a teoria da imputação objetiva.

¹⁹⁷ Embora adepta da teoria da imputação objetiva, Ingeborg Puppe posiciona-se criticamente em relação a esse critério. Para a autora, “não resta dúvida de que com o *tópos* da realização do risco proibido faz-se referência no primeiro nexa a algo distinto do que se refere o segundo, pois o segundo nexa pressupõe necessariamente a prévia verificação do primeiro. Não obstante isso, permanece obscuro em ambos os nexos o que é exatamente o que se quer dizer com tal *tópos*. Para responder a essa pergunta dever-se-ia esclarecer quais elementos deveriam integrar o risco proibido e que relação deveria existir entre estes elementos e a verificação do resultado para que devesse o risco realizar-se nele. É necessário fazer afirmações sobre essa relação no primeiro nível da teoria da imputação objetiva – a verificação do denominado nexa de antijuridicidade – e outras afirmações no segundo – no qual se trata da exclusão das conexões causais fortuitas entre a infração do dever de cuidado do autor e o resultado. Mas o que resulta pouco conveniente é utilizar a mesma fórmula para solucionar ambos os problemas. Até aqui crítica de Armim Kaufmann encontra-se justificada: a teoria da imputação objetiva não deu origem a outra coisa senão a um ‘conjunto de *topoi*’ (PUPPE, Ingeborg) Citação extraída da nota de rodapé 6, da pág 65/66, de Prado e Carvalho, ob. cit.

¹⁹⁸ PRADO e CARVALHO, ob. cit.

¹⁹⁹ JESUS, Damásio E. de, Imputação objetiva. 2.ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

Segundo o festejado Damásio Evangelista de Jesus²⁰⁰, diferenciam-se relação de causalidade e imputação objetiva. Afirma que 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”)²⁰¹.

Pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que a dicção “imputação objetiva” não quer dizer “responsabilidade penal objetiva”, que significa responder o autor pelo resultado, por crime doloso ou culposo, desde que presente a relação de causalidade com a conduta, *ainda que não tenha agido com dolo ou culpa*²⁰². 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)²⁰³. Distingue-se também da “imputabilidade penal” - que no Código Penal brasileiro vem disciplinado no artigo 26 - , em que é questionado se o sujeito, no momento da conduta, tinha capacidade intelecto-volitiva (isto é, de entender e de querer).

A imputação objetiva também diferencia-se da responsabilidade penal subjetiva, que diz respeito à atitude pessoal do agente, 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 jurídico²⁰⁴.”

3. Conceito de imputação objetiva

Segundo o precursor da teoria da imputação objetiva, CLAUS ROXIN, em sua forma mais simples, deve-se entender em relação à teoria que: **“um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação”**²⁰⁵.

²⁰⁰ Ob. cit. (2002) pág. 33.

²⁰¹ Sobre a diferença entre causalidade e imputação, vide COELHO, Fábio Ulhoa, *Para entender Kelsen*, 4.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 53.

²⁰² JESUS (2002), pág. 33.

²⁰³ Nesse sentido: RAMÍREZ, Juan Bustos, La imputación objetiva, in *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 212.

²⁰⁴ Idem, pág. 34.

²⁰⁵ ROXIN, Claus. Artigo intitulado “A Teoria da Imputação Objetiva”, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais de n.º 38. Tradução de Luís Greco, autorizada pelo autor do estudo “Die Lehre von der

Imputação objetiva, segundo Damásio²⁰⁶, significa **atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico**. Menciona, ainda, que trata-se de uma das mais antigas discussões do Direito Penal, qual seja, a determinação de quando a lesão de um interesse jurídico pode ser considerada obra do agente, e que, na verdade, cuida-se de uma teoria com a missão de restringir a atribuição da imputação, delimitando as fronteiras entre o penalmente permitido e o proibido.

A *teoria dos pressupostos da imputação objetiva*, como é chamada por WESSELS²⁰⁷, limita a responsabilidade jurídico-penal, em caso de corrente causal anormal e conseqüências danosas atípicas, já no setor do *tipo de injusto objetivo*. Ela busca delimitar as fronteiras onde termina a imputabilidade, como na *finalidade protetiva da norma* e sob o ângulo de visão da *previsibilidade objetiva e evitabilidade* do resultado típico, da *dominabilidade do acontecer causal e da realização do risco de uma ocorrência de dano criada ou aumentada pelo agente*.

4. Âmbito e limites de aplicação

Visto o conceito de imputação objetiva, surge a indagação: A imputação objetiva é uma teoria somente aplicável à relação entre a conduta e o resultado nos delitos materiais ou se estende a todas as espécies de crimes?

Acerca do tema, há duas teorias²⁰⁸:

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

2.ª) Teoria Extensiva (ou ampliativa): os princípios da imputação objetiva são aplicáveis a todos os tipos de crimes, sejam materiais ou não²⁰⁹.

objektiven Zurechnung”, originalmente publicado em Chengchi Law Review 50, maio 1994 (edição especial para o Simpósio Taiwanês/Alemão/Espanhol de Direito Penal),

²⁰⁶ ob. cit., 2002, pág. 34.

²⁰⁷ WESSELS, Johannes. Direito penal (aspectos fundamentais). Tradução do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre, Fabris, 1976, pág. 45.

²⁰⁸ Conforme prescreve Damásio de Jesus (2002), pág. 36.

²⁰⁹ Esta teoria é adotada por Manuel Cancio Meliá (1998) apud Jesus (2002).

A doutrina²¹⁰ majoritária prefere a segunda teoria.

Atualmente, entretanto, cremos que aplicar-se-ia de forma mais consentânea a imputação objetiva tão-só aos delitos materiais - não desprezando-se sua aplicação, de forma subsidiária e em casos especiais a todas as espécies de delitos – haja vista que, ante a teoria restritiva, bem como em virtude das próprias peculiaridades da imputação objetiva, que estão calcadas sob o prisma de que somente será imputável aquele que realizar uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido e relevante, ocasionando a produção de um resultado jurídico, sendo o resultado, neste contexto, objetivamente imputável a uma conduta, referirem-se aos crimes materiais, isto é, de conduta e resultado. Anote-se, por pertinente, que a tendência da doutrina mais autorizada é galgar essa restrição, admitindo-se, desta feita, a aplicação da *imputatio* a todos os delitos, sejam materiais, formais ou de mera conduta.²¹¹

Sob outro aspecto, inquire-se se trata-se de imputação objetiva da conduta (comissiva ou omissiva) ou do resultado?

Quando falamos em “imputação objetiva”, estamos fazendo referência à *imputação objetiva da conduta* ou à “*imputação objetiva do resultado*”? Pretende-se atribuir (imputar) a alguém a realização de um comportamento ou a produção de um resultado?²¹²

Ainda, segundo Damásio (2002), há três orientações:

1.ª) Cuida-se de imputação objetiva da *conduta* causadora de risco proibido, em que se incluem os conceitos e critérios do risco tolerado, da criação do risco proibido, o princípio de confiança e a proibição de regresso.

2.ª) Imputação objetiva significa atribuição de um *resultado* a quem realizou uma ação.

3.ª) O instituto procura resolver temas referentes à *conduta* e ao *resultado*²¹³.

A doutrina majoritária utiliza a expressão nos dois sentidos, isto é, imputação objetiva da *conduta e do resultado*, adotando a terceira corrente²¹⁴.

²¹⁰ No Brasil, entre outros, é adepto da 2.ª teoria Damásio de Jesus, *in* Imputação Objetiva, ob. cit., 2002.

²¹¹ Cfr. Pensamento de MANUEL CANCIO MELIÁ, apud Jesus (2002).

²¹² Indagações extraídas de JESUS (2002), pág. 36.

²¹³ Nesse sentido: ROXIN; MARGARITA MARTINEZ ESCAMILLA; GUNTHER JAKOBS; MANUEL CANCIO MELIÁ, apud Jesus 2002.

²¹⁴ MARCELO A. SANCINETTI, MANUEL CANCIO MELIÁ, apud Jesus 2002.

Damásio (2002) também adota essa posição, tendo em conta que, em suas palavras, “ela apresenta-se coerente com o entendimento de que o juízo de imputação objetiva não é somente a delitos de resultado”²¹⁵.

Destarte, em consonância com o entendimento supra, há:

1.º imputação objetiva da conduta, concernente à criação de um risco proibido tipicamente relevante²¹⁶;

2.º imputação objetiva do resultado jurídico (imputação objetiva em sentido estrito), referente à “realização” do perigo típico, isto é, transformação do risco em resultado jurídico²¹⁷;

Acatada a tese de que a ausência de imputação objetiva afasta a tipicidade, podemos falar em:

1.º *atipicidade da conduta* (em face da ausência da imputação objetiva) e,

2.º *atipicidade do resultado* (diante da inexistência da imputação objetiva).

Ressalte-se, ainda, que hodiernamente, a teoria da imputação objetiva tem sido mais aplicada, pela doutrina, aos delitos de ação e de resultado, ou seja, aos crimes materiais. Salienta a doutrina²¹⁸ que, futuramente, deverá referida teoria estender-se a todo os tipos de infrações penais.

Adepto da teoria extensiva, observa YESID REYES ALVARADO²¹⁹, que “a imputação objetiva não deve ficar reduzida aos delitos denominados de lesão (material) e muito menos a uns determinados tipos de resultado, como nos homicídios e lesões corporais, incidindo sobre crimes dolosos e culposos, de perigo, materiais, de ação e omissão, tentados e consumados, i. e., a “todos os delitos da Parte Especial” e da legislação extravagante”²²⁰.

²¹⁵ Ob. cit., pág. 37.

²¹⁶ JAIME NÁQUIRA RIVEROS, apud JESUS, 2002.

²¹⁷ Idem.

²¹⁸ Cfr. MANUEL CANCIO MELIÁ, apud Jesus (2002).

²¹⁹ Citado por Jesus (2002).

²²⁰ Idem, pág. 37.

5. Natureza jurídica e posição sistemática

Quanto à natureza jurídica da imputação objetiva, também há divergência. Para uns é causa de exclusão da tipicidade; para outros, exclui a antijuridicidade.

Para BARROS²²¹ a matéria está situada no tema do nexo causal. Assim, “quando não há imputação objetiva exclui-se o nexo causal, de modo que a conduta passa a ser atípica”.

Já para outros²²² - embora a consequência prática seja a mesma se aplicado o entendimento em epígrafe, isto é, haverá exclusão de tipicidade e, por via de consequência, o fato será atípico - , “a imputação objetiva constitui elemento normativo do tipo, seja o crime doloso ou culposos”.

Neste diapasão, tem-se que os elementos normativos do tipo penal referem-se a dados que requerem uma valoração judicial, isto é, um juízo de valor por parte do intérprete da norma penal, não se satisfazendo com o simples processo de conhecimento.

Deste modo, a imputação objetiva diferencia-se da maioria dos outros elementos normativos do tipo penal, que são expressos. Ela se encontra implícita nas figuras típicas, assim como o dolo, que configura elemento subjetivo implícito do tipo. Cuida-se, portanto, de uma exigência típica. De maneira que, ausente a imputação objetiva da conduta ou do resultado, a consequência é a atipicidade do fato e, por conseguinte, a inexistência do delito.

Na concepção de MANUEL CANCIO MELIÁ²²³, “os tipos penais incriminadores passam a conter um elemento normativo, qual seja, a própria imputação objetiva, de modo que sem ela a conduta ou o resultado são atípicos. Introduce-se na figura típica um “filtro objetivo”.

A esse respeito, esclarecedoras são as lições de Damásio (2002, pág. 38), as quais pedimos vênias para transcrevê-las, *ipsis litteris*, conforme segue:

Em face disso, nos delitos materiais não são suficientes para compor o fato típico, como entende a doutrina tradicional, a conduta dolosa ou culposa, o resultado, o nexo causal e a tipicidade. Exige-se, como exigência complementar, que o autor tenha realizado uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido a um objeto jurídico e, assim, produzido um resultado (também

²²¹ Ob. cit., pág. 182.

²²² CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, apud Jesus (2002).

²²³ Apud Jesus (2002).

jurídico) que corresponde à sua realização (“concretização” e “materialização”, segundo a doutrina). Nos delitos sem resultado, a existência do fato típico fica condicionada à imputação objetiva da conduta criadora de risco juridicamente reprovado e relevante a interesses jurídicos. Daí a importância da conceituação de risco permitido e proibido. O primeiro conduz à atipicidade; o segundo, quando relevante, à tipicidade.

E conclui, dizendo que a imputação objetiva da conduta e do resultado jurídico deve ser apreciada depois do nexo de causalidade material (doutrina alemã dominante). Assim, o fato típico, nos delitos materiais, passa a conter: 1) conduta voluntária ou culposa; 2) resultado material; 3) nexo de causalidade objetiva e 4) imputação objetiva. A tipicidade configura uma qualidade do fato material e não propriamente um elemento do fato típico²²⁴.

Como visto, a exegese da teoria da imputação objetiva está condicionada à prévia análise do que vem a significar o conceito de risco permitido e proibido, tão enfatizado pelos penalistas, o que veremos no capítulo infra.

6. Critérios de imputação

6.1 Risco permitido e risco proibido

Quando o ordenamento jurídico permite e regula a fabricação de um automóvel, de uma arma de fogo, ou a construção de uma ponte, p. ex., tem-se que o legislador possui o discernimento de que a utilização desses bens, ainda que de forma ordinária, traz riscos a interesses que o próprio legislador pretende proteger. “O perigo de um dano é inerente a toda atividade humana. Vivemos numa sociedade de riscos”²²⁵

DAMÁSIO (2002), com a sapiência que lhe é peculiar, diz que há várias condutas humanas realizadas numa multiplicidade de setores, como corrida de automóveis, touradas, domadores de animais e acrobatas de circo. Submeter-se a uma cirurgia, a uma anestesia, levar uma criança ao parque de diversões, viajar de avião, de automóvel, de navio ou de trem, praticar esportes violentos, caçar, pescar etc., são condutas que, por si sós, trazem em seu bojo um risco, porém esse risco é tolerado pelo ordenamento jurídico pátrio, é um risco permitido.

²²⁴ Idem.

²²⁵ JESUS (2002), pág. 39.

O âmago da questão, no entanto, está no fato de que é possível que o agente, realizando um comportamento sob o manto do risco permitido, venha a dar causa a um resultado que tipifique um delito. Nesse caso, pois, aplicando o critério de imputação do *risco permitido*, i.e, a própria teoria da imputação objetiva, a conduta do sujeito deve ser considerada atípica, pois faltará a imputação objetiva da conduta, ainda que o evento jurídico seja relevante.²²⁶

Em síntese, não basta a criação de um risco ao bem jurídico. É necessário que seja desaprovado, proibido, não permitido pela ordem jurídica. De modo que a criação do risco, por si só, não leva à imputação objetiva.

Frisa, ainda, DAMÁSIO (2002) que o risco permitido possui conceito ontológico²²⁷ e axiológico²²⁸. É *ontológico* porque sua presença em determinada situação deve ser considerada em face de dados do ser, não possuindo nenhum conteúdo normativo. E é *axiológico*, uma vez que o limite entre o que se admite e o que se proíbe deriva das normas de diligência estabelecidas pela ordem social.

Neste contexto, importante consignar que se o agente comporta-se sem criar um risco proibido, isto é, de acordo com as normas legais, oferecerá a si próprio e a terceiros um risco tolerado, permitido pelo próprio ordenamento jurídico. Se, por outro lado, desobedecer tais regras, realizará o que a doutrina denomina de “infração de dever objetivo de cuidado”²²⁹, produzindo, deste modo, a realização de um *risco proibido*, caracterizado pelo desvalor de sua ação. Esse perigo desaprovado conduz, *a priori*, à tipicidade da conduta, prescindido ser o delito cometido dolosamente.

A diferença entre o risco permitido e o proibido não está na gravidade do perigo e sim em que às vezes é lícito e em outras não o é.²³⁰ Enquanto o “risco” pertence ao mundo natural, a permissão e a proibição determinam-se de acordo com as regras emanadas do

²²⁶ Esta é a lição de Damásio, 2002, pág. 40.

²²⁷ Segundo o dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, o significado etimológico da expressão vem de ontologia + -ico2.] Adj. Filos. 1. Pertencente ou relativo à ontologia. 2. Na filosofia de Heidegger (v. existencialismo), relativo ao Dasein. Ontologia, por sua vez, vem [De ont(o)- + -logia.] e significa: S. f. Filos. 1. Parte da filosofia que trata do ser enquanto ser, i. e., do ser concebido como tendo uma natureza comum que é inerente a todos e a cada um dos seres: "Com Kant (v. kantiano), o universo é uma dúvida: com Locke, é dúvida o nosso espírito: e num destes abismos vêm precipitar-se todas as ontologias." (Alexandre Herculano, Lendas e Narrativas, II, p. 107.) Sendo a axiologia (cs). [Do gr. axiólogos, 'digno de ser dito', + -ia1.] S. f. Filos. 1. Estudo ou teoria de alguma espécie de valor, particularmente dos valores morais. 2. Teoria crítica dos conceitos de valor.

²²⁸ Ainda, segundo o dicionário Aurélio, axiológico (cs) vem [De axiologia + -ico2.] Adj. Filos. 1. Concernente à, ou que constitui uma axiologia. 2. Concernente a, ou que constitui um valor.

²²⁹ Dentre eles Damásio, Enrique Gimbernat Ordeig, Claudia López Díaz.

²³⁰ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, apud JESUS (2002).

ordenamento social. A tolerância para a realização da conduta criadora de risco advém das estruturas sociais, que, por intermédio de diferentes critérios, disciplinam o que é lícito e o que é desaprovado, fazendo tipificar ou não a conduta do agente.

Dito isso, “en resumen, pues, se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.”²³¹

6.2 A diminuição do risco

Análise da imputação objetiva e as excludentes da antijuricidade

Como alhures alinhavado, vimos que para que a teoria da imputação objetiva seja aplicada mister tenha o agente, dentre outros requisitos, diminuído o risco para o bem jurídico, excluindo-se a imputação do delito, portanto.

Desse modo, não se deve imputar o resultado ao agente que realizou a conduta com o intuito de diminuir o risco para o bem jurídico.

Lecionando sobre o tema, LUIZ REGIS PRADO e ÉRIKA MENDES DE CARVALHO (2002, p. 66/67), citando o mestre maior, CLAUS ROXIN, propõem o seguinte exemplo, o qual reputamos pertinente para melhor compreensão do tema:

“A” assiste a uma pedra dirigir-se ao corpo de “B”. Não pode evitar que esta o alcance, mas pode sim desviá-la de tal modo que o golpe se torne menos perigoso. Nesse caso, existe uma diminuição do risco para o bem jurídico protegido. De conseqüência, não se pode falar em ação típica, já que o que reduz a probabilidade de uma lesão não pode ser visto como finalmente disposto a um menoscabo da integridade corporal.

No exemplo apontado – “A” busca evitar que “B” mate “C”, e, para tanto, logra desviar o golpe de “B”, que, em vez de atingir a cabeça de “C”, causando-lhe a morte, lesa outra parte de seu corpo – é inegável que “A” contribuiu causalmente para a produção do resultado de lesão corporal. Todavia, o resultado produzido não lhe deve ser imputado.²³²

²³¹ ROXIN, Claus (1994, pág. 364).

²³² Interpretação do exemplo extraída de PRADO e CARVALHO (2002).

Acerca do exemplo supramencionado, ROXIN assevera que “uma imputação ao tipo deverá ser excluída sempre que o sujeito não criar nem aumentar o perigo de um resultado típico, mas sim diminuí-lo ou retardá-lo.”²³³

E arremata dizendo que:

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

Dentre nós, BARROS (2003, pág. 183), seguindo os ensinamentos do mestre ROXIN, afirma que “seria incoerente vislumbrar a presença do injusto na conduta realizada para proteger o bem jurídico.”

Deveras, tem-se que no caso em análise, a justificativa para a adoção da teoria da imputação objetiva reside em que, ao agir para minorar as conseqüências de um ato em si lesivo, o agente atuou no sentido da finalidade de proteção da norma e não contra ela.²³⁴

Outro exemplo consiste na intervenção cirúrgica para salvar a vida do doente, causando-lhe um mal menor. Deve ainda ser lembrada a hipótese de o agente empurrar um deficiente físico, causando-lhe lesões corporais, evitando, porém, que ele seja atropelado por um veículo.²³⁵

Frise-se que, parte da doutrina defende que a atuação do agente, nessas hipóteses, poderia estar amparada por um causa de justificação, como o estado de necessidade, por exemplo.²³⁶ BARROS (2003) contesta esse posicionamento, enfatizando que “nesses exemplos não há propriamente estado de necessidade, tendo em vista que esta excludente pressupõe dois bens jurídicos em conflito, devendo um ser sacrificado para preservar o outro.” Conclui dizendo que o estado de necessidade, que exclui apenas a antijuridicidade, ocorre quando a ação de diminuição de risco refere-se a bens jurídicos de titularidades diferentes. No caso de a ação diminuidora do risco atingir bem jurídico pertencente à

²³³ ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal. Coleção Veja Universidade. Secção: Direito e Ciência Jurídica. Direção de J. M. de Vasconcelos Mendes Ferreira. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz (textos I/VIII), Ana Isabel de Figueiredo (texto X) e Maria Fernanda Palma (texto XI). Coimbra Editora Ltda. Portugal: 1986, pág. 194.

²³⁴ Esse é o pensamento de ROXIN (1986).

²³⁵ Exemplos extraídos de BARROS (2003).

²³⁶ Esse é o pensamento de TORÍO LÓPEZ, Ángel. Apud PRADO e CARVALHO (2002).

mesma pessoa, a hipótese é de exclusão da tipicidade, nos moldes da teoria da imputação objetiva.

No tocante ao exemplo supramencionado, é de extrema valia a lição do professor DAMÁSIO DE JESUS²³⁷ que, além de analisar se há ou não alguma causa excludente da antijuridicidade, aborda um dos temas que causa maior burburinho doutrinário-jurisprudencial hodiernamente, isto é, se podem as excludentes da antijuridicidade impedirem a propositura da ação penal. Nesse contexto, colaciona decisões jurisprudenciais que aderem à premissa de que, comprovada a ausência de antijuridicidade da conduta, não há se falar em instauração de procedimento criminal, e, caso haja denúncia, é admissível sua rejeição com fundamento na excludente da ilicitude; ao contrário de outros que defendem que o réu, em casos de exclusão da antijuridicidade, deve ser absolvido somente na sentença, pois trata-se de questão de mérito, a qual merece transcrição, *ipsis litteris*:

No princípio da diminuição do risco, no exemplo em que A atira uma pedra na direção da cabeça de B, com intenção de matá-lo, vindo o projétil a ser desviado por C, atingindo D e lhe causando lesões corporais, não haveria estado de necessidade justificante de terceiro (CP, art. 24)?

Na doutrina, o tema ainda é controvertido, havendo autores que entendem não existir crime por ausência de ilicitude, incidindo uma causa de justificação, como o estado de necessidade. Assim, no caso da pedra, há posição no sentido de ocorrer estado de necessidade excludente da ilicitude (TORÍO e JESCHECK).

Para nós, no exemplo da pedrada, não há estado de necessidade porque:

- 1) não há dois bens jurídicos em litígio, requisito exigido no fato necessário;
- 2) no estado de necessidade há perigo ao bem jurídico; na hipótese, existe agressão
- 3) prevalece na doutrina o entendimento de que o fato necessário somente comporta a lesão de interesses jurídicos não envolvidos na situação de perigo.

Não seria caso de legítima defesa (CP, art. 25)? Não, tendo em vista que o sujeito não repele agressão. O autor realiza conduta tendente a desviar a direção da agressão, mas não a repele. A adotar-se a tese de haver, na hipótese, estado de necessidade ou legítima defesa, que são excludentes da ilicitude, de lembrar-se que ainda existe discussão a respeito de poderem ser reconhecidas na fase do inquérito policial, da denúncia e da instrução criminal, havendo duas orientações:^{1ª}) é admissível a rejeição da denúncia com fundamento em excludente da ilicitude, devidamente comprovada no inquérito policial²³⁸.^{2ª}) trata-se de questão de mérito a ser apreciada somente na sentença de mérito: não é cabível sua análise nas fases do inquérito policial e da instrução

²³⁷ Ob. cit., 2002, pág. 126/128.

²³⁸ Nesse sentido: RT, 413:300 e 591:337; TACrimSP, RJDTACrimSP, 13:209-10, n. 2, e 80:146; TJSP, RT 553:337; TJPA, Grup. Câms., CJ 12/87, rel. Des. Éros Gradowski, RT, 664:303; TJPA, Grup. Câms., HC 232/87, rel. Des. Lemos Filho, RT, 664:304; TJSP, 4ª Câm. Crim., HC 126.028, rel. Des. Rísio Barbosa, RT, 698:333. Na doutrina: Marcello Jardim Linhares, Legítima Defesa, 3. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 425 e 426.

criminal²³⁹. Segundo entendemos, encontrando-se a excludente da ilicitude devidamente comprovada, é caso de: 1) impedir o inquérito policial; 2) seu arquivamento; 3) ou rejeição da denúncia (ou da queixa, se caso). Tendo o sujeito agido licitamente, não é legal nem justo que venha a ser processado para provar a final ter agido em legítima defesa etc. Como disse o então juiz Dante Busana, quando integrante do TACrimSP, “o preconceito de que as causas excludentes da antijuridicidade só devem ser reconhecidas ao término do processo – durante décadas assim se entende – não tem amparo na lei e ignora a necessidade de que a acusação venha revestida do indispensável *fumus boni iuris* – isto é, decorra de suspeita razoável de que um crime foi cometido. Nem há cercear a liberdade do indivíduo, cuja inocência não comporte dúvida, em nome de uma falsa prudência”²⁴⁰. Não tem sentido, como afirmou o Des. Ary Belfort, sujeitar a processo alguém acobertado por causa elidente da antijuridicidade, quando se inscreve, límpida, impassível, por mínima, de conjuração”²⁴¹. Realmente, imagine a hipótese de o morador haver matado, em cristalina legítima defesa, o assaltante que, armado e dentro de sua casa, tentou alvejá-lo. Submetê-lo a processo criminal é uma injustiça. Como a defesa legítima exclui a antijuridicidade, estaria sendo processo por fato lícito. Como ficou consignado, existem ainda acórdãos que só admitem o reconhecimento de justificativas na fase da sentença, com enorme prejuízo a quem agiu licitamente. É por isso que uma das correntes da imputação objetiva preconiza, nos casos de comprovada a exclusão da ilicitude, o afastamento da tipicidade, impedindo-se qualquer procedimento criminal. Argumenta-se que, nesses casos, a entender-se haver exclusão da antijuridicidade, reconhece-se a subsistência de um fato típico. E é precisamente isso que a teoria da imputação objetiva pretende evitar.

Como visto, numa abordagem ímpar acerca da imputação objetiva e as excludentes da antijuridicidade, o autor asseverou que se esta for devidamente comprovada, é caso de impedir a própria abertura do inquérito policial, ou se aberto, seu respectivo arquivamento, bem como caso haja oferecimento de denúncia ou queixa, a rejeição *in limine litis*, por ausência de um dos requisitos do delito, qual seja, a própria antijuridicidade.

Na esteira dos ensinamentos em epígrafe, somos defensores de que, caso comprovada a ausência de antijuridicidade da conduta do agente, e, não obstante, o magistrado receber a denúncia ou a queixa, submetendo-o às agruras de responder um processo-crime por uma conduta que, ao final, será declarada lícita, passível é a impetração do *writ* constitucional de “habeas corpus”, a fim de trancar a ação penal, por falta de justa causa, bem como por restar configurado que o agente é paciente de uma coação ilegal, arbitrária e injusta.

ROXIN (1986) também contesta essa possibilidade, afirmando que o reconhecimento da eximente implicaria a admissão da tipicidade do comportamento. E precisamente esta é questionada por ele, em virtude da não-realização de um risco para a integridade física, e

²³⁹ Nesse sentido: STJ, Apn 33, Corte Especial, RT, 685:359.

²⁴⁰ JTACrimSP, 80:146; RT, 698:334.

²⁴¹ TJSP, 4ª Câm. Crim., HC 126.028, RT 698:335.

sim da inevitabilidade do mesmo. Não haveria, segundo ele, uma ação típica de lesão corporal. De outro lado, argumenta-se que inexistiria, nos exemplos citados, o dolo – consistente na consciência e vontade de lesar a integridade física alheia - ainda que eventual -, de lesão, pois se trata de um caso de legítima defesa de terceiro. Se presente o dolo, em alguma ocasião, não haveria em todo caso base legal que fundamentasse a exclusão do tipo de lesões corporais dolosas. A conduta de “A” estaria justificada pelo estado de necessidade e seria, portanto, lícita.²⁴²

Por derradeiro, insta deixar consignado que “o critério da diminuição do risco implica a inclusão no tipo da solução de conflitos de interesses, cujo lugar adequado são as causas de justificação.”²⁴³

6.3 Criação ou não-criação de um risco juridicamente relevante

Segundo as lições do professor DAMÁSIO DE JESUS (2002, pág. 75), só há imputação da conduta quando o sujeito criou risco juridicamente reprovável e relevante (desvalor da ação). Ao contrário, inexistente imputação objetiva quando falta a criação do perigo juridicamente desaprovado e relevante.

Já para ROXIN (1986), o sistema jurídico-penal não deve apoiar-se em leis do ser – seja a causalidade ou a finalidade -, e sim ter sua construção condicionada por conceitos normativos. Propõe, assim, a edificação de um sistema penal teleológico²⁴⁴ no âmbito do tipo, de modo que a existência de determinado delito não dependeria da constatação da causalidade e/ou da finalidade, mas da aferição das circunstâncias que permitiriam imputar a uma pessoa um resultado típico como obra sua, de acordo com critérios de índole normativa.

Nesse diapasão, um resultado morte, p. ex., seria imputável ao agente quando sua ação criou ou realizou um perigo não permitido. Em todos os casos nos quais a ação não tenha criado um risco juridicamente relevante de lesão para um bem jurídico não haverá,

²⁴² Conforme entendimento de MIR PUIG. Ob. cit., pág. 190.

²⁴³ CEREZO MIR E TORÍO LOPEZ. Apud Prado e Carvalho (2002).

²⁴⁴ Teleológico, segundo o dicionário Aurélio da Língua Portuguesa [De teleologia + -ico2.]

Adj. 1. Relativo a teleologia. 2. Filos. Diz-se de argumento, conhecimento ou explicação que relaciona um fato com sua causa final. Sendo a teleologia, por sua vez, [Do gr. tele(o)- + -logia.]S. f. Filos.

1. Estudo da finalidade. 2. Doutrina que considera o mundo como um sistema de relações entre meios e fins; teologismo. [Cf., nesta acepç., finalismo.] 3. Estudo dos fins humanos.

do ponto de vista objetivo, ação típica. A presença do dolo, neste caso, torna-se secundária. Tomemos o seguinte exemplo: “A”, sobrinho e herdeiro de “B”, o envia a um passeio pelo bosque em uma noite de tempestade próxima a esperança de que este seja carbonizado por um raio e que, em conseqüência do mesmo, venha a óbito. E isso de fato vem a acontecer. Também seria aplicável tal critério às hipóteses vistas comumente como desvios do curso causal: “A” dispara, com intenção de matar, em “B”, e apenas o fere; B, porém, morre em conseqüência de um incêndio no hospital.²⁴⁵ Em ambos os casos, sempre segundo ROXIN, negar a imputação objetiva e, de conseguinte, a existência de um homicídio doloso ou culposo.²⁴⁶

Analisando o que fora acima mencionado, PRADO e CARVALHO (Ob. cit., 2002, pág. 73) mencionam que WELZEL refuta, no primeiro exemplo citado, que haja dolo, e que ROXIN, por sua vez, nega a presença de um delito de homicídio em virtude do “alto grau de improbabilidade do curso causal”. E aduz: “quem induz outrem a ir ao bosque com tempestade não cria com isso nenhum perigo de morte relevante juridicamente, porque a possibilidade de ser alcançado pelo raio é estatisticamente tão pequena que o Direito não a valora como um perigo proibido”.²⁴⁷

Desse modo, se o resultado, apesar de tudo, se realiza, não é atribuível àquele que o originou. Há uma simples causação do resultado morte, mas não uma ação típica de homicídio. Porém, se alterarmos o exemplo proposto – continua o mestre Roxin – de tal maneira que, existindo um lugar exposto a freqüentes raios a conseqüência de especiais circunstâncias físicas (v. g., fenômenos meteorológicos), e o sujeito, com conhecimento desses fatos, envia a vítima a tal lugar perigoso para matá-la, dessa forma, dar-se-á um

²⁴⁵ Esse clássico exemplo é de HANS WELZEL, apud Prado e Carvalho (2002).

²⁴⁶ É evidente, porém, que no exemplo mencionado se verifica a ausência de dolo, freqüentemente confundido com o simples desejo. Na doutrina nacional, confunde-se dolo e desejo, por exemplo, Damásio E. de Jesus (Imputação objetiva: o “fugu assassino” e o “carrasco frustrado”. Boletim IBCCrim, 2000, n. 86, p.13), que, em exemplo semelhante - o da esposa que incentiva marido a ingerir um baiacu, na esperança de que um descuido do cozinheiro na remoção das glândulas produtoras de veneno dê lugar à morte daquele -, entende inexistir tipicidade porque, embora presente o tipo subjetivo, não se concretiza o tipo objetivo, pois não há a criação de um “risco desaprovado e juridicamente importante ao bem jurídico” (op. cit. p. 13). Nesse sentido, também, José Carlos Gobbis Pagliuca, A imputação objetiva é real. Boletim IBCCrim, 2001, n. 101, p. 17; e Fernando Galvão, op. cit. p. 109. Em sentido oposto, se observa que “no que concerne ao risco permitido, importante ressaltar que o crime deixa de ocorrer não pela inexistência do nexos de causalidade, como pretende Damásio, etiologia facilmente constatável através dos casos mencionados, mas pela conformidade da conduta com atividades socialmente úteis ou aceitáveis e por não possuir o agente indutor o domínio sobre a causa determinante do resultado, dependente de fatores aleatórios e abandonada aos caprichos do acaso e, ademais, por inexistir induzimento a ato de conotação típica. (PEDROSO, Fernando de Almeida. Nexos Causal, imputação objetiva e tipicidade conglobante. Revista dos Tribunais, 2001. Vol. 794, p. 481) Nota de Rodapé n. 17, do Capítulo III, da obra de Prado e Carvalho, 2002, pág. 71.

²⁴⁷ ROXIN, Claus. La problemática de la imputación objetiva. Cuadernos de Política Criminal, 1989, n. 39, p. 750.

homicídio consumado se o resultado se produz, posto que aqui o sujeito criou um risco de morte *estatisticamente relevante* e esse risco se consubstanciou no resultado. Agora, o que se deve entender como “estatisticamente relevante” – indaga Luiz Regis Prado²⁴⁸ – para que se configure o delito de homicídio do caso mencionado – deveria ser fixado um determinado limite percentual, por exemplo? – não é em todo caso um problema empírico, mas fruto de uma decisão jurídica.²⁴⁹

Daí se conclui que o que é ou deixa de ser homicídio – e o mesmo se aplica aos demais delitos – não seria questão afeita às ciências naturais, como assevera Roxin, e sim “o resultado de um juízo de valor jurídico sem dúvida fundado sobre comprovações empíricas.”²⁵⁰

Por fim, no segundo exemplo mencionado, Welzel agrega que, embora o resultado dependa causalmente da ação homicida de “A”, sua realização concreta não foi finalmente disposta a ele. Haveria, de conseguinte, apenas um delito de homicídio tentado, pois o resultado típico não deve ser considerado como provocado dolosamente se se produz unicamente como conseqüência do encadeamento de circunstâncias inesperadas (desvio essencial do curso causal), isto é, como conseqüência causal da vontade de ação, e não como produto concreto configurado pela vontade consciente do fim.²⁵¹

Ainda segundo Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho²⁵², tem-se que Roxin, embora concorde com Welzel, parte de outras premissas. Sustenta que no exemplo em apreço a criação de um perigo de morte juridicamente proibido com o disparo do autor não desembocou na morte acidental posterior, porque o risco de que alguém que esteja em um hospital morra como decorrência de um incêndio é tão pequeno que deve ser juridicamente desconsiderado.

Destarte, pode-se concluir dizendo que os infundáveis problemas causais podem ser resolvidos com o emprego da criação do risco, casos esses insolúveis e discutidos desde já decênios, ante a famigerada teoria da equivalência dos antecedentes causais que – como demonstram os poucos exemplos supramencionados – até hoje não consegue responder às questões materiais que se colocam à imputação em direito penal.

²⁴⁸ Ob. cit., 2002, p. 73.

²⁴⁹ PRADO E CARVALHO (2002)

²⁵⁰ ROXIN, Claus. Ob. cit. p. 752. Para Ingeborg Puppe, o critério segundo o qual o risco juridicamente proibido deve se realizar no resultado é impreciso, pois não assinala o que é um risco proibido, e muito menos como se deve apresentar a relação entre o risco e o resultado para que o risco pudesse se realizar no resultado”, apud Prado e Carvalho (2002, pág. 72).

7. A contribuição da teoria da imputação objetiva nos delitos de resultado

Conforme alhures alinhavado, a aplicação da teoria da imputação objetiva está condicionada a determinados requisitos, destacando-se, dentre eles, quatro, os quais a doutrina reputa imprescindíveis à aplicação da prefalada teoria, a saber:

1º) causalidade material entre a conduta e o resultado (só nos delitos materiais, isto é, de resultado);

2º) criação de um risco ao bem jurídico relevante e juridicamente não autorizado;

3º) resultado jurídico advindo do risco; e

4º) correspondência entre o resultado jurídico e o perigo juridicamente desaprovado.

Nas sempre sábias palavras de DAMÁSIO²⁵³, “cumpre, em primeiro lugar, nos crimes materiais, examinar a relação de causalidade e, após, os requisitos da imputação objetiva.” É que, segundo leciona, “determinada a causalidade objetiva entre a conduta e o resultado naturalístico, esse dado deve ser submetido ao crivo das regras jurídicas, surgindo o tema da imputação objetiva.” Deste modo, tem-se que a causalidade é só uma condição mínima, devendo a ela agregar-se a relação normativa entre o comportamento e a produção do resultado, conclui.

Daí ensinam SILVA SANCHEZ, BALDÓLAVILLA e CORCOY BIDASOLO²⁵⁴, “como é sabido, a imputação do resultado a uma conduta requer, em primeiro lugar, segundo a doutrina dominante, a concorrência de uma relação de causalidade entre esta e aquele.” Depois é que se ingressa nos domínios do juízo de imputação objetiva.²⁵⁵

No que se refere ao nexos de causalidade material que se concebe nos delitos de resultado, imprescindível se faz a análise dos dois posicionamentos que causam maior rumorejo doutrinário (JESUS, 2002, pág. 49), a saber:

²⁵¹ WELZEL. Apud Prado e Carvalho (2002, pág. 72).

²⁵² Ob. cit., pág. 73.

²⁵³ 2002, p. 73.

²⁵⁴ Apud JESUS (2002, pág. 73).

²⁵⁵ Nesse sentido: EDGARDO ALBERTO DONNA, Apud Jesus, 2002, pág. 74.

1.º) a imputação objetiva deve ser apreciada depois do nexo de causalidade material (doutrina alemã dominante). É a orientação da maioria da doutrina brasileira;

2.º) a imputação objetiva deve ser examinada antes do nexo causal.

Inclina-se pela primeira posição, dentre nós, JUAREZ TAVARES, uma vez que, para ele, a afirmação da causalidade não é suficiente para que o resultado seja imputável a alguém, ou seja, para “que esse resultado seja atribuído objetivamente ao agente como *obra sua*, isto é, como base para uma responsabilidade pessoal a partir de considerações de sua própria capacidade de domínio sobre essa causalidade.”²⁵⁶

Adotando também a primeira tese, FREDERICO AUGUSTO DE OLIVEIRA SANTOS afirma que a causalidade representa um “dado ontológico pré-figurado à imputação. Esta é categoria posterior à causalidade e consiste em um dado axiológico, existindo quando a conduta cria um risco juridicamente desaprovado que se concretiza na produção do resultado”.²⁵⁷

FERNANDO GALVÃO é igualmente partidário do primeiro posicionamento. Para ele, o processo de responsabilização do resultado jurídico-penal deve ser visto em duas etapas: “confirmada a causalidade, segue-se atribuição normativa do resultado ao seu autor. Assim, pode-se distinguir causalidade de imputação objetiva. A relação de causalidade jurídico-penal relaciona um conduta e determinado resultado no plano naturalístico, e constitui pressuposto para a responsabilização criminal do indivíduo”²⁵⁸

Ainda, de acordo com SELMA PEREIRA DE SANTANA, “a tradicional observação da relação causal naturalística passa a constituir o primeiro momento na apuração da imputação objetiva. Uma vez constatado o vínculo causal, o passo seguinte será a verificação da existência de critérios de natureza normativa, consistentes eles na criação ou incremento de um perigo não permitido, que se materializa na lesão a um bem juridicamente tutelado, dentro do alcance do tipo, uma vez que as normas só podem coibir condutas que gerem ou aumentem riscos não permitidos a bens juridicamente tutelados”²⁵⁹

²⁵⁶ Ob. cit., pág. 279.

²⁵⁷ Apud Jesus, Damásio de. Momento de verificação da presença da imputação objetiva. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, out. 2003. Disponível em: (www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm) Acesso em: 10 out. 2003.

²⁵⁸ Ob. cit., pág. 38/39.

²⁵⁹ Apud Jesus, ob. cit., out. 2003.

Nesse mesmo sentido, em termos de que a análise da causalidade é anterior à imputação objetiva, podemos citar as lições de FERNANDO CAPEZ; LUIZ REGIS PRADO e ÉRIKA MENDES DE CARVALHO; FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA e EVERARDS MOTA E MATOS²⁶⁰

Na esteira dos posicionamentos doutrinários supracitados, pode-se dizer que a presença da relação de causalidade objetiva, que no Estatuto Penal Repressivo brasileiro vem disciplinada no artigo 13, *caput*, só é exigida nos crimes materiais, de conduta e resultado. Como diz GUNTHER JAKOBS²⁶¹, “*os delitos de resultado obrigam a um mínimo de naturalismo*”. Ela (relação de causalidade) não é necessária nos delitos omissivos, de mera conduta e formais.

Com efeito, LUIS REGIS PRADO e ÉRIKA MENDES DE CARVALHO²⁶² anotam que “a teoria da imputação objetiva roxiniana funciona como um meio político-criminal obrigatório sobretudo na delimitação típica dos delitos de resultado.”

Como dito anteriormente, a teoria da imputação objetiva tem o destino de substituir, no futuro, a causalidade material. Configura-se, no momento, tão-somente seu complemento, corrigindo algumas de suas deficiências, bem como atuando como um critério restritivo do dogma causal material.

Acerca disso, ao analisar o tema ora discutido LUIS REGIS PRADO e ÉRIKA MENDES DE CARVALHO (Ob. cit., 2002, pág. 127/128), lecionam que:

Embora a concepção de Roxin pretenda superar o problema da causalidade, isso não acontece de fato. Segundo esse autor, é o resultado que determina a ação típica e, para a imputação do resultado, não é suficiente a causação da lesão típica, pois o tipo objetivo dos delitos comissivos exigiria que o resultado causado pelo agente fosse a realização de um perigo juridicamente desaprovado gerado por ele. Isto é, parte-se da objetividade do resultado – enquanto realidade natural, por isso fala-se de resultado causado, mas isso não basta para a imputação, daí a inclusão de critérios normativos – e a partir desse resultado delimita-se a ação de quem o tenha causado, pois normativamente tal resultado tem que ser sua obra. Em outras palavras, se não se quer chegar à conclusão de que o resultado aparece por geração espontânea e que compreende já a ação (com isso seria difícil entender a tentativa, os atos preparatórios etc.), deve-se afirmar, como se diz, que a causação não é critério suficiente. Ou seja, de todos os modos parte-se de um processo causal e, dessa forma, de um resultado causado, daí tratar-se de um processo global totalmente objetivo. Imputa-se um resultado material a algo – uma ação típica -, co o qual a ação típica tem seu sentido reduzido à pura causação, já que os critérios de imputação objetiva são meramente critérios de atribuição do resultado. Há um aspecto da ação que não é considerado – o conteúdo da vontade do agente -, ficando relegado a uma

²⁶⁰ Apud Jesus, ob. cit., out. 2003.

²⁶¹ Apud JESUS (2002).

²⁶² Ob. cit., 2002, pág. 127/128.

apreciação posterior. Por isso dificilmente será possível atribuir esse resultado a alguém como *obra sua*.

Conclui-se, portanto, que a delimitação – pretensamente normativa – da ação típica acaba reduzida à determinação – natural – de resultados materiais *causados*.²⁶³

E, tem-se, ainda, que “nos delitos sem resultado material, a existência do fato típico fica condicionada à imputação objetiva da conduta criadora de risco juridicamente reprovado a interesses jurídicos, cuja afetação constitui evento normativo (resultado jurídico).”²⁶⁴

Acrescentam, ainda, referidos doutrinadores, numa crítica à teoria da imputação objetiva no que concerne à sua aplicação aos delitos de resultado, que “qualquer que seja a alternativa pela qual se opte, o certo é que a doutrina da imputação objetiva só se interessa pelo resultado, que absorveria a ação e com isso seu sujeito, em um claro processo de “coisificação” deste último.”²⁶⁵

Assim, tem-se que a ênfase conferia ao desvalor do resultado, que deixaria em segundo plano – carecendo praticamente de importância – o desvalor da ação, não estaria em harmonia com o papel e significado que as Constituições modernas concedem à pessoa, nem com a forma como elas determinam o princípio de legalidade, que acentua o significado da ação típica (não do resultado).²⁶⁶

BUSTOS RAMÍREZ (RAMÍREZ, BUSTOS. Apud PRADO e CARVALHO, 2002) acrescenta, nessa trilha, que “não acontece o mesmo com os finalistas, já que estes têm um conceito global de ação (...) típica”, plena de sentido, o que “resulta mais compatível com o espírito das Constituições atuais e do princípio de legalidade. Por derradeiro, enfatiza de que foi por isso que Welzel já se ocupou, sob este ponto de vista, da questão da adequação social, como uma problemática próprio da determinação da ação típica.

Note-se, ainda, que se a relação de causalidade objetiva é corolário lógico de aplicação da teoria da imputação objetiva, e se inexistente aquela nos delitos formais (os que possuem tipos descritivos de conduta e resultado final desejado pelo agente, porém não exigem sua produção) e de mera conduta (aqueles cujos tipos só descrevem o comportamento do autor), pode-se afirmar que nesses delitos (formais e de mera conduta)

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ PRADO e CARVALHO (2002).

²⁶⁵ Idem.

ante o fato de inexistir resultado material, não há relação de causalidade objetiva, não tendo, por conseguinte, uma contribuição efetiva, para esses delitos, a aplicação da teoria da imputação objetiva, haja vista que, cingir-se-á aos princípios da “imputação objetiva da conduta” e do “resultado jurídico”, correspondendo este ao perigo de lesão. Damásio²⁶⁷ diz que, nos delitos sem resultado material, a existência de fato típico fica condicionada à imputação objetiva da conduta criadora de risco juridicamente reprovado a interesses jurídicos, cuja afetação constitui evento normativo, ou seja, o próprio resultado jurídico.

Como já afirmamos, pretende-se, no futuro, aplicar a teoria da imputação objetiva a todos os delitos, dolosos ou culposos, de qualquer natureza (materiais, formais, de mera conduta, unissubsistentes, plurissubsistentes, instantâneos, permanentes, comissivos, omissivos, etc). No momento, convém ressaltar que ela é mais aplicada pela doutrina e jurisprudência estrangeiras, principalmente a alemã, aos delitos de ação e resultado, isto é, aos crimes materiais (que descrevem uma conduta e exigem um resultado para consumarem-se).

A adoção da teoria da imputação objetiva, segundo Damásio²⁶⁸, não significa abandono da teoria finalista da ação, haja vista que não são desprezados os princípios do dolo e da culpa como elementos do tipo, do dolo natural e não normativo, do erro de tipo e de proibição, da culpabilidade normativa, da potencial consciência da ilicitude etc.

Ressalta, ainda, referido doutrinador que as duas teorias podem coexistir, tanto que muitas regras, métodos e critérios da imputação objetiva têm fundamento no finalismo, como a inobservância do cuidado objetivo necessário, que corresponde à realização de conduta criadora de risco juridicamente reprovado.

Adotada a teoria da imputação objetiva, o tipo subjetivo perde parte de suas funções, como ocorria no finalismo, ampliando-se o tipo objetivo. Com isso, o finalismo perde a sua primazia, passando a imputação objetiva a ocupar o primeiro plano na teoria do delito.²⁶⁹

²⁶⁶ Ibidem.

²⁶⁷ 2002, pág. 19.

²⁶⁸ Ob. cit., 2002, pág. 159.

²⁶⁹ JESUS (2002, pág. 158).

De outra banda, frise-se que o resultado final relevante que importa à imputação objetiva é o jurídico - que consubstancia-se na afetação jurídica do interesse -, não o naturalístico, próprio do dogma causal.²⁷⁰

Como assevera FERNANDO CAPEZ²⁷¹, a meta principal da teoria da imputação objetiva é a de reduzir o âmbito de abrangência da equivalência dos antecedentes e, dessa maneira, “restringir a incidência da proibição ou determinação típica sobre determinado sujeito”.

Acerca da redução do âmbito de abrangência da equivalência dos antecedentes causais, DAMÁSIO DE JESUS²⁷² traz um exemplo curioso, o do pecado original, onde analisa-se, de forma geral, os percalços da aplicação do *regressus ad infinitum* que é consagrado pela teoria finalista da ação, adotada pelo nosso Código Penal.

Confira-se:

O pecado original contido na desobediência de Adão e Eva certamente foi o primeiro episódio de imputação objetiva de que se tem notícia. A quem atribuir a responsabilidade por terem comido o fruto da árvore da ciência do bem e do mal, descumprindo a lei? Adão desculpou-se, como se dizendo: “A violação da regra não me pode ser atribuída. Foi Eva quem me induziu a comer a fruta. E foi o Senhor quem a criou. Se não a tivesse criado, ela não me teria induzido e eu não teria comido a fruta proibida (*regressus ad infinitum*). “Ademais, como o Senhor m’a deu como companheira, confiei que ela só viesse a me dar bons conselhos (princípio da confiança). “Logo, o Senhor Deus é o responsável”. Questionada, Eva negou ter quebrado a lei: “Não sou responsável. Fui enganada pela serpente” (teoria do erro). “E o foi o Senhor quem a criou. Se não a tivesse criado eu não teria sido enganada, não teria entregue a fruta a Adão e ele não a teria comido. E Adão, obra do Senhor, é um homem de discernimento e responsável” (teoria da responsabilidade individual). “Não o obriguei a comer a fruta. Logo, o Senhor Deus é o único culpado”. E, se a serpente tivesse sido chamada a prestar contas, certamente teria dito: “Não é verdade, não enganei e nem induzi Eva, não lhe ofereci o fruto e nem disse que o colhesse, apenas conversei com ela sobre o que aconteceria se o comessem” (negativa de autoria). “E tem mais: a proibição não se dirigiu a mim” (teoria do destinatário penal), “e foi o Senhor quem plantou a árvore da sabedoria e criou Eva e Adão. Se não o tivesse feito, eu não teria conversado com Eva sobre as conseqüências de se comer a fruta, ela não a teria levado a Adão e este não a teria comido” (método da eliminação hipotética). “Logo, o Senhor Deus é o culpado de tudo”²⁷³

²⁷⁰

²⁷¹ Ob. cit., abr. 2001.

²⁷² Ob. cit., (2002, pág. XXX)

²⁷³ Vide comentários a respeito do pecado original e imputação objetiva in GUNTHER JAKOBS, apud JESUS (2002)

Como visto, o exemplo jocoso, porém didático, do pecado original, traz à lume as deficiências que infligem à teoria da *conditio sine qua non* e do *regressus ad infinitum*, utilizados quase que exclusivamente nos delitos de resultado, isto é, nos crimes materiais.

Daí a importância do tema ora abordado: “A contribuição da teoria da imputação objetiva nos delitos de resultado”.

A principal contribuição que a novel teoria da imputação objetiva pode trazer aos delitos de resultado é, pois, substituir o dogma causal material por uma relação jurídica/normativa, entre a conduta do agente e o resultado dela advindo, evitando, destarte, chegar-se às conseqüências nefastas e aberrantes do *regressus ad infinitum*, que, como vimos no exemplo do pecado original, a *conditio sine qua non* - adotada e incorporada entre nós no artigo 13, *caput*, do Código Penal²⁷⁴ -, do ponto de vista puramente objetivo, nada consegue resolver.

É certo, porém, que no exemplo do pecado original, o regresso causal até Adão, Eva e a serpente do Jardim do Éden existe no plano naturalístico e a cadeia infinita antecedente de responsabilidades só consegue ser evitada pela ausência de nexos normativos, ou seja, a exclusão do próprio dolo ou culpa, que são imprescindíveis para a infração penal, consoante disposto no artigo 18, parágrafo único, do Código Penal²⁷⁵

Reputamos, deste modo, imprescindível a incorporação da teoria da imputação objetiva em nosso ordenamento jurídico pátrio, haja vista que, nos casos de *regressus ad infinitum*, como o do “pecado original”, será a conduta do agente analisada sob a óptica de ausência da própria tipicidade, e não de dolo ou culpa, como na doutrina causal.

Ressalte-se que a imputação objetiva, no ordenamento jurídico pátrio vem granjeando adeptos, tendo sido aplicada pelo Dr. Pedro Franco de Campos, Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, que a invocou, em parecer ofertado nos autos da Apelação Criminal n. 368.162-3/4, de Sorocaba, referente a crime de guarda ilegal de arma de fogo. Nessa mesma linha de entendimento, o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de Minas Gerais aplicou, no julgamento da Apelação Criminal n. 356.212, da 2.^a Câmara Criminal, em julgamento datado de 14 de maio de 2002, por votação unânime, a teoria da imputação objetiva, cujas transcrições fazemos:

²⁷⁴ Cujas redação é a seguinte: Art. 13, *caput*. 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.

²⁷⁵ Que assim dispõe: Art. 18, parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Eis o teor do parecer exarado pelo Dr. Pedro Franco de Campos, Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Criminal n. 368.162-3/4, de Sorocaba, referente a crime de guarda ilegal de arma de fogo:

Apelação Criminal n. 368.162-3/4 Sorocaba. Apelante: AFM; Apelada: Justiça Pública. Colenda Câmara: AFM foi processada, perante o juízo da 1.^a Vara Criminal da Comarca de Sorocaba, por infração ao art. 12 da Lei n.º 6.368/76, porque trazia consigo, para fins de tráfico, considerável quantidade de cocaína, devidamente acondicionada em 32 (trinta e duas) pedras de crack, e ao art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, porque guardava, em sua casa, sem a devida autorização legal, uma arma de fogo do tipo garrucha.

Depois de regular instrução criminal, veio a sentença de fls. 103/107, que a condenou a cumprir, pelo crime de tráfico, no regime fechado, pena de 3 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa e, pelo porte ilegal de arma, no regime aberto, pena de 1 (um) ano de detenção e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa. Inconformada, interpõe, de próprio punho (fls. 126) e por intermédio de sua defesa (fls. 116), recurso de apelação, com razões às fls. 140/177, onde pede a reforma do decidido por ausência de provas a respeito do tráfico e por ser obsoleta a arma apreendida em sua casa. De forma alternativa, pondera a respeito da possibilidade de ser desclassificada sua conduta de traficante para a de portadora de drogas para uso próprio.

A promotoria de Justiça apresentou contra-razões às fls. 179/182, onde pugna pelo não-provimento do recurso.

Este o relatório necessário do que consta nos atos do processo.

Entendo que o recurso merece provimento parcial, para que a ré seja absolvida da imputação relativa ao porte ilegal de arma de fogo. No mais, a decisão não comporta alteração.

(...) Por fim, como já foi dito, penso que não tem consistência a acusação relativa ao porte ilegal de arma.

A garrucha foi apreendida sem nenhuma munição e estava guardada dentro da casa da ré.

Em primeiro lugar, o fato de estar descarregada, mesmo tendo potencial ofensivo (laudo de fls. 54/55), já descaracteriza o delito. Assim, como ensina o prof. Fernando Capez, verifica-se a atipicidade da conduta da ré pela inexistência de objeto material, se considerarmos que, nessas condições (descarregada ou desmontada), não existe engenho mecânico capaz de lançar projéteis e, por conseguinte, arma de fogo (Arma de fogo, Ed. Saraiva, 1997, pág. 29) (...).

Em segundo lugar, como ensina o sempre lembrado Damásio de Jesus, sob a ótica da teoria da imputação objetiva e da ofensividade, a conduta daquele que guarda, em casa, arma de fogo sem registro não configura crime algum. Na verdade, conclui o festejado Professor: ‘O âmbito de proteção da norma de conduta só é invadido quando o comportamento cria um risco, relevante e juridicamente proibido, ao objeto jurídico. Na espécie – guardar arma de fogo em casa sem registro – o fato é ineficaz de ofender a incolumidade pública, tendo em vista que não causa nenhum perigo efetivo ou potencial à segurança coletiva. É, pois, atípico (Phoenix, dezembro de 2001, n. 41, órgão informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus).

Em face do que ficou exposto, o parecer é no sentido de ser dado provimento parcial ao reclamo da ré, para que seja absolvida da imputação relativa ao crime previsto no art. 10 da Lei n. 9.437/97, mantendo-se, no mais, a fundamentada decisão de primeiro grau.

O Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de Minas Gerais aplicou, no julgamento da Apelação Criminal n. 356.212, da 2.^a Câmara Criminal, em julgamento datado de 14 de maio de 2002, por votação unânime, a teoria da imputação objetiva, decisão esta que transcrever-se-á, parcialmente, a fim de não distanciar-se do tema ora debatido, conforme segue:

Apelação Criminal n. 356.212, Belo Horizonte. 2.^a Câmara Criminal. Apelante: Ministério Público; Apelados: H.H.B. e H.P.A.H. Data do julgado: 14 de maio de 2002. Relator: Juiz Antônio Armando dos Santos. 2.^o Vogal: Juiz Alexandre Victor de Carvalho. Unânime. Excertos do acórdão.

VOTOS – O Exmo. Sr. Juiz Antônio Armando dos Anjos: Quanto aos fatos, narra a denúncia de f. 2-6 que os réus agiram de forma negligente ao administrar a unidade industrial de M., situada no Barreiro, local em que foram vítimas os menores D.S.V., M.J.F.L., e C.R.S., lesionados por queimaduras de 2º e 3º graus, sendo que o último, não resistindo aos ferimentos, veio a falecer. Segundo a inicial acusatória, aos 26.7.1996, D.S.V., de dez anos, adentrou o terreno da empresa dos réus, objetivando resgatar uma “pipa”, o mesmo ocorrendo com os menores M.J.F.L e C.R.S. em data de 31.7.1996. Não obstante o terreno ser de grande perigo, já que formado por rescaldo (moinha) de carvão incandescente – derivado do processamento de ferro gusa – o local não era devidamente sinalizado ou vigiado, possibilitando a entrada de estranhos na empresa, como ocorreu com os menores. Adentrando o terreno, as vítimas menores se depararam com uma camada de significativa espessura sobre o solo, mas em combustão espontânea em seu interior, que foi a causa eficiente para as queimaduras experimentados. (...) Em suma, é o relatório.(...) O Exmo. Sr. Juiz Antônio Armando dos Anjos: NO MÉRITO (...) A partir dos elementos fáticos destacados pelo *parquet*, postos à análise segundo um ponto de vista meramente lógico-formal das categorias dogmáticas do Direito Penal, poder-se-ia sustentar a tese condenatória pretendida. Todavia, o conjunto de elementos fáticos apurados, aliado a uma visão problemática – e não sistemática – das categorias penais, conduz a manutenção da decisão vergastada. (...) Atualmente, vem tomando grande relevância na comunidade jurídica os estudos desenvolvidos pelo penalista alemão Claus Roxin, em que procurou dar às categorias do Direito Penal uma nova dimensão, sempre preocupada com os ideais de justiça. Para tal, reestruturou a concepção lógico-formal das categorias do Direito Penal tratadas nas anteriores teorias do crime, que, repita-se, apenas se preocupavam no regular e bom funcionamento do sistema penal, de modo que ele se desenvolvesse de forma lógica, ainda que as soluções não fossem justas. Entende Roxin que, se a justiça é o fim último do Direito, não há como prevalecer um raciocínio meramente sistemático defendido pelos sistemas penais pretéritos. Ao contrário, far-se-á justiça através de um raciocínio problemático de análise caso a caso das situações postas à apreciação dos operadores do Direito. Para redefinir as categorias dogmáticas do Direito Penal (ação, tipicidade, ilicitude, culpabilidade), valeu-se de elementos valorativos de Política Criminal com critério reitor para a solução dos problemas vislumbrados. Neste norte, a reestruturação do elemento tipicidade merece destaque, pois nela houve considerável mudança na verificação do nexo de causalidade, sendo ali reintroduzido o conceito de imputação. Assim, a chamada Teoria da Imputação Objetiva fez superar o dogma causal, ao exigir para o tipo objetivo, além da conexão naturalística ação-resultado (causalidade natural), a necessidade que esta conexão, segundo valores de política criminal, sejam imputados ao autor como obra jurídica sua (causalidade típica). Esta modificação introduzida no âmbito da causalidade ajudou a acabar com o subjetivismo extremado do finalismo, que dava muita ênfase ao tipo subjetivo (dolo/culpa), através de uma

maior valoração do tipo objetivo, notadamente incidente sobre o nexo de causalidade. Vê-se, pois, que o nexo de causalidade físico não mais implicaria, por si só, em nexo de causalidade jurídico. (...)

Em síntese: para se falar em nexo de causalidade é necessário que, após a verificação da causalidade física, seja constatado que o agente criou um perigo relevante fora do âmbito do risco permitido.

E assevera o insigne Juiz Relator:

A imputação objetiva, embora não prevista na codificação pátria, não tem sua aplicação vedada pelo ordenamento. Emerge como objeto de estudo em diversos países, sendo efetivamente aplicado. No Brasil, conta com crescente adesão dos estudiosos do Direito Penal, sendo que várias decisões dos Tribunais pátrios já se valeram de seus fundamentos, inclusive esta 2.^a Câmara Criminal

Concluiu a Colenda Câmara pela inexistência da imputação objetiva pela permissão do ordenamento ao risco criado, haja vista que a postura da empresa dos réus estava amoldada às determinações dos órgãos competentes, que fiscalizando constantemente suas atividades, entendia possível não só a prorrogação de prazos para a destinação dos resíduos sólidos – em limites por ela estabelecidos – como também a continuidade das atividades industriais, mediante permissão provisória.

Assim, continua o relator:

Logo, embora se sustente que a postura da empresa tenha gerado um incremento no risco para o resultado materializado nos menores, certo é que as medidas então adotadas encontravam-se em perfeita consonância com as determinações administrativas competentes. Desta forma, surge o conflito, pois embora subsista a causalidade natural do evento, tem-se por prejudicada sua causalidade típica, pois não há como desvalorar uma conduta que se encontra em harmonia com as regras do sistema jurídico. (...)

Por derradeiro, conclui o julgamento:

Por todo o exposto, e diante das inúmeras peculiaridades do caso colocado à apreciação, entendo que a pretendida responsabilização dos apelados, com base em uma causalidade meramente naturalística, não espelha o ideal de Justiça perseguido pela sociedade e pelo Direito Penal.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedente o presente apelo tão-somente para, acolhendo a preliminar erigida pelo *parquet*, nos termos do art. 107, IV, do CP, declarar extinta a punibilidade dos réus H.H.B e H.P.A.H. pelo crime de lesões corporais culposas, em tese,

perpetrados contra a vítima M., por ausência de condição específica de procedibilidade da ação penal. Entretanto, entendendo que os lamentáveis acidentes somente ocorreram face dos comportamentos imprudentes das vítimas, no mérito mantenho incólume a r. sentença absolutória por seus próprios e jurídicos fundamentos. É como voto.

Eis, pois, em apertadíssima síntese, as principais contribuições da teoria da imputação objetiva nos delitos de resultado.

Ante o exposto, espera-se que o parecer e o aresto supramencionado sirvam como importantes precedentes para a aplicação da teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro que, infelizmente, por comodismo ou por medo do “novo” ainda reluta em aceitar, na grande maioria da doutrina e jurisprudência, a incorporação de referida teoria entre nós.

CAPÍTULO VI

CONCLUSÃO

As mudanças são inevitáveis!

A justiça divina e a justiça natural são, por sua essência, imutáveis e constantes porque a relação entre dois objetos iguais é sempre a mesma; mas a justiça humana, ou seja, política, não sendo senão a relação entre a ação e o estado variável da sociedade, pode variar à medida que se torne necessária ou útil à sociedade tal ação, e só será bem discernida por quem analisar as relações complicadas e mutabilíssimas das combinações civis (BECCARIA, Cesare, 1999, pág. 156).

Como visto, BECCARIA já em 1764, quando da primeira edição do clássico “Do Delito e das Penas” já aduzia que a “justiça pode variar à medida que isto seja útil à sociedade”...

Tudo muda! Os costumes mudam de geração para geração, mudam a cada ano, a cada dia. A ligeireza com que as informações são transmitidas, seja pela imprensa falada, escrita ou televisiva e a facilidade de acesso à elas, vem transformando a própria forma com que passamos a ver o mundo e, por conseguinte, a nós mesmos. A cada tempo há uma revolução diferente a ser feita. Consentâneo seria se a nossa legislação conseguisse evoluir conosco.

“O analfabeto do ano 2000 não será o que não sabe ler e escrever, mas o que não conseguir aprender, desaprender e reaprender” (TOFLER, Alvin. Apud JESUS, ob. cit., 2002).

Pois bem. Que aprendamos, desaprendamos e reaprendamos a pensar o Direito, no limiar deste século que se inicia, a fim de que possa haver um Direito Penal mais equitativo e garantista dos direitos fundamentais do jurisdicionado. Certamente, uma grande contribuição para isso será a incorporação em nosso ordenamento jurídico da teoria da imputação objetiva que, como já dito, significa *atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico*. (JESUS, ob. cit., 2002, pág. 34)

Espera-se que a expectativa da melhor doutrina nacional (JESUS, Damásio E. de, Imputação objetiva. 2.^a ed. – São Paulo: Saraiva, 2002), possa concretizar-se e, desta feita, o tema “Imputação Objetiva” esteja desde já fadado a converter-se em marco na história do Direito pátrio, superando por completo as até então prevalecentes teorias do delito e inserindo o Brasil no rol dos países como Alemanha e Espanha, entre outros, que de algum modo, preocupados com uma mais justa e condizente aplicação da Lei Penal, já incorporaram à sua realidade a imputação objetiva.

Como acima alinhavado, vimos, também, que segundo o precursor da teoria da imputação objetiva, CLAUS ROXIN, (ROXIN, Claus, ob. cit., 1994, pág. 47) em sua forma mais simples, deve-se entender em relação à teoria que: **“um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação”** (grifamos).

Nesse contexto, foi dito que trata-se de uma das mais antigas discussões do Direito Penal a determinação de quando a lesão de um interesse jurídico pode ser considerada obra do agente, e que, na verdade, cuida-se de uma teoria com a missão de restringir a atribuição da imputação, delimitando as fronteiras entre o penalmente permitido e o proibido.

Abordamos, também, se a imputação objetiva é uma teoria somente aplicável à relação entre a conduta e o resultado nos delitos materiais ou se estende a todas as espécies de crimes, mencionando as duas correntes existentes a respeito, com preponderância para a segunda (teoria extensiva ou ampliativa) aplicabilidade a todos os delitos.

Hodiernamente, entretanto, cremos que aplicar-se-ia de forma mais consentânea a imputação objetiva tão-só aos delitos materiais - não desprezando-se sua aplicação, de forma subsidiária e em casos especiais a todas as espécies de delitos – haja vista que, ante a teoria restritiva, bem como em virtude das próprias peculiaridades da imputação objetiva, que estão calcadas sob o prisma de que somente será imputável aquele que realizar uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido e relevante, ocasionando a produção de um resultado jurídico, sendo o resultado, neste contexto, objetivamente imputável a uma conduta, referirem-se aos crimes materiais, isto é, de conduta e resultado. Repise-se que a tendência da doutrina mais autorizada é galgar essa restrição, admitindo-se, desta feita, a aplicação da *imputatio* a todos os delitos, sejam materiais, formais ou de mera conduta. (Cfr. Pensamento de MANUEL CANCIO MELIÁ, apud Jesus, 2002, pág. 135)

Atualmente, como já dito, a teoria da imputação objetiva tem sido mais aplicada, pela doutrina, aos delitos de ação e de resultado, ou seja, aos crimes materiais, ante sua inequívoca “contribuição para os delitos de resultado”

Vimos, também, que a imputação objetiva diferencia-se da maioria dos outros elementos normativos do tipo penal, que são expressos. Ela se encontra implícita nas figuras típicas, assim como o dolo, que configura elemento subjetivo implícito do tipo. Cuida-se, portanto, de uma exigência típica. De maneira que, ausente a imputação objetiva da conduta ou do resultado, a consequência é a atipicidade do fato e, por conseguinte, a inexistência do delito.

Deste modo, conclui-se que: o fato típico, nos delitos materiais, passa a conter: 1) conduta voluntária ou culposa; 2) resultado material; 3) nexo de causalidade objetiva, 4) imputação objetiva e 5) tipicidade.

Ante todo o exposto, tem-se que a principal contribuição que a teoria da imputação objetiva pode trazer aos delitos de resultado é substituir o dogma causal material por uma relação jurídica/normativa, entre a conduta do agente e o resultado dela advindo, evitando, destarte, chegar-se às consequências nefastas e aberrantes do *regressus ad infinitum*, que, como vimos no exemplo do pecado original, a *conditio sine qua non* - adotada e incorporada entre nós no artigo 13, *caput*, do Código Penal²⁷⁶ -, do ponto de vista puramente objetivo, nada consegue resolver. Evita-se, assim, socorrer-se da ausência de nexo normativo, excluindo o dolo ou a culpa, e tendo que se aplicar o art. 18, parágrafo único, do Código Penal²⁷⁷

Sendo assim, demonstra-se patente a importância da contribuição da teoria da imputação objetiva nos delitos de resultado, porquanto vimos que a presença da relação de causalidade objetiva, que no Estatuto Penal Repressivo brasileiro vem disciplinada no artigo 13, *caput*, só é exigida nos crimes materiais, de conduta e resultado, sendo certo que referida relação de causalidade é prescindível nos delitos omissivos, de mera conduta e formais.

²⁷⁶ Cujá redação é a seguinte: Art. 13, *caput*. 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.

²⁷⁷ Que assim dispõe: Art. 18, parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Trata-se de uma teoria ainda em discussão no Brasil, mas que não depende de reforma do Código Penal para ser adotada, pois a Magna Carta, em seu artigo 5.º, inciso XXXIX²⁷⁸, ao prever o princípio da reserva legal, acometeu à lei, por meio de tipos penais, definir os crimes. A imputação objetiva é um elemento normativo implícito em todo o tipo, cuja ausência implica exclusão de elementar e conseqüente atipicidade do fato.

Com uma limitação da clássica teoria dos antecedentes causais e seus conseqüentes, nosso trabalho apoiou-se na premissa de que o resultado jurídico está estruturalmente vinculado a todos os delitos e, especialmente, nos delitos materiais (que exigem, efetivamente, a produção do resultado jurídico), sendo tal resultado considerado penalmente relevante (para a teoria da imputação objetiva) quando for juridicamente inadequado e houver significativa importância para o Direito, só podendo tal resultado ser imputado ao agente que realizar uma conduta que venha dar azo à criação de um risco juridicamente proibido.

Daí a teoria da imputação objetiva, o assunto mais discutido em Direito Penal desde a segunda metade do século XX até os dias de hoje, que visa resolver os problemas que o dogma causal naturalístico (segundo o qual o resultado lesivo só é imputado a quem lhe deu causa, considerando-se esta toda ação ou omissão sem a qual o evento final não teria ocorrido) e a doutrina finalista não conseguiram solucionar.

Temos, pois, a expectativa de que, num futuro não muito distante, a teoria da imputação objetiva seja aceita, adotada, incorporada e aplicada pelo Poder Judiciário²⁷⁹, substituindo a doutrina da causalidade material, revogando-se o atual sistema do dogma da causalidade.

Assim, como há gente que tem medo do novo, há gente que tem medo do antigo. Eu defenderei até a morte o novo por causa do antigo e até a vida o antigo por causa do novo. O antigo que foi novo é tão novo como o mais novo. O que é preciso é saber discerni-lo no meio da velhacas velhacarias que nos impingiram durante tanto tempo. (CAMPOS, Augusto de., 1996, pág. 15).

Que não tenhamos, pois, medo do novo!

²⁷⁸ Que dispõe: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”

²⁷⁹ Surpreendentemente, já vem sendo aplicada, tendo o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de Minas Gerais aplicado-a, no julgamento da Apelação Criminal n. 356.212, da 2.ª Câmara Criminal, em julgamento datado de 14 de maio de 2002, por votação unânime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**, parte geral: volume 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. 638p.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed., revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 150p.

BÍBLIA SAGRADA. Tradução de João Ferreira de Almeida. Editoração de Paulo Matos Peixoto. 5. ed., São Paulo: Editora Paumape Ltda, 1982. 924p.

BRASIL. **Código penal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 37.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 733p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Emílio Sabatovski e Iara Fontoura. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

CAPEZ, Fernando. **O Declínio do Dogma Causal**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm. Acesso em: 23 abr. 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 458p.

FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**, volume 1: parte geral. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 2106p.

GALVÃO, Fernando. **Imputação objetiva**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. 147p.

JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. 1149p.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, vol. 1, 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 1999. 754p.

JESUS, Damásio E. de. **Imputação objetiva**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 197p.

JESUS, Damásio E. de. **Momento de verificação da presença da imputação objetiva**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, out. 2003. Disponível em www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm. Acesso em: 03 out. 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Procurador de Justiça de São Paulo aplica a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, abr. 2003. Disponível em www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm. Acesso em: 15 set. 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Tribunal de Alçada de Minas Gerais aplica a teoria da imputação objetiva a crime culposos**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, abr. 2003. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm. Acesso em: 03 out. 2003.

MAURACH, Reinhart. ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**. Parte general. vol. 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7.^a edición alemana por Jorge Boffil Genzsch Y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. 687p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo, Atlas, 1999. 1972p.

MIRABETE, Julio Fabbini. **Manual de direito penal**, vol. 1. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1987. 433p.

MUNOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre, Fabris, 1988. 259p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral: arts. 1.º a 120. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 682p.

PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica e seus fundamentos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 173p.

ROXIN, Claus. **A Teoria da Imputação Objetiva**, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 38. Tradução de Luís Greco, autorizada pelo autor do estudo “Die Lehre von der objektiven Zurechnung”, originalmente publicado em Chengchi Law Review 50, maio 1994 (edição especial para o Simpósio Taiwanês/Alemão/Espanhol de Direito Penal) Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 11-31, n. 38, abr/jun., 2002.

ROXIN, Claus. Título original: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2. Auflage Beck, Munchen, 1994. **Derecho Penal**, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoria del Delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Carcía Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas, S/A. Madrid (España), 1996. 1071p.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Coleção Veja Universidade. Secção: Direito e Ciência Jurídica. Direção de J. M. de Vasconcelos Mendes Ferreira. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz (textos I/VIII), Ana Isabel de Figueiredo (texto X) e Maria Fernanda Palma (texto XI). Coimbra Editora Ltda. Portugal: 1986. 361p.

SILVA, De Plácido e, 1892-1963. **Vocabulário jurídico**, vol. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1990. 526p.

SILVA, De Plácido e, 1892-1963. **Vocabulário jurídico**, vol. III e IV. Rio de Janeiro: Forense, 1990. 513p.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 452p.

WESSELS, Johannes. **Direito penal: aspectos fundamentais**. Tradução do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre, Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** – São Paulo: RT, 1997. 856p.