



FACULDADES INTEGRADAS VIANNA JÚNIOR

**Jamile Luiza dos Santos Oliveira**

**A INCIDÊNCIA DA “CONDITIO SINE QUA NON” E DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA  
FRENTE A UM CASO CONCRETO DA DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA**

Juiz de Fora

2006

**Jamile Luiza dos Santos Oliveira**

**A INCIDÊNCIA DA “CONDITIO SINE QUA NON” E DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA  
FRENTE A UM CASO CONCRETO DA DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito das Faculdades  
Integradas Vianna Júnior, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Otônio Ribeiro Furtado

Juiz de Fora

2006

**Jamile Luiza dos Santos Oliveira**

**A INCIDÊNCIA DA “CONDITIO SINE QUA NON” E DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA  
FRENTE A UM CASO CONCRETO DA DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA**

Monografia de Conclusão de Curso submetida  
ao curso de Direito das Faculdades Integradas  
Vianna Júnior, como requisito parcial para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito e  
aprovada pela seguinte banca examinadora:

**Prof. Dr. Otônio Ribeiro Furtado (Orientador)**

Faculdades Integradas Vianna Júnior

**Profa. Natália de Oliveira Carvalho**

**Faculdades Integradas Vianna Júnior**

Juiz de Fora

2006

Acredito que apenas nos momentos difíceis é que descobrimos, quem, realmente, são nossos verdadeiros amigos. Em razão disso, dedico o presente trabalho aos meus grandes amigos que, embora poucos, estão sempre dentro do meu coração e dos meus pensamentos. Em especial, ofereço este estudo aos amigos que estiveram comigo durante o meu processo de amadurecimento na seara jurídica, dentre eles à Marcinha e ao Sr. Wanderley. Dedico, ainda, ao querido Wellerson, por ter entendido, com muito amor, os meus momentos de estudo e dedicação ao Direito.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os meus professores, os quais me conduziram pelas sendas do saber jurídico.

Agradeço, também, ao meu orientador, professor Otônio, por me apresentar seu conhecimento. E ao Dr. Marcelo Augusto, por compartilhar comigo sua vasta cultura jurídica na seara penal.

Ao amigo Ricardo Canin, por ter cativado em mim o gosto pelo Direito Penal, além de ter me mostrado a pura dignidade e solidariedade de um cidadão brasileiro.

Ao amado Wellerson, pela presença valorosa nos momentos difíceis e por ter tornado o meu caminho repleto de alegrias.

Aos meus pais (*in memoriam*), pelo caráter e pela determinação que implantaram no meu ser.

Ao meu avô Osmar dos Santos, ser humano inigualável, meu referencial e pilar, o qual me auxiliou e orientou nos momentos mais cruciais de minha vida.

Com sincero carinho.

“Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àquelas que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza.

O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender.

A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.

Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança.

O direito é um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos mas ainda de uma nação inteira”.

(Rudolf Von Ihering, A Luta Pelo Direito)

## RESUMO

Em várias de suas problemáticas, o ordenamento penal brasileiro não proporciona penas justas e eficazes ao autor do fato criminoso, tendo em vista que o nexu causal foi erroneamente analisado. Neste patamar, tem-se duas correntes de reconhecimento da causalidade: uma que defende a aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes causais e outra que argumenta ser a teoria da Imputação Objetiva mais adequada aos parâmetros brasileiros. A primeira, de origem austríaca, entende ser a teoria da “*conditio sine qua non*”, com o seu procedimento indutivo hipotético da eliminação de Thyrén, adotada pelo Código Penal Brasileiro, perfeitamente capaz de solucionar todos os conflitos e discrepâncias advindas do fato criminoso. A outra, de origem alemã e preconizada por Roxin e Jakobs, vem conquistando seu espaço no sistema penal brasileiro, vez que demonstra soluções mais coerentes a algumas questões do Direito Penal. Tribunais de Justiça, como os dos estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul já começaram a aplicar a teoria da Imputação Objetiva em seus processos, todavia, a maioria destes ainda se mostra muito conservadora, incentivando a adoção da teoria do Código Penal. Assim, o tema ainda não é pacífico em doutrina e jurisprudência, o que torna necessário um maior aprofundamento para analisar a sua criminalização.

**PALAVRAS-CHAVE:** Nexu causal. Teoria da equivalência dos antecedentes causais. Método indutivo de Thyrén. Imputação Objetiva.

## RESUMEN

En muchas de sus problemáticas, el ordenamiento penal brasileño no proporciona penas justas y eficaces al autor de la infracción criminal, puesto que la relación de causalidad no fue analizada de modo correcto. En este sentido, hay dos corrientes de reconocimiento de la causalidad: una que defiende la aplicación de la teoría de la equivalencia de condiciones y otra que argumenta ser la teoría de la Imputación objetiva la más adecuada a los parámetros brasileños. La primera, de origen austríaca, entiende ser la teoría de la *conditio sine qua non*, con su procedimiento inductivo de eliminación de Thyrén, adoptada por el Código Penal brasileño, perfectamente capaz de solucionar todos los conflictos y discrepancias avenidas del hecho delictivo. La otra, de origen alemana y preconizada por Roxin e Jakobs, sigue conquistando su sitio en el sistema penal brasileño, ya que demuestra soluciones más coherentes con algunas cuestiones del Derecho Penal. Tribunales de Justicia, como los de São Paulo y Rio Grande do Sul ya han empezado a aplicar la teoría de la Imputación objetiva en sus procesos, pero la mayoría de los jueces aun es muy conservadora, lo que incentiva la adopción de la teoría del Código Penal. Así, el tema no es aún pacífico en doctrina ni en jurisprudencia, lo que hace con que sea necesario un mayor ahondamiento a fin de analizar su criminalización.

**PALABRAS CLAVES:** Relación de causalidad. Teoría de la equivalencia de condiciones. Método inductivo de Thyrén. Imputación Objetiva.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>1 CARACTERÍSTICAS DO CRIME NO DIREITO PENAL BRASILEIRO</b>	
1.1 Conceitos e características do crime .....	10
1.2 Elementos do fato típico .....	10
1.3 Princípio da culpabilidade como elemento do crime.....	11
<b>2 TEORIAS DE VERIFICAÇÃO DO NEXO CAUSAL</b>	
2.1 Teoria da equivalência dos antecedentes causais .....	13
2.1.1 Noções gerais.....	13
2.1.2 Aplicação e limites de sua incidência no moderno Direito Penal .....	14
2.1.3 Críticas ao instituto.....	17
2.1.4 A teoria da equivalência dos antecedentes causais na jurisprudência brasileira.....	19
2.2 Teoria da Imputação Objetiva.....	20
2.2.1 Surgimento e funcionalismo aplicado ao Direito Penal.....	20
2.2.2 Conceito e tipicidade do fato criminoso em face do art.13 do Código Penal .....	22
2.2.3 Vertentes de aplicação.....	24
2.2.4 Processo de atribuição objetiva e limites.....	31
2.2.5 A Imputação Objetiva como meio de promover o Direito Penal Mínimo.....	33
2.2.6 Acórdão com aplicação da teoria da Imputação Objetiva.....	35
<b>3 COMPARAÇÃO ENTRE AS TEORIAS FACE A UM CASO CONCRETO</b>	
3.1 Exposição e análise comparativa do caso pelas teorias do nexos causal .....	38
3.2 Ausência de Imputação Objetiva: atipicidade X antijuridicidade .....	42
<b>CONCLUSÃO</b> .....	46
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	49

## INTRODUÇÃO

O nexu causal e a intenção do agente, desde o advento do Código Penal de 1940, vêm provocando muitas controvérsias na doutrina e jurisprudência brasileiras. Em muitos casos que os envolve, o ordenamento pátrio não apresenta resultado justo e coerente ao delito praticado e à intenção demonstrada pelo agente.

A denominada teoria da Imputação Objetiva é um dos temas que mais tem atraído juristas nos últimos anos, principalmente por seu auxílio na busca por um Direito Penal Mínimo.

Esta monografia não se preocupa em aprofundar a teoria, mas a demonstrar que ela tem condições de ser aplicada na dogmática penal brasileira, de forma a apresentar soluções mais proporcionais ao caso concreto do que a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro, qual seja, a *conditio sine qua non*, fornece.

Embora comece a ser difundida no Brasil, ainda se apresenta obscura e imprecisa. Todavia, não pode ser ela entendida como especulativa, supérflua ou imaginativa; pelo contrário, deve ser tida como uma evolução jurídica.

O objetivo, *a priori*, é contribuir para minimizar as incertezas da teoria; entretanto, cumpre ressaltar, desde já, que ela está distante de ser algo perfeita, como qualquer outra teoria em qualquer ciência. Se esta fosse acabada, sem pontos de vistas conflitantes, o Direito se mostraria engessado e inapto a se adequar às novas realidades sociais. Dessa forma é que se promove a evolução do Direito, fazer o homem pensar em busca de soluções mais ajustadas ao caso em apreço.

# **1 CARACTERÍSTICAS DO CRIME NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

## **1.1 Conceitos e características do crime**

Em um conceito formal, crime é toda conduta que a lei penal incrimina, sob ameaça de pena.

Já em um aspecto material, o ilícito penal pode ser caracterizado como a conduta definida pelo legislador contrária a uma norma de cultura reconhecida pelo Estado e lesiva de bens juridicamente protegidos.

Esses conceitos formal e material são insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime.

Elaborou-se, então, o conceito analítico de crime, com base no finalismo moderno, como ação típica, antijurídica e culpável.

Conduta típica é aquela ação ou omissão devidamente prevista no tipo penal. O tipo é o conjunto de elementos do fato punível, o qual exerce função limitadora e individualizadora das condutas penalmente relevantes.

Por conduta antijurídica ou ilícita entende-se aquela que contraria o ordenamento jurídico, e não está protegida por uma excludente de antijuridicidade (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito, consentimento do ofendido como causa supralegal).

Culpável é a ação típica e ilícita que apresenta juízo de reprovação, se há imputabilidade do agente, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

## **1.2 Elementos do fato típico**

O fato típico é composto pela conduta humana<sup>1</sup> (ação ou omissão) direcionada a certa finalidade; pelo resultado naturalístico, que é a alteração do mundo exterior provocada pelo

---

<sup>1</sup> Pela nova tendência do ordenamento pátrio de aceitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, os defensores desta argumentam que a conduta humana se tornou elemento constitutivo não essencial do fato típico.

agente; pela relação de causalidade tida como o liame entre a conduta e o resultado, no sentido de causa efeito; e pela tipicidade, ou seja, pela adequação entre o fato concreto e a descrição abstrata contida na lei penal.

Com o advento da teoria finalista da ação, o injusto deixou de ser puramente objetivo passando a ser, também, subjetivo, e a culpabilidade, normativa.

O tipo penal, ao abordar todos os elementos que fundamentam o injusto, acaba por fazer um juízo de valor na descrição da ação típica. Assim sendo, o tipo penal compõe-se de elementos objetivos-descritivos, normativos e subjetivos.

Os elementos objetivos-descritivos são aqueles identificados com a percepção dos sentidos. São eles, o sujeito passivo, ativo, verbo, objeto material, dentre outros.

Por elementos normativos entendem-se aqueles para cuja compreensão é indispensável um juízo valorativo. São elementos normativos as expressões: “indevidamente” (art. 319), “sem justa causa” (art. 321), “documento” (art. 299), “funcionário público” (art. 312), dentre outras.

Os elementos subjetivos do tipo são os dados psíquicos internos do autor, os quais são constituídos pelo elemento subjetivo geral, o dolo, e por elementos subjetivos específicos do tipo, como o especial fim de agir.

### **1.3 Princípio da culpabilidade como elemento do crime**

A culpabilidade, terceira característica do conceito analítico de crime, deve ser analisada depois de concluir-se que o agente praticou um injusto penal. Chegando-se a essa conclusão, ou seja, porque a conduta do agente é típica e antijurídica, autoriza-se a análise sobre a possibilidade ou não da censura ao fato praticado, através de um juízo de valoração advindo da culpabilidade.

Sob esse prisma, vislumbra-se que a culpabilidade exerce função fundamental para a caracterização do delito. Concluído que o fato praticado é típico, antijurídico e culpável, resta configurada a infração penal e, posteriormente, cabe ao julgador, após a condenação, fixar a pena correspondente ao crime praticado, usando-se da culpabilidade, nesse momento, como critério regulador da pena.

É função do julgador, nesta fase, aplicar as regras previstas no art. 68 do Código Penal, para, em um primeiro momento, estabelecer a pena-base e, para tanto, deverá verificar todas as condições judiciais descritas no art. 59 do mesmo diploma legal.

Uma das circunstâncias judiciais a serem observadas pelo juiz é a culpabilidade do agente, que servirá de medidora da pena. O princípio da culpabilidade enseja um caráter subjetivista na responsabilidade penal. Não cabe, em Direito Penal, uma responsabilidade puramente objetiva, oriunda somente de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico.

Em razão do Princípio da Culpabilidade, um certo fato contido em um tipo penal somente poderia ser imputado a alguém se o agente tivesse agido com dolo ou culpa. Ausentes dolo ou culpa, não se pode cogitar em fato típico e, conseqüentemente, em crime, já que, de acordo com o princípio da culpabilidade, a responsabilidade penal será sempre subjetiva. Assim sendo, em face da ausência de qualquer elemento subjetivo, o resultado não poderá ser atribuído ao agente para fins penais.

## **2 TEORIAS DE VERIFICAÇÃO DO NEXO CAUSAL**

### **2.1 Teoria da equivalência dos antecedentes causais**

#### **2.1.1 Noções gerais**

O nexo causal objetivo entre o comportamento humano e a modificação do mundo exterior é um dos elementos do fato típico, junto com a conduta humana, o resultado e a tipicidade.

Na lição de Damásio (2002, p. 247) “o nexo de causalidade cuida de estabelecer quando o resultado é imputável ao sujeito, sem atinência à ilicitude do fato ou à reprovação social que ele mereça (culpabilidade)”.

Elaborada por Glaser para o Direito Austríaco, e posteriormente introduzida na Alemanha por Von Buri, a teoria da *conditio sine qua non*, da equivalência dos antecedentes causais ou da equípotência, foi adotada pelo Código Penal Brasileiro para resolver as questões que envolvem o nexo causal.

Esta teoria encontra-se prevista no art. 13, *caput*, 2ª parte, segundo o qual é considerada causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Também é vislumbrada na 1ª parte do mesmo artigo, ao determinar que o resultado naturalístico somente é imputável a quem lhe deu causa.

Segundo o procedimento indutivo hipotético de eliminação de Thyren, a mente humana julga que um fenômeno é condição de outro toda vez que, suprimindo-o mentalmente, resulta impossível conceber o segundo fenômeno.

Não há qualquer diferenciação entre causa e condição, todo fator que contribua de alguma forma para o resultado será considerado como causa desse evento, independentemente de tratar-se ou não de ação humana. Dessa forma, atribui-se relevância causal a todos os atos antecedentes do resultado.

O Código Penal atual não admite a concausa, que é uma condição que concorre para a produção do resultado com preponderância sobre a conduta do sujeito. Assim sendo, todas as condutas anteriores ao resultado, desde que consideradas causas, possuem idêntico valor, mesmo se estas forem irrelevantes.

Diante disso, em um crime, o nexu causal entre o comportamento do agente e o resultado subsiste mesmo quando para a sua produção tenha concorrido algum elemento externo, como, por exemplo, particular condição fisiológica do ofendido. Neste patamar, a relação causal é aferida *ex post*, ou seja, quando as circunstâncias concretas do fato já ocorreram.

O código vigente acolheu, como limite ao nexu causal, a teoria da equivalência dos antecedentes causais, todavia, a fim de que a condição possa ser considerada causa, exige, também, a adequação da condição. A teoria da causalidade adequada preceitua que para que se possa considerar um evento como causado por alguém, faz-se mister que este, além de realizar um antecedente indispensável, desenvolva uma atividade adequada à concretização do evento, de forma a configurar uma probabilidade mínima para provocar o resultado. Porém, esta teoria exclui indevidamente o nexu causal, em face da improbabilidade do resultado. Peca por não evidenciar o caráter valorativo da ciência jurídica como fator preponderante do nexu causal objetivo.

### **2.1.2 Aplicação e limites de sua incidência no moderno Direito Penal**

Como o art. 13 determina que o resultado, de que depende a existência do crime, só poderá ser imputado a quem lhe deu causa, a relação de causalidade apenas deverá ser aplicada aos crimes que exigem a produção de um resultado, ou seja, aos crimes materiais, de conduta e resultado naturalístico.

O primeiro limite à teoria da equivalência das condições encontra-se na consagração do dolo e da culpa, pela teoria finalista da ação, no tipo penal.

Na lição de Assis Toledo (*apud* D'AVILA, 2001, p.26)

a causalidade relevante para o direito penal é aquela que foi ou pelo menos deveria ter sido visualizada, prevista, antecipada em mente pelo agente. Com isso, o dolo e a culpa limitam, na cadeia causal, que pode ser infinita, o seguimento dessa cadeia relevante para o direito penal.

Embora o uso do dolo e da culpa sirva para identificar a causalidade juridicamente relevante, não soluciona todas as divergências.

Ademais, pode ser que alguém dê causa a um resultado sem ter agido com dolo ou culpa. E, externamente ao dolo e a culpa há os casos acidentais, que estão fora dos limites do Direito Penal.

Com efeito, uma pessoa pode ter dado causa a um resultado e não ser possível imputar-lhe a responsabilidade penal, por não ter agido nem dolosa nem culposamente, ou seja, não ter atuado com tipicidade.

Junto à conduta do agente podem ocorrer circunstâncias que interfiram no processo causal, as quais são preexistentes, concomitantes ou supervenientes relativa ou absolutamente independentes, limitando-a.

No ensinamento de Bitencourt (2003, p.181)

as condições absolutamente independentes causam o resultado que se analisa. Essas condições preexistentes, concomitantes ou supervenientes à conduta podem auxiliá-la na produção do evento ou produzi-lo de maneira total, absolutamente independente da conduta que se examina.

São condições – concausas preexistentes, aquelas que ocorrem antes da existência da conduta, isto é, antes da realização do comportamento humano; concomitantes, quando ocorrem simultaneamente com a conduta e, finalmente, uma concausa superveniente quando se manifesta depois da conduta.

A título exemplificativo, ocorreria uma causa preexistente absolutamente independente quando Jaqueline, que tomou veneno para cometer suicídio, fosse atingida por golpes de Juliana, vindo a morrer, momento depois, pelo envenenamento.

Haverá uma causa concomitante absolutamente independente quando Anacleto fere Bernardo no mesmo instante que este falece exclusivamente em razão de ataque cardíaco. Coexistirão a agressão e o colapso do coração.

Tem-se uma causa superveniente absolutamente independente quando Francisco põe veneno no refrigerante de Sérgio sendo que este, quando está ingerindo a bebida, falece em razão de ter sido atingido por uma bala perdida. A bala perdida constitui a causa superveniente absolutamente independente em relação à conduta de Francisco, sendo que o veneno em nada contribuiu para a morte.

Quando a causa é absolutamente independente da conduta do sujeito, a causalidade é excluída pela própria disposição legal prevista no art. 13, *caput*, do CP.

Nos exemplos, a causa da morte não possui qualquer ligação com a conduta do agente. Dessa forma, o sujeito ativo não responderá pelo resultado, mas pelos atos praticados antes deste, vez que as causas preexistente, concomitante e superveniente absolutamente independente produziram, por si só, o resultado. Assim, não faz sentido imputá-la ao sujeito.

Há, ainda, as causas relativamente independentes, que atuam auxiliando ou reforçando o processo causal iniciado com o comportamento do sujeito. Ocorre uma soma de fatores para

atingir o resultado. Ela funciona em face da conduta anterior, conduz como se sozinha tivesse produzido o resultado.

As causas relativamente independentes, assim como as absolutamente independentes, podem ser preexistentes, concomitantes ou supervenientes.

Quando Bruno esfaqueia Rômulo, hemofílico, que vem a falecer devido aos ferimentos, trata-se de uma causa preexistente relativamente independente, ou seja, se a vítima não fosse anteriormente hemofílica, poderia ter sobrevivido às facadas.

Ao Elaine descarregar as balas de um revólver em seu marido no exato momento em que este está tendo um colapso cardíaco e ele vem a falecer, configura-se uma causa concomitante relativamente independente, já que a lesão contribuiu para o óbito.

Suponha que numa rua ocorra um acidente com uma van escolar a qual, desgovernada após uma batida, colide com um poste de eletricidade. Ao saírem todas as crianças ilesas do acidente automobilístico, os fios deste poste, que se romperam com a colisão, caem sobre as crianças matando-as em razão da descarga elétrica, caracteriza-se uma causa superveniente relativamente independente.

Nos dois primeiros exemplos, de acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes causais, os autores responderiam pela morte já que as causas (hemofilia e ataque cardíaco) não afastam a seqüência de desdobramento físico desenvolvida pelas ações.

De acordo com a Exposição de Motivos do CP/84, a teoria da *conditio sine qua non*

não distingue entre causa e condição: tudo quanto contribui, *in concreto*, para o resultado é causa. Ao agente não deixa de ser imputável o resultado, ainda quando, para a produção deste, se tenha aliado à sua ação ou omissão uma concausa, isto é, uma outra causa preexistente, concomitante ou superveniente.

Nos três últimos casos supracitados, não se aplica o art. 13, *caput*, vez que este trata apenas de causas absolutamente independentes, as quais em nada contribuem para a ocorrência do resultado.

Para solucionar essas circunstâncias, usa-se a única exceção à teoria da *conditio sine qua non*, de forma a restringi-la, que se apresenta no art. 13, § 1º, do CP: “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”.

Dessa forma, o presente dispositivo legal só abarcou as causas supervenientes. Então, de acordo com o sistema penal vigente, as causas preexistentes e concomitantes relativamente independentes não excluem o resultado. Todavia, a superveniente afasta a imputação

respondendo o agente pela realização dos atos anteriores, nos moldes do art. 13, § 1º, do CP, quando ela é autônoma, ou seja, por si só produziu o resultado, que não se encontra na linha de desdobramento físico da conduta anterior.

Costa Júnior (1995, p.66) entende que embora o § 1º, do art. 13 se refira apenas às causas supervenientes, as causas antecedentes ou intercorrentes, relativamente independentes, que por si só foram suficientes para produzir o evento, também excluem o vínculo causal relevante. Trata-se de uma analogia *in bonam partem*, admissível em direito penal. Explica, ainda, que o legislador não mencionou os fatores preexistentes e intercorrentes ao lado dos supervenientes, pois o fator subsequente, por ser este superveniente à conduta, poderia ser tido como consequência desta, o que levaria o intérprete a supor que tudo aquilo que se seguisse à ação se devesse atribuir a esta.

### 2.1.3 Críticas ao instituto

A fórmula de eliminação hipotética das causas, fundamento primário da “*conditio sine qua non*”, mostra-se redundante.

Segundo Fábio D’Ávila (2001, p. 24)

provas da fragilidade teórica desta podem ser melhor evidenciadas quando observamos a sua incapacidade de limitar o conceito jurídico de causa, não só por levar em conta inúmeros aspectos absolutamente irrelevantes à ordem jurídica como também por desconsiderar fatores efetivamente causais, além de ser incapaz de dar uma resposta efetiva a uma série de hipóteses de interesse jurídico.

Ao se conjugar a teoria da equivalência dos antecedentes causais com o seu método indutivo hipotético de eliminação, a causalidade material apresenta-se incoerente em alguns temas:

a) *Cursos causais hipotéticos*: quando mesmo se retirando a conduta que causou o evento, ele ainda ocorreria. De forma que, a conduta que produziu o resultado, segundo a eliminação hipotética, não deveria ser tida como uma causa.

É o tradicional exemplo do soldado que executa um prisioneiro de guerra, por ordem de seu general, que seria praticado por outrem, da mesma maneira, caso ele se negasse a cumpri-la.

b) *Causalidade adiantada*: ocorre quando uma circunstância se adianta e produz um resultado antes do efeito de outro, anteriormente ministrado e que tinha o mesmo fim. Dessa maneira, eliminando-se a causa adiantada, o resultado ocorreria da mesma forma.

Por exemplo, Carlos encontra Pedro, seu desafeto, mortalmente esfaqueado num beco sem movimento, e lhe desfere mais golpes de faca, produzindo a sua morte. Eliminando-se mentalmente as facas dadas pelo agente, ainda assim ocorreria o óbito. Ao aplicar a teoria clássica, verifica-se que o sujeito não responderia pelo resultado.

c) *Causalidade cumulativa positiva ou causalidade alternativa*: haverá quando se constatar a incidência de duas ou mais causas autônomas atuando no mesmo instante, sendo cada uma capaz de produzir o resultado. Eliminando-se qualquer delas, o resultado ainda aconteceria. Teríamos um resultado sem causa.

Por exemplo, se João e Roberto, irmãos, pretendem matar seu pai e ambos, desconhecendo a conduta do outro, ministram veneno no suco da vítima, que falece. As doses de veneno, separadamente, já eram suficientes para matar. Retirando a conduta de João ou Roberto, a morte do pai aconteceria de qualquer jeito, de maneira que seus comportamentos, segundo a teoria da *conditio sine qua non*, não levaram ao resultado morte.

d) *Causalidade cumulativa negativa*: ocorrerá quando tiver a incidência de duas ou mais causas autônomas atuando no mesmo instante, sendo cada uma, isoladamente, insuficiente para produzir o resultado, o qual aconteceu pela soma de ambas. Suprimindo uma delas, o evento não ocorreria. Assim, cada uma é causa do resultado.

Em caráter exemplificativo, Maria e Joana pretendem matar Karla com veneno. Maria vai até a cafeteria onde Karla frequenta todos os dias e joga veneno em seu chá, entretanto, apenas conseguiu despejar metade do veneno, vez que a outra metade caiu no chão. Joana também se dirige à cafeteria e acrescenta, no mesmo chá, metade do vidro de veneno, já que o resto entornou em sua bolsa. Sabe-se que metade do frasco, sozinho, não é suficiente para matar. Todavia, a soma dos frascos resultou na morte de Karla. Nos termos do dogma causal, Maria e Joana deveriam responder pelo evento.

e) *“Regressus ad infinitum”*: casos em que o resultado, ligado a fatos anteriores, permite extrema extensão regressiva da relação causal.

Como exemplo, Mariano, dono de uma loja de armamentos devidamente legalizada, vende para Ramon, esportista e atirador credenciado, uma pistola automática. Ramon vai até a

casa de Manuel e o mata com esta pistola. Sob a ótica do nexos causal material, o vendedor é responsável pela morte, junto com Ramon.

*f) Ação que impede os cursos causais salvadores:* é constatada quando alguém, podendo auxiliar, se recusa a ajudar em algum salvamento. É o caso do barqueiro que impede a utilização de seu barco para a realização de um salvamento, e as pessoas que estavam se afogando acabam morrendo.

Não haverá causalidade se considerada na sua forma tradicional, na medida em que a obstrução do salvamento não causou, fisicamente, o resultado, apenas impediu a sua evitação.

Em razão dessas discrepâncias, a teoria causal da equivalência dos antecedentes foi obrigada a buscar soluções em teorias que a restringe, como a da proibição do regresso, da adequação social e da inexistência de dolo ou culpa.

Porém, essas teorias limitadoras não fornecem respostas claras e convincentes às questões penais. Assim, surgiu a teoria da Imputação Objetiva como uma alternativa à causalidade controvertida protagonizada pela teoria da *conditio sine qua non*.

#### **2.1.4 A teoria da equivalência dos antecedentes causais na jurisprudência brasileira**

##### *Adoção da teoria da equivalência dos antecedentes*

“Em matéria de causalidade, o nosso Código Penal adotou a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*. O legislador não distinguiu entre causa e condição, causa e ocasião: todos os fatos que concorrem para a eclosão do evento punível devem ser considerados causas deste”. (TACRSP - RT 414/281)

##### *Condição preexistente não exclui a imputação*

“Se nosso sistema penal eliminou as concausas, quando cuida do nexos de causalidade, pouco importa que a condição de diabética da vítima tenha concorrido para a eclosão do resultado morte, com preponderância sobre a conduta do acusado do evento”. (TJSP – RT 527/362).

### *Condição concomitante que não exclui a imputação*

“Ao agente não deixa de ser imputável o resultado ainda quando, para a produção deste, se tenha aliado à sua ação ou omissão uma concausa, isto é, uma outra causa preexistente, concomitante ou superveniente”. (RJTJESP 1/210)

“Lesão corporal culposa. Acidente de trânsito. Pretendida culpa exclusiva da vítima de atropelamento. Circunstância que, mesmo demonstrada, não elide a responsabilidade do acusado. Condenação mantida. Inteligência dos art. 129, § 6º e 13 do Código Penal. A ação e a omissão somente deixam de ser imputáveis quando uma causa, ainda que relativamente independente, venha, por si só, a produzir o resultado”. (TAMG – RT 469/406)

## **2.2 Teoria da Imputação Objetiva**

### **2.2.1 Surgimento e funcionalismo aplicado ao Direito Penal**

No século XIX, Era do Positivismo, adotava-se o princípio natural de que todo conseqüente deveria possuir um antecedente preciso e determinado. Todavia, com a teoria da relatividade, no século XX, esta regra natural passou a ser relativizada, colocando-se em discussão o tema da probabilidade, ou seja, de que sempre haverá um pouco de indeterminação nas relações.

Adequando-se o debate às ciências sociais, concluiu-se que não era possível falar em causalidade nos fatos da vida em sociedade, já que nestes há o fator da interação, sendo, dessa maneira, inadequado estabelecer uma relação de causa e resultado.

Na área criminal esta doutrina reduzia o tipo à causalidade, assim, para ela, matar alguém era sinônimo de “causar a morte de alguém”. Todavia, a regra da relação entre o antecedente e o conseqüente durou ainda muitos anos, até que, no século XX, objetivou-se amenizar o princípio da determinação com a introdução da teoria da probabilidade. Na ligação entre a conduta e o resultado, autores passavam a defender a teoria da causalidade adequada e da relevância típica, dentre outras.

Sob o conceito de causalidade, considerava-se realizado o tipo sempre que o sujeito constituía uma condição para o resultado nele previsto, no sentido da equivalência dos antecedentes causais. Os limites à responsabilização jurídico-penal resultantes deste sistema

deveriam ser apreciados na antijuridicidade ou no âmbito da culpabilidade, onde se localizavam os elementos subjetivos do tipo.

O finalismo, teoria que dominou o debate nos anos seguintes à Segunda Guerra Mundial, atacava a doutrina causal argumentando que os tipos tinham de ser complementados pela finalidade do ato humano.

Se a doutrina anterior esgotava o tipo na causalidade, no finalismo esta passa a ser apenas a metade da teoria do tipo objetivo, reconhecendo-se um tipo subjetivo composto pela finalidade. Assim, apenas acrescentava o subjetivo ao tipo objetivo intocado.

Em contraposição, a teoria finalista da ação, compreendendo a conduta como um ato finalístico, orientado a um objetivo, passa a evitar o *regressus ad infinitum* da teoria causal da ação já que a análise do dolo estabelece-se ao nível do tipo, como parte subjetiva deste.

Todavia, o progresso da teoria finalista reside somente no tipo subjetivo. Para que o tipo objetivo se realize, esta teoria considera a relação causal como suficiente (teoria da *conditio sine qua non*), permitindo, dessa forma, que o tipo continue muito extenso.

O funcionalismo penal surgiu como uma nova forma de construir a dogmática. Ele preceitua que se deve abandonar o conceito de ação, o qual é o ponto central das teorias naturalistas e finalistas, e reformular a estrutura do crime tendo como núcleo a função do Direito Penal.

As teorias finalista e naturalista firmam-se nos conceitos final e causal da ação e, partindo daí, desenvolvem as teorias do tipo, da antijuridicidade, da culpabilidade, etc.

O funcionalismo é pouco desenvolvido e discutido no Brasil, devido a forte influência finalista nos penalistas, haja vista que o próprio Código Penal de 1940, bem como a sua reforma de 1984, tem bases finalistas.

Nas palavras de Claus Roxin, para os funcionalistas o Direito Penal não deve ser constituído por elementos pré-jurídicos, eles estão de acordo na recusa às premissas sistemáticas do finalismo em partir da idéia de que a construção sistemática jurídico-penal não deve se orientar segundo dados prévios ontológicos, mas ser exclusivamente guiada por finalidades jurídico-penais.

Os parâmetros político-criminais do funcionalismo, abertos e plenos de sentido, dão espaço a inúmeras possibilidades de construção, o que assegura uma discussão muito frutífera e adequada a cada situação concreta.

Nesse contexto surgiu a teoria da Imputação Objetiva, como uma alternativa às incongruências da causalidade. Pretende ela, não substituir o dogma causal material por uma

relação jurídica e normativa entre a conduta e o evento, como defende Damásio (2000, p. 33), mas suplementar a teoria do tipo, onde se encontra, também, a causalidade.

A Imputação Objetiva relega o tipo subjetivo e a finalidade a uma posição secundária, e recoloca o tipo objetivo no centro das atenções, sendo que este último engloba a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado. A teoria causal desconhecia o desvalor do resultado e, em razão disso, reduzia o tipo à mera causalidade.

Já o finalismo exigia o reconhecimento de um desvalor da ação ao lado de um do resultado. Todavia, o desvalor da ação esgotava-se na finalidade.

A Imputação Objetiva renovou a dimensão dos desvalores, proporcionando, ao desvalor da ação, até então subjetivo, uma face objetiva (criação do risco juridicamente proibido); e ao desvalor do resultado, acrescentou a realização do risco juridicamente proibido.

Dessa forma, mostra-se, futuramente, como uma evolução da doutrina causal materialista, que visa fornecer melhores soluções à questões que a teoria do finalismo não consegue resolver, sozinha, de maneira coerente e satisfatória.

Devido aos problemas penais existentes no mundo atual, reconhece-se a necessidade da teoria causal ser limitada, evitando os males do “*versari in re illicita imputatur omnia, que sequuntur ex delicto*” (“quem comete um fato ilícito é responsável por tudo o que se segue a ele”).

A teoria da Imputação Objetiva completa a teoria do dogma causal, fornecendo soluções mais adequadas à realidade social do que as teorias naturalistas apresentavam. Ela é dominante nas doutrinas alemã e espanhola, todavia, na América Latina, é quase desconhecida.

Atualmente, a teoria da Imputação Objetiva ainda é pouquíssimo empregada no direito penal brasileiro como complemento da teoria da *conditio sine qua non*, mesmo sem prescindir da causalidade objetiva, atuando como critério limitador do dogma causal material.

## **2.2.2 Conceito e tipicidade do fato criminoso em face do art. 13 do Código Penal**

Imputação objetiva significa, no dizer de Damásio (2000, p. 33)

atribuir à alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco proibido e a produção de um resultado jurídico, ou seja, descobrir quando um resultado é decorrente da conduta de uma pessoa. Ela tenta ligar

a finalidade do agente ao resultado, segundo a descrição típica. O âmago da questão reside em estabelecer o critério de imputação do resultado em face de uma conduta no campo normativo, valorativo.

Ela constitui elemento normativo do tipo, seja doloso ou culposo, isto é, refere-se a dados que requerem uma valoração judicial, não se satisfazendo com o mero processo de conhecimento. Relaciona-se com a ilicitude, contém expressões jurídicas ou se manifesta em conceitos culturais.

Diferencia-se dos demais elementos normativos por ser implícita nos tipos penais. Trata-se de uma exigência típica, de tal modo que sua ausência configura a atipicidade do fato.

Segundo a teoria do tipo penal, sob a ótica finalista, o tipo é composto pelos seguintes elementos: ação ou omissão; nexos de causalidade; resultado; dolo e elementos subjetivos especiais.

Essa estrutura vem sendo modificada pela imputação objetiva. Não basta se fazerem presentes os elementos ação, causalidade e resultado para que se possa considerar um fato objetivamente típico, é indispensável um conjunto de requisitos que se concentram na imputação objetiva.

É mister salientar que nas normas legais há elementos que são alheios à subjetividade. E, visando identificar tais componentes objetivos é que se deve esmerar uma teoria da Imputação Objetiva, para sobre eles se apoiar, sem qualquer ingerência subjetiva, ligando objetivamente uma conduta ou um resultado típicos a determinado agente causador. Assim sendo, a principal função da teoria da Imputação Objetiva consiste em delimitar objetivamente a atribuição.

Cumprido ressaltar que a diferenciação entre a parte objetiva e subjetiva do tipo mostra-se extremamente relativa, flexível, já que há uma interdependência entre o objetivo e o subjetivo. Assim, de qualquer forma, a imputação objetiva sempre sofrerá influência dos critérios subjetivos do tipo.

É o que preleciona Claus Roxin (2006, p. 122)

a imputação objetiva se chama objetiva não porque circunstâncias subjetivas lhe sejam irrelevantes, mas porque a ação típica constituída pela imputação (homicídio, lesão), é algo objetivo, ao qual só posteriormente, se for o caso, se acrescenta o dolo, no tipo subjetivo. Ao tipo subjetivo pertencem somente elementos subjetivos do tipo, como o dolo e os elementos subjetivos do injusto. Conteúdos de consciência que não são elementares do tipo, mas que tem importância unicamente para o juízo de perigo ou para a distribuição da responsabilidade entre os diversos

participantes, dizem respeito à imputação objetiva sempre sofrerá influência de critérios subjetivos.

Pela teoria da Imputação, o tipo objetivo seria formado pela união da ação ou omissão; nexos de causalidade, imputação objetiva e resultado.

Para muitos doutrinadores o Código Penal não incorpora a teoria da Imputação Objetiva. Todavia, ela se faz presente, timidamente, no art. 13, §1º, do Código Penal Brasileiro.

Aduz o citado artigo que “a superveniência de causa relativamente independente exclui a **imputação** quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.(grifo nosso)

Resta concluído que se trata de um meio que o legislador utilizou para evitar os abusos da teoria da *conditio sine qua non*, prevista no caput do art. 13, como o regresso indefinidamente e outras discrepâncias que possam levar à insegurança jurídica.

A própria redação do código apresenta o verbo imputar para explicar as causas supervenientes independentes. Então, não há que se cogitar em impedimentos para a adoção da teoria da Imputação Objetiva em nosso ordenamento.

### **2.2.3 Vertentes de aplicação**

A teoria da Imputação Objetiva apresenta duas vertentes: a de Roxin e a de Jakobs.

Roxin, procurando fugir dos dogmas causais, ao se basear no princípio do risco, elaborou uma teoria geral da Imputação Objetiva para os crimes de resultado, com quatro itens, os quais impedem a imputação. São eles:

a) *Diminuição do risco em relação ao bem protegido*

Ocorrerá quando Victor, ao perceber que um artefato irá atingir a cabeça de Ricardo, o empurra, sendo este ferido no braço, parte menos perigosa do corpo.

Toda vez que o agente interferir no curso causal, de modo a produzir um resultado menos lesivo ao bem jurídico protegido, estará, naturalisticamente, provocando um evento menos danoso, porém, sem o significado de desvalor a este bem.

Há doutrinadores, como Armin Kaufmann (*apud* PRADO, 2002, p. 68), no sentido de que o resultado deve ser imputado ao agente, de forma objetiva, se, podendo impedi-lo, por completo, apenas diminui a lesão.

b) *Criação de um risco juridicamente relevante*

Segundo esta vertente, se a conduta do agente não é capaz de criar um risco juridicamente relevante, não dependendo o resultado por ele pretendido exclusivamente de sua vontade, caso aconteça, não deverá ser imputado ao agente, mas ao acaso.

O presente critério é alvo de muitas críticas. A primeira delas afirma que este é coincidente com o próximo item a ser analisado: o aumento do risco permitido. Somente quando se incrementa o risco permitido é que se tem um risco juridicamente relevante.

Outra crítica, a qual é infundada por ferir a tridimensionalidade do Direito, se encontra no fato de que a relevância jurídica do resultado e da conduta é questão já avaliada pelo legislador, não carecendo de maiores indagações. A ação socialmente inadequada é tipificada pelo legislador.

Segundo a teoria tridimensional do Direito, proferida por Miguel Reale (*apud* NADER, 2002, p. 377), o Direito é fato, valor e norma, e estes três fatores encontram-se em estrita relação. O fato material é valorado e, em seguida, cria-se a norma, a qual, no momento de sua aplicação, é submetida a um juízo de valor conforme a realidade social vivida pelo operador do Direito, bem como de acordo com sua experiência de vida. A norma devolve ao mundo o resultado de um fato social valorado pelo legislador na hora de fazer a lei e revalorado pelo aplicador do Direito quando da subsunção da norma ao fato concreto de que é destinatária. Pelo que aparenta, os seguidores desta crítica parecem desconhecer esta última fase.

c) *Aumento do risco permitido*

Para Roxin, se a conduta do agente não auxiliou para aumentar o risco de ocorrer o resultado, este não poderá lhe ser imputado. Tal fato é vislumbrado quando, por exemplo, mesmo que o agente tivesse observado o seu dever de cuidado, o resultado ainda teria se verificado.

d) *Esfera de proteção da norma*

Significa que somente poderá haver responsabilidade quando a conduta do agente violar a finalidade de proteção da norma.

Deve-se entender o fim de proteção da norma como algo inacabado, a ser enquadrado em cada caso concreto. Dessa forma, para constatar se um risco proibido encontra-se dentro do âmbito de proteção da norma, cumpre saber se o risco foi realmente criado, ou seja, a

*priori*, deve ser verificado o que realmente ocorreu (bem lesionado e curso causal). Depois, averigua-se se a proibição visava preveni-lo.

A doutrina vem resolvendo casos heterogêneos com base no critério do fim de proteção da norma, dentre eles a lesão sem qualquer relação com o risco juridicamente desaprovado, danos tardios, danos resultantes de choque, ações perigosas de salvamento.

Cumprе ressaltar que se trata do âmbito de proteção da norma, e não do tipo penal. Enquanto o âmbito de proteção do tipo penal se restringe ao bem jurídico protegido, descrevendo condutas ofensivas ao mesmo, no fim de proteção da norma há um conteúdo axiológico social, que analisa se o risco proibido atinge o fim de proteção da norma, até mesmo do ponto de vista do bem jurídico protegido, mas sob o prisma de se é a conduta realizada pelo agente que a norma proíbe, ou se o comportamento está fora do âmbito de proteção. Isto porque há casos de condutas de risco proibido que guardam relação de causalidade com resultados danosos, mas que, nem por isso, devem ser tuteladas pelo Direito Penal, pois que não têm a relevância jurídica no sentido tutelado pela norma. É o caso dos ciclistas, onde o dever de cuidado que a norma requisita como seu fim está dirigido aos ciclistas envolvidos no acidente concretamente, e não ao terceiro pedestre que estava próximo e causou o acidente, apesar de este estar totalmente errado sob a ótica da necessidade de manter o dever de cuidado.

O *plus* do critério do âmbito de proteção da norma é a possibilidade de excluir a imputação nos casos em que há a criação de um risco não permitido, o qual se consubstanciou no resultado. O liame é excluído porque não era esta a objetividade da norma, sendo este outro fator o qual conduz alguns doutrinadores a considerar a Imputação Objetiva como uma teoria da não imputação.

Assim, pode-se resumir que o critério do fim de proteção da norma exclui a imputação nas seguintes hipóteses: em casos que o risco criado não se consubstancia no resultado; quando o resultado é reflexo do risco, mas a norma não se dirige à criação de tal risco e; nos casos de conseqüências secundárias desvinculadas do agente.

Há casos, segundo Roxin, que também são resolvidos pelo campo de proteção da norma, porém pela exclusão dos resultados que a mesma não protege. Isto somente muda o prisma de visão, constituindo ainda o mesmo critério.

Como exemplo de tal situação, tem-se o caso do policial que possui uma namorada de tendências suicidas, deixando, imprudentemente, uma arma ao alcance da mesma. Esta vem a utilizar-se da arma, matando-se. Segundo Roxin, a norma tem em seu âmbito de proteção que o policial deve ter cuidado com sua arma, a fim de não gerar perigo a outras pessoas.

Portanto, o risco que criou está no âmbito de proteção da norma. Porém, o resultado não pode lhe ser imputado, vez que se trata de uma vítima maior de idade. Foi a vítima quem dispôs de sua vida, apesar de esta ser indisponível. Acontece que, a vítima, e somente ela, dispôs de sua vitalidade. Como imputar tal resultado ao agente? A vítima apenas se aproveitou da falta de cuidado deste. Não foi seu simples devaneio que deu causa ao resultado, mas o atuar da vítima foi essencial. Esta, como se verá adiante, se autocolocou em perigo.

Roxin postula que somente pode ser imputável ao agente aquele resultado que podia ser previsto finalmente e dirigido pela vontade, enfim, somente o curso causal dominável pode ser imputado ao agente, estando excluídos os cursos causais onde não há a possibilidade de um controle efetivo.

Segundo o ensinamento de Jakobs, a teoria da Imputação Objetiva apresenta dois aspectos de orientação: o desvalor da ação e o desvalor do resultado. Ele delineia outros aspectos da Imputação Objetiva, segundo argumentos de que todo homem tem comportamento social vinculado a certos papéis. Assim, dá ênfase à imputação do comportamento, sem, todavia, desprezar a imputação do resultado.

Na lição de Luis Greco (2005, p. 92), o objetivo do Direito Penal é a idéia de proteção de bens jurídicos e a prevenção geral negativa, finalidade esta que

ele busca alcançar por meio de proibições de ações. Logo, se a ação proibida de fato desemboca numa lesão, o autor terá feito justamente aquilo que o Direito Penal queria impedir, o que justifica um desvalor do resultado adicional ao desvalor da ação. Se a ação proibida que atinge a sua meta, a lesão ao bem jurídico, recebesse tratamento idêntico ao da mera ação proibida, o direito estaria manifestando o que ele pune pela mera desobediência. Quando ocorre a lesão ao bem jurídico, tem o direito a oportunidade de reiterar o motivo pelo qual ele comandara a abstenção de determinada conduta, a necessidade de evitar tais acontecimentos.

E, acrescenta que “um desvalor do resultado sem desvalor da ação é inconcebível, e daí deriva a necessidade de uma realização do risco”. (2005, p. 94)

Ou seja, só haverá a realização do risco se a proibição da conduta for justificada para evitar a lesão de certo bem jurídico por meio de determinado curso causal, os quais venham efetivamente a ocorrer.

Dessa forma, pretende ele retomar o que estava esquecido na teoria do delito: de um lado, na teoria causal, que só tratava do desvalor do resultado; de outro, na finalista, que tomava o desvalor da ação em sentido puramente subjetivo.

Jakobs traça quatro institutos jurídico-penais sobre os quais se desenvolve a Imputação Objetiva, sob o argumento de que todo homem tem comportamento social vinculado a certos papéis. São eles, sendo alguns coincidentes com os de Roxin:

a) *Risco permitido*

Como o homem é um ser da sociedade, está submetido a alguns riscos, os quais, inclusive, podem impulsionar o progresso, como, por exemplo, o uso dos automóveis. Dessa forma, há riscos que advêm do contato social, os quais, embora perigosos, são assimilados pela sociedade.

O Direito Penal tem como função a proteção do bem jurídico, então, só se justifica a proibição de ações que lhes sejam, ao menos, perigosas, promovendo contato da criação de um risco com o princípio constitucional da proporcionalidade e com a meta da prevenção geral negativa, ou seja, com a proibição se motiva os cidadãos a não praticarem o delito; de forma que estes critérios são como extensão da própria finalidade protetiva do Direito Penal.

A Imputação Objetiva acrescenta ao desvalor da ação a criação de um risco juridicamente desaprovado, sendo este um componente objetivo. Tal elemento divide-se na criação do risco e na sua desaprovação jurídica.

Para saber quando se está diante de uma ação perigosa, a doutrina usa a prognose póstuma objetiva, para averiguar a possibilidade real de dano. Na lição de Luis Greco (2005, p. 25)

prognose, porque é um juízo formulado de uma perspectiva ex ante, levando em conta apenas dados conhecidos no momento da prática da ação. Objetiva, porque a prognose parte dos dados conhecidos por um observador objetivo, por um homem prudente, cuidadoso. Póstuma, porque, apesar de tomar em consideração apenas os fatos conhecidos pelo homem prudente no momento da prática da ação, a prognose não deixa de ser realizada pelo juiz.

Sob um aspecto negativo da criação do risco, tem-se um risco juridicamente irrelevante, quando não ocorrerá a real possibilidade de dano; e a diminuição do risco, a qual deverá ser avaliada ex ante.

Em relação à desaprovação jurídica do risco, é sabido que apenas ações perigosas podem ser proibidas e, dentre elas, precisa-se identificar quais criam riscos que merecem ser desaprovados pelo ordenamento jurídico.

Tal valoração deverá ser feita através de uma ponderação entre o interesse de proteção de bens jurídicos (proíbe ações perigosas) e o interesse geral de liberdades. Essa ponderação

deve se pautar não apenas no valor dos bens expostos a perigo, como também a intensidade deste, o interesse social na prática da ação perigosa, a eficiência e idoneidade da medida de cuidado, a existência e custo de alternativas menos arriscadas e considerações relativas ao princípio da proporcionalidade.

A doutrina costuma se basear na valoração ou não das normas de segurança para avaliar se um risco é ou não juridicamente desaprovado.

Alerte-se que, nos casos em que o resultado ocorreria da mesma forma, somente se exclui a imputação se o agente cometeu o ato de forma infratora do dever de cuidado, criando um risco não permitido que não se consubstanciou no resultado, pois que se realizaria de qualquer jeito.

No âmbito das condutas inicialmente dolosas, a não realização do risco no resultado somente exclui a imputação deste se o mesmo não era previsível por não ser de provável relevância sua ocorrência de tal forma, ou ainda pela ausência de dominabilidade do curso causal. É a hipótese do desvio essencial do curso causal.

Assim, se o indivíduo vê um inimigo à beira de um barranco em desabamento iminente, não está autorizado a empurrá-lo simplesmente pelo fato de que irá ocorrer o resultado morte de qualquer maneira. Neste caso, o resultado é previsível, o curso causal dominável e não houve diminuição do risco. Pelo contrário, o risco proibido foi criado e se consubstanciou no resultado.

A vertente do risco permitido se refere a contatos sociais que, embora perigosos sob certo aspecto, foram assimilados pela sociedade. A diferença deste critério para o da criação de um risco juridicamente relevante é que, aqui, se procurou aplicar o princípio da criação do risco a condutas ajustadas ao Direito. Estas situações seriam especialmente aquelas em que há uma certa perigosidade nas condutas autorizadas, porém há uma tolerância com relação ao seu desempenho, pois que constituem condutas necessárias e comuns ao cotidiano.

Acontece que, quando um risco permitido é aumentado de forma juridicamente relevante, na verdade está a criar um risco proibido, motivo pelo qual este critério se confunde com o anterior, restando como lição da análise deste tópico apenas um juízo negativo do princípio da criação do risco, ou seja, o postulado de que o resultado não pode ser imputado objetivamente ao agente quando este se manteve dentro dos padrões do risco permitido. Assim, tem-se um dos motivos de a Imputação Objetiva ser considerada uma teoria da não imputação.

É princípio de Política Criminal, que permeia os critérios de imputação objetiva, que não podem ser apagadas tais proibições em razão de sua mera probabilidade de ocorrência,

pela simples disposição natural em ocorrer o resultado, ou mesmo de terceiro em produzi-lo. Não valem, portanto, os argumentos do ladrão que prova a existência de um terceiro que iria furtar a vítima, tendo aquele agente se antecipado.

b) *Princípio da confiança*

É imperioso, para se conviver em uma sociedade, que as pessoas confiem umas nas outras, de modo que cada uma irá cumprir seus deveres e suas obrigações de tal forma que evite danos.

Baseia-se, então, no princípio da confiança, segundo o qual ninguém, ao agir, precisa se preocupar com a possibilidade de que outra pessoa possa se comportar de forma a concorrer para um resultado indesejável. Todavia, sempre há exceções, por exemplo, não se pode confiar que uma criança não atravessará a rua correndo, por isso, se deve dirigir com cautela. Significa, em síntese, que se certa pessoa atuar de acordo com limites de seu papel, a sua conduta, mesmo contribuindo para o sucesso da infração penal, não poderá ser incriminada. Ademais, a doutrina entende ser necessário avaliar, frente ao caso fático, qual seria a atitude de um homem prudente.

c) *Proibição do regresso (regressus ad infinitum)*

Leciona que se certa pessoa atuar de acordo com os limites de seu papel na sociedade, mesmo que contribua para a infração penal praticada pelo agente, esta não poderá ser incriminada.

d) *Capacidade da vítima*

Trata-se do consentimento do ofendido ou de sua consciência de arriscar-se. O alcance do tipo não abrange esta hipótese já que, como demonstra a própria ausência de punição ao partícipe do suicídio, o efeito protetivo da norma fica limitado na auto-responsabilidade da vítima.

Pelo exposto, sob um aspecto negativo, para Jakobs, exclui-se a desaprovação jurídica do risco através da verificação do risco permitido, da contribuição a uma autocolocação em perigo pela vítima, das contribuições cotidianas da sociedade que não induzem ao risco (Ex: o açougueiro que vendeu a carne ao autor que serviu para envenenar alguém), da proibição do regresso para evitar a punição de terceiros estranhos ao fato delituoso (Ex: a mãe que gerou o autor do homicídio), além de alguns cursos causais hipotéticos.

Para que ao agente do fato seja imputado o crime, além do desvalor da ação, deve estar presente o desvalor do resultado. O primeiro requisito é ter o agente causado o resultado. Já o segundo, diretamente ligado à Imputação Objetiva, é a realização do risco.

Sintetizando, conforme teoria da Imputação Objetiva, a conduta e o resultado normativo só podem ser atribuídos ao sujeito quando:

a) *A conduta criou ao bem jurídico um risco juridicamente relevante e desaprovado, e não um risco permitido pelo tipo*

Na lição de Roxin, a imputação objetiva encontra-se desligada donexo causal. Afirma ele que a possibilidade objetiva de originar um processo causal danoso depende de a conduta do agente concreto criar, ou não, um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico. Para Jakobs, o risco criado é juridicamente proibido quando não se encontra vinculado à configuração da sociedade, ou seja, não está socialmente adequado.

Não haverá imputação ao tipo objetivo se a conduta do autor não aumentou nem diminuiu o risco ao bem jurídico. Ocorrerá o mesmo se o perigo já existente não sofre incremento mensurável. Os riscos socialmente adequados não são relevantes para o Direito, vez que se encontram dentro de uma abordagem aceitável pela sociedade.

b) *O perigo realizou-se no resultado*

O evento é considerado no sentido normativo e jurídico. Insta verificar se a conduta do agente deu causa ao resultado adequado.

c) *O alcance do tipo incriminador abrange o gênero de resultado produzido*

Após a análise de existência do risco juridicamente proibido, cumpre observar se o resultado está abrangido pelo tipo penal em questão, ou seja, o resultado concreto causado pelo agente deve estar incluído na norma incriminadora, em respeito ao princípio da legalidade.

## **2.2.4 Processo de atribuição objetiva e limites**

A teoria da Imputação Objetiva não pode se constituir como uma teoria geral da imputação. Seu juízo de imputação, sendo entendido como análise de atribuição a alguém de certa conduta ou de um determinado resultado, comporta algumas etapas: identificação do

nexo causal, juízo particular de imputação ao tipo objetivo e aquele de imputação ao tipo subjetivo.

O juízo positivo de atribuição, nas etapas supracitadas, é pressuposto necessário das seguintes fases do processo de imputação e, inexistente juízo positivo em qualquer delas, não restará configurada a imputação, abortando-se todo o processo de sua análise, decidindo-se pela não atribuição.

Atribuição, no Direito Penal, deve ser compreendida como uma conduta ou resultado sendo obra do seu agente, e, como consequência, decide-se a incidência ou não de responsabilidades penais.

A matéria referente ao momento de verificação da imputação objetiva se apresenta controversa, pois são duas as vertentes sobre as quais se discute: o nexo de causalidade e a imputação subjetiva ou elementos subjetivos do tipo.

Indaga-se se a imputação objetiva deve incidir antes ou depois da verificação do nexo de causalidade. Pela doutrina dominante, ela deverá incidir depois de verificado o nexo de causalidade, requisito indispensável para se imputar o fato criminoso ao autor.

A relação de causalidade (juízo naturalístico) é aferida antes do juízo axiológico e normativo da imputação, no qual, segundo critérios jurídicos, se atribuirá o resultado a quem de direito, segundo um prisma valorativo. Na imputação não se visa verificar se o sujeito, com sua conduta, estava na mera relação de causalidade, mas se o resultado é obra sua.

Outra questão controversa diz respeito sobre o momento de incidência da imputação objetiva com os elementos subjetivos do tipo (dolo e culpa). Cumpre lembrar que tanto na teoria finalista como na funcionalista, dolo e culpa são elementos do tipo penal, e que a imputação objetiva também tem seu lugar na tipicidade.

O posicionamento dominante aduz que a imputação objetiva incide antes da verificação de cometimento da conduta a título de dolo ou culpa, pois nada se pode indagar acerca do psicológico do agente se ainda não foi analisado se a conduta e o resultado são obras sua (juízo de atribuição/imputação).

O juízo de imputação independe, por total, dos elementos subjetivos do tipo, não sendo necessária a análise destes ao criar um risco proibido juridicamente relevante a um bem jurídico e se tal risco se consubstanciou em um resultado também desaprovado pelo ordenamento.

Assim, *a priori*, deve a imputação objetiva, após restar configurada a causalidade, investigar as propriedades objetivas que concorrem para que seja o tipo objetivo imputável a

determinado agente e, somente após a atribuição objetiva, prossegue-se com a análise da imputação subjetiva que, sendo positiva, ensejará a exigência de responsabilidades penais.

Portanto, pode-se afirmar que a imputação objetiva deverá ser verificada após o nexo de causalidade e antes dos elementos subjetivos do tipo.

Quanto ao limite de aplicação da teoria da imputação objetiva, temos duas vertentes:

a) *Restritiva*

Esta corrente entende que a imputação objetiva sistematiza princípios dos quais se pode concluir que um resultado é objetivamente imputável a uma conduta, referindo-se, então, apenas aos crimes materiais, ou seja, aqueles que apresentam conduta e resultado.

b) *Extensiva ou ampliativa*

Para esta corrente, a imputação objetiva deve ser aplicada não só nos crimes materiais, como nos formais (que não possuem resultado naturalístico) e nos de mera conduta.

De acordo com a corrente dominante, a imputação objetiva apresenta-se extensiva e pertencente tanto à conduta como ao resultado. À conduta, no sentido de averiguar a criação de um risco proibido e relevante. E ao resultado jurídico, referente à concretização do perigo típico, ou seja, a transformação do risco em resultado normativo.

Assim sendo, por exemplo, os delitos materiais não são suficientes para compor o fato típico, como entende a doutrina clássica, a conduta dolosa ou culposa, o resultado, o nexo causal e a tipicidade, exige-se o complemento de que o autor tenha praticado uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido a um bem jurídico tutelado e realizado um resultado jurídico e normativo que corresponda a sua materialização.

### **2.2.5 A Imputação Objetiva como meio de promover o Direito Penal Mínimo**

Na doutrina penal, a proteção de bens jurídicos é considerada a tarefa imediata do Direito Penal. Ele se difere dos demais ramos jurídicos por atuar somente quando a proteção dada pelos outros ramos se mostrar ineficaz. Assim, tem-se que a proteção penal é subsidiária, apresentando-se como a *ultima ratio*.

Ademais, a proteção penal é limitada, justamente, pelo Princípio da Insignificância, o qual preleciona que o Direito Penal só deverá atuar nos casos de grave e relevante ameaça ou

lesão ao bem jurídico tutelado. Dessa maneira, não forma um sistema fechado, mas fragmentário de condutas.

A esse contexto de mínima intervenção, junta-se a idéia do Garantismo, entendido como a busca pela limitação do poder incriminador do Estado face ao cidadão. O Garantismo visa submeter a controle o poder punitivo estatal, vinculando à princípios, dentre eles, previsibilidade, igualdade, proporcionalidade e segurança jurídica, sem esquecer das garantias formais assegurados ao agente.

A união dessas características passou a denominar-se Direito Penal Mínimo, que tem como proposta a máxima garantia do direito de liberdade do cidadão com a mínima intervenção estatal.

Assim sendo, o Direito Penal Mínimo, ao reconhecer utilidade social no controle penal, aponta para a abolição de muitos tipos penais, tendo como base a fragmentariedade e a subsidiariedade (descriminalizar) e para a despenalização, através da elaboração de vias alternativas sem aplicar a pena.

Os limites ao arbítrio do julgador e às atividades abusivas de alguns acusadores podem ser, pelo menos em parte, alcançados pela aplicação da teoria da Imputação Objetiva em busca de um Direito Penal Mínimo.

Esta teoria fornece instrumentos modernos à acusação, como a teoria do incremento do risco, e à defesa como a exigência no tipo incriminador de um novo elemento normativo, a própria imputação objetiva.

Sabendo-se que a função primordial da dogmática penal é proporcionar aos julgadores critérios seguros na aplicação da justiça, a Imputação Objetiva facilita tal tarefa, averiguando, por exemplo, o conteúdo e os pressupostos para que se concretize a figura típica; a distinção entre condutas delituosas; o momento de término do comportamento impune.

São inúmeras as vantagens a serem inseridas no Direito Penal em decorrência da aplicação da teoria da Imputação Objetiva. *A priori*, cumpre ressaltar o avanço a ser alcançado pelo sistema criminal ao extirpar da dogmática penal, a aplicação incoerente e falha da teoria da equivalência dos antecedentes causais, pela qual se estabelece o critério identificador do nexos causal, utilizando-se de uma fórmula de inspiração nitidamente autoritária.

Permite, *ex ante*, que se possa averiguar condutas perigosas antes da apreciação judicial. Com ela, poderão ser resolvidos, de forma mais rápida, as complexas questões atinentes aos crimes omissivo, culposos, à tentativa e à participação. Além disso, ela fornece

ao Ministério Público a possibilidade de operar com os princípios do incremento do risco, da confiança e a proibição do regresso.

Na lição de Damásio (Boletim IBCCrim, ano 8, nº 90, maio 2000, p. 02)

não se conhecendo os limites de um tipo penal, se não foi estabelecido dogmaticamente seu alcance, a punição ou a impunidade de uma conduta não será alcançada pela atividade ordenada e meticulosa do julgador, podendo advir da eventualidade da aceitação de uma corrente doutrinária ou jurisprudencial no seio da diversidade de interpretações das normas criminais.

E, nesse contexto, a Imputação Objetiva vem para impedir uma excessiva incriminação, o alcance exacerbado da lei penal que erroneamente incide sobre pessoas que realizam comportamentos absolutamente inofensivos ou socialmente padronizados.

## **2.2.6 Acórdão com aplicação da teoria da Imputação Objetiva**

No Tribunal de Alçada de Minas Gerais (Ac nº 307.366-7), o apelante foi absolvido pela aplicação da teoria da imputação objetiva. Trata-se do caso em que a vítima faleceu após cair da carroceria de uma caminhonete. Em primeira instância o apelante foi condenado por homicídio culposo, sustentando a sentença por ter o juiz considerado apenas o nexo de causalidade entre a ação do motorista em conduzir a vítima em situação precária e o resultado morte. Ignorou-se por completo a análise da imputação do resultado ao autor.

O juiz revisor, Alexandre Victor de Carvalho, corrigindo o erro da sentença, assim fundamentou seu voto:

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

Noutro giro, observa-se que foi a vítima quem pediu para que o apelante lhe desse carona, insistindo para que fosse transportada em conjunto com outras amigas na carroceria da caminhonete Toyota. Ressalte-se que a prova testemunhal colhida nos autos informa que a vítima fora advertida que deveria manter-se sentada durante todo o trajeto, sendo esta a

condição imposta pelo apelante para atender ao seu pedido. Entretanto, por livre e espontânea vontade, preferiu ficar de pé, pagando com sua própria vida pelo ato irresponsável.

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

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

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

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

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

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

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

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

Nesse sentido, foram elaborados vários critérios negativos da imputação objetiva, ou seja, hipóteses em que não haverá a valoração da conduta como juridicamente relevante para

que o resultado a ela seja imputado, entre eles, o que nos interessa para a resolução do caso em tela, a exclusão da imputação pelo consentimento em uma autocolocação em perigo.

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

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

No presente acórdão, o magistrado mostrou a nova orientação que deve atingir o Direito Penal, de forma a criar soluções mais aceitáveis e justas aos casos que a *conditio sine qua non* não as apresenta.

### 3 COMPARAÇÃO ENTRE AS TEORIAS FACE A UM CASO CONCRETO

#### 3.1 Exposição e análise comparativa do caso pelas teorias do nexa causal

Face a breve explicação sobre a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva e da adotada pelo atual sistema penal brasileiro, passa-se a analisá-las frente a um caso concreto, qual seja, descobrir qual será o(s) crime(s) imputado(s) a um sujeito que, utilizando-se de uma arma, invade a casa da vítima com o intuito de assaltá-la e de seqüestrá-la, sendo que esta sofre um ataque cárdiorrespiratório devido ao susto sofrido e falece.

“TJSP - ROUBO - Concurso formal com seqüestro - Vítima que vem a falecer durante a execução dos delitos em virtude de ser portadora de doença cardíaca (...) (RT 739/600 de Maio de 1997)”.

Pela teoria da *conditio sine qua non*, prevista no art. 13 do Código Penal, para a qual todos os antecedentes do resultado têm certa relevância causal, de forma que nenhum elemento pode ser retirado da linha de desdobramento causal, o caso proposto enquadra-se no tipo de causa concomitante relativamente independente.

Nos termos desta teoria e da eliminação hipotética, se não houvesse o assalto e a tentativa de seqüestro a vítima não teria sofrido o mal súbito e, em assim sendo, houve uma causa que, retirando-a dos desdobramentos do crime, o resultado morte não teria se concretizado.

Nesse caso, se apresenta totalmente inócua a teoria da equivalência das condições, pois que, ao aplicar a fórmula do juízo hipotético de eliminação, mostra-se que, ao se retirando a conduta do agente, o resultado não ocorreria. No entanto, isto de nada serve ao Direito Penal. Não há dúvidas de que o ordenamento jurídico visa a coibir condutas descuidadas que, por sua negligência, imprudência ou imperícia causem efetivo dano a bens juridicamente tutelados e, portanto, o nexa deve ser estabelecido entre o descuido e o resultado, e não meramente entre a conduta descuidada e um dado resultado.

Na hipótese apresentada, se fosse eliminada hipoteticamente a conduta, o resultado deixaria de existir, comprovando, assim, o nexo de causalidade entre eles, mas, ao mesmo tempo, saber que, *in casu*, a conduta do agente é causal, em nada contribui à análise da imputação.

Todavia, segundo a teoria da equivalência das condições, puramente, por tratar-se uma causa concomitante relativamente independente, ao sujeito deverá ser imputada à morte da vítima cumulada com roubo consumado e com a tentativa de seqüestro.

O núcleo do tipo injusto culposo consiste na divergência entre a ação efetivamente praticada e a que deveria realmente ter sido realizada, em virtude da observância do dever objetivo de cuidado.

Pela doutrina finalista, para se configurar a culpa é preciso ter havido conduta voluntária; inobservância de cuidado objetivo manifestada na imprudência, negligência ou imperícia; previsibilidade objetiva; ausência de previsão; resultado involuntário; nexo de causalidade e tipicidade.

Para Bitencourt (2003, p. 19) “a direção finalista da ação, nos crimes culposos, não corresponde à diligência devida, havendo uma contradição essencial entre o querido e o realizado pelo agente”.

Na situação relatada, o agente agiu com culpa inconsciente, ou seja, o resultado morte não foi previsto por ele, não se caracterizou qualquer nexo psicológico entre o autor e o efeito de sua ação.

Assim, pela teoria da *conditio sine qua non* será homicídio culposo, pois o agente não tinha a intenção de matar nem agiu para este fim.

O posicionamento do atual sistema penal mostra-se completamente injusto e desproporcional ao imputar a uma pessoa, que teve a intenção de assaltar e seqüestrar, a morte da vítima por colapso cardíaco.

Esta orientação se sustenta na aplicação que raramente complementa e restringe a teoria da equivalência dos antecedentes causais, a Teoria da Imputação Objetiva.

O objetivo desta teoria é, na lição de Damásio (2002, p. 281), “resolver, do ponto de vista normativo, a atribuição de um resultado penalmente relevante a uma conduta, segundo os fins da responsabilidade penal”.

A imputação objetiva não se confunde com a responsabilidade penal objetiva, sendo que esta significa que o autor deverá responder pelo resultado se presente o nexo causal com a conduta, ainda que não restem configurados dolo ou culpa, sendo esta responsabilidade vedada pelo Direito Penal moderno.

Ela busca solucionar as discrepâncias e incoerências existentes na teoria clássica.

Para descobrir se é possível aplicar à Teoria da Imputação Objetiva ao caso hipotético apresentado, é necessário analisar alguns requisitos:

*1º) Causalidade material entre a conduta e o resultado*

Ocorrerá um nexos causal material quando a conduta do agente for ensejadora do resultado. Na situação proposta, se o agente não tivesse assustado a vítima com o revólver, esta provavelmente não teria tido um colapso cárdiorrespiratório que a levou ao óbito. Então, resta configurado o nexos causal entre a conduta e o resultado.

*2º) Criação de um risco ao bem jurídico relevante e juridicamente não autorizado*

Com fundamento na teoria de Claus Roxin, para que o comportamento seja típico, de acordo com a teoria da Imputação Objetiva, é preciso que o risco seja alcançado pela representação do sujeito.

No momento de apreciação da imputação objetiva da conduta importa a consciência do comportamento e a vontade de realizá-lo, em que se observam a infrigência do dever objetivo de cuidado e a conseqüente criação do risco juridicamente reprovado ao objeto jurídico.

No caso apresentado, o sujeito, visando dar maior efetividade ao roubo e ao seqüestro, ao apontar a arma para a vítima, embora ela se sentisse ameaçada, não teve qualquer intenção e previsibilidade do resultado. De fato, criou um certo risco que não se converteu no resultado previsto, significando que sequer o tipo objetivo do homicídio está preenchido, de modo que a indagação a respeito do dolo sequer se coloca.

*3º) Resultado jurídico adequado advindo do risco*

Trata-se de o autor ter realizado uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido que, adequadamente, se converteu em uma norma incriminadora. Por resultado adequado entende-se aquele que está na mesma linha do risco causado pelo agente, o qual só responde por aquilo que se encontra dentro de seu plano de autor.

O resultado morte foi proveniente do ataque cardíaco provocado pela grave ameaça sofrida pela vítima. Assim, o sujeito que assustou a vítima, a qual teve um colapso cardíaco e veio a falecer, realizou um comportamento criador de um risco proibido que não se converteu em resultado adequado, esperado e pretendido por ele.

#### *4º) Correspondência entre o resultado jurídico e o perigo juridicamente desaprovado*

Pela corrente de Claus Roxin, a imputação ao tipo objetivo pressupõe que no resultado normativo se tenha realizado precisamente o risco proibido criado pelo autor. Por isso está excluída a imputação objetiva em primeiro lugar se, ainda que o autor tenha criado um perigo para o bem jurídico protegido, o resultado normativo produziu-se, não como efeito desse perigo, mas em conexão causal com o mesmo.

Assim sendo, deve-se precisar a existência de alguma relação de risco entre a conduta e o resultado produzido, ou seja, se o risco criado pelo sujeito é o mesmo que se realizou na produção do resultado.

*In casu*, verifica-se desproporção entre o risco causado pelo agente, cujas únicas intenções eram praticar o roubo e o seqüestro, e o resultado morte advindo da intimidação sofrida pela vítima.

#### *5º) Previsibilidade objetiva*

A previsibilidade é a possibilidade de ser antevisto o risco de um comportamento ou o resultado dele advindo, e deve ser examinada em face das circunstâncias concretas em que está o sujeito.

Ela pode ser subjetiva, sendo aferida tendo em vista as condições pessoais do agente, o que era exigível dele na situação concreta. A imprevisibilidade subjetiva exclui a culpabilidade.

Pode, ainda, ser objetiva, quando é analisada a partir da visão de um homem comum, diferente do sujeito ativo, colocado em certa situação fática (*perspectiva "ex ante"*). Se este homem pudesse prever o resultado, ter-se-á configurada a previsibilidade objetiva. Ao contrário, não podendo prever, ocorrerá a imprevisibilidade objetiva, que afasta a tipicidade da conduta ou do resultado.

No caso apresentado, o sujeito ativo não possuía, e nem poderia possuir, qualquer possibilidade de antever o ataque cardíaco da vítima. O legislador exige que o sujeito preveja o que normalmente pode acontecer, não que antevêja o extraordinário, o excepcional.

Conforme dispõe o artigo 19 do Código Penal, o agente só responderá pelo resultado que agrava especialmente a pena se o tiver causado, ao menos, culposamente. Dessa forma, resta vedada a responsabilidade penal objetiva (responsabilização sem dolo ou culpa).

É de se observar que a doutrina se posiciona no sentido de excluir a imputação do resultado quando a causa relativamente independente era, por completo, desconhecida do sujeito, não se podendo cogitar em dolo ou culpa.

No problema em estudo, se o autor do delito tivesse como prever a possibilidade do resultado morte como, por exemplo, tendo conhecimento prévio de tratar-se de pessoa idosa com distúrbios cardíacos, à ele deveria ser imputado o homicídio.

Restaria, então, a necessidade de verificar se o agente praticou o crime de forma dolosa ou culposa. Há dolo eventual quando o indivíduo não quer a configuração do tipo, mas a aceita como possível, assumindo o risco de produzir o resultado. Por outro turno, ocorre culpa consciente se o sujeito tem plena convicção de que o resultado não se fará presente.

Insta salientar que, embora existindo apenas a previsão do resultado como elemento comum, a distinção entre tais figuras está localizada em uma zona de penumbra, sendo tarefa de difícil constatação os seus limites. Na grande maioria dos casos, é impossível verificar qual delas deve ser aplicada e, havendo dúvida, se adotada a solução menos gravosa, qual seja, a culpa consciente.

Nos delitos culposos, a imputação objetiva está relacionada com o fato de que o resultado tem que ser a realização da inobservância do cuidado objetivo necessário, o qual corresponde à prática de uma conduta criadora de risco juridicamente proibido.

Cumprе ressaltar que, modernamente, a inobservância do dever de cuidado necessário é tanto exigida nos ilícitos culposos como nos dolosos.

A imputação objetiva, nos crimes culposos, apresenta as seguintes condições para ser caracterizada:

- a) criação ou incremento de um risco juridicamente desaprovado e relevante;
- b) se esse risco ou incremento do perigo converteu-se num resultado jurídico.

*In casu*, o resultado jurídico morte da vítima não está presente na linha causal do risco provocado pelo autor, inclusive este não possuía qualquer previsibilidade, seja objetiva ou subjetiva, sobre o resultado nem o dolo de praticá-lo. Em assim sendo, restam excluídas a culpabilidade do agente quanto ao resultado e a própria imputação objetiva do resultado.

A doutrina vem solucionando vários casos através do critério do nexo de adequação, também chamado de previsibilidade do resultado. A previsibilidade ora tratada não se confunde com o juízo de perigo, formulado pelo homem prudente face a uma perspectiva *ex ante*. Essa previsibilidade deve ser usada com muita cautela, vez que há casos em que a imputação é evidente e, ainda assim, não se pode cogitar em previsibilidade do curso causal. Por exemplo, se Manuel ministra veneno a Tadeu, o qual deveria atuar no coração, mas,

devido à especial constituição deste, atua no estômago provocando a sua morte, a imputação pelo homicídio é incontroversa, embora a previsibilidade não possa ser cogitada.

Em razão disso, podemos admitir a previsibilidade do resultado morte, mas não seu curso causal. De qualquer forma, a previsibilidade continua a ter vasta relevância para a prognose póstuma objetiva que fundamenta a criação do risco, vez que ela se refere ao desvalor da ação, sendo seu pressuposto.

### **3.2 Ausência de Imputação Objetiva: atipicidade X antijuridicidade**

Para alguns doutrinadores, a ausência de imputação objetiva leva a atipicidade, para outros, exclui a antijuridicidade do fato.

Antijuridicidade é a contradição da ação com a norma jurídica. Ela não se exaure nesta contradição, possui ainda um conteúdo material e outro formal.

A antijuridicidade material encontra-se na lesão ao bem jurídico protegido e, segundo a doutrina de Bitencourt (2003, p. 237)

a antijuridicidade material se constitui na lesão produzida pelo comportamento humano que fere o interesse jurídico protegido, isto é, além da contradição da conduta praticada com a previsão da norma, é necessário que o bem jurídico protegido sofra a ofensa ou a ameaça potencializada pelo comportamento desajustado. Essa lesão que consubstancia a antijuridicidade material, evidentemente, não deve ser entendida em sentido naturalístico, como causadora de um dano, sensorialmente perceptível, a determinado bem tutelado, mas como ofensa ao valor ideal que a norma jurídica deve proteger. A lesão ao bem jurídico supõe um dano para a comunidade que justifica a caracterização do delito como comportamento socialmente danoso.

Já a antijuridicidade formal confunde-se com a tipicidade, pois a contradição entre o comportamento humano e a lei penal exaure-se no primeiro elemento do crime, o fato típico.

Apresenta-se como desnecessária a diferença entre a antijuridicidade formal e material, já que “um comportamento humano que seja contrário à ordem jurídica (formal) não pode deixar de lesar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos (material) tutelados por essa mesma ordem jurídica”. (BITENCOURT, 2003, p. 238)

Além disso, os conteúdos formal e material são inseparáveis, inclusive, só será antijurídico aquele fato que pode ser julgado lesivo a um bem jurídico. Fora desse conteúdo a antijuridicidade não existe.

A tipicidade penal, no ordenamento jurídico brasileiro, apresenta duas dimensões:

a) *Tipicidade fática-legal*

É a concretização do fato previsto em lei, perceptível no mundo. Trata-se de apurar uma causalidade natural, consistente na comprovação física do elo existente entre a conduta e o resultado naturalístico.

b) *Tipicidade material ou axiológica*

Exige um juízo de valoração do magistrado, abrangendo o resultado jurídico penalmente relevante; a imputação objetiva da conduta; e a imputação objetiva do resultado.

Para se configurar um fato como crime, é indispensável que este se amolde, primeiramente, à tipicidade fática para, só assim, verificar a tipicidade axiológica na qual se inclui a imputação objetiva. Esta teoria busca uma causalidade jurídica, muito mais que física.

Atipicidade é a ausência de correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora.

A primeira corrente defende que a ausência de imputação objetiva conduz a antijuridicidade, pois a conversão do risco em resultado jurídico é matéria de antijuridicidade e não de tipicidade. A afetação jurídica, que se expressa na lesão ou perigo de lesão a um bem penalmente protegido, refere-se à ilicitude do fato.

A outra corrente argumenta não ser aceitável a posição de que toda afetação jurídica pertence à antijuridicidade. Se dessa forma ocorresse, bastaria a criação do risco para tornar típica uma conduta, mesmo que permitido, liberando o autor da norma penal somente quanto à ilicitude.

O limite entre a tipicidade e a antijuridicidade não é e nem pode ser tão rígido. O ilícito penal se subordina ao tipo, ou seja, algumas características acidentais daquele se subordina à figura típica, sem que se misturem. É correto afirmar que não há ilicitude penal sem que o fato seja típico, previsto em lei como infração.

Pela corrente majoritária, a ausência de imputação objetiva conduz à atipicidade do fato vez que a criação de um risco tolerado, embora produza resultado jurídico, é atípica.

Zaffaroni (2001, p. 460), concordando com a tese da atipicidade, chega à mesma conclusão entendendo se tratar de um problema de “atipicidade conglobante”, na qual a

exclusão da tipicidade pode ser encontrada em face do contexto total da ordem normativa conglobada.

Para ele, a tipicidade penal é formada pela junção da tipicidade legal com a tipicidade conglobada. A primeira caracteriza-se pela individualização que a lei faz da conduta, mediante o conjunto de elementos descritivos e normativos (valorativos) de que se vale o tipo legal. Já a segunda, também denominada de antinormatividade, representa a comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pela norma, o que se obtém desentranhando o alcance da norma proibida conglobada com as restantes normas da ordem normativa.

A atipicidade, em face da ausência de imputação objetiva da conduta ou do resultado, pode ser absoluta ou relativa. Se for absoluta, o sujeito não responderá por nenhuma infração. Se relativa, não subsistirá o crime de que se cuida, operando-se uma desclassificação para outro delito.

Em termos práticos, a distinção entre atipicidade e ilicitude mostra-se irrelevante já que o sujeito ativo do crime, de qualquer forma, ficará isento de pena.

Dessa forma, não se pode afirmar que há imputação objetiva na situação problema quanto à conduta que levou ao resultado morte, por faltar a tipicidade axiológica do fato. Esse foi o entendimento real do Tribunal de Justiça de São Paulo no caso apresentado.

Pelo exposto, conclui-se que, pela teoria da imputação objetiva, será imputado ao agente que, utilizando-se de uma arma, ao assaltar a vítima e tentar seqüestrá-la, esta sofre infarto, o crime de roubo consumado em concurso com a tentativa de seqüestro, e não o de homicídio culposo cumulado com os crimes supracitados. Solução esta muito mais adequada e justa à realidade social e fática do caso.

## CONCLUSÃO

A Imputação Objetiva não se trata apenas de um corretivo à relação causal, mas de uma exigência para a realização da conduta típica, a partir da adoção de critérios normativos valorativos. Não deixa à discricionariedade do julgador a análise do comportamento do agente só quando da dosimetria de pena, na circunstância judicial.

Rogério Greco, citando Maurach (*apud* GRECO, 2005, p. 253) deduz que “a investigação da causalidade tem lugar em duas etapas, estruturadas uma sobre a outra, enquanto em primeiro lugar deve ser examinada a causalidade (empírica) do resultado e, se afirmada que ela seja, a imputação (normativa) do resultado”.

A teoria da Imputação Objetiva não é suficiente, por si só, para substituir a causalidade, nem para abranger todos os elementos da tipicidade. Na verdade, ela surge com a finalidade de limitar o alcance da teoria da equivalência dos antecedentes causais sem, contudo, abandonar esta última.

Tanto é assim que o nexo causal é o substrato desta teoria, de forma que sem o juízo de causalidade, que impõe a subjetividade da responsabilidade penal, a imputação objetiva não terá base sólida. Apenas o preenchimento, pela ação, das características objetivas do tipo não acarreta a valoração de uma conduta como típica.

A imputação objetiva não significa, para Fernando Capez (2004, p. 365), atribuir o resultado naturalístico à conduta sob o aspecto objetivo. Pelo contrário, consiste em estabelecer requisitos para unir o resultado jurídico (violação do interesse tutelado) à conduta do agente. Em seguida, caso tenha havido a imputação objetiva (enquadramento legal), passa-se a verificação da imputação subjetiva (dolo e culpa).

Ainda, segundo ensinamento de Capez (2004, p. 371)

alvitra-se a necessidade de constante atualização do aparato legal, em obediência às intensas transformações sociais, que estariam a exigir maior flexibilidade do intérprete, de acordo com os fundamentos jurídicos e sociais, para delimitar o alcance da norma, ajustando-a às peculiaridades de cada caso e ao momento cultural de dada sociedade. Não se trata, ressaltam, de descumprir a lei, mas de interpretá-la segundo as condições da época. Neste pensar, falar em imputação objetiva, por conseguinte, é fornecer ao juiz e aos operadores jurídicos em geral um elemento de contenção típica sob o propósito de acompanhamento das contínuas modificações sócio culturais.

Assim, a teoria da Imputação Objetiva é mais utilizada não como critério para a imputação do resultado, mas como uma teoria restritiva da incidência da determinação típica sobre certo agente, com base num juízo de causalidade, o que a torna, muito mais uma teoria da não imputação.

Com a teoria da Imputação Objetiva busca-se não a lei como mera interpretação formal, mas a lei em seu sentido material ou axiológico, tentando encontrar, no caso concreto, e não na abstração do legislador, a melhor solução ao litígio.

Dentre os problemas que, submetidos à imputação objetiva, apresentariam soluções mais coerentes e proporcionais, tem-se os crimes de trânsito, meio ambiente, tóxico, arma de fogo, transmissão de AIDS, responsabilidade médica, violência esportiva, ofendículas, venda de medicamentos, crimes tributários, e muitos outros.

Esta teoria tenta resolver os problemas decorrentes da sociedade tomando-se em consideração alguns pontos: o resultado causado pelo agente só deve ser imputado como obra sua e preenche o tipo objetivo somente quando o comportamento do autor criou um risco não permitido para o bem jurídico protegido, quando o risco se realizou em um resultado concreto e se este resultado encontra-se dentro do alcance do tipo penal.

As conseqüências da adoção da teoria da Imputação Objetiva importam em grande revolução no Direito Penal, em especial no campo da tipicidade. São algumas de suas principais conseqüências:

1º) O resultado final relevante à imputação objetiva é o jurídico (lesão ou perigo concreto de lesão à bem jurídico protegido), e não o naturalístico (modificação natural do mundo exterior provocada pela conduta), próprio do dogma causal. Em razão disso, aplica-se a imputação objetiva a qualquer crime.

2º) Os tipos penais incriminadores passam a conter um elemento normativo, a própria imputação objetiva, sem a qual conduta e resultado são atípicos.

3º) O comportamento da vítima passou a ter importância na teoria do delito.

4º) Comportamento de ínfimo potencial lesivo e de resultado jurídico inexpressivo, perderam a relevância penal, atendendo ao Princípio da Insignificância.

5º) Avanço na direção do Direito Penal Mínimo.

Daí, se constata que são princípios da imputação objetiva:

a) Não há imputação objetiva da conduta ou do resultado quando o sujeito não criou risco juridicamente reprovável e relevante;

b) Não há imputação objetiva do resultado quando o sujeito age com o fim de diminuir o risco de maior dano ao bem jurídico;

c) Existe imputação objetiva quando a conduta do sujeito aumenta o risco já existente ou ultrapassa os limites do risco juridicamente tolerado;

d) Não há imputação objetiva quando o alcance do tipo incriminador não abrange o gênero de risco criado pelo sujeito nem os resultados ou as conseqüências dele advindas;

e) Não há imputação objetiva quando o resultado produzido não corresponde à realização do perigo juridicamente desaprovado criado pela conduta;

f) Não há imputação objetiva quando o resultado é produzido em face de condições pessoais particulares da vítima que o autor desconhece.

Exercitando os princípios dogmáticos da imputação objetiva, obtém-se melhores condições de solucionar, com justiça e através de critérios mais seguros e precisos, os problemas que surgem na transformação da sociedade, operados pelo avanço da tecnologia e por outras atividades criadoras de condutas perigosas.

Sob a ótica dos fins primeiros de um Direito Penal mais garantista dos direitos constitucionais do acusado, a Imputação Objetiva representa indispensável componente capaz de propiciar uma interpretação evolutiva do ordenamento jurídico, mediante a aplicação de um sistema hermenêutico muito mais célere e eficaz do que os lentos e burocráticos trâmites legislativos.

## BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando; BONFIM, Edilson Mougnot. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Curso de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1995.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: RT, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: teoria constitucionalista do delito**. São Paulo: RT, 2004. V. 3.

GRECO, Luis. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. Imputação objetiva e dogmática penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 8, n. 90, p. 2, maio 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**/Claus Roxin; tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.