www.conteudojuridico.com.br

FACULDADE FARIAS BRITO

CURSO DE DIREITO

TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL NA CONCEPÇÃO DE CLAUS ROXIN

Paula Michelli Mesquita Paiva

FORTALEZA-CE

www.conteudojuridico.com.br

2016

FACULDADE FARIAS BRITO

CURSO DE DIREITO

TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL NA CONCEPÇÃO DE CLAUS ROXIN

Paula Michelli Mesquita Paiva

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Farias Brito como critério parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Samuel Arruda

www.conteudojuridico.com.br

FORTALEZA – CE

2016

Esta monografia foi submetida ao curso de Direito da Faculdade Farias Brito como parte dos requisitos necessários para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Na avaliação da banca este trabalho obteve o conceito 8,0 conferido pelos avaliadores da banca outorgada pela referida Faculdade.

A citação de qualquer trecho desta monografia é permitida, desde que seja feita de acordo com as normas científicas.

Paula Michelli Mesquita Paiva

Banca examinadora:

Prof. Samuel Arruda

ORIENTADOR

Prof. Renato Maia Espíndola

Prof. Aldemar Monteiro

www.conteudojuridico.com.br

Monografia avaliada em 20 de Maio de 2016.

"O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança"

Rudolf Von Ihering

DEDICATÓRIA

Aos meus pais em especial que me deram todo apoio necessário

e ao meu filho Pedro Henri.

AGRADECIMENTO

Primeiramente agradeço a Deus Jeová por ter orientado o meu caminho
e aos meus pais Leucélia Mesquita Paiva e João Juvany Batista Paiva
que não mediram esforços para que eu pudesse realizar o presente trabalho,
ao meu filho que tão pequeno já me dá forças para não desistir.

RESUMO

Originada na Alemanha e desenvolvida principalmente a partir do seu desenvolvimento realizado por Roxin dos estudos de Larenz e Honig, a teoria da imputação objetiva tem sido o tema mais discutido da doutrina penal moderna. Buscou-se trazer uma autêntica modificação aos erros criados pela adoção de critérios puramente ontológicos na busca da justa adaptação da responsabilidade penal. Perto do amplo esboço teórico e das comparações cada vez mais difíceis, uma aceitável compreensão da teoria da imputação objetiva e o seu correto entendimento têm gerado profundos problemas no cenário penal. O presente estudo busca sistematizar com clareza os aspectos mais importantes de sua construção metodológica, evidenciando suas mais aceitas vertentes de forma a alcançar a sua real relevância e influência exercida sobre o direito penal moderno, com base na concepção de Roxin. Para um verdadeiro crescimento intelectual na busca da justiça penal, deve o intérprete da lei repressora ter a clareza do ponto de vista do real diferença da teoria e da sua verdadeira origem e significado, uma vez que clara se mostra as vantagens da adoção de critérios objetivos para a formulação do juízo de imputação.

Palavras-chaves: imputação objetiva; direito da ação; evolução histórica.

ABSTRACT

Originated in Germany and developed mainly from the development done by Roxin the study Larenz and Honig, the theory of objective imputation has been the most discussed topic of modern penal doctrine. He sought to bring a real change to the errors created by the adoption of purely ontological criteria in the pursuit of fair adaptation of criminal liability. Near the broad theoretical outline and increasingly difficult comparisons, an acceptable understanding of the theory of objective imputation and its correct understanding have generated deep problems in the criminal scene. This study aims to systematize clearly the most important aspects of its methodological construction, showing its most accepted aspects in order to achieve its real relevance and influence on the modern criminal law, based on the design of Roxin. For a true intellectual growth in the pursuit of criminal justice, should the interpreter of repressive law have clarity from the standpoint of the real difference between theory and its true origin and meaning, as clearly shown the advantages of adopting objective criteria for the allocation of judgment formulation.

Keywords: objective imputation; right of action; historic evolution

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....10
01 – ANTECEDENTES DA TEORIA DO DELITO APLICADA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....11
1.1 Conceito clássico de delito.....11
1.1.1 Dolo e a culpa para o delito.....12
1.2 Conceito neoclássico de delito.....14
1.3 Conceito finalista de delito.....16
1.4 Conceito de Crime.....17
1.4.1 Classificação de crime entre os países.....19
1.5 Breve apresentação da teoria do crime no Brasil.....21
1.5.1 Da conduta Humana.....22
1.5.2 Da Tipicidade da Conduta.....23
1.5.3 Da Ilicitude da Conduta.....23

02 - AS TEORIAS SOBRE O DIREITO DA AÇÃO.....25
2.1 Teoria Causal da Ação.....25
2.2. Teoria Finalista da Ação.....25
2.3 Teoria Social da Ação.....28
2.4 Direito Penal e Nexo Causal.....29
2.5 Teoria da Imputação Objetiva.....34

03 – A IMPUTAÇÃO OBJETIVA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....38
3.1 Antecedentes históricos.....38
3.2 Claus Roxin: Sua concepção.....41
3.2.1 A diminuição do risco.....43
3.2.2 A Criação de um Risco Juridicamente Relevante.....44
3.2.3 O Aumento de um Risco Permitido.....45
3.2.4 Esfera de Proteção da Norma.....48
3.2.5 Autocolocação da vitima em perigo.....50

4. CONCLUSÕES.....54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....56

INTRODUÇÃO

A teoria da imputação objetiva, tema este proposto nesse trabalho, requer uma análise minuciosa sobre seus requisitos a serem aplicados e a sua devida efetivação aos casos concretos no direito penal brasileiro, pois ela causa uma reviravolta no estudo da causalidade e que possui uma proposta de romper paradigmas já consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, o Direito acompanha a evolução da sociedade de forma social, cultural e psicológica e de acordo com a evolução o direito encontra-se obrigado á mudanças, formas, teorias e conceitos em que possa chegar cada vez mais próximo ao senso de justiça.

Como estudante de Direito é evidenciado o pouco ou não estudo do tema nas faculdades de Direito e as poucas doutrinas disponíveis para um aprofundamento do tema ou mesmo critérios confusos.

A teoria da imputação objetiva se apresenta como um dos temas mais relevantes do direito penal hodierno, não apenas no ponto de vista pátrio, que por sinal, ainda não se encontra maduro em relação ao assunto, mas principalmente no âmbito da doutrina internacional. Gradativamente a teoria vem atraindo cada vez mais a atenção dos juristas brasileiros, embora sua utilização prática ainda prescinda de homogeneidade e unanimidade, tanto para critérios, quanto na efetiva aplicação (PRAZAK, 2009).

Originada na Alemanha e que tem um uso primordial para a imputação de crimes, encontra-se hoje em constantes estudos pelos doutrinadores no Brasil, no entanto, sem chegar ainda á um entendimento majoritário, talvez necessitando de algumas modificações para a devida adequação ao nosso ordenamento jurídico penal.

1. ANTECEDENTES DATEORIA DO DELITO APLICADA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Com o avanço, a moderna Teoria do Delito desenvolveu-se três fases, o conceito clássico do delito; o conceito neoclássico de delito; e o conceito finalista de delito.

Segundo as concepções de Bitencourt e Conde (2000, p. 15), *"nenhuma delas estabeleceu um marco de interrupção completo, afastando as demais concepções"*.

1.1 Conceito clássico de delito

Von Liszt e Beling foram os responsáveis pela elaboração do conceito clássico do delito que seria representado por um movimento corporal que se traduzia a ação do indivíduo, consequentemente, produzindo o resultado que era a ação exterior.

"C*onceito de ação* eminentemente naturalístico, que vincula a *conduta ao resultado* através de *nexo de causalidade"*. BITENCOURT (2015, p. 273).

Foram explanados vários conceitos de delito: O primeiro deles é o conceito material, "o crime é um comportamento humano que causa um resultado jurídico ou naturalístico". Já o segundo conceito é o conceito culto, em que caracteriza o crime como uma conduta relacionada em uma regra penal que incrimina com percepção de punição penal BITENCOURT (2011, p. 247).

No final do século XIX, a concepção tripartida, denomina o delito como a integração dos estabelecimentos da ação típica, da antijuridicidade e da culpabilidade, de tal forma que anteriormente, segundo os autores, "o direito comum conheceu somente a distinção entre *imputatio facti* e *imputatio juris*" (BITENCOURT; CONDE, 2000, p. 15).

A ação típica para os doutrinadores, mais conhecida como tipicidade, é caracterizada como tudo o que pertence a essa faz parte daquela, ou seja, tem a função de regulamentares três tipos de normas que regem o ordenamento jurídico:

> "Normas de proibição: seu objetivo é definir quais ações não podem ser concretizadas. Objeto: ações comissivas. Principais exemplos: matar, roubar etc. B) normas relativas aos meios empregados: sua meta é disciplinar os meios empregados pelas pessoas para atingir fins, em regra, lícitos. Objeto: ações culposas. Principais exemplos: regras gerais de trânsito. C) Normas de exigência de conduta: impõem a realização de determinadas ações a pessoas específicas para evitar a ocorrência de danos sociais. Objeto: ações omissivas. Principais exemplos dever de garante". (WELZEL, 2001, p. 51).

Se a tipicidade é uma característica da ação, tudo o que pertence a ela também pertence à outra. Diante disso se origina a grande revolução welzeliana[1]: a inclusão do dolo no tipo como seu elemento subjetivo.

Já a ação Antijuridicidade, indica um contraste entre a causa do resultado e o ordenamento jurídico. De acordo com Betencourt e Conde (2000, p. 16), foi em meados de 1860, mais precisamente em 1867, que Ihering[2] desenvolveu o conceito de antijuridicidade objetiva para o Direito Civil, de tal maneira que a adequação do referido estabelecimento ao Direito Penal se deu por parte de Liszt e Beling[3], através do abandono da antiga teoria da imputação. Juntamente com a culpabilidade, são duas ações materiais do delito.

A culpabilidade é compreendida como relação psicológica entre a conduta e o resultado em forma de dolo ou culpa. Merkel foi quem, segundo Bitencourt e Conde, "conseguiu reunir dolo e culpa sob o conceito de determinação de vontade contrária ao dever" (BITENCOURT; CONDE, 2000, p. 16).

Executadas essas considerações acerca do sistema do injusto objetivo culpabilidade psicológica de Liszt, necessário se faz, a fim de entendermos o porquê da denominação Liszt-Beling, bem como qual foi a contribuição de Beling para o aprimoramento da escola clássica, mostrava-se realmente inadequadas a investigação da antijuridicidade e culpabilidade de uma determinada conduta e a consequente conclusão, que posteriormente, a lei penal não a decreta pena alguma. Dentre outras causas, o ilustre Ernst Von Beling, sem fazer mudança no esquema analítico "objetivo-subjetivo", declarou, em meados de 1906, sua teoria do tipo penal, onde fazia uma distinção, dentro do injusto objetivo, entre a tipicidade e a antijuridicidade. Sendo assim, o proibido era causar o próprio resultado típico, e a antijuridicidade era o impacto da causação deste resultado com a ordem jurídica, que se comprovava com a ausência de qualquer permissão para causar o resultado.

No compreender de Prado (2004, p. 236), o crime, desempenha, sobre a relação contrária entre o fato e a lei penal. Tem-se, pois, que "delito é o fato a qual a ordem jurídica associa a pena como legitima consequência", ou seja, "ação ou omissão, imputável ao seu

---

[1] WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, c. 2001, p. 51.
[2]HERING, Das SchuldmomentimrömischenPrivatrecht, 1867, P. 5.
[3] E para a qual contribuíram decisivamente autores como Berner, *LehrbuchdesdeutschenStrafrechts* (1857), v. Liszt, *Lehrbuch des deutschenStrafrechts*(1881) e BELING, *Die LehrevomVerbrechen*(1906), *apud*Dias (1999).

autor, prevista e punida pela lei como uma sanção penal", ainda mais, "todo fato humano proibido pela lei penal". Também existe um terceiro conceito, definido como analítico, que leva em conta os elementos estruturais do crime, tendo esse conceito uma variação de acordo com a teoria adotada.

1.1.1 Dolo e a culpa para o delito

A teoria causalista, desenvolvida especialmente por Von Liszt[4], explana que o crime é composto de três elementos: fato típico, ilicitude e culpabilidade, onde o dolo e a culpa estão situados no contexto da culpabilidade.

Já a segunda teoria é a finalista. Desenvolvida por Hans Welzel[5], cita que o crime é composto de três elementos: fato típico, ilicitude e a culpabilidade, só que nesta teoria o dolo e a culpa estão no fato típico, como elementos integrantes da conduta. Para alguns doutrinadores a teoria finalista estabelece como requisitos do crime apenas dois elementos, fato típico e ilicitude, sendo a culpabilidade é apenas um pressuposto para a imposição da pena.

A teoria finalista mudou esse cenário Welzel chegou à conclusão de que somente seria possível atribuir-se a alguém a modalidade tentada se soubesse qual era a sua finalidade delitiva; se sua ação foi evacuada com dolo. Sobre o delito não consumado, agiu o agente dolosamente. Logo, concluiu ele o dolo como sendo o *"elemento subjetivo de todos os tipos dolosos"*.

Atribuindo-se ainda a esta teoria, Queiroz (2001, p. 90) cita que:

> Para a teoria final da ação [...], a conduta humana é o exercício de uma ação final; a ação é, por isso, um acontecer final, e não apenas causal. A finalidade [...] ou o caráter final da ação se deve ao fato de que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, eleger, em consequência, fins diversos e dirigir sua ação, conforme seu plano, conscientemente levado ao fim.[...] Por consequência, com o finalismo, dolo e culpa são deslocados da culpabilidade para a tipicidade, já que é a finalidade da ação (a intenção) que dirá, por exemplo, se estamos diante de um crime de lesão corporal ou uma tentativa de homicídio

Partindo do que foi citado acima, entretanto, pode-se ser citada a teoria funcionalista do delito, mesmo que o sistema adotado pelo Código Penal Brasileiro seja o finalista. Teoria

---

[4] LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Brasília: Senado Federal, 2006, v. 1, p. 270.
[5] WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, c. 2001, p. 69.

esta ganhou mais força a partir da segunda guerra mundial, principalmente no continente europeu.

De acordo com Luís Greco, (2000, p. 39):

> "O funcionalista sabe que, quanto mais exigir para o dolo, mais acrescenta na liberdade dos cidadãos, à custa da proteção de bens jurídicos; e que quanto menos exigências formular para que haja dolo, mais protege bens jurídicos, e mais limita a liberdade dos cidadãos."

Desta forma, para o funcionalismo penal, o sistema jurídico só descobre estabilidade em sua consistência normativa, ou seja, em si mesmo. Tenta-se compreender o ser humano na sociedade, inicialmente sendo o estudo do caso concreto, levando muito em conta a ação da pessoa humana.

Deste modo é indispensável proporcionar uma unidade sistemática "entre a política criminal e dogmática penal" melhorando todas "as categorias concretas do delito: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade que devem ordenar-se, contemplar-se e desenvolver-se desde o início sob o prisma de sua função político-criminal". (ROXIN apud ESTEFAM, 2011, p. 289).

Para Bitencourt (2011, p. 253) a divisão mais utilizada, todavia, pelas legislações penais, inclusive pela nossa, é a dicotômica. As condutas puníveis dividem-se em crimes ou delitos e violações que seria espécie do gênero infração penal.

1.2 Conceito neoclássico de delito

Também chamado de conceito Neokantista, Bitencourt e Conde, explica que "*corresponde à influência no campo jurídico da filosofia neokantiana, dando-se especial atenção ao normativo axiológico*" (BITENCOURT; CONDE, 2000, p. 19).

O conceito neoclássico corresponde à influência no campo jurídico, segundo Bitencourt da seguinte forma:

> "Foi substituída a coerência formal de um pensamento jurídico circunscrito em si mesmo, por um conceito de delito voltado para os fins pretendidos pelo Direito Penal e pelas perspectivas valorativas que o embasam. Com esta nova orientação, todos os elementos do conceito clássico do delito sofreram um processo de transformação, a começar pelo conceito de ação, cuja concepção, puramente

> naturalística, constituía o ponto mais frágil do conceito clássico de crime." (BITENCOURT, 2003, p.175)

O autor menciona que este conceito neoclássico de delito passou por intensas transformações voltadas para os fins pretendidos pelo Direito Penal e pelas teorias teleológicas do delito que o fundamentam.

O Neokantismo alterou também a concepção causalista[6] de culpabilidade, onde não mais teria uma ligação psicológica estabelecida pelo dolo ou pela culpa entre o agente e o fato praticado, mais sim, algo além dessa concepção física: incluído a exigência de conduta diversa, fundamentando esta linha de raciocínio jurídico na coação moral irresistível, onde mesmo com a análise de dolo, inexiste punição.

Desta maneira, por meio do esclarecimento sobre a concepção neoclássica do delito avalia-se a respeito da existência de elementos subjetivos no tipo penal, afastando, de forma categórica uma concepção clássica do tipo, determinada por fatores objetivos. Segundo Bitencourt e Conde "Pela transformação material da antijuricidade e redefinição da culpabilidade, sem alterar, contudo, o conceito de crime, como a ação típica, antijurídica e culpável" (BITENCOURT; CONDE, 2000, p. 20).

Ainda com base nas reformulações do conceito de ação, a teoria neoclássica manteve o mesmo conceito de crime da primeira teoria, a clássica, como a ação típica, antijurídica e culpável, acumulando algumas considerações que têm valores, desde então.

Conforme Luiz Flávio Gomes[7] visa ganhar projeção em:

> "A tipicidade, por exemplo, não é neutra, retrata uma conduta valorada negativamente pelo legislador. A antijuridicidade não é puramente formal, porque está atrelada à danosidade social. A culpabilidade não é puramente psicológica, é psicológico-normativa".

Observa-se é que todos os elementos do conceito clássico de delito passaram por um processo de mudanças e transformações, pois a ligação Neokantiana não pretendeu negar o Positivismo Jurídico, mas superá-lo, da sorte que foi dada à função do tipo.

---

[6] ALMEIDA, Erika Fontes de; VAZ, Daniel Ribeiro**. Teoria do crime: conceito de crime**. (2013).
[7] GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 53.

1.3 Conceito finalista de delito

Segundo Damásio (2002)[8],

> "a vontade finalista pertence à ação, quer dizer, aquilo que os mecanicistas chamam de conteúdo da vontade, que corresponde à vontade tendente à produção de determinado fim, pertence à conduta, primeiro elemento do fato típico".

Com base na explanação e nas deficiências da teoria causal apontadas pela doutrina, mister se fazia, todavia, uma mudança substancial na estrutura do tipo, da ilicitude e da culpabilidade. E com base nesses pensamentos iniciais, Hans Welzel, apoiando-se nas ideias filosóficas de Honigswald[9] e Hartmann[10], criou a teoria finalista da ação.

Relata ainda, que:

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

Dissertando sobre o assunto Bitencourt (2003, p. 178) assegura que "O próprio Welzel, na sua revolucionária transformação da teoria do delito, manteve o conceito analítico do crime". Deixa esse entendimento muito claro ao afirmar que "o conceito analítico da culpabilidade acrescenta ao da ação antijurídica, tanto de uma ação dolosa como não dolosa, um novo conceito, que é a que converte em delito". Com essa declaração Welzel afirma que, para ele, a culpabilidade é um elemento constitutivo do crime, sem a qual este não se aperfeiçoa.

Segundo Erika Fontes de Almeida[11] e Daniel Ribeiro Vaz, foram criados duas Estruturas Lógicas Objetivas a fim de prevalecer o finalismo:

> a) toda conduta é finalista, i.e., exige-se finalidade ao se realizar qualquer conduta comissiva ou omissiva;
> b) o homem é dotado de autodeterminação – livre e culpável – tendo por fundamento da pena a culpabilidade (ALMEIDA; VAZ, 2013).

---

[8] JESUS, Damásio E. de, Imputação objetiva. 2.ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.
[9]Honigswald (*Bases de lafilosofíadelpensamiento)*
[10] Nikolai Hartmann*(El problema del ser espiritual;* cfr. Welzel, Bild).
[11]ALMEIDA, Erika Fontes de; VAZ, Daniel Ribeiro. **Teoria do crime***:* conceito de crime. Disponível em: Acesso em: 15nov. 2015.

Welzel deixou claro que com o início deste delito o crime poderia ser definido com a presença do elemento culpabilidade, que para o finalismo, a estrutura do crime continua sendo a junção dos elementos: ação típica, antijurídica e culpável, fundamentando-se, então, a determinação do crime como um conceito analítico, o qual abarca não somente a sua concepção formal e material, por serem insuficientes para permitirem à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime.

Observa-se que o finalismo nada mais fez do que deslocar a finalidade, ou seja, o dolo e a culpa que se encontravam na culpabilidade, para o fato típico, agregando, entretanto, mais um elemento ao fato típico que passa a ser: o causalismo, neokantismo e finalismo. Mesmo com esta evolução, o finalismo ainda parte da premissa de um fato típico formal, embora subjetivo (ALMEIDA; VAZ, 2013).

A teoria finalista contribuiu para identificar a unidade subjetiva e objetiva da ação humana, qualificada pelos atributos de valores do tipo de injusto e da culpabilidade, com base real do conceito de fato punível. A estrutura final da ação humana seria constitutiva para o direto penal, cujas proibições ou mandados não dirigem a processos casuais cegas, mas à vontade humana capaz de configurar o futuro próximo.

1.4 Conceito de Crime

Com base na Lei de Introdução ao Código Penal, em seu artigo 1°, conceitua-o de forma expressa o crime, *in verbis*:

> Art. 1° Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativamente ou cumulativamente.

De acordo com o artigo mencionado, observa-se que a Lei de Introdução ao Código Penal não definiu o crime, apenas o diferenciou da infração. Com base nisso, Greco[12]discursa que "o artigo 1° da Lei de Introdução ao Código Penal somente nos trouxe um critério para que, analisando o tipo penal incriminador pudesse distinguir o crime de uma contravenção".

Mas o que vem a ser o crime? Por mais que seja um fenômeno social, o crime é um acontecimento na vida de uma pessoa. Não podendo, todavia, ser dele pronunciado e sozinho,

[12]GRECO, Rogério. Direito penal – Lições. 2ª ed. Belo Horizonte: Praetorium, 2000, p. 125.

nem mesmo ser reproduzido ou estudado em laboratório. Não se apresenta no mundo do dia-a-dia como apenas um conceito, único, imutável, estático no tempo e no espaço. Ou seja: "cada crime tem a sua história, a sua individualidade; não há dois que possam ser reputados perfeitamente iguais." Obviamente, cada ação criminosa faz nascer para as vítimas, resultados que jamais serão esquecidos, pois se delimitou no espaço a marca de uma agressão, seja ela de que tipo for: moral; patrimonial; física; psicológica.

Com o passar dos séculos, o conceito de "crime" evoluiu. O próprio Código Penal atual, com suas atualizações provenientes da Lei nº7. 209/84 que reformulou toda a Parte Geral do Código de 1940, não define o que é crime, apesar de algumas de nossas legislações penais antigas o faziam. O Código Criminal do Império de 1830 determinava em seu artigo 2º, parágrafo 1º: Julgar-se-á crime ou delito toda ação ou omissão contrária às leis penais. E, o Código Penal Republicano de 1890 assim se manifestava em seu artigo 7º: Crime é a violação imputável e culposa da lei penal.

O conceito jurídico do crime é ponto elevado e, ao mesmo tempo, um dos mais controversos e confusos da moderna doutrina penal, assim explica HUNGRIA (1978), afirmando que:

> "o crime é, antes de tudo, um fato, entendendo-se por tal não só a expressão da vontade mediante ação (voluntário movimento corpóreo) ou omissão (voluntária abstenção de movimento corpóreo), como também o resultado (effectus sceleris), isto é, a consequente lesão ou periclitação de um bem ou interesse jurídico penalmente tutelado."

Visando a inércia dos nossos legisladores no que se refere à lei positiva do conceito de delito, percebe-se que esta tarefa de definir tal estabelecimento passou a ser executada pelos doutrinadores. Vale salientar que estes mostram o crime sob o aspecto material, formal e o analítico.

Fernando Capez (2004), explica que o conceito de crime pode ser exposto sob três aspectos:

> O **aspecto material** é aquele que busca estabelecer a essência do conceito, isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. **No aspecto formal** o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta do tipo legal e, portanto, considera infração penal tudo aquilo que o legislador descreve como tal, pouco importando seu conteúdo. **O aspecto analítico** é aquele que busca estabelecer os elementos estruturais do crime. A finalidade deste enfoque é propiciar a mais correta e justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva seu raciocínio em etapas. Sob este aspecto, crime

> é todo fato típico e ilícito. Dessa maneira em primeiro lugar, deve ser observada a tipicidade da conduta. Em caso positivo, e somente neste caso, verifica-se se a mesma é ilícita ou não. Sendo o fato típico e ilícito, já surge a infração penal (CAPEZ, 2004, p. 106).

Com base nisso, na doutrina penal brasileira, utilizou-se um conceito formal do delito, no qual o crime seria toda a conduta humana que não cumprisse a lei penal. Portanto, averiguava-se o fato do indivíduo infringir a lei penal apenas, sem que qualquer outro fator fosse analisado.

Já Greco[13], Assis Toledo, Luiz Regis Prado, Bitencourt[14] e Zaffaroni[15], apoiadores da corrente tripartida, entendem que o crime é composto pela ilicitude, a antijuridicidade e pela culpabilidade. Observa-se que o Welzel, conforme já foi dito, adotou esse posicionamento ao elaborar o conceito finalista.

Conclui-se que, apesar de deficiente, a definição formal é a única possível, uma vez que está distante do conceito material. Todavia, porém, o receio de que o legislador pratique crimes em excessos, e não cumpra as condutas que tão somente atentem contra os interesses dos possessores do poder.

1.4.1 Classificação de crime entre os países

Em cada país adota-se uma política criminal para um episódio oposto à lei, devendo ser o crime analisado como ilícito penal e dessa forma punível. Normalmente em alguns países a classificação do delituoso é dividida em: crime, contravenções, delito. Segundo a doutrina, esses países, a classificação das infrações é tripartida.

De acordo com Prado (2005, p. 255) essa divisão tripartida é um fato histórico do Código Penal Francês no ano de 1791. Neste período os crimes prejudicavam direitos naturais; os delitos infringiam direitos oriundos do contrato social e os crimes menores violavam prescrição legal de regulamentos de polícia.

Ainda para Prado (2005, p. 256) em outros países, incluindo o Brasil, a classificação adotada é bipartida e as infrações são divididas em: contravenções e crimes e/ou delito. O

---

[13] GRECO, Rogério. Direito penal – Lições. 2ª ed. Belo Horizonte: Praetorium, 2000, p. 123.
[14] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 238 e 278
[15] ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 3° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 390

Direito Penal Brasileiro, o Italiano (art. 39, CP) como também o Alemão, o Português e outros, associa a divisão geral bipartida das infrações penais em crime ou delito e contravenção. O que muda entre eles é apenas a questão de gravidade da pena/conduta. Os delitos ou crimes são penalizados com penas privativas de liberdade, limitadas de direitos e de multa (art. 32, CP), e a infração é confirmada com uma prisão simples e multa, de acordo com o art. 5º, Decreto-lei 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais. A parte principal da questão está na urgência da ação praticada. Normalmente, guardam-se nas infrações aqueles delitos mais moderados, ficando os outros na amplitude do delito ou crime.

Greco (2007, p. 138) para a Hungria, as infrações penais devem em geral relacionar as infrações consideradas menos graves, ou seja, aquelas que desrespeitam bens jurídicos pouco importantes como àqueles favorecidos quando se cria a figura típica de um delito.

De acordo com o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, no que diz respeito à aplicação da pena as infrações com prisão simples, enquanto crime ou delito condenado com prisão nas modalidades de reclusão e detenção, quando se quer nos referir sem olhar a qualquer uma dessas figuras, deve-se usar o termo infração penal. Esta, todavia, como gênero, refere-se à forma extensa aos crimes/delitos e às infrações penais como espécies (GRECO, 2007, p. 136).

Segundo Greco (2007, p. 139) nesta o critério de distinção é político. O que hoje é um ilícito civil amanhã poderá vir a ser um ilícito penal. O ilícito penal estará sempre acompanhado de um encargo maior, considerando que os bens protegidos pelo direito penal possuem maior relevância e configuram como indispensáveis ao convívio social pacífico. O legislador, observador dos princípios que norteiam o Direito Penal, sempre irá selecionar os bens que a este interessam mais de perto, deixando o auxilio dos demais a cargo das diversas áreas do direito.

Diante disso, o ilícito penal pode ser objeto de privação de liberdade enquanto o ilícito civil, com a restauração do detrimento, pode-se ainda proceder que há uma diferenciação entre ilícito civil e ilícito penal.

1.5 Breve apresentação da teoria do crime no Brasil

Evidentemente que o crime não pode ser exclusivamente avaliado por meio de simples teoria. O crime é, portanto, um acontecimento na vida de um ser humano que acaba por envolver também vários outros indivíduos. Para Toledo (1994, p.79) não é simplesmente um conceito com bases teóricas, com a condição de que não será sempre o mesmo. Podem-se examinar diversos elementos que, quando unidos, acabam por caracterizar um determinado fato delituoso.

Para Estefam (2008, p. 55) os princípios gerais do Direito Penal, anunciam que o Direito Criminal deve atuar entre a sociedade apenas quando um bem jurídico penalmente protegido for atingido ou estiver ameaçado de lesão. Isso porque o Direito Penal serve de auxilio, protegendo somente os bens jurídicos mais relevantes para a vida social.

André Estefam bem explica que, *"as infrações penais, portanto, correspondem a um pequeno fragmento extraído da vasta gama de atos ilícitos"* (2008, p.55). Portanto, crime, é conceituado como todo ato ofensivo a um bem jurídico relativamente protegido fazendo com que o Direito Penal seja devidamente experimentado, sendo este apenas um conceito material do que vem a ser um delito. Ainda Estefam (2008, p.55) cita que, contudo isso, essa definição é bastante incompleto, diante da pluralidade de situações que o ser humano e a vida em sociedade colocam perante a ciência do Direito para que este possa solucionar de modo suficiente todas as questões.

Com base nesta insignificância dogmática, os cientistas da esfera jurídico-penal preocuparam-se em formular diversos outros conceitos de crime, pautando-se em diferentes aspectos. Pode-se citar como exemplos o social, normativo, filosófico, entre outros.

1.5.1 Da conduta Humana

A conduta é um elemento essencial para a análise do delito. Têm grande significativa, por toda a doutrina penalista, assim pode-se dizer, na avaliação dos demais sujeitos específicos do conceito analítico de crime, possuem suas próprias teorias e características, essas que, quando utilizadas, influenciam em todos os aspectos da tipicidade.

A conduta humana pode ser demonstrada sob a forma de uma ação adequada ou de uma inércia. Portanto, é importante citar que a conduta humana, seja a ação ou a negação, só terá a atenção do Direito Penal quando realizada por um indivíduo com atitude responsável o ato independente, reflexo ou derivado de um caso acidental ou força maior não pode ser punido. Aqui, à vontade e consciência abrange tanto o dolo quanto a culpa. No ato independente pelo menos não há culpa (MIRABETE, 2008, p. 91).

Júlio Fabbrini Mirabete cita que: "*ato voluntário não implica que a vontade seja livre, que seja querido o resultado. O ato é voluntário quando existe uma decisão por parte do agente, quando não é um simples resultado mecânico*" (2008, p. 91). Mais ainda, "*a vontade domina a conduta dolosa ou culposa. A diferença é que, na ação dolosa a voluntariedade alcança o resultado, enquanto na culposa só vai até a causa do resultado*". (MIRABETE, 2008, p. 91)

De acordo com Toledo (1994, p. 83) nosso sistema jurídico penal é relacionado pelo finalismo. Portanto, o dolo e a culpa explicam somente a finalidade do individuo que opera diferente no dolo, essa finalidade vai até o final. Na culpa, a finalidade do individuo que opera, alcança simplesmente a causa do resultado, sendo que este último não é desejado pelo criador. Essa finalidade impede dizer que a conduta do individuo que opera é aquele fato orientado à intenção de reestabelecer um bem jurídico, ou ameaçá-lo a ser prejudicado com tal lesão.

Diante desse pensamento de Toledo (1994, p. 83) que Welzel concluiu que tanto o dolo quanto a culpa não poderiam compor o elemento da culpabilidade, mas sim que deveriam fazer parte da ação humana. Com base nisso, a teoria da causalidade, já existente e vigorante à época, poderia prever certos acontecimentos e, com isso, evitá-los. Passou-se a existir uma causalidade dirigida a uma determinada finalidade.

A ação culposa, causadora de grandes dúvidas no que diz respeito a teoria finalista da ação de Welzel possui também a finalidade, mas, como já citado por Mirabete, a mesma não alcança o resultado, e sim apenas a conduta em si, o ato de praticar determinada ação ou de deixar de fazer.

1.5.2 Da Tipicidade da Conduta

Quando se estuda um tipo penal, estuda-se realmente uma conduta que é autorizada ou proibida pelo ordenamento jurídico penal, mas não de forma sólida, e sim, vaga. Aquele tipo penal que proíbe uma determinada ação pode ser denominado "tipo criminoso", logo que estará descrevendo uma conduta punível pelo ordenamento jurídico penal caso seja praticada, ou seja, um crime, propriamente dito. Já o tipo penal que permite uma determinada conduta, é doutrinariamente denominado "tipo irresoluto", já que, ao contrário do tipo penal criminoso, descreve condutas que justificam determinada conduta típica, excluindo a ilicitude dessa mesma conduta. A tipicidade é justamente a justaposição entre uma conduta realizada pelo individuo que opera e um tipo descrito na lei penal vigente ao momento da ação. (MIRABETE, 2008, p. 103)

Ao verificar se na conduta realizada pelo individuo que opera estão diante do elemento da tipicidade, devem-se analisar os componentes desse elemento, sejam eles: o individuo que opera; a ação; o resultado e a coerência causal que liga a conduta do individuo ao resultado delitivo almejado. (TOLEDO, 1994, p. 84-85)

Observa-se ainda que a ação é componente da análise da tipicidade. É analisada individualmente pela doutrina em geral porque compõe um elemento de grande importância na teoria analítica do crime, mais ainda depois de toda a revolução ocasionada pela doutrina finalista, que tratou da conduta humana de forma diferenciada, dando-lhe a devida importância e definição.

1.5.3 Da Ilicitude da Conduta

Para Toledo (1994, p. 8) deve-se ter como conceito básico de ilicitude "a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelada". Quando o sujeito realiza uma conduta que é contrária ao ordenamento jurídico, pode-se dizer que praticou uma conduta ilícita. Esta, portanto, é uma definição da ilicitude. Muitas condutas poderão ser contrárias ao ordenamento jurídico sem, todavia, serem consideradas ilícitas.

Entretanto, um fenômeno precisamente causal, bem como um ato que, ainda que seja uma falta de cumprimento de dever, mas que não gera qualquer prejuízo entre a sociedade, não será considerado um ato ilícito. Não será considerado um crime.

Segundo Mirabete, explica que “por essa razão, diz-se que a tipicidade é o indício da antijuridicidade, que será excluída se houver uma causa que elimine sua ilicitude” (2008, p. 167-168). Expõe também que não será ilícita a conduta praticada sobre o esboço que exclui a ilicitude. Essas exclusões são situações previstas pelo Código Penal Brasileiro de forma explicita e que admitem a prática de uma conduta inicialmente comum como crime em razão de fatos próprios.

2. AS TEORIAS SOBRE O DIREITO DA AÇÃO

É necessário antes de tudo, para que se possa existir um fato típico, ilícito e culpável, tenha acontecido uma ação de forma voluntária, seja positiva ou negativa. Tudo isso porque a ação humana aqui acordada em seu espírito mais amplo, incluindo tanto a ação própria, quanto a inércia.

Doutrinariamente o conceito de ação é bastante questionado, apesar da regra *nullum crimen sine actione,* que em resumo possui três teorias: **teoria causal**, a mais antiga, que entende ser a ação puro fenômeno causal; **teoria finalista** gera a ação objetiva e, por fim, a **teoria social**, que procurou acabarem os problemas criados pelas duas primeiras teorias, listando a ação com o meio social em que acontece.

Portanto, devem-se definir todas as teorias, a fim de tornar possível o entendimento acerca da transformação histórica da teoria da ação como um todo para, depois, realizar uma paralelização com a evolução da culpabilidade, relação esta que levará aos principais sistemas penais existentes, hoje, no Brasil e a possibilidade de inclusão de matrizes de um sistema para outro diferente.

2.1 Teoria Causal da Ação

Esta aconteceu durante o século XIX, é a teoria que primeiro buscou cuidar da ação, em que era atual o direito positivista, o qual buscava incluir leis da ciência natural nas esferas da ciência humana. Toledo (1994, p. 93), diz que essa teoria considerava *"a ação humana um processo mecânico regido pelas leis da causalidade".*

Com base neste conceito, a vontade interna do indivíduo situou-se na função da culpabilidade, ao passo que a vontade externa, que é pura e simplesmente a conduta do individuo que opera e seu resultado visível ao mundo externo, mostrava-se então no papel do errado. Esse conceito começou a ser derrotado, dentro do Direito Penal Brasileiro, quando apareceram os chamados delitos de intenção que possuíam sujeitos próprios. Fora do contexto do Direito Penal, deu-se início a ação antipositivista do século XX, no qual se passou a afirmar que todo e qualquer movimento humano é dirigido a certo objetivo. (TOLEDO, 1994, p. 93-94)

Considera por Tavares (2003, p. 131 – 132) a contribuição mais importante para o conceito de tipo, a teoria causal da ação é que vem a ser a descrição da conduta, prevista na lei, que depende da atividade humana e do resultado. Isso porque, o conceito de tipo trazido por Beling revolucionou a doutrina penal, possibilitou a construção analítica do delito e até mesmo a construção do conceito de ação.

Tavares (2003, p. 133 – 134) explica que num primeiro momento, a tipicidade, para a teoria causal da ação, não apresentava qualquer relação com a ilicitude. Depois, por

intermédio de Max Mayer[16], a tipicidade passa a ser um indício da ilicitude. Posicionamento este que veio a ser reafirmado pelo finalismo de Welzel[17], anos depois.

Depois de um longo período de vigência, a referida teoria não existe nos dias atuais, posto que a ação finalista alterasse por completo, observando, não renunciá-la, entretanto completá-la.

2.2. Teoria Finalista da Ação

De acordo com Toledo (1994, p. 97) a Teoria Finalista da Ação se diferencia das demais, pois considera imprescindível a intenção do agente, o dolo ou a culpa perseguida pelo autor. Essa teoria representa a reação ao dogma naturalista. Distinguiu-se a finalidade da causalidade. Daí a máxima finalista de que a causalidade é cega, ao passo que a finalidade vê.

A partir da elaboração dessa teoria por Hans Welzel, não seria mais possível deixar de considerar o elemento volitivo na forma com as ações foram praticadas. Estava identificada a salutar diferença entre o clássico conceito causal e o novo conceito finalista. Segundo o entendimento de Welzel, citado na obra de Bittencourt[18] (2009, p. 31), o critério que permite imputar um resultado à ação é a finalidade que a dirige, nesse sentido:

> A teoria finalista não vislumbra a ação (ou a omissão) como mera processo causal equiparado aos processos de natureza. Ela se diferencia destes últimos por algo que lhe é próprio e único, a saber, a capacidade de atuar conforme fins estabelecidos de modo racional. No atuar humano, o agente concebe um determinado objetivo e, em seguida, para alcançá-lo, põe em marcha determinados processos causais dirigidos por ele, de modo consciente, em direção ao fim pretendido. Daí ser a ação humana o "exercício de uma atividade final.

A primeira dessas estruturas e que importam para o direito, cuja lógica intrínseca deve ser respeitada, é a natureza finalista do agir humano. O homem, segundo Welzel, só atua finalisticamente, ou seja, sempre com uma finalidade.

Para os defensores do finalismo, a ação realiza-se em duas etapas, como bem ensina Cezar Roberto Bittencourt[19] (2009, p. 104), a se destacar: a) subjetiva - ocorre na esfera intelectiva: antecipação do fim que o agente quer realizar e a seleção dos meios adequados

---

[16]Em 1915 Max Ernst Mayer encarou o tipo como sendo um indício de ilicitude.
[17] Hans Welzel é considerado o pai da Teoria Finalista da Ação, adotada pela reforma da Parte Geral do Código Penal Brasileiro de 1984.
[18]BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1.V.
[19] Cezar Roberto Bitencourt. Teoria Geral do Delito, cit., p.104.

para a consecução do fim, considerando os efeitos concomitantes relacionados à utilização dos meios e o propósito a ser alcançado; b) objetiva - ocorre no mundo real: execução da ação real, dominada pela determinação do fim e dos meios idealizados.

Já para o professor Luiz Luisi[20] (1987), compreendeu a justificativa do criador do finalismo:

> Ao apreender a essência dos atos do querer e do conhecimento do homem - postos como objetivas realidades, na posição de objetos do conhecimento - verifica-se que o conhecer e o querer humano se voltam sempre para uma meta; visam um objetivo. O conhecimento é conhecimento de algo, posto ante o sujeito. O querer é querer algo posto como fim pelo sujeito. A característica ontológica, portanto, do conhecer e do querer humanos está nesta 'intencionalidade', isto é, nesta 'finalidade', que é sempre, por força da normaçãoôntica, visada pelo agente. A ação, portanto, como decorrência desta estrutura ontológica, é sempre, enquanto autenticamente humana, 'exercício de atividade final.

A Teoria Finalista da Ação se diferencia das demais, pois considera imprescindível a intenção do agente, o dolo ou a culpa perseguida pelo autor Cumpre mencionar que por essa teoria o homem pode, até certo ponto, prever as consequências de seus atos, portanto o agente só pode responder por determinado fato, quando resultado de sua vontade.

A crítica mais relevante com relação a teoria finalista diz respeito aos crimes culposos, eis que nesses casos o resultado não é pretendido pelo agente. A coação física, desde que absoluta (irresistível) elimina o próprio movimento corpóreo, e não à vontade. Esta só pode ser atingida pela coação moral. Assim, sendo absoluta a coação moral, de tal forma se encontra viciada a vontade que determina o movimento corpóreo, que se afirma a exclusão da ação, pela anulação da vontade; sem vontade, não há ação.

Por fim, sobre bases ontológicas a Teoria Finalista de Welzel parte de duas realidades lógico-objetivas: a natureza final da ação e a autodeterminação do ser humano que teriam a função de vincular o legislador.

2.3 Teoria Social da Ação

Com a união da teoria citada com a teoria finalista da ação, que será explicada em tópico exclusivo, adquiriu-se uma ação fundamentada na causalidade dirigida. O aspecto naturalístico da ação não foi abandonado, mas adicionou-lhe uma finalidade, um

---

[20] LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais.Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p.39.

direcionamento ao entendido resultado. Entretanto, os pesquisadores do Direito continuaram por considerar pouco suficiente o conceito de ação, posto que as duas teorias não alcançassem o caráter social do comportamento do ser humano.

O Direito Penal vem a se preocupar apenas com condutas socialmente pertinentes, pois aquilo que não afeta o meio social não merece ser tido como objeto de estudo do Direito Penal, que é uma ciência fundamentada na coibição mínima.

Os indivíduos realizam suas condutas e comportam-se diariamente tendo-se em vista a sua liberdade de agir, atribuída constitucionalmente, e também a impossibilidade de agir de outra forma. Em cada uma dessas ações, seu comportamento será de uma determinada forma. Seja o sujeito deverá agir finalisticamente, ou por mera causalidade/ reflexo, ou ainda, escondido.

Com base nos ensinos de Zaffaroni e Pierangeli, "*para que tenha relevância social, uma ação necessariamente requer ser entendida finalisticamente*". (1997, p. 429), citam também:

> "De qualquer maneira, repetimos que o requisito da relevância social, entendida como a necessidade de que a conduta transcenda da esfera meramente individual do autor à do outro, é um requisito da tipicidade penal da conduta, mas não da conduta em si, que é conduta, embora não transcenda a ninguém. As ações puramente privadas, que não transcendem para ninguém (e que o direito não pode proibir), também são "ações".

Os autores procuram explicar que a teoria social da ação, exprimida e depois à teoria finalista de Hans Welzel, não desampara o contexto da finalidade na conduta humana, embora tenha mais importância sua semelhança social do que ontológico.

Criada por E. Schmidt e trazendo a expressão "relevância social", a referida teoria acabou por alcançar todas as espécies de ação, inclusive os fenômenos da natureza. Portanto, como bem afirma Toledo (1994, p. 105), esses fenômenos naturais "*são neutros para o direito penal, que só se interessa por condutas humanas e, mesmo assim, por algumas formas qualificadas delas"*

Um acontecimento jurídico para ser assim considerado importante deve-se, ter destaque social. Antes de um determinado comportamento ser considerado um crime, é

colocado na categoria de fato jurídico e, por essa ocasião, socialmente relevante que Antônio Luís Chaves Camargo (2002, p. 33) ensina:

> O conceito social de ação, proposto por Jeschek é um comportamento socialmente relevante que se refere à relação do indivíduo com o mundo que o rodeia e o afeta com suas consequências. Ele abrange todas as formas de comportamento humano que podem ser levadas em conta num juízo de imputação penal (...). Em resumo, para Jeschek, a dogmática é acompanhada por outras disciplinas (História do Direito Penal, Filosofia do Direito e o Direito Penal comparado), possibilitando enfrentar o fenômeno do estudo do crime de forma metodológica e suas consequências jurídicas como fenômenos desta natureza.

Diante disso é importante se fazer diferenciar os fatos penalmente pertinentes, dos demais fatos e comportamentos que, embora jurídica e socialmente relevantes, mas não interessa ao Direito Penal como ciência ou para estudo.

Portanto, se levarmos em conta a culpabilidade como elemento do crime, o conflito com a Constituição desaparece, pois a imputabilidade do menor faz levar à descaracterização ou não tipificação do crime. Haveria penas o chamado ilícito ou injusto penal e que, na prática, é infracional.

2.4 Direito Penal e Nexo Causal

Com o crescimento do capitalismo a expansão do processo de globalização, novos riscos surgiram e o direito penal da pós-modernidade deve estar atento às mudanças sociais para se adaptar e se adequar ao modelo social existente, proporcionando paz social e justiça.

O modelo de sociedade atual pode ser definido como "sociedade líquida" – expressão de Bauman[21]. Nestas sociedades, o único atributo perene é a mudança. O estar em movimento torna-se mais saudável do que a fuga na direção incorreta. Esse ambiente gera medo, que, por consequência, gera mais necessidade de atuação penal.

Pode-se dizer que esse efeito age como uma espécie de desencantamento da pós-modernidade. Assim explica Bauman:

> "Medo" é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance. A experiência do viver na Europa do século XVI – o tempo e o lugar que nossa Era Moderna estava para nascer – foi resumido por LucienFebvre, de maneira clara e admirável, em apenas quatro palavras: „*Peurtoujours, peurpartout*" ("medo sempre e em toda parte"). Febvre vinculava

[21]Um dos maiores pensadores da pós-modernidade – ou modernidade líquida, nomenclatura cujo autoria lhe pertence.

> essa ubiqüidade do medo á escuridão, que começava exatamento do outro lado da porta da cabana e envolvia o mundo situado além da cerca da fazenda. A escuridão não constitui a causa do perigo, mas é o habitat natural da incerteza – e, portanto, do medo. A modernidade seria o grande salto á frente: para longe desse medo, na direção de um mundo livre do destino e cego e impenetrável – a estufa dos temores.Como ruminou Victor Hugo, de modo melancólico e de vez em quando altamente lírico: introduzido pela ciência ("a tribuna política será transformada numa tribuna científica"), chegará o tempo do fim das surpresas, das calamidades, das catástrofes – mas também das disputas, das ilusões, dos parasitismos(BAUMAN, 2008, p. 8-9).

Diante sua impossibilidade de colocar luz sobre todos os espaços escuros da ignorância e da realidade científica atual, é normal que os medos surjam e se multipliquem de forma exponencial. Tais medos vão ser apreendidos socialmente como riscos a ser evitados. Talvez por isso a definição da sociedade atual como uma sociedade de risco seja de importância primordial para a compreensão do sistema jurídico penal pós-moderno. O direito não pode ignorar os dados da realidade que o circunda.

Desse modo, muitas vezes a simples referência ao conceito de causalidade típico de um paradigma puramente empírico e superado pode representar ausência de solução jurídicas plausíveis na tarefa de enfrentamento de determinados riscos típicos do momento em que o mundo se encontra. Riscos estes que não tendem a cessar:

> Todos os dias, aprendemos que o inventário de perigos está longe de terminar: novos perigos são descobertos e anunciados quase diariamente, e não há como saber quantos mais, e de que tipo, conseguiram escapar à nossa atenção (e à dos peritos!) – preparando-se para atacar sem aviso. (BAUMAN, 2008, p. 12)

No plano ideológico e científico já mencionado, o desenvolvimento da teoria do delito sofre grandes mutações. Para que se considere determinado fato criminoso de forma a legitimar a atuação do direito penal, é clássica a necessidade de uma conduta humana geradora de um resultado jurídico desaprovado, sendo imprescindível a adequação dessa conduta à lei, sem prejuízo da presença do nexo de ligação entre a conduta e o resultado jurídico gerado.

A relação que se estabelece entre a conduta humana e o resultado por ela produzido são intitulados pela doutrina de nexo de causalidade e sua presença é indispensável para a aplicação da sanção[22] penal. O direito penal (pelo menos na forma clássica) "tem na relação de causalidade o campo de trabalho por excelência da teoria do delito" e "[...] dita relação é o fio condutor da compreensão do evento delituoso" (FERNANDES, 2007, p.3).

---

[22]Sanção é "todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra" (REALE, 2003, p.72).

A questão da causalidade e a crise do dogma causal tem se mostrado um dos grandes problemas da história do direito penal, principalmente porque a causalidade não se restringe a aspectos puramente jurídicos:

> [...] a questão da causalidade não é uma questão exclusivamente jurídica. Tanto a filosofia quanto as demais ciências sempre se ocuparam da causalidade. O declínio da hegemonia da legalidade é concomitante do declínio da hegemonia da causalidade (TAVARES, 2002, p. 255 apud FERNANDES, 2007).

A causalidade tem se mostrado o tema mais controvertido das ciências contemporâneas. Nesse sentido o homem procura entender os mecanismos de atuação no universo para que seja possível estabelecer um nexo de causalidade mecânica que permita o entendimento de fatos pretéritos, como também a relação de probabilidade de ocorrência de fatos futuros.

> [...] a probabilidade nessa perspectiva, representa a previsão matemática de um resultado quando se conhecem as premissas que operam nesse „jogo de dados", como, por exemplo, o número de dados lançados pelo número de apostadores fornece uma probabilidade mensurável do acerto (evento futuro e incerto). Há nessa concepção uma „previsibilidade determinista", como defendeu o astrônomo e físico francês Pierre S. Laplace (1749-1827), o que reduzia o universo às especulações racionalistas de qualquer homem mediano que pudesse cogitar de probabilidades numericamente predeterminadas aplicadas aos acontecimentos da natureza. Assim, as ciências da natureza fornecem um suporte estatístico para o desenvolvimento do conhecimento humano que atua sobre as outras variáveis científicas, culturais e sociais, inclusive. (GONDIM, 2005, p. 16-17)

O desenvolvimento da física em matéria de nexo causal ainda não foi totalmente apreendido por grande parte das teorias jurídicas.

Diante disso, o autor (GONDIM, 2007, p. 17) cita:

> Como reflexo do paradigma científico da idade moderna, o debate fomentado pela teoria física do determinismo mecânico absoluto da causalidade natural se faz sentir até os dias atuais no direito penal, quando se trata de avaliar se é possível ao homem desenvolver uma ação com vontade livre e consciente, ou sempre atua motivado por força exterior (determinatio purê extrinseca), o que, em última instância, representaria a total irresponsabilidade penal ou a injusta aplicação da sanção penal condenatória. O recente surgimento das ciências humanas (e nesse rol se inclui a ciência do direito) no mundo moderno, está carregado de sentido de certeza e exatidão que a física, a geometria e a matemática impunham ao conhecimento objetivo, fornecendo os instrumentos lógicos para que a racionalidade voltada ao estudo do humano pudesse se fixar como conhecimento verdadeiramente científico, o que doravante é requisito para a aceitação pública de qualquer postulado teórico.

A recente física quântica, que se ocupa da compreensão dos fenômenos de ondas e partículas que ocorrem no plano atômico, concluiu que os processos dentro dos átomos não são causalmente determinados, mas seguem leis estatísticas, que só permitem enunciados

calcados na probabilidade. *"Os estudos de Werner Heisenberg sobre o princípio da indeterminação do átomo dão azo ao que se chama de verdadeira revolução científica*" (FERNANDES, 2007, p. 4).

Nota-se que a causalidade é um elo entre dois termos e não deve ser confundida com a causa. Eis as preciosas lições sobre o tema: Distinga-se, logo, causa de causalidade, Quem diz "causa isola ou focaliza um termo necessariamente relativo a outro: "efeito"". Nessa operação de análise mental, o termo "causa aparece como "elemento de representação"". Como tal, está a exigir o seu correlativo e a implicar a relação que os vincula.

> Este nexo, este movimento mental de relacionamento de causa e efeito, é o que se chama de „causalidade". O senso comum vê sucederem-se, no tempo, dois estados de coisas: pode, desde logo, perceber que um produz o outro ou que, sem o primeiro, o segundo não se daria; mas a relação de causalidade pode também passar despercebida a princípio, para só se tornar patente depois da repetição, mais ou menos numerosa, de ambos os estados ou fenômenos, na mesma ordem temporal (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 75)

Na análise da relação de causalidade não se pode prescindir da nova perspectiva teórica no campo da física. Ela exerceu influência direita na questão do dogma causal, uma vez que se identificou com respaldo na teoria da relatividade, que os átomos não agem de forma pré-determinada, pelo contrário, seus movimentos estão ligados à probabilidade (FERNANDES, 2007).

Embora se tenha claro que a causalidade não é um conceito absoluto e imune a críticas, deve esta ao menos agir como filtro inicial na atribuição de responsabilidade penal, de forma a conter a possível imputação de resultados cuja conduta, nem mesmo segundo as leis físicas de probabilidade, possam ter causado determinados resultados.

Nesse contexto Prazak[23](2009), citou que a partir do surgimento do finalismo de Welzel e do consequente desenvolvimento dos elementos subjetivos da tipicidade[24], a causalidade perdeu o papel de centro de gravidade da teoria do delito, deixando de ser o único critério de limitação da tipicidade.

Bitencourt (2009, p. 256) afirma que "o direito penal limita-se a regular a atividade humana, uma vez que os demais processos naturais não podem ser objeto de regulação pelo

---

[23]PRAZAK, Maurício Ávila. **Imputação objetiva e sua aplicação no direito penal brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

[24]Mezzomo (2005), em posicionamento pacífico na doutrina, afirma que Hans Welzel foi responsável pela adoção de critérios subjetivos na seara do fato típico, deslocando dolo e culpa para a conduta, esvaziando a culpabilidade.

Direito, porque são forças ou energias cegas". Resta ao direito penal apenas regular a atividade do homem, que se trata de energia altamente inteligente.

Diferenciando consciência e mundo objetivo, (LESSA; TONET, 2008, p. 31)conclui-se que:

> Há, assim, a esfera subjetiva, a consciência e, de outro lado, o mundo objetivo. Este último evolui movido por causas que lhe são próprias. Essa esfera puramente causal é denominada, por Lukács, causalidade, ou seja, algo que possui um princípio próprio de movimento. Sua evolução acontece na absoluta ausência de consciência, ainda que a consciência, por meio da objetivização, possa interferir em sua evolução.

A conduta é um dos elementos do fato típico. Conduta é *"ação ou omissão humana consciente e dirigida à determinada finalidade*[25]" (JESUS, 2007, p. 4). Conclui-se então que os elementos da conduta são um ato de vontade dirigido a uma finalidade acrescido da atuação positiva ou negativa dessa vontade no mundo convencional.

Segundo as importantes palavras de Bitencourt (2009, p. 257), em razão da integração da "*descrição típica de ação e resultado, surge necessidade de identificar-se um terceiro elemento, que é a relação causal entre aqueles dois".*

A primeira teoria responsável por essa tarefa foi à teoria da "*conditio sinequa non"*, conhecida também como teoria da equivalência dos antecedentes causais. Esta construção teórica possui natureza eminentemente mecanicista, reputando-se causa de um resultado toda e qualquer condição necessária para a sua produção. *"A aferição da qualidade de causa de um comportamento em relação a um evento é realizada mediante o método ou processo hipotético de eliminação".* (FILHO, 2007, p. 13).

2.5 Teoria da Imputação Objetiva

Segundo Filho[26] (2007), a Teoria de Imputação Objetiva têm a finalidade de superar os defeitos atribuídos às diversas teorias da causalidade até então existentes, especialmente a alemã. A partir da década de setenta do século passado retomou as antigas posições de

---

[25]Aqueleconceito não esconde as influências exercidas pelo finalismo no direito penal pátrio.
[26]FILHO, Antônio Carlos Santoro. **Teoria da Imputação Objetiva:** apontamentos críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2007.

Richard Honig e Karl Larenz[27] para formular uma nova teoria da imputação objetiva do resultado.

As premissas atuais da imputação objetiva devem ser ligadas, segundo Filho (2009), a figura de Claus Roxin[28], que à partir de hipóteses caso a caso enumeradas, criou situações nas quais as demais teorias não teriam o intuito de atribuir resultados juridicamente aprovados.

Claus Roxin, citado por Filho (2007, p. 34-35), entende que o resultado *"somente pode ser imputado objetivamente ao agente quando tiver incrementado, indevidamente, um risco para um bem jurídico tutelado pelo tipo penal*". Risco este que deve implicar na alta probabilidade de se converter no resultado típico abstratamente previsto e rejeitado ela norma incriminadora.

O ponto principal da moderna teoria da imputação objetiva se deslocou da possibilidade de denominação da causalidade e também da separação entre feitos que possam ser considerados próprios de elementos acidentais, para, ao final, fixar se houve a realização de uma ação criadora de um risco proibido e se este risco se converteu no resultado repugnado pela norma (PRAZAK, 2009).

Como bem ensina Stivanello[29] (2003), o que na verdade se imputa objetivamente é o resultado, uma vez que este é o mais importante, já que a causalidade, de acordo com a teoria, age apenas como uma condição mínima, devendo necessariamente a ela ser agregada a relevância jurídica da relação causal entre sujeito atuante e resultado jurídico produzido. A imputação objetiva se apresenta como um complemento corretivo das diversas teorias referentes ao nexo de causalidade.

O critério que busca imputar ao sujeito determinado fato e diferenciá-lo dos acontecimentos vinculados ao acaso é a finalidade objetiva, não a finalidade subjetiva, devendo ser examinadas as capacidades potenciais, não o real conhecimento do autor. Além do mais, o que o sujeito realmente quer não está no âmbito de cognição, mas no âmbito de criação do próprio intérprete do fato – com base em um conceito significativo de ação.

"A imputação objetiva se relaciona com o nexo normativo entre a conduta criadora de relevante risco proibido e o resultado jurídico (afetação do bem jurídico)" conforme leciona

---

[27] Foi um jurista e filósofo do direito alemão.

[28]Penalista alemão.

[29] STIVANELLO, Gilbert Uzêda. **Teoria da imputação objetiva**. Brasília: 2003.

Jesus[30] (2007, p. 33). Não se trata de uma teoria autônoma que prescinde da análise da causalidade, mas sim de uma teoria complementar à própria causalidade, na forma de atribuir novos filtros valorativos no processo de atribuição de responsabilidade penal.

"O âmago da questão, pois nos encontramos no plano jurídico e não na área das ciências físicas, reside em estabelecer o critério de imputação do resultado em face de uma conduta no plano normativo, valorativo" (JESUS, 2007, p. 34).

Isso não significa que deva desprezar o aspecto causal mecanicista, apenas que a tarefa de valoração deve incidir posteriormente à constatação dessa causalidade. Jesus (2007) chega a se orientar pela desnecessidade da análise causal no teor da teoria da imputação objetiva, posição esta que não deve ser aceita. A teoria é apenas um filtro normativo necessário, um complemento, jamais uma teoria supridora da causalidade. O jurídico não tem o poder de desprezar o fático e considerar algum evento como causa de outro sem se vincular às regras gerais e científicas de causa e efeito.

Na própria construção da teoria da imputação objetiva há critérios distintos de valoração caso se siga algum autor determinado. As versões mais populares da teoria em voga são aquelas propostas por dois professores alemães: Claus Roxin e Günther Jakobs[31].

Roxin fundamenta sua teoria no chamado princípio do risco, criando uma teoria geral da imputação para os crimes de resultado, com quatro nítidas vertentes: diminuição do risco; criação de um risco juridicamente relevante; aumento do risco permitido; esfera de proteção da norma como critério de imputação (GRECO, 2006). Somente seriam imputáveis os resultados que podem ser finalmente previsto e dirigido pela vontade.

O conceito geral de imputação orbita em torno da criação de um risco juridicamente desvalorado. Como bem observado por Prado (2006, p. 319*) "figura, portanto, como princípio geral de imputação objetiva a criação pela ação humana de um risco juridicamente desvalorado, consubstanciado em um resultado típico*".

Roxin foi o autor responsável pela reaproximação entre direito penal e política criminal. Ele destruiu a falsa muralha existente entre essas duas ciências e buscou introduzir critérios político-criminais dentro do próprio direito penal. Ele parte da premissa de que a

---

[30]JESUS, Damásio Evangelista de. **Imputação objetiva.** São Paulo: Saraiva, 2007.
[31]JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003

concepção político-criminal do direito penal reside justamente na necessidade de proteção de bens jurídicos. Aqui estão suas palavras:

> É nesse ponto que a concepção político-criminal se mostra útil. Parte ela da finalidade do direito penal, de proteger os bens jurídicos do indivíduo e da coletividade contra riscos socialmente intoleráveis. A teoria da imputação objetiva compreende a ação típica de modo conseqüente como a realização de um risco não permitido, delimitando os diversos âmbitos de responsabilidade. (ROXIN, 2008, p. 71)

O autor alemão passa a sustentar que a missão do direito penal é a defesa do indivíduo e da sociedade contra riscos sócios politicamente intoleráveis. Os riscos que não alcançarem tal status são riscos indiferentes ao direito penal e devem ser combatidos por outros ramos do direito. O direito penal, como classicamente é concebido, estaria com a atuação limitada aos riscos graves e juridicamente desaprovada.

Segundo Prazak (2009) *"verificada a existência de uma conduta causadora de uma lesão ou ameaça de lesão a um determinado bem 26 jurídico, o primeiro ponto a ser analisado é se a conduta criou um risco juridicamente proibido"*. Nesse sentido, o princípio da confiança age como um critério legitimador da criação de risco, mas a ideia de riscos permitidos abrange uma série de outros casos, de forma que sempre que o risco não suplantar o permitido, não ocorrerá a imputação objetiva (PRAZAK, p. 79, 2009).

O que deve ficar claro é que somente os riscos proibidos e intoleráveis autorizam a imputação do resultado ao agente criador do risco. Foge dos objetivos deste simples trabalho a análise casuística das situações onde o risco criado é considerado permitido ou proibido, de forma que somente as linhas gerais da teoria de Roxin foram abordadas e o mesmo será feito em relação à Jakobs. A essência da teoria da imputação objetiva está no aspecto valorativo proposto: em caso de riscos permitidos a imputação é vedada; em caso de riscos proibidos a imputação é possível.

O critério do risco é que delimitará quando uma determinada conduta pode ser tornar um relevante penal em termos de imputação. Não se quer suprimir nenhum outro critério causal propriamente dito, mas apenas adicionar a fase valorativa à fase naturalista da imputação. Ao conseguir comprovar a causalidade em determinada situação empírica, deve proceder ao exame valorativo para avaliar se a conduta do agente que causou o resultado proibido implicou na criação de um risco proibido ou permitido.

> "Há determinadas condutas arriscadas cujo empreendimento é permitido e até muitas vezes incentivado pela sociedade, assumindo-se eventuais danos como

> funcionalmente toleráveis" (CABETTE, 2006). Eis um exemplo: "dirigindo normalmente no trânsito, envolve-se num acidente automobilístico com vítima pessoal. Nesse caso, o comportamento deve ser considerado atípico" (JESUS, 2007, p.40).

O risco se dá em decorrência do avanço da sociedade, devendo o conceito de risco permitido e risco proibido se projetarem sobre todas as atividades humanas. Além do mais, a permissão ou proibição do risco deve ser dar dentro de um contexto social específico, sendo impossível tratar critérios delimitadores rígidos a priori. É que por mais que a ciência penal tente delimitar quais as formas de considerar um risco permitido ou não, é a sociedade e suas normas culturais específicas que vai nortear o intérprete penal na tarefa de definir se determinada conduta gerou um risco aceito ou não por aquele meio.

O segundo passa para a verificação da imputação é analisar se o risco criado possui ou não relevância jurídica. Essa análise se dá calcada em um juízo ex ante da previsibilidade de ocorrência do resultado – essa previsibilidade é objetiva, e não subjetiva.

Após a criação de um risco proibido juridicamente relevante deve-se verificar, no processo de imputação, se tal risco se materializou no resultado ou se decorreu de uma relação fortuita com relação àquele. Portanto, nas palavras de Prazak (2009, p. 85) verifica-se a "real realização do risco proibido". Antes da adoção da teoria da imputação objetiva, tais questões eram resolvidas com base no elemento subjetivo (dolo e culpa), o que se mostrava ineficiente. A consideração de que esse problema é relativo ao dolo apresenta uma solução apenas aparente, pois o decisivo é justamente se existe ou não um desvio essencial e esse desvio devem ser constatados com a adoção de critérios objetivos.

Na concepção de Roxin, a teoria da imputação objetiva, ainda apresenta mais algumas considerações. Como requisito para imputação há o âmbito de proteção da norma. Após a verificação de um risco proibido e de sua conversão no resultado, seria necessário verificar se o resultado está abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado. A concretização de um resultado cuja norma não busca evitar impossibilitaria a tarefa de imputação. Vamos entender no próximo capítulo.

3. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho[32], assegura-se que quaisquer reflexões crítica com respeito à doutrina da imputação objetiva exigem um cauteloso exame do desenvolvimento histórico-dogmático do conceito de imputação. Reclama-se, pois, mediante a um risco histórico pelo conceito de imputação objetiva adotada pelo Direito Penal através dos tempos,*"perquirindo sua função no que tange ao estabelecimento das condições de atribuição da responsabilidade"*.

> Há na verdade pessoas que podem viver e vivem sem uma ligação íntima com a poesia, com a arte, com a música. Há também, na expressão de Max Weber, pessoas "religiosamente musicais". Mas não há ninguém que não viva sob o Direito e que não seja por ele constantemente afetado e dirigido (Karl Engisch).

3.1 Antecedentes históricos

Afirma Luis Greco que *"a doutrina da primeira metade do século XX reduzia o tipo á causalidade: para ela 'matar alguém' (art. 121, CP) era sinônimo de 'causar a morte de alguém."*[33]

Visto essa era, defendida pela teoria causal, o termo "causar algo" era ser *condito sine qua nom* de sua ocorrência. Desta maneira, toda conduta é essencial para o resultado de um fato específico, especifico será. Greco ainda cita essa condição:

> A mãe que dá à luz um filho, o qual trinta anos depois vem a descarregar munição de um revólver na direção de outrem, praticaria uma ação típica de matar, pois, se ela não tivesse posto este menino no mundo, a vitima não teria morrido em razão por ele realizados trinta e quatro anos depois, de maneira que a ação da mãe foi *conditio sinequanom*e, portanto, causa do resultado. (GRECO, 2014, p. 24)

Na condição dada por Luis Greco, para prevenir que a mãe fosse responsável pelo ato, os causalistas que estavam situados na culpabilidade, se valiam do dolo e da culpa. Assim a conduta da mãe seria especifica e antijurídica, no entanto, não seria abusivo, haja vista que a mãe não pressentia o resultado o que, por sua vez, é essencial para a formação do dolo, muito menos tinha como pressenti-lo, circunstância para a culpa.

Nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial, o finalismo, teoria que dominou o debate, acabou atacando a doutrina causalista, onde analisou que os tipos tinham de ser

---

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

[33] Greco, Luis. **Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva /** Luís Greco; prefácio Juarez Tavares. – 4. Ed. Ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

complementada pelo dado especificamente humano que fazia da causação uma verdadeira ação humana.[34]

Diante do que já foi mencionado, o crime, para os finalistas é um querer agir. Toda ação humana tem um fim, um propósito. Dessa maneira, para que uma ação seja criminosa a intenção dessa conduta tem de ser específica, é dizer, o agente age no entendimento de confirmar o fato previamente especificado pela norma, o agente visa dar vida à Lei. A esse pensamento, os finalistas comandaram o dolo. Note que para os finalistas o elemento subjetivo, que seria composto pela finalidade, encontra-se situado na tipicidade. Note que, nessa interpretação, a teoria finalista nada mais é do que uma forma de dar limites ao vinculo de causalidade.

Foi Samuel Pufendorf[35],que projetou a definição de imputação no Direito, diante de dois termos: *imputativitas* e *imputatio. O* primeiro é uma influência humana somada a sua realidade psicológica e ontológica. Ou melhor, é uma ação humana abastecido de obviedade. O segundo seria o conteúdo axiológico desse agir humano, ou seja, valoração que reincide sobre o ato causado pelo ser humano.

Diante disso, a imputação em sua conexão normal, isto é, atribuir algo a alguém se expõe às *imputativas,* sendo que conteúdo axiológico, ou seja, os valores morais corresponderiam a *imputatio,* assim explica Pufendorf.

Segundo Samuel Pufendorf, para que se possa concluir pela imputação do resultado é fundamental que haja um nexo-casual subjetivo entre o agente, sua ação e o resultado dela transcorre. Essa ideia foi predominante entre os séculos XVII e XIX.

Georg Hegel, em sua participação na história do direito, separou as ideias causais da imputação para que houvesse imputação e caso foi necessária à vinculação do resultado a vontade do agente. Portanto, essa visão se enganava pela sua inutilidade, posto que não fosse suficiente para organizar os delitos culposos, logo que excluem da imputação os atos não desejados pelo agente.

---

[34]GRECO, Luis. Op. Cit. p. 24.

[35]A principal contribuição no direito foi a ênfase na “sociabilidade” da humanidade como fundamento do Direito Natural. “Qualquer homem deve, na medida em que possa”, escreveu, “cultivar e manter frente aos outros uma sociabilidade pacífica, consistente com sua característica natural e a finalidade da humanidade em geral”.

Karl Larenz, em 1927, expôs sua teoria afirmando que a imputação era uma relação entre a conduta do agente e o seu resultado, vinculados, objetivamente, por sua vontade ““... *Da casualidade adequada, a ciência do Direito deveria exigir causalidade objetivamente imputável. “Tal semelhança se certificaria através da dominabilidade e previsibilidade objetiva do resultado”*. Dessa forma, refere-se, de se examinar se o resultado poderia ser diretamente e dominado, apenas podendo ser imputado ao agente se comprovadas essas definições.

Em 1930, Honig publicou uma obra na qual desenvolveu as ideias defendidas por Hegel e Larenz, propondo uma busca objetiva da finalidade, onde Claus Roxin garantiu sua doutrina nos ensinamentos. O resultado é colocado como uma consequência de um fim, devendo ser imputado a quem o perseguiu, com a exclusão de causalidades.

É de fundamental importância evidenciar que a imputação do resultado com Honig e Larenz adquiriu um aspecto mais objetivo. Isso porque, sempre se procurou imputar um resultado lesivo a alguém com fundamento no nexo-casual subjetivo. Para eles, o resultado apenas deve ser imputado se puder ser previsível e dominável pela vontade humana. Não se questiona um dado psíquico típico, e sim se o resultado é apreensível pelo homem em geral. Se a conclusão for positiva, ou seja, o “homem médio” puder prever e dominar certo resultado, este deve ser imputado ao agente.

Nota-se que Honig e Larenz aderiram a critérios objetivos para a imputação de certo resultada a alguém, diante disso dialoga-se em imputação objetiva ao fazer referência a tais doutrinas.

De acordo com Honig, ninguém pode ser responsabilizado a partir da analise do desvalor da ação, tornando-se imprescindível a criação de critérios objetivos para a imputação de um resultado lesivo. O que decorrer da mera causalidade não pode ser imputado a ninguém.

Roxin enfatiza em sua obra[36] que foi influenciado pelas ideias de Richard Honig, ora dotando-as, ora aperfeiçoando-as. Nas palavras do próprio Roxin, há quarenta anos Richard Honig expôs no seu ensaio *KausalitatundobjektiveZurechnung*uma série de ideias que

---

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

apontavam a direção a seguir para fundamentar o sistema do direito penal, as quais até ao momento presente ainda se não esgotaram por completo.

Portanto, foi Roxin que, amplificando as ideias de Honig, causou a atual discussão acerca da imputação objetiva no direito penal. Roxin aplicou sua teoria de acordo com suas ideias de Política Criminal, pois a teoria da imputação objetiva atende à aplicação dos princípios da insignificância e ofensividade, tão mencionado pela Política Criminal.

Diante da à doutrina roxiniana, houve uma responsabilidade pela difusão da teoria da imputação objetiva, haja vista que foi ela que suscitou uma maior discussão acerca do tema. Roxin defende que uma conduta apenas será típica somente se esta criar um risco juridicamente desaprovado e tiver por consequência um resultado típico. As idéias defendidas por Roxin serão objeto de um tópico especifico deste trabalho, no qual se delineará toda a doutrina roxiniana.

3.2 ClausRoxin: Sua concepção

Richard Honig afirma em seu pensamento que só é imputável aquele resultado que pode ser finalmente previsto e dirigido pela vontade. Já Roxin, determinou que somente pudesse ser imputado ao agente diante de um resultado expedido de critérios objetivos, de acordo com dominiabilidade e previsibilidade.

Diante disso, os cursos causais estariam rejeitados, onde mesmo excluídos, determinariam o resultado final que aconteceria de qualquer modo ,bem como aqueles que não são capacitados antes da intuição. Justificariam incomuns, desta maneira, os resultados não esperados, nem submetido pelo homem.

Diante deste contexto, Roxin originou a teoria do incremento do risco[37]. Esta teoria dar-se de uma conduta que um agente estará errado se causar um incremento de risco de dano ao bem jurídico. Incremento este que deverá ser calculado por meio de uma conexão entre a atitude duvidosa e a conduta incluída nos de correção, sem risco. Esse é o principio básico da teoria da imputação objetiva, qual seja, a criação de um risco juridicamente desaprovado e realização desse risco no resultado.

---

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

Diante disso, observa-se o meio de verificação desse risco juridicamente desaprovado. Segundo Luis Greco[38] no meio de verificação do risco juridicamente reprovado é a denominada prognose póstuma objetiva. Para o autor Prognose é:

> Um juízo formulado de uma perspectiva ex ante, levando em conta apenas dados conhecidos no momento da pratica da ação. Objetiva, porque se a prognose parte dos dados conhecidos por um observador objetivo, por um homem prudente, cuidadoso – e não apenas por um homem médio – pertencente ao circulo social em que se encontra o autor. 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, ou seja, depois da prática do ato. (GRECO, p.26, 2014).

Em síntese, preliminarmente, valendo-se apenas do exposto acima, podemos compor as condições necessárias à imputação de um resultado juridicamente relevante a alguém. Só é imputável aquele resultado que pode ser finalmente esperado e orientado pela vontade do agente. Sendo assim, é necessário reconhecer que, sempre nos caminhos das lições de Roxin, os resultados que não forem previsíveis ou dirigíveis pela vontade do agente não são típicos, ou seja, de acordo com a teoria finalista da ação.

Essa possibilidade de domínio é equiparada através da vontade humana (finalidade objetiva) à criação de um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico[39]. Segundo Prado e Carvalho (2002) esse aspecto seria independente e anterior à aferição do dolo ou da culpa.

Como princípio geral de imputação objetiva, figura, portanto, a criação pela conduta humana de um risco juridicamente desvalorado, consubstanciado em um resultado típico.[40]

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

---

[38] GRECO, Luis. **Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva /** Luís Greco; prefácio Juarez Tavares. – 4. Ed. Ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

[39]ROXIN, Claus. **Reflexiones sobre la problemática de la imputación em el Derecho Penal**. Problemas básicos delDerecho Penal, p. 131.

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

3.2.1 A diminuição do risco

Tem-se aquele que agi com propósito de reprimir um risco já existente ao bem jurídico, o resultado daí transcorrente não lhe pode ser imputado. Portanto, toda vez que alguém interferir em um curso causal e produzir um resultado menos ofensivo ao bem jurídico, estará provocando uma lesão sem o significado de depreciação a este bem.

Nesse contexto, argumenta Luis Greco[41] que o direito somente proíbe ações perigosas, dissemos. Daí pode deduzir que tampouco estão proibidas aquelas ações que são não apenas inócuas, indiferentes, mas verdadeiramente benéficas para um bem jurídico, por não só não piorarem a sua situação, mas por a melhorarem de uma perspectiva ex ante. Nestes casos, chamados de diminuição de risco, admite a doutrina majoritária que não falta sentido proibir a ação.

A diminuição do risco é a situação em que um indivíduo exemplo clássico de Roxin, percebe que uma pedra irá atingir e interferir no curso da pedra, fazendo com que o choque seja menos negativo.

No entanto, é importante observar, que conforme afirma Luis Greco, não se deve confundir diminuição de risco com substituição de risco. Para Greco, a "*substituição de risco por outro pode ser caso de estado de necessidade ou consentimento presumido, mas não de exclusão da criação de risco*". [42]

É importante observar que é insignificante a distinção dos bens jurídicos, pois, além disso, ainda que sejam diferentes, o principio da diminuição do risco prevalece. Portanto, o que importa é que o agente suavize o resultado, que o bem jurídico mais importante seja resguardado em perda de outro menos pertinente. Por exemplo: José, notando que uma pedra está caindo de uma janela situada no oitavo andar de um prédio na direção da cabeça de Maria, a empurra, fazendo-a cair no chão e ferindo o braço. Nesse caso, os bens jurídicos são diferentes, estando em questão, à vida e a integridade física. Portanto, a conduta de José produziu um resultado menos lesivo do que ocorreria caso a pedra tivesse atingindo a cabeça de Maria, o que levaria a morte.

Todavia, que, tendo o agente conhecimento prévio e dominando o curso causal, é importante anotar que dentre as criticas feitas à ideia de diminuição de risco de Roxin, está a

---

[4141] GRECO, Luis. Op. Cit. p. 33
[42] GRECO, Luis. Op. Citp. 34.

sua desnecessidade para se excluir a tipicidade, haja vista que a inexistência de dolo era suficiente para tanto. Pode ele agir com a intenção de causar o dano menos lesivo, logo, terá agido com dolo, mas em virtude da diminuição do risco, não poderá ser imputado.

Outra critica é a de que, ademais, este critério estima os casos de exclusão de ilicitude em razão do estado de necessidade. Todavia, Roxin contraria esse entendimento, tendo em vista que a questão se soluciona na tipicidade. Dessa maneira, quem age de determinada forma diminuindo o risco criado ao bem jurídico não pratica fato específico.

Diante disso, é importante frisar que se o sujeito através de uma conduta anterior declarou a posição de garante, não será adaptado o critério de diminuição dos riscos. Por exemplo, se João (A) coloca fogo em uma casa, depois percebe que nela se encontrava Alice (B), e no intuito de evitar um dano maior, interfere no curso causal e empurra Alice (B) para fora da casa, fazendo com que Alice (B) caia no chão e frature uma perna, o resultado lhe será imputado, pois, quando ateou fogo na casa, assumiu em relação a Alice (B) a posição de garante. A figura do garante está disciplinada pelo art. 13 § 2º, III do Código Penal (CP) pátrio.[43]

O critério de diminuição de risco nos caso em que o resultado é decisivo e de igual proporção, também não se aplicará, verificando-se os critérios da previsibilidade e dominiabilidade, claro, está que ao agente será imputado o resultado. É o caso do individuo que desejando libertar uma pessoa do risco de um incêndio de um prédio a empurra, sendo que esta, na queda, bate a cabeça no chão e vem a óbito por traumatismo craniano. Esse indivíduo se responsabilizaria pelo homicídio, pois não ocorreu uma diminuição do risco, apenas a sua aceleração.

3.2.2 A Criação de um Risco Juridicamente Relevante

Ao certo, esse raciocínio é o principio do risco desenvolvido. Retira-se a imputação se a conduta do agente não criou um risco juridicamente relevante ou ainda quando o agente realiza de forma a diminuir o risco jurídico relevante. Para que aconteça a imputação objetiva, é obrigatório que o agente tenha feito de maneira a causar um risco jurídico relevante e que esse risco seja realizado no resultado. Dessa maneira, quando não há uma criação de um risco ou quando ocorre a sua diminuição, bem como não há a sua realização no resultado, não há que se falar em imputação objetiva.

---

[43] BRASIL, Lei 2.848. Fonte: D.O. de 31/12/1940, p. 2391.

Quando se trata de criação de risco juridicamente relevante vale referir a conclusão conferida pelo Luís Greco será perigosa àquela ação que aos olhos de um observador objetivo dotado de conhecimentos especiais do autor, situado no momento da pratica da ação, gere real possibilidade de dano para um determinado bem jurídico.[44]

Diante disso, na mesma obra citada, Luis Greco confirma:

> Para chegarmos aos critérios da realização do risco, bastará prosseguirmos nas considerações que até agora desenvolvemos. O desvalor do resultado deve ser referido ao desvalor da ação, dissemos. O que significa isso, mais concretamente? Isso significa que só haverá realização do risco se a proibição da conduta for justificada para evitar a lesão de determinado bem jurídico por meio de determinado curso causal, os quais venham efetivamente a ocorrer. É este o verdadeiro sentido da idéia "fim de proteção da norma", que comumente se repete, mas que quase nunca se define: a norma proibitiva visa evitar que certo bem jurídico seja afetado de certa maneira. Se for afetado não esse bem jurídico, mas outro, ou se ele próprio for afetado, mas por outro curso causal completamente diverso, o que se realizou no resultado não foi o risco que se estava a analisar. [45]

Dessa maneira, se o agente possuir conhecimentos especiais colocados na situação da prática da ação, poderá ser imputado, evidentemente, se a condição voltar a ser realizada no resultado.

Observam-se dois exemplos: Neste primeiro caso, inventamos uma situação em que um indivíduo X almejando matar Y, adquiriu-lhe uma passagem de avião, na intenção de que o avião venha a cair, ocasionando a morte de Y. Caso o avião sofra um problema e venha a cair e Y venha a óbito, X não poderá ser responsabilizado pelo resultado morte de Y, tendo em vista que a sua conduta não criou risco jurídico relevante, uma vez que o curso causal não era esperado, nem reprimível por X**.**

Todavia, inventamos um segundo exemplo, em que ocorre a mesma situação descrita antes, contudo, o sujeito X tem conhecimento que o avião no qual o sujeito Y irá viajar tem um problema elétrico e que pode causar um problema, ocasionando, a queda do avião e a morte de Y. No entanto, haveria a imputação objetiva, haja vista que a conduta de X criou um risco juridicamente relevante e este se concretizou no resultado. Note que, nesse segundo exemplo, X tinha como imaginar e tinha comando sobre o curso causal, podendo, modificá-lo o que não se verifica no exemplo primeiro.

---

[44] GRECO, Luis. Op. Cit. p. 30.

[45] GRECO, Luis. Op. Cit. p. 95.

No primeiro exemplo acima exposto, afirmando que apenas a analise do elemento subjetivo é suficiente para tanto, existem doutrinadores que ajudam a tornar-se desnecessária à aplicação da imputação objetiva.

Consolidando a ausência de dolo na conduta de X, os doutrinadores finalistas, neste caso, chega à eliminação da tipicidade, tudo porque, tendo em vista de que a previsibilidade do curso causal, não há comando do fato. Importante lembrar, para os doutrinadores finalistas, o dolo é intenção em cumprir o elemento objetivo do tipo, colocando, dessa maneira, consciência da conduta, do resultado e do nexo de causalidade.

Neste caso a mostra, não há tais elementos, há apenas uma expectativa, um desejo. Não há, consequentemente, uma vontade de agir, não decidindo, por isso, ser imputado o resultado morte de Y ao individuo X.

Consequentemente, para Roxin decorreria imputação objetiva se, diante do caso acima declamado, o individuo X tinha aptidão de prever o resultado vinculado a sua dominiabilidade, entretanto, de incentivar no curso causal e modificar a situação, seja desviando o risco, seja minimizando-o. O desvio causal jugar-se-á essencial quando uma situação posterior, por si só, produzir o resultado, conforme o finalismo.

No entanto, para Roxin, o dolo não é bastante para a exclusão da tipicidade do homicídio acabado, posto que se exiba no formato de tentativa e para tanto também é indispensável para a existência de dolo no mesmo sentido, no resultado morte.

3.2.3 O Aumento de um Risco Permitido

No início, este critério é uma consequência do anterior. De acordo com o que analisaremos, o desenvolvimento de um risco acordado nada mais é do que a criação de um risco proibido. Dessa maneira, em razão da restrita relação entre este critério e o critério que antecede se fará referência a influência da criação do risco proibido em certos momentos.

Tudo que foi confirmado a respeito da criação do risco proibido, por resultado lógico, pode ser adaptado ao critério, agora pesquisado. Luis Greco esclarece:

> Observação terminológica: como faz a doutrina, utilizo os termos risco e perigo como sinônimos. E, no presente contexto, criação do risco não implica que o autor tenha tomado um curso causal antes inócuo e, por si só, feito dele algo perigoso. Criação, aqui, abrange não apenas essa hipótese, como também a de um aumento de um risco preexistente. Daí por que alguns autores falem em “criação ou aumento de

> risco" como o primeiro requisito da imputação objetiva, o que me parece desnecessário, tão logo se faça o devido esclarecimento. [46]

Com base nesse esclarecimento vamos ao estudo do presente critério .A norma jurídica de segurança tem a finalidade de diminuir o perigo de lesão a um bem jurídico, quando a conduta ultrapassar os limites impostos pelo risco admitido.

Basicamente, esse primeiro critério é o fundamento influenciado por algo que por ora tratamos. Note que este critério se diferencia do anterior na medida em que se trata ao risco criado por condutas que estão disciplinadas pelo direito. Essas condutas seriam aquelas em que se reconhece a existência de uma perigosidade em sua pratica, todavia, são aceitas, em virtude da importância de seu acaso ao cotidiano. Exemplo clássico é a indulgência quanto tráfico de veículos em via pública.

No exemplo mencionado, note que, se distingue que o tráfico de veículo em via pública impede, imutavelmente, na realidade de um perigo para a sociedade, contudo, inaceitável seria que se não permitisse a condução de veículos a despeito da perigosidade exposta pela conduta.

Dessa maneira, somente em situações nas quais analisasse um crescimento de um risco é que decorreria a imputação objetiva. Esse crescimento, não seria percebido se o agente se sustentasse dentro dos padrões do risco determinado. Por consequência, aquele que exercesse em diferença com esses padrões estaria aumentando um risco delimitado, ou melhor, desenvolvendo um risco proibido, razão pela qual se poderia imputar o resultado, caso neste viesse a ser executado o risco.

Além disso, é necessário evidenciar que o desrespeito a uma norma de conduta é um sinal da criação de um risco juridicamente relevante, mas nem sempre fundamentará risco proibido. Com base nisso, Luis Greco afirma que:

> A violação de uma norma jurídica de segurança - exemplo seriam as normas de transito - é um relevante indicio de que o risco criado é juridicamente desaprovado. Mas, tendo em vista que essas normas se referem a situações genéricas, da qual a realidade pode diferir consideravelmente, nem sempre a violação da norma fundamentará risco proibido, e nem tampouco a obediência sempre fará do risco algo permitido. Exemplo da primeira hipótese: A dirige telefonando em seu celular, ou em excesso de velocidade permitida, em uma rua deserta. Exemplo da segunda hipótese A dirige nos limites da velocidade permitida, e nem se preocupa em frear

---

[46] GRECO, Luis. Op. Cit. p 23.

> ao ver o pedestre que erradamente atravessa a rua fora do sinal (o que lhe era possível). [47]

Roxin entende, no entanto, que se há duvida quanto ao desenvolvimento ou não do risco é porque este de certa forma existiu, incidindo, dessa forma, positivamente o resultado. Isso porque, no juízo *exante-há* sempre de observar o crescimento do risco, movimentando a dúvida somente quando do juízo *ex post.*

Por oportuno, tendo como base os exemplos dados por Luis Greco acima mencionados. No primeiro exemplo, em que X conduz um veículo falando ao celular ou com excesso de velocidade em uma rua calma, poder-se-ia afirmar que não haveria imputação do resultado, tendo em vista que o risco neste não aconteceu. No segundo exemplo, em que X não breca, quando existia meio para tanto, pode-se dizer que, na verdade houve uma criação de um risco juridicamente relevante, tendo em vista que a conduta de X estaria em divergência com o disposto no artigo 28 do Código de Transito Brasileiro (CTB), conforme o qual o condutor deverá, a todo o momento, ter posse de seu veículo, conduzindo-o com atenção e cuidados desnecessários à segurança do trânsito.[48]

Como se confere, o tema representa uma linha delicada, sendo objeto de constantes discussões. Contudo, não se pode deixar de dar importância da máxima da doutrina roxiniana, conforme a qual acontecendo à criação de um risco e este se realizarem no resultado, deve proceder à imputação objetiva.

3.2.4 Esfera de Proteção da Norma

Nestes critérios e tem que não deverá ser imputado ao agente o resultado que não estiver dentro do que foi alcançado da norma. Dessa maneira, o condutor do direito deve prestar atenção para a esfera de proteção da norma, devendo, pois, notar suas conclusões de existência.

Um exemplo primordial para este critério é a situação em que dois motociclistas seguem um atrás do outro e o que se encontra na frente colide com outro que vem em sentido contrário, em decorrência da falta de manutenção e falta de luz que se encontra ambas as motos. O acidente poderia ser evitado se o motociclista que vinha atrás estivesse com a iluminação adequada e pudesse, portanto, iluminar o motociclista da frente. Portanto, o

---

[47] GRECO, Luis. Op. Cit. p. 49.

[48] BRASIL, Lei 9.503. Fonte: D.O. de 24/09/1997, p. 21201.

resultado não pode ser a ele imputado. Isso porque, a norma impõe a obrigação iluminar a via com o objetivo de evitar sinistros com a própria pessoa do condutor, estando excluídos, dessa forma, terceiros. Assim, a não imputação da lesão corporal ou homicídio, do fato de não se encontrar o resultado dentro de âmbito de proteção da norma.

Rogério Greco, sobre o âmbito de proteção da norma, cita Fernando Galvão: com relação à esfera de proteção da norma, assevera Fernando Galvão que a relevância que autoriza a imputação objetiva ainda deve ser apurada pelo sentido protetivo de cada tipo incriminador; ou seja, somente haverá responsabilidade quando a conduta afrontar a finalidade protetiva da norma.

> E continua, dizendo que 'existem casos em que o aumento do risco para além dos limites do permitido não acarreta imputação, pois a situação está fora do alcance da norma jurídica incriminadora'. Roxin exemplifica com o caso daquele que atropela negligentemente alguém e lhe causa morte. A mãe da vitima, ao receber a noticia do acidente, começa a chorar e sofre um ataque nervoso: "Deve castigar-se Xpor lesão negligente causada na pessoa da mãe da vitima do acidente? [...] O que verdadeiramente importa para a solução do caso é perceber se há que limitar o fim protetor dos próprios preceitos que impeçam as consequências diretamente lesivas de bens jurídicos ou se pretendemos alargá-lo de modo a evitar danos secundários desencadeados por aquelas [...] Para o direito penal, parece-me político-criminalmente correta a limitação da esfera de proteção da norma aos danos diretos."[49]

Ainda sobre do fim de proteção da norma, Luis Greco certifica que:

> Para chegarmos ao critério da realização do risco, bastará prosseguirmos nas considerações que até agora desenvolvemos. O desvalor do resultado deve ser referido ao desvalor da ação, dissemos. O que significa mais concretamente? Isso significa que só haverá realização do risco se a proibição da conduta for justificada para evitar a lesão de determinado bem jurídico por meio de determinado curso causal, os quais venham efetivamente ocorrer. É este o verdadeiro sentido da idéia de ' fim proteção da norma', que comumente se repete, mas quase nunca se define: a norma proibitiva visa evitar que certo bem jurídico seja afetado de certa maneira. Se for afetado não esse bem jurídico, mas outro, ou se ele próprio foi afetado, mas por outro curso causal completamente diverso, o que se realizou no resultado não foi o risco que se estava a analisar.[50]

É de tamanha importância observar que se fere a esfera de proteção da norma, e não do tipo. Ou seja, o tipo penal impede-se ao bem jurídico protegido, representando a conduta que o difere. Já na objetividade de proteção da norma, há um conteúdo axiológico, de valor social.

---

[49] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte geral.** 4. ed. Rio de Janeiro: impetus, 2004, p. 260.
[50] GRECO, Luis. Op. Cit. p. 95.

A inclusão que esse divisor de águas (vertente) traz à teoria da imputação objetiva é o fato de não ocorrer à imputação, mesmo em casos em que o risco criado se respalda no resultado. Portanto, basta que o nexo-casual não esteja cercado pela integridade do objetivo da norma, ou seja, pela esfera de proteção da norma. Note que no exemplo dos motociclistas, houve a criação de um risco proibido, assim como a sua realização no resultado, no entanto, não era finalidade da norma evitar acidentes alheios, e sim apenas aqueles relativos à pessoa do condutor.

Aplica-se o mesmo raciocínio ao caso em que uma pessoa vem a óbito de infarto em virtude de uma má notícia transmitida inadequadamente, pelo agente. A este não pode ser imputado o resultado morte culposa, haja vista que tal conduta não é acontecimento da norma homicídio culposo.

É Importante notar que o presente critério atingiu a criação do risco que não se apresentou no resultado. Portanto, não se deve desconsiderar o critério da criação do risco juridicamente relevante, visto que este faz parte do presente tópico.

((Resumindo pode-se eliminar a imputação com base no critério, ora pesquisado, nas seguintes circunstâncias: I) nos em que o risco criado não se realiza no resultado; II) quando o risco criado tem respaldo no resultado, mas a norma não está encaminhada à criação de tal risco.

3.2.5 Autocolocação da vitima em perigo

Pelo critério da autocolocação da vitima em perigo tem-se que não pode o resultado ser imputado ao agente se a conduta da vitima contribuiu para a ocorrência do resultado morte.

Em 1984,a discussão do problema ganhou importância quando a Corte Suprema da Alemanha dispensou um réu acusado de homicídio culposo por ter dado um charuto de craque à vitima, tendo esta se fumado a droga e, por conta disso, falecido.

Foi entendo pela Suprema Corte Alemã que o autor não criou risco juridicamente censurado de homicídio, cercando-se apenas a participar de uma autocolocação em perigo, com o seguinte apontamento:

> Autocolocações em perigo queridas e realizadas de modo auto responsável não estão abrangidas no tipo de um delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco a que a vitima conscientemente se expôs se realize. Quem apenas provoca,

> possibilita ou facilita uma autocolocação em perigo não é punível por delito de lesões corporais ou homicídio.[51]

Desta forma, podemos tirar conclusões que os estímulos ou facilitação da autocolocação da vitima em perigo não implica, no exemplo acima citado, na imputação do resultado morte e o resultado lesão ao agente, não excluindo, portanto, a imputação de outros tipos penais. Vale lembrar que para o presente critério que o comportamento da vitima é de excepcional importância.

Diante disso, no Brasil, há uma propensão a confundir-se o critério da autocolocação da vitima em perigo, com a teoria da concordância da vitima, como bem informa Luis Greco:

> E tão pouco na confusão que já começa a ser feita, também no Brasil, entre imputação objetiva e consentimento do ofendido, porque ganha cada vez mais espaço na doutrina moderna a ideia de que o consentimento tem por objeto não apenas a ação perigosa, como também o resultado de dano, de modo que se a vitima aceita que outra pessoa participe de uma conduta perigosa, isso não significa que ela tenha consentido no resultado, na lesão.[52]

E acrescenta ainda:

> O problema, a meu ver, está no fato de haver grande consenso a respeito de que os casos de autocolocação em perigo não são os únicos em que a imputação objetiva (mais precisamente a desaprovação do risco) é excluída pelo comportamento da vitima, mas apenas uma parte representativa destes casos. E não há o menor consenso em quais seriam estes outros casos, nem de se temos de trabalhar com dois critérios diversos, ou com um único.[53]

Pelo critério da autocolocação da vitima em perigo não há criação de risco juridicamente relevante caso o autor se limite a facilitar para que a vitima se coloque em perigo, em suma.

Entretanto, Luis Greco informa acerca das limitações à exclusão da imputação. Observando o que mostra o autor em sua obra:

> (...) primeiramente, caso o autor tenha conhecimentos superiores aos de que a vitima precisa paraavaliar o risco que ela incorre (ex., o sujeito que compra a seringa sabe que a droga tem teor de pureza diverso e bem mais perigoso do que supõe a vitima). Observe-se que a doutrina dominante limita-se a afirmar que os 'conhecimentos superiores do autor' fazem dele responsável, o que não é mais bem correto. Como convincentemente diz Puppe: 'o que importa é não o que o autor saiba mais, mas que a vitima saiba o suficiente'. Em segundo lugar, não haverá

---

[51] GRECO, Luis. Op. Cit. p. 63.
[52] GRECO, Luis. Op. Cit. pp. 65 e 66.
[53] Id. Ibid. pp. 66 e 67.

> exclusão da imputação caso a vitima seja irresponsável, havendo acalorada controvérsia a respeito de se aqui os critérios devem ser os da capacidade de consentir, ou os da culpabilidade (exemplo incontroverso, porque comum a ambas as opiniões: a vitima é uma criança; exemplo controverso, porque impunível, para a segunda opinião, e punível para a primeira: a vitima se coloca em perigo em razão da prática de delito de constrangimento ilegal [art. 146 do CP] , que torna inválido o consentimento, não sendo esta coação, ainda, irresistível, capaz de excluir a culpabilidade[art. 22 do CP]). Por fim, é de imputar-se o resultado caso exista algum dever especial de proteção (ex., o autor é pai da vitima). Em sentido contrário, porém, argumenta Rudolphi e Stree, para os quais não é tarefa do garantidor proteger, o garantido contra si próprio. Com isso os desconhecem que, por vezes, a posição de garantidor compreende também esta proteção, como no caso do pai em relação ao filho menor.[54]

Entretanto, uma situação que tem sido objeto de divergência doutrinaria é o caso no qual se verifica a completa previsibilidade do resultado pelo agente causador, e não apenas pela vitima. É também denominada de heterocolocação em perigo.

Relata-se a seguinte hipótese: X ao participar de um racha permite que Y conduza sua mota. Durante a competição X bate a moto contra um poste e, por conta do acidente, Y morre**.** Observe-se que o sujeito X alertou a vitima sobre todos os riscos que ela incorreria caso o acompanhasse na "brincadeira". Pergunta-se: X terá responsabilidade pelo morte de Y?

Ainda não houve manifestou da doutrina brasileira sobre o tema, certa que a teoria da imputação objetiva ainda é algo novo em nosso ordenamento jurídico. Portanto, há uma inclinação de se considerar que o agente deverá ter responsabilidade em virtude da falta de disponibilidade pelo direito à vida.

Roxin em sua participação determinou critérios para a adaptação da imputação objetiva. Deve-se descobrir no resultado a criação de um risco não permitido orientado pela vontade humana. Dessa maneira, a relação fundamental a ser vistas é a de se o agente é capaz ou não de dirigir a sua vontade criando ou incrementando um risco não permitido pelo sistema jurídico penal.

Aplica-se a imputação objetiva nos fatos onde: I - a pessoa reage de modo contrário ao risco permitido, não preocupando se existir acréscimo deste risco por parte de outro; II - não possibilidade de verdade em que caso não tivesse causado o risco não permitido, outrem teria produzido.

---

[54] GRECO, Luis. Op. Cit. pp. 70 e 71.

Por outro lado, existem alguns casos em que não se poderá imputar objetivamente uma conduta a uma pessoa como: I - já está estabelecido o risco relevante e uma pessoa que não foi responsável pela criação do risco relevante modifica este risco diminuindo-o; II - inexistência de risco jurídico relevante criado pelo agente, tendo este se verificado a posteriori por fato não atribuível ao agente; III - produção de riscos permitidos, isto é, aqueles nos quais não há reprovação pelo nosso ordenamento jurídico; IV - análise material do risco permitido a partir da norma jurídica, não se podendo imputar objetivamente nada se houver uma mera falta do dever de cuidado, desde que não extrapole o risco permitido.

Verifica-se que o risco permitido e o não permitido são elementos essenciais para a aplicação da teoria da imputação objetiva. Além disso, é importante que o agente tenha a possibilidade de guiar a ação por sua vontade para um resultado previsível, enfim, ter o domínio causal da ação. Deve haver tanto a imputação objetiva quanto a subjetiva para que se possa atribuir a responsabilidade penal a um determinado indivíduo.

Resume-se que, quando puder verificar que um determinado resultado realmente se conduziu segundo a previsibilidade e a possibilidade de domínio pelo autor, ocorrendo um risco não permitido, estará à frente de uma situação abominável. Dessa maneira, um resultado poderá ser imputável ao indivíduo segundo este tenha ou não a possibilidade de orientá-lo para um fim profetizado que conteste norma do sistema jurídico.

CONCLUSÃO

A execução da justiça entre os homens é objetivo primordial do Direito, fato este que compõe elemento fundamental para o convívio social e a realização do bem individual e comum. No campo do direito repressivo o trabalho interpretativo não tem merecido abrandada importância: a medição de responsabilidade penal tem se mostrado tema de profunda atenção na clássica tarefa de alcance de um sistema penal justo e equilibrado.

Portanto, o progresso da sociedade fez que com que situações concretas diferentes desapontassem de forma a se interrogar o resultado dos critérios de causalidade já sólidos na difícil tarefa de designar a justa responsabilização penal. Diante disso, as doutrinas causais de caráter exclusivamente ontológicas e naturalísticas deixam de ganhar espaço, aparecendo clara necessidade de adoção de critérios axiológicos e normativos para definição da responsabilização penal. Assim, promoveu-se a crise do dogma causal e a consequente subdivisão didática do juízo de causalidade com o juízo de imputação.

O ofício principal do direito penal estava em discriminar uma ação realmente apontada por determinado agente daqueles atos que poderiam ser imputados casualmente, comparecendo estes últimos fora dos limites da imputação penal. Para que essa tarefa fosse cumprida com sucesso, a teoria da *conditio sine qua non* fora substituída por novas e modernas teorias que à época ofertam a resolução dos problemas da causalidade no direito penal.

Diante disso, Claus Roxin ordenava os conceitos de Karl Larenz e Richard Honig para criar uma verdadeira teoria da imputação objetiva. Procurando criar uma teoria geral, Roxin realiza vários critérios objetivos de imputação por meio de uma casuística ampla que formou uma tópica extensamente investigada.

Cada vez mais se aparecer divergências as diferentes doutrinas em relação à teoria da imputação objetiva, diante do já exposto. Elaborando-se uma verdadeira tribulação proibitória do adequado entendimento do tema, problema este que ultrapassa a dogmática penal para alcançar todos os cantos do universo. Apesar das divergências doutrinárias, pontos positivos foram puxados pela teoria. Celebrável se mostra a opção por adoção de critérios objetivos nos registros de responsabilidade penal.

Após a afirmação material e física entre conduta e o resultado, foi analisada ainda, como complemento à teoria da equivalência dos antecedentes, a causalidade normativa da conduta. A hipertrofia no trato do tema da causalidade normativa no âmbito da imputação objetiva se substituiu no agravamento dos próprios critérios, causando uma verdadeira crise à

segurança jurídica. Feito isso, apareceu à necessidade de delimitação da teoria em estudo, uma vez que muito importante se mostrou a estipulação de critérios objetivos que impedem à responsabilização penal, todavia, perigoso se apresentava a adoção por completo dos critérios de imputação objetiva imposto por Roxin.

Procurando executar um juízo crítico dos critérios norteadores da imputação objetiva nas suas mais variadas vertentes, este trabalho também utilizou como objetivo entrar-se a uma conveniente delimitação da teoria da imputação objetiva, a fim de aumentar sua aplicação prática, sem jogar na casuística profunda, como fez alguns doutrinadores.

Conclui-se assim, que na verdade os critérios exclusivos de natureza objetiva realmente importante para a atribuição de responsabilidade penal e da consequente não imputação se demonstram no risco admitido e na mudança de tal risco no resultado. Dessa maneira, todos os critérios, outrem, se mostram problemáticos e vazios, haja vista que a totalidade dos problemas de concessão de responsabilidade penal na dimensão objetiva pode ser determinada por meio do uso desses dois critérios.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Erika Fontes de; VAZ, Daniel Ribeiro. **Teoria do crime**: conceito de crime. (2013).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral volume I, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte especial. 15. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1.V.

BRASIL, Lei 9.503. Fonte: D.O. de 24/09/1997, p. 21201

BRASIL, Lei 2.848. Fonte: D.O. de 31/12/1940, p. 2391.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal.** 10 ed. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2004

CAMARGO, Antonio Luís Chaves**. Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. 1 ed., 2 tir. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

ESTEFAM, André. **Direito penal,**1: parte geral. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2011. p. 53.

GRECO, Luís, Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, n. 32,out./dez. 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal** – parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: impetus, 2004, p. 260.

GRECO, Luis. Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva / Luís Greco; prefácio Juarez Tavares. – 4. Ed. Ver. e atual. – São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2014.

GRECO, Rogério. **Direito penal** – Lições. 2ª ed. Belo Horizonte: Praetorium, 2000, p. 125.

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

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**.Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p.39.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. Parte Geral – arts. 1º a 120 do CP. 24. ed., **rev. e atual.** – São Paulo: Atlas, 2008.

PRAZAK, Maurício Ávila. **Imputação objetiva e sua aplicação no direito penal brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal:** introdução crítica. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

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

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988, 5º ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal:** uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 3° ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001, p. 390