



A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O NEXO DE CAUSALIDADE NO DIREITO PENAL

Cláudia Aparecida Salge¹

EMENTA:

As inúmeras falhas na utilização da teoria da equivalência dos antecedentes adotada pelo art. 13, *caput*, do Código Penal, levam à reflexão acerca do problema do nexo de causalidade no âmbito do Direito Penal. Sobre o tema, a teoria da imputação objetiva enceta aspectos relevantes, que merecem um estudo mais acurado, a fim de promover soluções adequadas às situações fáticas não alcançadas pela denominada teoria da *conditio sine qual non*.

Sumário

1 - Do posicionamento do nexo de causalidade no conceito analítico de crime. 2 - A teoria da equivalência dos antecedentes e o método da eliminação hipotética. 3 - Dos fundamentos históricos da teoria da imputação objetiva. 4 - Da moderna teoria da imputação objetiva. 4.1 - Da criação de um risco proibido. 4.2 - Do consentimento do

ofendido. 4.3 - Do resultado situado no âmbito do risco provocado pela conduta. 4.4 - Da posição Günther Jakobs. 5 - Da aplicação da teoria da imputação objetiva. 5.1 - Da análise crítica da teoria da imputação objetiva. 5.2 - Das consequências da aplicação da imputação objetiva in concreto.

1. Do posicionamento do nexo de causalidade no conceito analítico de crime

O crime, sob o aspecto analítico, pode ser fragmentado em três estratos distintos: tipicidade, ilicitude e culpabilidade, que são indispensáveis para que o fato tenha repercussão na seara do Direito Penal. Na realidade, o crime existe como um todo, como um fato único; apenas para efeito didático faz-se necessário o seccionamento do delito, a fim de facilitar o reconhecimento do fato humano passível de responsabilização criminal.

Considerado, de maneira singela, como fato humano que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados, o crime pressupõe uma conduta comissiva (ação) ou omissiva (omissão). Por sua vez, a conduta humana, sob o prisma da teoria finalista elaborada por HANS WELZEL e

adotada pelo Código Penal Brasileiro, deve ser direcionada ao dano efetivo ao bem jurídico protegido pela norma penal, nos casos de delitos dolosos, ou para a causação de um resultado danoso, nas hipóteses de delitos culposos.

Em obediência ao princípio da legalidade, preconizado pela Constituição Federal Brasileira (art. 5º, inciso XXXIX) e pelo Código Penal (art. 1º), a descrição hipotética de uma conduta considerada criminosa constitui o fato típico, o qual, segundo DAMÁSIO E. DE JESUS, se decompõe nos seguintes elementos: a) conduta humana (dolosa ou culposa); b) resultado; c) o nexo de causalidade material entre a conduta comissiva e o resultado; d) enquadramento do fato material (conduta, resultado e nexo causal) a uma norma penal incriminadora (tipicidade).

¹ Juíza Federal Substituta da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Uberaba. Docente da Universidade de Uberaba, no Curso de Direito, nas disciplinas Teoria Geral do Direito Penal I e II, no período de Agosto/2003 a Julho/2004.

Como elemento primário do fato típico, a conduta, para a teoria finalista da ação, trata da ação ou omissão humana, consciente e dirigida a uma determinada finalidade, ou seja, o resultado.

Encarado como objetivo precípua da conduta, o resultado pode ser analisado tanto sob o aspecto da teoria naturalística, considerado como uma modificação do mundo exterior provocada pelo comportamento humano; ou sob o aspecto da teoria jurídica, em que se tem a afetação de um interesse protegido pela norma penal, como, por exemplo, a vida, o patrimônio, a honra, dentre outros. Nesta última análise, todos os delitos possuem resultado, inclusive os crimes denominados formais, que não exigem a ocorrência do resultado naturalístico, e os de mera conduta, que não possuem resultado sob o aspecto físico.

O vínculo que liga um resultado a uma conduta é conhecido como nexo de causalidade, ou nexo causal, que se traduz em um elemento objetivo do tipo penal. Para a responsabilização do agente, é imprescindível a verificação do nexo de causalidade entre o resultado e o seu comportamento, sem o que não há que se falar em fato típico.

2. A Teoria da equivalência dos antecedentes e o método da eliminação hipotética

Para tratar da questão atinente ao nexo de causalidade, que nos interessa mais especificamente neste estudo, o Código Penal Brasileiro adotou, em seu art. 13, *caput*, a teoria da equivalência dos antecedentes, cuja finalidade, segundo PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, é a de regular “os dois momentos da atividade do julgador: verificação do elo causal entre conduta-

evento e valoração desse nexo em relação ao Direito”.²

Consoante a teoria da *conditio sine qua non* (equivalência dos antecedentes), que considera como causa a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido, para a verificação do nexo de causalidade faz-se necessária a utilização do método de eliminação hipotética elaborado por Thyren. Esse método impõe que, para se aferir se um fator é causa de um resultado, basta, mentalmente, de forma objetiva (sem qualquer valoração), excluí-lo da cadeia causal; se, com sua exclusão, o resultado ainda teria sido produzido, não pode ser considerado causa; ao contrário, se, com sua exclusão, o resultado desaparece, tal fator deve ser considerado causa.

Suponhamos que, arrimados nas lições de DAMÁSIO E. DE JESUS, “*A tenha matado B. O fato típico do homicídio possui uma série de condutas antecedentes, como a fabricação do revólver, sua aquisição pelo comerciante, a compra pelo agente etc. Excluindo-se, p. ex., a fabricação da arma, o resultado não teria ocorrido. Logo, o fabrico da arma é considerado causa*”.³

Ora, não há plausibilidade nenhuma em se atribuir ao fabricante ou ao comerciante de armas de fogo a responsabilidade pelos atos ilícitos praticados com os aludidos artefatos, posto que esse raciocínio poderia levar, inclusive, à absurda responsabilização dos pais do assassino, pela sua concepção, mediante um inocente ato de amor.

A principal crítica levantada pelos estudiosos do Direito no tocante à aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes é exatamente neste sentido, ou seja, a operação denominada *regressus ad infinitum*, segundo a qual se inserem na cadeia causal indivíduos que não contribuíram efetivamente para a ocorrência do resultado, como no exemplo

² Do nexo causal, São Paulo, Malheiros Ed., 1996, p. 102, lembrado por MIGUEL REALE JÚNIOR, Teoria do Delito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 178, n. 2.4; citado por DAMÁSIO E. DE JESUS, in Imputação Objetiva, Ed. Saraiva, 2a edição, 2002, p. 6.

³ In ob. cit., p. 6/7.



supramencionado, o fabricante e o comerciante da arma utilizada para a prática criminosa. Esses indivíduos somente são excluídos da responsabilidade penal pelo fato delituoso em face da aplicação do nexo normativo, qual seja, mediante a verificação da existência ou não de dolo ou culpa *stricto sensu* em suas condutas, operação esta que se efetua após a constatação do nexo objetivo. Ausente um dos elementos subjetivos da conduta (intencionalidade), afasta-se a responsabilidade criminal, evitando, assim, os absurdos jurídicos de chegar-se, até mesmo, a responsabilizar os pais do criminoso, assim como o fabricante de automóveis pelos delitos culposos no trânsito.

Na realidade, percebe-se que a teoria da equivalência dos antecedentes se constitui em mera constatação objetiva do liame existente entre o resultado e as suas respectivas causas, sendo que esse vínculo se fundamenta exclusivamente no campo das ciências físicas, como um raciocínio matemático, relacionado às ciências exatas, flagrantemente destoante da intencionalidade da conduta que requer a teoria finalista da ação elaborada por WELZEL e adotada pelo Código Penal Brasileiro.

Ademais, a teoria adotada pelo art. 13, *caput*, do Código Penal, por estabelecer uma relação meramente física entre a conduta e o resultado, deixa de regular os denominados crimes formais e de mera conduta, que independem da provocação de um resultado naturalístico.

Denota-se claramente que a teoria da *conditio sine qua non* possui um elo profundo com a teoria naturalista ou causal da ação, que exige, apenas, para a configuração da responsabilização penal, o vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado, olvidando o elemento intencional da ação.

Apresenta-se, portanto, a teoria da equivalência dos antecedentes incapaz de solucionar questões complexas que povoam o mundo jurídico atual, tais como a dupla causalidade alternativa (autoria colateral); a dupla causalidade concomitante (em que nenhuma das condutas, sozinha, poderia provocar o resultado, mas somadas atingem o desiderato final); na hipótese em que o resultado ocorreria de qualquer modo (p. ex., o médico que desliga os aparelhos que mantêm vivo um paciente terminal, com danos cerebrais irreversíveis, acelerando a sua morte); os desvios dos cursos causais (p. ex., o ladrão principiante, trêmulo e inseguro que aponta um estilete para a vítima, um homenzarrão, e anuncia o assalto; a vítima se apavora, sofre um enfarto e morre). Todas essas situações, bem lembradas por EDILSON MOUGENOT BONFIM e FERNANDO CAPEZ⁴, não conseguem ser solucionadas com a utilização do art. 13, *caput*, do CP, requerendo a evolução do pensamento jurídico no tocante ao nexo de causalidade.

3. Dos fundamentos históricos da teoria da imputação objetiva

Diante das constantes e justificadas críticas apontadas pelos estudiosos em relação ao absolutismo caracterizado pela utilização da *conditio sine qua non*, na Alemanha, logo após a Segunda Grande Guerra Mundial, foram lançadas as primeiras bases da teoria da imputação objetiva, cuja finalidade era a de substituir o nexo causal puramente material pela relação jurídica (normativa) entre a conduta e o resultado.⁵ O que se pretende, portanto, com a teoria da imputação objetiva é, na realidade, abandonar a relação de causalidade, como único vínculo entre a ação e o resultado, e passar analisar o nexo causal também sob o aspecto jurídico.

Cumprе, todavia, lembrar que os

⁴ Direito Penal – Parte Geral, São Paulo, Ed. Saraiva, 2004, p. 340/341.

⁵ JESÚS, Damásio E. de, in ob. cit., p. 23.



pilares fundamentais da teoria da imputação objetiva vêm de tempos remotos, eis que, já na obra de PLATÃO, “A República”, é possível vislumbrar nuances relacionadas à matéria em comento. Na referida obra, o aspecto positivo das leis torna-se relevante na oportunidade que a lei deve exercer, especialmente no âmbito penal, uma função imperativa, função esta que se relaciona, sob o ponto de vista filosófico, com o início da noção de imputação (a lei como definidora da imputabilidade do ato). A imputação, então, passa a ter uma idéia de produção de algo de acordo com determinada norma.⁶

ARISTÓTELES, por sua vez, desenvolveu com maior clareza os princípios da imputação, tomando como cerne as categorias ontológicas (estrutura da ação humana). Segundo o seu raciocínio, uma conduta somente pode ser imputável se estiver no âmbito de controle de seu autor, do qual se poderia esperar um comportamento diverso. É o que denomina de “liberdade natural” ou “livre determinação de agir”. Somente os atos que estão sob o domínio da vontade podem ser suscetíveis de imputação.⁷

SAMUEL PUFENDORF, em sequência aos trabalhos de Aristóteles, reelaborou a doutrina de imputação sobre as bases já lançadas. Os estudos por ele empreendidos levaram a um conceito de imputação, que pela primeira vez surgia na ciência do Direito Penal, ao afirmar que apenas os resultados que dependam da vontade humana ou que sejam domináveis por ela podem ser imputáveis ao homem como obra sua. Os principais fundamentos de sua teoria são no sentido de que o homem, como ser racional, diferente dos demais animais, é capaz de dominar e dirigir os seus

movimentos através de suas decisões. Por sua vez, essa capacidade encontra os seus limites nos princípios que regem a conduta humana, uma vez que o homem, ao integrar a natureza, pode intervir nos processos causais e conduzi-los de acordo com suas próprias intenções. Pufendorf utilizou-se de duas expressões, a saber: a *imputativitas* e a *imputatio*. A primeira (*imputativitas*) significa que a ação pertencerá ao agente quando representar a sua livre autodeterminação (consciência e vontade); enquanto que a segunda (*imputatio*) refere-se às operações judiciais realizadas para comprovar a ocorrência dos elementos que compõem a *imputativitas* e para proceder à valoração do evento. A valoração do ocorrido demanda a distinção dos *entia physica*, que se relacionam aos objetos de natureza física, regidos pela lei natural, dos *entia moralia*, que pertencem ao mundo da cultura, conferindo direção e sentido às ações livres do homem, ao estabelecer critérios para ajustar a liberdade de ação (juízo de valoração).⁸

No início do século XIX, GEORG HEGEL elaborou um princípio que serviu de fundamento para a moderna teoria da imputação objetiva, ao afirmar que um fato somente pode ser imputado como responsabilidade da vontade de seu autor. A dominação da vontade é pressuposto para a imputação, e o juízo de imputação trata de um juízo teleológico e não causal.⁹ A inovação trazida por Hegel, em relação à doutrina desenvolvida por Pufendorf, é no sentido de que a imputação não se sobrepõe à responsabilidade, não se confundindo com a culpabilidade, ao contrário do que afirmava este último, que entendia a ação como vontade livre realizada por um sujeito

⁶ PRADO, Luiz Régis e CARVALHO, Erika Mendes de, in *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*, São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 18.

⁷ MORALES, Diego Medina, *Derecho y Libertad. La teoría de la imputabilidad en Aristóteles*. Cuadernos de Política Criminal, n. 55, p. 134 e ss.; apud Luiz Régis Prado, in ob. cit., p. 19/20.

⁸ WELZEL, Hans, *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf. Un contributo alla storia delle idee dei secoli XVII e XVIII*, p. 119 e ss., citado por Luiz Régis Prado, in ob. cit. P. 21/22.

⁹ HEGEL, Georg, *Princípios da filosofia do direito*, p. 110; apud Luiz Régis Prado, in ob. cit., p. 27/30.



imputável. A deficiência encontrada no conceito de Hegel reside nos delitos culposos, cujos resultados não se encontram no âmbito da vontade do agente.

Em direção oposta aos estudos de Aristóteles, Punfendorf e Hegel, surge a doutrina de KARL LARENZ, que defende a tese de que o critério fundamental para atribuir um fato a alguém se encontra no denominado “juízo de imputação”, explicando que a imputação corresponde à tentativa de delimitar um fato próprio de um acontecimento puramente fortuito, servindo meramente para determinar se o acontecimento é obra ou não do sujeito.¹⁰ Larenz busca, com sua teoria baseada em aspectos objetivos, englobar, além dos fatos conhecidos e desejados pelo sujeito (dolosos), também os que poderiam ser, mas não foram, abarcados por sua vontade (culposos). Para Larenz, a imputação se subsume na possibilidade de previsão e domínio dos cursos causais, e é designada objetiva porque a mencionada possibilidade de previsão não é considerada com base na capacidade e na ciência do sujeito ativo, *in concreto*, mas consoante um critério geral e objetivo, o do “homem inteligente e prudente” (homem comum).

Atualmente, na Espanha e Alemanha, a doutrina da imputação objetiva procura elaborar critérios normativos, cuja finalidade precípua é a de atribuir determinado resultado a uma conduta ativa ou omissiva. RICHARD HONIG é considerado o precursor desse pensamento jurídico, justificando a imputação objetiva não como imputação do comportamento, mas sim como imputação do resultado. Para Honig, não se trata de aferir a causalidade, mas de atribuir-lhe valor, sendo, portanto, imputáveis os resultados que podem ser finalmente vislumbrados por seu autor (finalidade objetiva).¹¹ A relevância para a imputação objetiva, sob os critérios de

Honig, é saber se o sujeito possuía condições de, com seu comportamento, realizar ou evitar o resultado, afastando, por conseguinte, os eventos produzidos fortuitamente (requer previsibilidade e direção da vontade humana).

4. Da moderna teoria da imputação objetiva

Com o avanço dos estudos elaborados em torno da teoria da imputação objetiva, chegou-se, no início da década de 70, a uma concepção moderna sobre a matéria, elaborada por CLAUS ROXIN. Fundamentando suas conclusões em critérios normativos para responsabilização de delitos materiais (dolosos e culposos), Roxin pretendia contribuir para a reformulação da teoria da imputação objetiva desvinculada do dogma causal. A partir de então, formulou-se o princípio do risco, segundo o qual, para aferir a responsabilidade do agente pelo resultado, o importante é verificar se a conduta criou ou não um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico penalmente tutelado.¹²

Sustenta Roxin que somente é imputável ao agente o resultado que pode ser finalmente previsto e dirigido por sua vontade, pugnando pela realização de um curso causal dominável pelo elemento volitivo, em perfeita consonância com a teoria finalista da ação. A vontade, portanto, seria dirigida à criação de um risco juridicamente relevante a um bem jurídico protegido pela norma penal.

Partindo-se da premissa de que a teoria da imputação objetiva requer a criação de um risco juridicamente desaprovado, colige-se que, para a existência de um fato típico, fazem-se necessários os seguintes requisitos: a) conduta criadora de um risco para a ocorrência do resultado, e este risco deve ser proibido; b) o resultado naturalístico deve se encontrar no âmbito do risco

¹⁰ MELIÁ, Cancio e GONZÁLEZ, Suárez, apud Luiz Regis Prado, in ob. cit., p. 30/31.

¹¹ Citado por Luiz Régis Prado, in ob. cit., p. 34/35.

¹² Idem, p. 64.



provocado pela conduta.

4.1. Da criação de um risco proibido

Como seres humanos integrantes de uma coletividade, todos nós corremos, diariamente, riscos, que podem ou não provocar algum dano a bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. Entretanto, o risco ensejador da imputação objetiva de um resultado ao seu autor não trata de qualquer risco, excluindo-se do âmbito da norma penal os denominados riscos permitidos ou tolerados pelo convívio social.

Riscos toleráveis são os aceitos socialmente como normais e inerentes ao desenvolvimento da coletividade, tais como os veículos automotores que, embora perigosos se manejados de maneira inadequada, são necessários ao transporte de pessoas e objetos essenciais à sociedade. Não se pode, assim, atribuir ao fabricante de veículos a responsabilidade pelos acidentes e mortes provocadas pelo mau uso dos automóveis, pois tais infortúnios se consideram riscos tolerados. Sopesando, no caso em exame, os benefícios advindos com o uso dos automóveis e os perigos trazidos com sua utilização, num critério de custo-benefício, a sociedade é quem deve decidir pela tolerabilidade dos riscos, assumindo-os como imprescindíveis ao conseqüente progresso, ou pela assunção de menos perigo, mas com estagnação da evolução social.

Entrementes, segundo EDILSON MOUGENOT BONFIM e FERNANDO CAPEZ, “o que deve ser feito é cobrar de cada um de acordo com o papel social que representa, cujos limites serão estabelecidos pela aspiração geral dos membros da coletividade”.¹³

Se o autor, embora tendo provocado um resultado lesivo, se tiver conduzido de maneira a criar uma situação de risco tolerável

ou permitido, não há como se lhe imputar tal resultado. Ao contrário, se o autor, com sua conduta, tiver provocado um risco juridicamente proibido ou, ainda, se tiver aumentado o risco permitido, então o resultado poderá ser-lhe imputado.

A teor dos ensinamentos de GÜNTHER JAKOBS, a mera causação do resultado, mesmo na modalidade dolosa, não é suficiente para aferir a imputação ao agente, eis que, se “o Direito Penal tivesse por fim eliminar todo e qualquer risco resultante do contato social, mediante a prevenção geral e especial (previsão in abstracto e aplicação efetiva da sanção penal), a sociedade ficaria completamente paralisada”.¹⁴

Aqui se estabelece uma íntima ligação entre a teoria da imputação objetiva e o princípio da adequação social, elaborado por WELZEL, tomando-se por base a circunstância de que um fato socialmente adequado corresponde a um comportamento permitido e tolerado, não correspondendo a um risco proibido, o que leva à atipicidade da conduta adotada pelo agente.

O que fundamenta a aceitação social de determinadas condutas é o fato de se tratar de uma relação denominada “contatos sociais”, em que cada um dos envolvidos espera do outro o cumprimento de seu papel social. Distanciando-se de seu papel social, o agente engendra um risco proibido, não tolerado pela ordem jurídica.

Por outro lado, há que se verificar que as relações sociais se fundamentam no princípio da confiança, em que cada um dos membros da sociedade, ao adotar condutas em conformidade com as regras jurídicas de comportamento, mantendo-se em seu papel social, possui o direito de esperar do outro que proceda da mesma forma. Sob esse aspecto, ninguém é obrigado a fiscalizar o comportamento alheio, a fim de eliminar quaisquer riscos de lesão, cabendo a cada

¹³ In ob. cit., p. 352

¹⁴ Apud Edilson M. Bonfim e Fernando Capez, in ob. cit., p. 354.



um a responsabilidade por suas próprias condutas. É o que se depreende do exemplo mencionado por EDILSON BONFIM e CAPEZ: *“o médico confia que o auxiliar vá lhe passar um bisturi esterilizado; se isso não ocorre e o paciente morre por infecção, o cirurgião não criou um risco proibido, e não responderá, assim, pelo resultado”*.¹⁵

4.2. Do consentimento do ofendido

Impende considerar, ainda, que a aquiescência do titular do bem jurídico ofendido em participar do evento danoso, aderindo ao comportamento do agente, é capaz de afastar a imputação objetiva do resultado.

Ao contrário do posicionamento adotado pela doutrina tradicional, que enfrenta a questão do consentimento do ofendido como causa suprallegal de exclusão da ilicitude, atuando sobre o segundo elemento do crime, a teoria da imputação objetiva trabalha a matéria no âmbito do próprio tipo penal, tornando atípica a conduta do agente, por considerar que o resultado se origina de um risco permitido.

Ante o consentimento válido do ofendido, a ação passa a se desenvolver sob a égide de um risco perfeitamente tolerado pela sociedade, como representação do livre-arbítrio no contexto social, sendo incapaz de lesar o bem jurídico penalmente tutelado. Tal raciocínio se justifica pelo fato de que, segundo HIRSCH, “todo aquele que concorda com um comportamento perigoso assume conscientemente o risco de uma lesão, eliminando a antinormatividade da conduta do outro que, devidamente autorizado pelo interessado, realizou a conduta perigosa, a qual acabou por provocar a lesão a bem jurídico”.¹⁶

Para o fim de afastar a proibição do risco, o consentimento do ofendido não deve

necessariamente abranger a lesão, sendo suficiente que o titular do bem jurídico, consciente do perigo, consinta na adoção, por parte do agente, de um comportamento contrário às normas do dever de cuidado. Retorna-se, assim, ao cálculo do custo-benefício, em que o ofendido é capaz de sopesar os riscos e os benefícios advindos com a conduta do agente, optando pela situação de perigo.

Nessa linha de raciocínio, ao mencionarem o exemplo lembrado por ANTÔNIO LUIS CHAVES DE CAMARGO, *in* Imputação Objetiva, EDILSON BONFIM e FERNANDO CAPEZ estabelecem em que situações pode-se considerar o consentimento do ofendido como causa de exclusão do risco proibido, a saber: “O Tribunal Supremo alemão, no ano de 1984, num denominado caso de seringa, absolveu o autor de um crime culposos, porque havia cedido heroína a um viciado, que a injetou, causando-lhe a morte. Ficou patenteado que a heroína tem um risco intrínseco que é do conhecimento da vítima e esta se colocou em perigo, afastando a imputação do autor que lhe cedeu a droga para ser injetada”.¹⁷

Para alguns autores, como SCHAFFSTEIN, não importa se o bem jurídico se encontra ou não dentro da esfera de disponibilidade de seu titular, uma vez que este não está consentindo na lesão em si mesma, mas somente na situação criadora do risco. Neste sentido, é possível a disponibilidade da vida humana, consoante a citação de MANUEL DA COSTA ANDRADE.¹⁸

Há que se falar, inclusive, em situações nas quais a vítima deixa de adotar as cautelas devidas de autoproteção e, com seu comportamento descuidado, coloca-se em circunstâncias de perigo, afastando a responsabilidade do autor da conduta pelo resultado provocado. É o caso citado por

¹⁵ *In* ob. cit., p. 357/358.

¹⁶ *Apud* Edilson M. Bonfim e Fernando Capez, *in* ob. cit., p. 359/360.

¹⁷ *Idem*, p. 361.

¹⁸ *In* Consentimento e acordo em Direito Penal, cit. Por Edilson Bonfim e Fernando Capez, *in* ob. cit., p. 359.



EDILSON BONFIM e CAPEZ, em que um lutador de judô, ainda não recuperado de uma lesão na vértebra, insiste em participar de uma competição e ao receber um golpe normal de seu adversário, sofre uma queda e vem a falecer em virtude das lesões sofridas.¹⁹ Não há, portanto, que se falar em responsabilização penal do autor do golpe, que não criou e nem incrementou nenhum risco anormal para a vítima.

Urge assinalar, ademais, que, se o autor se comportou de forma a reduzir o risco de lesão, acaba por adotar um comportamento em conformidade com a norma, o que leva à atipicidade de sua conduta. É o que ocorre, portanto, com o agente que afasta uma pedra, que foi arremessada em direção à cabeça da vítima, projetando-a para o braço, diminuindo, com seu comportamento, a gravidade da lesão à integridade física do ofendido. Nesse caso, o agente não responde pela lesão, eis que a sua ação protegeu o bem jurídico tutelado pela norma penal.

4.3. Do resultado situado no âmbito do risco provocado pela conduta

Em que pese à existência da provocação de um risco proibido, para a configuração da imputação objetiva é inexorável que o resultado naturalístico se encontre dentro da linha de desdobramento causal da conduta adotada pelo agente, estando sob o seu domínio causal.

Não se admitem, em sede de imputação objetiva, os denominados desvios causais, considerados como interferências não previstas no desenvolvimento da cadeia de causalidade, rompendo o nexo e a responsabilização do agente pelo resultado físico.

DAMÁSIO E. DE JESUS, referindo-se à questão como “âmbito ou extensão da tutela penal” ou “alcance do tipo”, fornece

exaustivamente exemplos de situações em que ocorre a ruptura do nexo causal em razão dessas interferências, citando, ainda, GÜNTHER JAKOBS, ao creditar o resultado ao “infortúnio da vítima” ou “*mala suerte*”. O Professor DAMÁSIO menciona, ainda, um exemplo fornecido por MANUEL CANCIO MELIÁ, em que “um motorista, conduzindo um caminhão por uma rodovia, recolhe uma jovem que estava fazendo *autostop*, propondo-lhe relações sexuais. A moça se nega. Ele insiste. Ela lhe pede que estacione o veículo, caso contrário vai jogar-se para fora do caminhão em movimento. Ele se nega. Ela abre a porta e se lança no asfalto, ferindo-se gravemente”²⁰, sendo a hipótese correspondente a fatos reais.

As soluções possíveis são apresentadas por MANUEL CANCIO MELIÁ, que traça as seguintes recomendações, citadas por DAMÁSIO DE JESUS: a) na situação em que o comportamento da vítima se constitui em reação grosseira ante a conduta do motorista, que não colocava em risco sério a nenhum bem jurídico a ela pertencente, o agente não responde pelas lesões; b) ao contrário, se a conduta do motorista gerou uma situação de iminente risco sexual à vítima, ocorre a imputação objetiva do resultado ao agente.

Neste sentido, é possível a adoção do pensamento de CLAUS ROXIN, ao afirmar que a imputação objetiva vai além da atribuição do resultado naturalístico à conduta, buscando estabelecer os requisitos para unir o resultado jurídico (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico) ao comportamento do agente, com a aferição da violação do interesse tutelado pela norma penal, o que pode ser aplicado tanto nos crimes materiais (com resultado naturalístico), como nos formais e de mera conduta, os quais, embora dispensem o resultado físico, possuem resultado normativo.

Mediante a constatação da criação,

¹⁹ In ob. cit., p. 361.

²⁰ In ob. cit., p. 91.



por parte do agente, de uma situação de risco proibido, bem como de uma afetação do bem jurídico tutelado pela norma penal situado no âmbito do risco provocado pelo comportamento, apura-se a existência de imputação objetiva. Somente depois é que se passa à segunda fase da apuração do nexo de causalidade, a partir do que se verifica a presença de dolo ou culpa na conduta do agente (nexo normativo).

É forçoso, assim, concluir que a teoria da imputação objetiva passa a significar o enquadramento da conduta ao tipo legal, sob o aspecto objetivo (V. GOMEZ BENITEZ, Causalidad, imputación objetiva y delitos cualificados por el resultado, apud EDILSON BONFIM e FERNANDO CAPEZ).²¹

4.4. Da posição de Günther Jakobs

Dentre os estudiosos da moderna teoria da imputação objetiva, GÜNTHER JAKOBS adota um posicionamento peculiar, entendendo-a como uma teoria do tipo objetivo. No contexto elaborado por Jakobs, o Direito Penal se ocupa da interação das relações sociais, concebendo o injusto como expressão de sentido (perturbação social) incompatível com a norma.²² Neste aspecto, só é possível determinar a conexão entre uma conduta não permitida e o seu respectivo resultado se a hipótese se configurar uma modificação planificada do mundo, isto é, como algo planejado pelo agente.

A partir da dogmática de Jakobs, o princípio específico da imputação objetiva consiste na ordenação normativa do mundo, fundado em relações de competência, em que a representação de cada comportamento depende de seu contexto social, ou seja, torna-se mister traçar os limites entre as condutas socialmente adequadas e os comportamentos reprovados pelo meio social.

Sob este prisma, a imputação objetiva passa a consistir na interpretação de um comportamento, sendo definida com base em critérios eminentemente objetivos, considerando-se que apenas os comportamentos perigosos *ex ante* podem ser penalmente valorados. As normas funcionam como modelos ou, consoante a designação de Jakobs, “standards” de comportamento que servem para orientar as condutas dos membros da sociedade, e a valoração das condutas se faz mediante a análise do cumprimento ou não por parte do sujeito do seu papel social. O conteúdo axiológico dos comportamentos depende, em qualquer hipótese, da finalidade atribuída ao Direito Penal em um determinado contexto social, e não de categorias pré-jurídicas.

A finalidade principal da imputação objetiva do comportamento consiste em imputar ao respectivo agente os desvios de sua atuação com relação às expectativas que se inserem ao portador de um papel social. Isso quer dizer que não interessam as capacidades pessoais de quem atua, mas sim as capacidades (em potencial) do portador de um papel, cuja aceção se resume em um sistema de posições delimitadas de maneira normativa, ocupadas por indivíduos aos quais Jakobs denomina “intercambiáveis”.²³

No primeiro nível da análise, ou seja, acerca da imputação de comportamentos, Jakobs propõe quatro critérios básicos, a saber: a) o risco permitido (estado normal de interação social, respeitados os limites individuais de liberdade estatuídos coletivamente); b) o princípio da confiança; c) a proibição de regresso (limitadora do âmbito de participação punível a teor da imputação objetiva com base em critérios objetivo-normativos); e d) a competência da vítima.

Quanto à imputação do resultado, que corresponde ao segundo estrato de sua

²¹ In ob. cit., p. 365.

²² Apud Luiz Regis Prado, in ob. cit, p. 109.

²³ JAKOBS, Günther, A imputação objetiva no Direito Penal, Trad. André Luis Callegari, RT., 2000, p. 20.



análise, Jakobs não obteve o mesmo êxito experimentado no primeiro nível de seus estudos. A sua definição de risco corresponde ao conjunto de condições explicativas de um acontecimento, o que visa vincular a realização de riscos ao nível de imputação do comportamento. Por sua vez, a função que todo sistema de imputação penal deve cumprir na sociedade é no sentido de possibilitar a orientação no mundo social, organizando e garantindo que cada um de seus membros adote comportamentos essenciais.²⁴

Jakobs pugna, ainda, por uma concepção extensiva de autoria, considerando que tanto autores quanto partícipes se apresentam como criadores de uma mesma unidade de sentido, adotando um critério quantitativo e não qualificativo, posto que a responsabilidade de todos os intervenientes no fato delituoso seria idêntica.²⁵

Sinteticamente, pode-se concluir que a relevância jurídico-penal de um comportamento, sob o enfoque de Jakobs, manifesta-se através do denominado “tipo objetivo”, expressando uma vertente objetiva do injusto mediante a constatação de uma perturbação social.

Sérias críticas se insurgiram em relação à teoria da imputação objetiva como teoria do tipo objetivo, erigida por Jakobs, e dentre as mais contundentes se destaca a argumentação de que seu fundamento teórico se estabelece na teoria do sistema social. HANS HIRSCH, um estudioso cético com relação à questão da fundamentação da culpabilidade sobre fins preventivos gerais, como pretende Jakobs, salienta que “dentro dessa concepção, a pena estaria a serviço do ‘exercício de fidelidade ao Direito’, ou seja, teria como fim a chamada prevenção geral positiva”.²⁶

ROXIN, por seu turno, observa que a teoria de Jakobs (funcionalismo sistêmico) parte de um pressuposto básico, qual seja, o de que as sociedades devem estar organizadas funcionalmente. Se tal desiderato se concretiza na realidade, a função do Direito Penal se encontra claramente definida. Ao contrário, nas sociedades estruturadas de modo disfuncional, a missão do Direito Penal deve ser estabelecida.

5. Da aplicação da teoria da imputação objetiva

Para DAMÁSIO E. DE JESUS, “imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico”.²⁷

Segundo, ainda, o renomado Professor, no futuro, a teoria da imputação objetiva poderá ser aplicada em todos os tipos de delitos, sejam dolosos ou culposos, e de qualquer natureza (materiais, formais ou de mera conduta). Todavia, ressalta que, na atualidade, a imputação objetiva é utilizada pela doutrina e pela jurisprudência estrangeira apenas em relação aos delitos de ação e resultado.

A opinião do Professor Damásio traduz-se na adequação da teoria da imputação objetiva para solucionar problemas relativos a: a) crimes contra as relações de consumo, em que se constata a responsabilidade penal pelo produto, o livre comércio e a criação de risco juridicamente proibido recaindo sobre bens jurídicos do consumidor, dentre outros; b) crimes de trânsito: bem jurídico, direção normal e anormal em estado de embriaguez, direção normal sem habilitação legal, “racha” com resultado de morte ou lesões corporais, participação da vítima como excludente da

²⁴ Idem, p. 113.

²⁵ JAKOBS, Günther, Prólogo à obra *La imputación objetiva em Derecho Penal*, p. 11, apud Luiz Régis Prado, in ob. cit., p. 112.

²⁶ HIRSCH, Hans Joachim, *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*, Obras completas, t. I, p. 28-29, apud Luiz Régis Prado, in ob. cit., p. 120.

²⁷ In ob. cit., p. 34.



tipicidade; c) armas de fogo: princípio da ofensividade, guarda e posse sem registro no âmbito da residência particular; d) transmissão de doenças, como a AIDS; e) crimes de tóxicos: objetividade jurídica, princípio da ofensividade, fornecimento de entorpecente com resultado letal (overdose), porte e posse de droga para o próprio consumo; f) delitos relativos à atividade médico-cirúrgica: problemas concernentes ao dever de cuidado, limites da liberdade científica do médico, consentimento do paciente ou de seus familiares, erro médico, erro profissional; g) crimes contra as relações de trabalho: responsabilidade penal do empregador (segurança do trabalho); h) delitos ocorridos nas dependências carcerárias: responsabilidade dos agentes penitenciários em relação aos detentos; i) responsabilidade hospitalar (infecções hospitalares); j) crimes tributários provocados por conduta criadora de risco relevante e juridicamente desaprovado no interior da empresa; l) violência policial; m) crimes comuns contra a honra (tipos penais definidos no Código Penal e na Lei de Imprensa).²⁸

5.1. Da análise crítica da teoria da imputação objetiva

Conforme se depreende da concepção finalista, assim como dos doutrinadores clássicos, a teoria da imputação objetiva apresenta pontos críticos, que obstam a sua utilização prática, merecendo um estudo mais profícuo, a fim de sanar as suas deficiências.

Segundo a corrente doutrinária divergente, a teoria da imputação objetiva carece de determinação de conceitos, tais como o “risco desaprovado”, “realização de risco” e “fim” ou “âmbito de proteção”, o que fere o garantismo penal, por

desobediência ao princípio da legalidade (*lex certa*).

A teoria da imputação objetiva, para os críticos, atribui uma excessiva relevância ao desvalor do resultado, ocupando, inclusive, o espaço destinado ao dolo. O que se argumenta a propósito é que, estando o dolo presente na conduta como elemento subjetivo implícito, e conseqüentemente inserido no tipo penal, a sua ausência já conduz à atipicidade da conduta, não havendo necessidade de se recorrer à imputação objetiva para excluir a tipicidade do fato. Diante de tal raciocínio, é possível inferir que a consideração da ausência do dolo resolve determinados problemas que a teoria da imputação objetiva remete ao terreno do risco, como ocorre nos denominados perigos normais da vida social.²⁹

Faltariam, também, na teoria da imputação objetiva, conceitos adequados ao crime culposos, posto que a imputação objetiva não fez mais do que, ao mencionar a denominada “criação de risco juridicamente proibido”, adotar o critério da “inobservância do dever de cuidado objetivo necessário”, o que corresponde ao elemento normativo da figura típica do delito na modalidade culposa.

Por fim, assinala-se que a conversão do risco em resultado jurídico é questão relacionada à ilicitude e não à tipicidade, eis que a afetação jurídica do bem protegido pela norma penal, através da lesão ou ameaça de lesão, é matéria afeta à ilicitude do fato, e não ao tipo penal.

Diante das críticas formuladas, os defensores da teoria da imputação objetiva insurgiram-se contra os argumentos ventilados em seu desfavor, primeiramente, no que concerne à ausência de conceitos claros e precisos. Neste ponto, aduzem que expressões como “risco permitido”, “risco proibido ou juridicamente desaprovado”,

²⁸ In ob. cit., p. 157/158.

²⁹ FRISCH, Wolfgang, Tipo penal e imputación objetiva, Madrid, Colex, 1995, p. 64, apud Damásio E. de Jesus, in ob. cit., p. 158/159.

“âmbito de proteção da norma”, revelam, na realidade, os elementos normativos do tipo, como já adotado pela doutrina clássica e finalista (“mulher honesta”, “fraudulentamente”, “indevidamente”, dentre outros). Ressaltam estes estudiosos que o dolo do tipo jamais recebeu tratamento uniforme, alertando que a culpa *stricto sensu* (inobservância do cuidado objetivo) cuida de um conceito aberto, que necessita de uma valoração a ser apreciada pelo julgador, mediante a comparação entre a provável atuação do chamado “homem médio” na mesma situação fática em que se encontra o autor do fato delitivo.

Afastam, em seguida, a alegação de que a teoria da imputação objetiva estaria ocupando o espaço do dolo, esclarecendo que a imputação objetiva não cuida especificamente do dolo, bastando a representação do sujeito ativo em relação à situação concreta para o fim de se enquadrar a conduta provocadora do risco juridicamente proibido em determinado tipo penal. A verificação da presença ou não do dolo resta postergada, portanto.

Refutam a idéia de que toda afetação jurídica pertence à ilicitude, posto que, se assim fosse, a simples criação do risco tornaria típica qualquer conduta, mesmo que se tratasse de risco permitido, livrando o agente da persecução penal somente quando da análise do segundo elemento integrante do crime (ilicitude). Assim, condutas socialmente aceitas, tais como furar as orelhas, fazer uma tatuagem, as práticas desportivas, dentre tantas, seriam consideradas típicas, demandando a constatação da ilicitude para serem consideradas crimes ou não.

5.2. Das consequências da aplicação da imputação objetiva *in concreto*

Consoante os ensinamentos do Professor DAMÁSIO³⁰, arrimado nos

estudos de MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ, CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ e MANUEL CANCIO MELIÁ, inserem-se inúmeras vantagens com a aplicação da teoria da imputação objetiva.

Inicialmente, enfatiza que o dogma de causalidade (teoria da equivalência dos antecedentes) utilizado pelo Código Penal abarca somente os denominados delitos materiais, que possuem um resultado naturalístico, deixando de regular os crimes formais e de mera conduta. Ao contrário, a imputação objetiva, por estar relacionada à ocorrência de um resultado jurídico (lesão ou exposição de perigo a lesão a bem jurídico protegido pela norma penal), é passível de aplicação em qualquer espécie de delitos, porquanto todos possuem resultado normativo.

Outro aspecto a ser objeto de crítica no tocante à relação de causalidade material se apresenta quando a questão se refere à tentativa e aos crimes omissivos, aos quais os conceitos atuais não se encontram adequados, posto que se ocupam apenas de um vínculo causal entre a conduta do agente e o resultado material. Por outro lado, a imputação objetiva pode ser amplamente utilizada no âmbito dos delitos consumados ou tentados, comissivos ou omissivos (em que não existe ação positivamente considerada, mas apenas um “deixar de agir” quando lhe era devido). Servem, ainda, as regras da imputação objetiva para regular a ocorrência dos delitos culposos, bem como a matéria atinente ao concurso de pessoas, mais especificamente, a participação.

A aplicação da teoria da imputação objetiva possibilita que, ausente o nexo de causalidade material, o fato seja considerado atípico, impedindo, dessa forma, a instauração desnecessária de um inquérito policial e o conseqüente ajuizamento da ação penal, o que traria inúmeros benefícios à Polícia e aos órgãos do Poder Judiciário, desonerando-os de procedimentos e

³⁰ In ob. cit., p. 160.



diligências dispensáveis.

Argumenta, ainda, o Professor DAMÁSIO, no que tange a questões tais como o risco permitido, o consentimento e a participação do ofendido (ações a próprio risco), a violência esportiva, as intervenções médicas e cirúrgicas, os ofendículos, as quais na doutrina clássica possuem solução na seara do exercício regular de direito ou de causa excludente da ilicitude, que são consideradas pela imputação objetiva como situações de atipicidade da conduta, liberando o agente *prima facie*.

Registre-se que a imputação objetiva permite que somente as condutas que, ex ante, se mostram perigosas sejam consideradas desvaloradas perante o Direito Penal, ao contrário do que ocorre com relação à doutrina clássica, em que essa apreciação é levada a efeito em momento posterior (*ex post*).

Por fim, salienta DAMÁSIO que a adoção da imputação objetiva não significa que a teoria finalista da ação, desenvolvida por WELZEL, esteja relegada ao esquecimento, sustentando que ambas podem perfeitamente coexistir, uma vez que muitas regras, métodos e critérios da imputação objetiva possuem fundamentação no finalismo, como é o caso da inobservância do dever de cuidado objetivo, que equivale à realização de conduta criadora de um risco juridicamente desaprovado.

LUIZ RÉGIS PRADO, por sua vez, aduz que, “por fixar os seus critérios apenas no âmbito do tipo objetivo -, a exemplo da concepção causal da ação”³¹, a imputação objetiva não logra aferir o sentido social do fato submetido à sua apreciação, haja vista que, somente após constatar a realização do tipo objetivo, preocupa-se em investigar a presença ou não do elemento subjetivo do tipo, ou seja, do dolo.

Alerta o renomado autor que a imputação objetiva poderia servir como uma

forma de ampliação da punibilidade, cujo alcance seria ainda maior do que a criticada causalidade. Uma das críticas mais contundentes formuladas por LUIZ RÉGIS PRADO é no sentido da utilização do critério instituído por GÜNTHER JAKOBS, ao estabelecer que o que confere sentido social a um comportamento é a função concretamente desempenhada pelo indivíduo no meio social.³² Pondera que, na conduta, não se pode prescindir do elemento cognitivo, pois o que modifica a valoração de um comportamento é precipuamente o conhecimento, de maneira que o dolo (consciência e vontade) é o elemento que atribui um sentido social a uma ação.

Abstraindo-se de críticas e argumentos favoráveis à aplicação da teoria da imputação objetiva, certo é que, como qualquer teoria na esfera do Direito Penal, enseja o desenvolvimento de novos estudos no sentido de adequar os seus conceitos e institutos ao ordenamento jurídico brasileiro antes de sua efetiva utilização.

Não se pode abandonar o finalismo, consoante o entendimento do Professor DAMÁSIO, porque o Direito Penal lida com comportamentos humanos, e, como tal, não há como relegar a segundo plano o elemento subjetivo da conduta, qual seja, o dolo (conhecimento e vontade) e a culpa *stricto sensu* (previsibilidade e ausência de dever de cuidado objetivo na causação de um resultado danoso).

Ademais, cumpre ressaltar que, conforme se extrai das lições de LUIZ RÉGIS PRADO, não se vislumbra coerência ao admitir que, por exemplo, um taxista que leva o seu cliente a um banco, sem ter ciência de que ele irá promover um assalto, receba o mesmo tratamento penal que um outro taxista que conduz o seu cliente até uma instituição bancária, tendo conhecimento de suas intenções criminosas.³³

Criticando a postura de JAKOBS,

³¹ In ob. cit., p. 159.

³² In ob. cit., p. 160.



LUIZ RÉGIS PRADO afirma que, no exemplo supracitado, em que pese ambos os taxistas estejam cumprindo as suas respectivas funções normativas (papel social), os seus comportamentos devem sofrer tratamento distinto, uma vez que “o sentido social de uma conduta depende, fundamentalmente, da concorrência de dois fatores, a saber: em primeiro lugar, o sujeito, fazendo uso de sua capacidade intelectual, deve ter aceitado o possível sentido que os elementos objetivos-causais apresentam no mundo físico; em segundo lugar, deve ter apreendido o sentido ético-social do ato e, através de suas capacidades volitivas externas, dirigido sua ação nesse sentido” (Luis Gracia Martin, *Proyecto Docente y de Investigación en Derecho Penal*, p. 245).³³

Outrossim, é forçoso reconhecer que a teoria da equivalência das condições,

adotada pelo art. 13, *caput*, do Código Penal, é ineficaz para solucionar várias modalidades de crimes, em especial os delitos formais, de mera conduta, os omissivos, os tentados, dentre outros, reclamando uma premente mudança na matéria relacionada ao nexo de causalidade na seara criminal.

Resta concluir que o Direito Penal encontra-se em constante evolução, a fim de acompanhar o desenvolvimento do ser humano e de seu meio social, e, por este motivo, a teoria da imputação objetiva não deve ser olvidada, mas, sim, aprimorada, para a sua adaptação ao ordenamento jurídico vigente e adequação de seus institutos, com vistas a auxiliar a Ciência Penal no cumprimento de seu papel primordial, qual seja, o de regular o comportamento do homem, como forma de controle social.

6. Bibliografia

- BONFIM, Edilson Mougenot e CAPEZ, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*, Ed. Saraiva, 2004, São Paulo.
- JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*, Tradução de André Luís Callegari; Ed. RT, 2000, São Paulo.
- JESUS, Damásio E. *Imputação Objetiva*, Ed. Saraiva, 2ª edição, 2002, São Paulo.
- PRADO, Luiz Régis e CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado – Uma aproximação crítica a seus fundamentos*, Ed. RT, 2002, São Paulo.

³³ *In ob. cit.*, p. 160.

³⁴ *In ob. cit.*, p. 162.