

A Teoria da Imputação Objetiva

Felipe Augusto de Barros Carvalho Pinto*

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A estrutura da imputação objetiva - 2.1 O setor da criação do risco não permitido - 2.1.1 A não criação de riscos relevantes - 2.1.2 Diminuição do Risco 2.1.3 O risco permitido - 2.2 O setor da realização do risco - 2.2.1 A não realização do risco - 2.2.2 A não realização do risco não permitido - 2.2.3 A não realização do risco não permitido no caso de resultados não compreendidos no fim de proteção da norma de cuidado - 2.3 O setor do alcance do tipo - 2.3.1 A contribuição a uma autocolocação em perigo - 2.3.2 Heterocolocação em perigo consentida - 2.3.3 Atribuição ao âmbito de responsabilidade alheio - 3. Considerações finais 4. Referências bibliográficas

RESUMO: A adequação típica nos crimes de resultado exige a comprovação de uma relação entre conduta e resultado. Nos sistemas causalista e finalista, a existência de tal relação dependia apenas da comprovação do nexos causal, no sentido da teoria da *conditio sine qua non*. A teoria da imputação objetiva acrescenta requisitos normativos para a configuração dessa relação, funcionando como um filtro corretivo para a atribuição do resultado.

ABSTRACT:The crime element adequacy in crimes of result requires evidence of a relation between conduct and result. In the causal and final systems, the existence of such relation depended only on proof of causal connection, according to the *conditio sine qua non* theory. The objective imputation theory adds legal requirements to the configuration of such relation, acting as a corrective filter to the result acknowledgment.

1. Introdução

Nos tipos penais de crimes materiais, a tipicidade objetiva depende da comprovação de um nexos, de uma relação, entre ação e resultado típico, de modo que se possa afirmar que este é concreção daquela, ou, melhor dizendo, que é seu produto¹. Saber quais requisitos de natureza objetiva são exigidos para a caracterização dessa relação dependerá do modelo interpretativo da realidade imposto por determinada teoria do delito e, mais especificamente, da concepção de tipo penal por ela adotada².

A teoria da imputação objetiva é apenas uma entre inúmeras outras

*Aluno do 10º período da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Monitor das disciplinas de Direito Penal I e Direito Processual Penal II, pesquisador bolsista pelo CNPq.

1 - BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal – Parte Geral*, p. 229.

2 - ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Imputação objetiva*, p. 15.

3 - JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*, v.1, p. 275.

teorias já formuladas com o fim de solucionar questão fundamental no Direito Penal, qual seja, a de saber quando se pode afirmar a existência de uma relação objetiva entre conduta e resultado, condição inafastável de tipicidade nos crimes materiais. Por isso, antes de conceituá-la, creio adequado proceder a um breve excursão, mostrando como a referida questão foi tratada ao longo do desenvolvimento da teoria do delito.

Concebido ao final do século XIX por BELING e VON LISZT, o sistema causal-naturalista, também chamado sistema clássico de delito, foi construído sob a influência do positivismo científico³. Neste marco filosófico, dominava a idéia de que a ciência jurídica, tal qual as ciências naturais, deve lidar apenas com aquilo que pode ser apreendido através dos sentidos, com aquilo que é mensurável e tangível, inexistindo conhecimento científico fundado em valores⁴. Não é sem motivo, portanto, que no sistema clássico de delito, a relação que permite considerar um resultado como produto de uma ação é uma relação de causa e efeito idêntica à dos eventos da natureza, ou seja, uma relação de causalidade⁵. Neste sistema, o tipo penal dos delitos materiais esgotava-se na descrição objetiva de um acontecer causal, no sentido da teoria da equivalência das condições⁶, de forma que toda ação *conditio sine qua non* de um resultado típico seria uma ação típica⁷.

Posto nesses termos, o tipo penal, que deveria realizar função de garantia, em observância ao postulado *nullum crimen sine lege*⁸, acabava com uma grande extensão, uma vez que, a título de exemplo, praticava uma ação de matar não só aquele que disparou o tiro mortífero, mas todos que contribuíram para o resultado com uma *conditio sine qua non*: o fabricante e o vendedor do revólver, aqueles que ocasionaram a desavença da qual resultou o tiro e até mesmo os pais e outros ascendentes do criminoso. As necessárias restrições à responsabilidade jurídico-penal eram realizadas em outros níveis do conceito analítico:

4 - GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º. 32, p.122. No mesmo sentido, LARENZ afirma que o positivismo “caracteriza-se pelo seu empenho em banir toda a “metafísica” do mundo da ciência e em restringir rigorosamente esta última aos “factos” e às leis desses factos, considerados empiricamente.(...) A ciência do Direito será assim erigida em “verdadeira ciência” quando, tal como a ciência da natureza, se fundar sobre factos indubitáveis.”, em LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 46 e 47.

5 - BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal – parte geral*, p. 229.

6 - ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Estudos de direito penal*, p.101.

7 - GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 06.

8 - ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, p. 29.

na antijuridicidade ou, principalmente, no âmbito da culpabilidade, que abrangia o dolo e a culpa, únicos elementos subjetivos do delito no sistema causalista⁹.

Contudo, já no início do século XX, se impõe uma nova fase no pensamento jurídico-penal: o sistema neoclássico de delito. A teoria do delito erigida por LISZT e BELING foi, então, submetida a um profundo processo de transformação. O sistema neoclássico de delito abandonou o formalismo típico do positivismo jurídico e, sob o influxo da filosofia neokantiana do sudoeste alemão (WINDELBAND, RICKERT, LASK), propugnou a construção de uma teoria teleológica do delito, orientada pelos fins do direito penal e pelas perspectivas valorativas que lhe servem de base¹⁰.

Essa alteração de perspectiva levou penalistas da estirpe de MEZGER a advertir que, no âmbito do tipo penal, a conexão causal deveria significar apenas um limite mínimo, mas não suficiente, da tipicidade¹¹. Outros, como SAUER, ENGISCH E RADBRUCH, foram ainda mais longe, chegando a defender que resultados decorrentes de processos causais imprevisíveis deviam excluir-se do delito, não porque não foram *causados* pela conduta do autor, mas pela impossibilidade de *desvalorar jurídico-penalmente* tais processos¹², o que, em relação ao causalismo, representou, sem dúvida alguma, significativa alteração de perspectiva.

Entretanto, as críticas dirigidas ao dogma causal, não obstante tenham rendido alguns frutos (teoria da causalidade adequada¹³ e teoria da relevância), não conduziram ao desenvolvimento de uma teoria geral da imputação¹⁴. A preeminência da causalidade, como única forma de ligação objetiva entre conduta e resultado nos crimes materiais, não foi abalada¹⁵.

9 - ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Estudos de direito penal*, pp. 101 e 102.

10 - JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal*, v.1, p. 277.

11 - MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, v.1, p. 233.

12 - MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º. 56, p. 177.

13 - A teoria da causalidade adequada não surgiu no bojo do sistema neoclássico de delito, mas foi entre seus adeptos que encontrou maior acolhida. Para uma análise detalhada da origem e estrutura da teoria da causalidade adequada conferir: MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, v.1, p. 234 e ss.

14 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 362.

15 - MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º. 56, p. 175.

Contra esses sistemas, levantou-se a teoria finalista da ação, desenvolvida principalmente por WELZEL, a partir da década de 1930. Criticando, de um lado, o causalismo por seu método excessivamente lógico e abstrato e, de outro, o neokantismo, por seu dualismo metodológico, que estabelecia uma rigorosa separação entre ser e dever-ser, mundo real e direito, o finalismo edificou um conceito de delito vinculado à natureza das coisas (*natur der sache*), fundado em estruturas lógico-objetivas, prévias a qualquer regulação jurídica¹⁶.

A compreensão da conduta como ato ontologicamente finalístico, isto é, não como puro fenômeno natural de causação, mas como acontecimento psicologicamente supradeterminado, impôs a consideração do dolo já ao nível do tipo, evitando consideravelmente o *regressus ad infinitum* da teoria causal da ação¹⁷. Os finalistas acrescentaram ao tipo uma face subjetiva, mas o tipo objetivo dos crimes de resultado permanecia intocado, esgotando-se na causalidade: o fabricante da arma utilizada para matar continuaria praticando uma ação objetivamente típica, sendo a tipicidade eventualmente excluída na análise do tipo subjetivo, por considerações a respeito do dolo¹⁸.

Notou-se, assim, como admitem HIRSCH e ZAFFARONI, que a limitação do tipo imposta pelo conceito de ilícito pessoal de WELZEL, não obstante sua efetiva utilidade, somente se dava no âmbito do tipo subjetivo, e ainda assim, nos delitos dolosos¹⁹. Assim, por exemplo, se um traficante entrega drogas a uma pessoa auto-responsável, desejando que ela morra em virtude de uma *overdose*. De acordo com o finalismo, caso a morte efetivamente sobreviesse, o traficante responderia por homicídio doloso consumado, o que, de acordo com os princípios da moderna teoria da imputação objetiva, seria inaceitável²⁰. A doutrina final da ação desenvolvida por WELZEL, ainda que se opusesse radicalmente ao causalismo, não o combateu no âmbito do tipo objetivo, senão desde a teoria da ação, o que contribuiu para manter a

16 - JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal*, v.1, pp. 282 e 283.

17 - ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Estudos de direito penal*, p. 102.

18 - GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, pp. 08 e 09.

19 - HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la teoría de la imputación objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, n.º. 50, p. 11 e ZAFFARONI, Eugênio Raul. Panorama de los esfuerzos teóricos para establecer criterios de imputación objetiva. *Estudios em homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Júnior*, p. 190.

20 - FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. *Sobre el estado de la teoría del delito*, p. 40.

discussão sobre as limitações da causalidade em um terreno ontológico, prévio a qualquer valoração jurídica²¹.

Recusando as premissas sistemáticas do finalismo e partindo da idéia de que a construção sistemática jurídico-penal não deve se vincular a dados prévios naturalísticos (ação, causalidade, finalidade, etc.), mas ser guiada por finalidades político-criminais, oriundas da teoria da pena, insurgiu o sistema jurídico-penal teleológico-racional ou funcionalista²². Em seu fundamental “Política criminal e sistema jurídico-penal”, publicado em 1970, ROXIN, deslocando a fundamentação do sistema penal da esfera ontológica para a normativa, propôs que cada uma das categorias do delito – tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade – fosse desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua respectiva função político-criminal²³.

No âmbito específico do tipo penal, que aqui nos interessa, a contribuição do pensamento sistemático funcionalista dirige-se, principalmente, ao tipo objetivo, que adquire uma dimensão completamente nova através da teoria da imputação objetiva²⁴.

Em artigo de 1970, no qual lançou as bases da moderna teoria da imputação objetiva, ROXIN advertiu que a possibilidade de se atribuir à conduta humana um resultado como obra sua, depende, essencialmente, dos critérios de avaliação a que submetemos os dados empíricos. Por isso, “a questão jurídica fundamental não consiste em averiguar se determinadas circunstâncias se dão, mas em estabelecer os critérios em relação aos quais queremos imputar a uma pessoa determinados resultados”²⁵.

Desse modo, defendem os funcionalistas que o juízo de tipicidade objetiva não pode se restringir ao juízo de causalidade, uma vez que não se pode relegar a uma categoria puramente naturalística a função de determinar aquilo que é ou não penalmente relevante. A causalidade continua necessária, mas não suficiente, para o estabelecimento de

21 - MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº. 56, p. 175.

22 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 203.

23 - ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, p. 29.

24 - ROXIN, Claus. Finalidad e imputación objetiva. *Cuadernos de política criminal*, nº. 40, p. 131.

25 - , Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 145.

relação entre conduta e resultado. A atribuição de um resultado a uma conduta, nos crimes materiais, passa então a depender de dois juízos distintos: um lógico, de causalidade, e um axiológico, de imputação.

De modo simplista e equivocado, alguns doutrinadores brasileiros chegaram a afirmar que a teoria da imputação objetiva “é uma teoria que tem o destino de substituir, no futuro, a causalidade material”²⁶, ou ainda, conceituá-la como uma “nova teoria a respeito do nexo-causal”²⁷. São idéias falaciosas, que identificam causalidade e tipo objetivo. Correto é que para a moderna teoria da imputação objetiva, diferentemente do que ocorria no causalismo e no finalismo, a tipicidade objetiva nos delitos materiais não depende *apenas* da constatação da causalidade e das elementares escritas, mas também de outros *critérios de índole normativa*.

E quais seriam esses critérios? Bem, a resposta a esta questão exige uma tomada de posição. É que se congregam sob o rótulo de “teoria da imputação objetiva”, inúmeras concepções teóricas, de pressupostos e estrutura próprias, de modo que conceituar *a* teoria da imputação objetiva implica optar por *uma das* concepções existentes, que podem e devem ser objeto de investigação própria, sob pena de incorrerem em inúmeras confusões²⁸. Dito isso, podemos afirmar que a imputação objetiva, na concepção de ROXIN, aqui adotada, fundamenta-se no *princípio do risco*, segundo o qual um resultado causado por um agente só pode ser imputado ao tipo objetivo se importar a realização de um perigo criado pelo autor, não coberto pelo risco permitido, dentro do alcance do tipo²⁹.

Nessa concepção, o tipo penal, como será melhor explicado adiante, é *funcionalizado*, vinculando-se a considerações de prevenção geral. Nesse sentido, entende-se que, de um lado, se o que se quer evitar com a tipificação de uma conduta é a lesão ao bem jurídico protegido, só se pode proibir condutas *ex ante* perigosas, previsivelmente danosas, e

26 - JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*, p. XVII.

27 - CALLEGARI, André Luís. *A imputação objetiva no direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º. 30, p. 65.

28 - Apenas para exemplificar, têm pressupostos e estrutura absolutamente distintos, merecendo análise própria, a teoria da imputação objetiva de CLAUS ROXIN e a teoria de GÜNTHER JAKOBS. Neste sentido, GRECO afirma “a teoria é muito *mais complexa* do que por vezes se é levado a supor.(...) cada uma de suas várias ramificações pode e deve ser objeto de investigação própria.”, em GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p.14.

29 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 364.

que, portanto, poderiam ter sido evitadas e que, por outro lado, só será racional e legítima a punição de uma conduta perigosa se o resultado lesivo for a concretização dos riscos dela decorrentes, não de outros. Deve-se, ademais, verificar se tal resultado está compreendido entre aqueles a que o tipo destinava-se a evitar, isto é, se estava no alcance do tipo.

Assim, à guisa de síntese preliminar, podemos afirmar que a teoria da imputação objetiva é aquela que enuncia o conjunto de pressupostos normativos necessários para a atribuição do resultado causado à conduta de alguém, fazendo de uma causação uma ação objetivamente típica³⁰. E estes pressupostos são, basicamente, *a criação de um risco não permitido, a realização deste risco no resultado e o alcance do tipo*.

Cumprido, agora, explicar cada um desses pressupostos. Antes, porém, para evitar confusões, gostaria de fazer um breve esclarecimento. É que o fato de se afirmar a imputação ao tipo objetivo não decide, *ipso facto*, a imputação ao tipo subjetivo. Com efeito, nos tipos dolosos, configurada a imputação objetiva, ter-se-á, ainda, para que se afirme a tipicidade, de verificar a presença do dolo e dos eventuais elementos subjetivos especiais do injusto. Já quanto aos tipos culposos, que não possuem tipo subjetivo, afirmada a imputação objetiva, estará afirmada a tipicidade³¹. Ademais, como perceberá o leitor, os requisitos postos pela teoria da imputação objetiva já englobam os antigos e conhecidos requisitos de realização do tipo culposo (previsibilidade do resultado, violação de um dever objetivo de cuidado e nexo de antijuridicidade), razão pela qual, configurada a imputação objetiva, será desnecessário investigar os requisitos da culpa³².

30 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 363.

31 - A divisão entre tipo objetivo e tipo subjetivo não se aplica aos tipos culposos, vez que nestes a tipicidade decorre de puro juízo objetivo sobre a conduta concretamente realizada e a violação do dever de cuidado, sendo irrelevante a vinculação consciente ou volitiva entre agente e objeto de referência (TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência. Uma contribuição à teoria do crime culposo*, p. 278.) Neste sentido, COSTA JÚNIOR, Heitor. *Teoria dos delitos culposos*, p. 69 e também FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, p. 240.

32 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 375.

2. A estrutura da imputação objetiva

2.1 O setor da criação do risco não permitido

Toda proibição, por importar uma restrição de liberdade, deve existir em função de uma finalidade que a legitime. Nesse sentido, as proibições impostas pelo Direito Penal só se justificam na medida em que realizem uma finalidade, a saber, a proteção de bens jurídicos. Somente serão legítimas as proibições que sejam idôneas a proteger um bem jurídico. Por essa razão, o Direito Penal somente pode proibir ações objetivamente perigosas, que criem risco a um bem jurídico³³.

Da afirmação de que somente podem ser proibidas ações objetivamente perigosas surgem, porém, inúmeras questões: “ações objetivamente perigosas” para quem? Em que momento? Sob que perspectiva? A proibição penal, cuja legitimação está na necessidade de prevenir condutas que lesem ou ameacem bens jurídicos, só terá sentido se for capaz de motivar os cidadãos a não realizar a conduta proibida. Para alcançar esse objetivo, o momento de incidência da norma penal terá de ser aquele no qual os cidadãos ainda têm tempo de adequar suas condutas ao pretendido pela lei. Por essa razão, para que se possa determinar se um comportamento está proibido pela lei penal, terão que ser analisadas as características que manifesta antes de sua prática, *ex ante*, quando ainda pode ser evitado. Portanto, somente podem ser proibidas ações que, antes de sua prática, se revelem perigosas, de modo que os destinatários da proibição possam, em virtude disso, orientar suas condutas no sentido do cumprimento da norma. Afinal, de que adiantaria proibir uma ação que somente se revela perigosa após a sua prática, quando já lesado o bem jurídico? Um exemplo pode aclarar o que estamos a dizer: A comunica a B a morte de seu filho. Em razão do forte impacto provocado pela triste notícia, B tem um ataque cardíaco fulminante e morre. Violou A a proibição de matar? Caso fosse adotada uma perspectiva *ex post*, isto é, depois de ocorrido o resultado, se diria que sim, pois a morte ocorrida serviria como fator indicativo da periculosidade da conduta de A. Entretanto, considerada a finalidade de proteção do bem jurídico, isso não faria o menor sentido, pois o que a norma proíbe não é a morte, mas uma conduta que produza a morte.

33 - GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 24.

Não é possível, por isso, que o resultado causado, por si só, indique o desvalor da conduta. Assim, adotada uma perspectiva *ex ante*, tranquilamente se poderia concluir que a conduta de A não violou a proibição de matar, pois é certo que o Direito, no instante da ação, não proibia A de comunicar a B a morte de seu filho³⁴.

Consideradas essas premissas, recorre a doutrina, para determinar se houve ou não a criação de um risco, ao critério da *prognose póstuma objetiva*. De acordo com este, será perigosa a ação que, aos olhos de um observador prudente, dotado dos conhecimentos gerais de um homem do círculo social do autor, somados aos conhecimentos especiais deste, situado no momento da prática da ação (perspectiva *ex ante*), gere real possibilidade de dano para determinado bem jurídico. Didaticamente, GRECO explica o referido critério: *prognose*, porque é um juízo formulado de uma perspectiva *ex ante*, levando em conta apenas os dados conhecidos no momento da prática da ação, *póstuma*, porque, embora sejam considerados apenas os dados *ex ante* conhecíveis, é uma análise feita depois da prática do fato, e *objetiva*, porque parte dos dados conhecíveis por um observador hipotético³⁵.

Apresentados o fundamento (a proteção preventiva de bens jurídicos) e o critério para a determinação no caso concreto (*prognose póstuma objetiva*), analisemos alguns grupos de casos nos quais, de algum modo, faltará a criação de riscos, não se aperfeiçoando a imputação objetiva.

2.1.1 A não criação de riscos relevantes

Começemos com o seguinte exemplo: A instiga B, com a finalidade de matá-lo, a viajar de avião. Durante o vôo, cai o avião, causando a morte de B. Seria objetivamente típica a conduta de A? Se o tipo objetivo fosse reduzido ao nexos de causalidade, a resposta seria afirmativa. Já de acordo com a teoria da imputação objetiva, seria atípica a conduta de A, por faltar a criação de risco, uma vez que, segundo a *prognose póstuma objetiva*, um observador prudente, avaliando a situação sob perspectiva *ex ante*, não teria porque considerar perigosa uma

34 - MIR PUIG. *El Derecho Penal em el Estado Social y democrático de derecho*, pp. 93 a 101.

35 - GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 30.

corriqueira viagem de avião. Pelo mesmo motivo, também pode ser considerada atípica toda e qualquer provocação a atividades normais da vida cotidiana, como dirigir um automóvel, caminhar pelas montanhas ou praticar esportes³⁶.

Esclareça-se, entretanto, que, quando se afirma que a provocação a uma viagem de avião ou a uma prática esportiva não envolvem a criação de riscos, o que se está afirmando, efetivamente, é que a criação de riscos, ainda que existente, não se dá de modo *mensurável e relevante*. Este é o ponto fundamental. O risco de um avião cair ou o risco de ser atingido por um raio ao caminhar pela floresta envolvem possibilidades tão remotas que não se pode exigir que sejam consideradas pelo observador hipotético, na prognose póstuma objetiva³⁷. Estes riscos pertencem ao âmbito do risco normal da vida³⁸, razão pela qual devem ser considerados *juridicamente irrelevantes*.

Com relação ao exemplo supracitado, ressalte-se que seria distinta a solução do caso se A soubesse que uma bomba explodiria durante o vôo de B. Tendo em vista que os *conhecimentos especiais do autor* devem ser levados em conta pela figura do observador hipotético, a viagem seria considerada bastante perigosa. Neste caso, estaria configurada a criação de riscos e, conseqüentemente, a morte de B poderia ser objetivamente imputada a A.

Por fim, ainda com respeito ao exemplo supracitado, poder-se-ia objetar que, mesmo antes do advento da teoria da imputação objetiva, a condenação de A pelo homicídio de B seria considerada absurda e que ele, certamente, seria absolvido. Ressalte-se, porém, que, no caso, como a relação de causalidade, segundo a teoria da *conditio sine qua non*, é inegável, a absolvição de A, ainda que acertada, não teria qualquer fundamento dogmático. Portanto, apenas a teoria da imputação objetiva pode fornecer uma *fundamentação racional* para uma absolvição que, *intuitivamente*, já seria considerada como político-criminalmente correta³⁹.

36 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 366.

37 - GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 32 e 33.

38 - ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, t.1, p. 365 e TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 285.

39 - GRECO, Luís. *Imputação objetiva: uma introdução. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 10 e ss.

2.1.2 Diminuição do Risco

Também faltará a criação de risco, e, portanto, a imputação objetiva, nos casos em que o autor modificar um curso causal, de maneira a diminuir a situação de perigo preexistente para o bem jurídico⁴⁰. Isto é, quando embora tenha causado a lesão ao bem jurídico, tiver o agente atuado de modo a *diminuir o risco*. Afinal, se o Direito Penal não pode proibir ações não perigosas, inócuas, neutras e que não acarretem riscos, *a fortiori*, não poderá proibir ações benéficas para o bem jurídico, que se orientam no sentido de melhorar sua situação.

ROXIN nos traz o exemplo em que A afasta com a mão uma pedra que iria atingir a cabeça de B, de modo que apenas lese levemente seu braço. A lesão no braço, ainda que causal em relação à conduta de A, não lhe será imputada, pois implicou diminuição do risco de uma lesão mais grave⁴¹. Pelo mesmo motivo, quem convence um ladrão a furtar não R\$10.000,00 (dez mil reais), mas somente R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), não será punível por participação delitativa no furto⁴².

Não se pode, porém, confundir a diminuição do risco, em que um perigo preexistente é enfraquecido, com a *substituição do risco* por outro menos gravoso⁴³. Por exemplo: alguém joga uma criança pela janela do edifício que pega fogo, lesionando-a gravemente, mas salvando-a da morte nas chamas. Neste caso, o risco proveniente do incêndio não foi diminuído, mas sim substituído pelo risco decorrente da queda do edifício. Como explica ROXIN, nestes e noutros casos análogos, o autor realiza ações típicas, que lhe devem ser objetivamente imputadas; mas que podem, porém, ser alcançadas por uma causa de justificação, como o estado de necessidade⁴⁴. Portanto, o problema da substituição de um risco por outro não deve ser tratado no âmbito da tipicidade, mas no âmbito das causas de justificação, submetendo-se aos requisitos por estas impostos.

Além deste, dois outros esclarecimentos devem ser feitos em relação à idéia da diminuição do risco.

40 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 365.

41 - ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 149.

42 - ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Estudos de direito penal*, p.109.

43 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 366.

44 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 366.

Primeiro, não se pode olvidar que a diminuição do risco, assim como qualquer outro critério no âmbito da criação do risco, deve ser analisada sob perspectiva *ex ante*. Por isso, a situação de diminuição do risco que impede a imputação objetiva pressupõe que o bem jurídico já se encontre em perigo no momento da prática da ação. Neste sentido, examinemos o seguinte exemplo: um motorista, conduzindo imprudentemente seu veículo, atropela um homem de negócios, causando-lhe lesões nas pernas. Em razão do ocorrido, o homem deixa de tomar um avião que, durante o voo, cai, causando a morte de todos os passageiros. Com certeza, as lesões produzidas pelo motorista impediram que o homem de negócios tomasse o avião e morresse junto aos demais passageiros. No entanto, não se configurou a diminuição do risco, pois o risco de morrer pela queda do avião ainda não tinha se verificado quando do atropelamento, razão pela qual não poderia ter sido diminuído⁴⁵.

Em segundo lugar, embora possa parecer evidente, deve-se frisar que a análise da diminuição do risco é objetiva. Assim, portanto, será excluída a imputação objetiva ainda que o agente tenha atuado sem a *intenção de diminuir o risco*⁴⁶.

Por fim, é interessante observar que alguns autores recusam o critério da diminuição do risco, considerando-o inútil, ante a possibilidade de incluir as questões por ele solucionadas no âmbito do estado de necessidade⁴⁷. Com GRECO, recusamos essa abordagem por dois motivos: primeiro, porque admiti-la significaria aceitar que o Direito Penal considera típicas e, a princípio, proibidas, ações não perigosas, que protegem o bem jurídico, o que só faria sentido de acordo com uma concepção neutra e avalorativa do tipo, com a qual não concordamos, e, segundo, porque, caso analisadas no âmbito do estado de necessidade, as hipóteses de diminuição de risco estariam sujeitas a requisitos muito mais severos. Assim, por exemplo, a exigência de que o perigo seja inevitável de outra maneira: no já referido exemplo do desvio da pedra, se fosse possível salvar B, sem que seu braço fosse lesionado,

45 - ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Imputação objetiva*, p. 119 e GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 35 e 36.

46 - MENDES, Paulo de Souza. Crítica à idéia de “diminuição de risco” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º. 14, p. 115.

47 - Por todos, RÉGIS PRADO, Luís e MENDES DE CARVALHO, Érika. *Teorias da imputação objetiva do resultado*, p. 69.

A não teria sua conduta justificada⁴⁸. Ademais, não se pode esquecer que, diferentemente da diminuição do risco, cuja análise é puramente objetiva, as causas de justificação exigem um elemento subjetivo⁴⁹, e que, por isso, o agente que desconhece a situação justificadora objetivamente existente não se beneficia da justificação⁵⁰.

2.1.3 O risco permitido

O ponto de partida de nossas considerações sobre a criação de riscos foi o de que o Direito Penal somente pode proibir ações perigosas. É inegável, entretanto, que quase toda ação pode, ao menos potencialmente, lesionar bens jurídicos. Todavia, isso não pode bastar para que uma conduta seja proibida, pois, do contrário, as restrições à liberdade alcançariam uma magnitude tal, que tolheriam por completo o bem-estar e o desenvolvimento social⁵¹. Afinal, se tudo o que fosse perigoso segundo o critério da prognose póstuma objetiva fosse proibido, não se poderia jogar futebol, praticar esportes radicais ou dirigir automóveis⁵². Portanto, nem toda ação perigosa pode ser proibida.

Então, quando uma criação de risco será permitida? Normalmente, o risco permitido estará normativamente regulado (por exemplo, regras de trânsito, de segurança do trabalho, etc.) e, assim, caberá ao intérprete, no máximo, avaliar em que medida a norma pode ser entendida como a concretização *acertada* do risco permitido⁵³. O problema agiganta-se, entretanto, quando o limite do risco permitido não está previamente fixado em uma norma.

Como o leitor deve imaginar, quando faltar regulação expressa, não será tarefa fácil determinar o significado do risco permitido. A nosso aviso, entretanto, a fluidez do conceito não implicará sua incorreção

48 - GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 34.

49 - Este é o posicionamento da doutrina ainda dominante, que adota a teoria do ilícito pessoal. Conferir, por todos, JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*, v.1, p. 447 a 451.

50 - MENDES, Paulo de Souza. Crítica à idéia de “diminuição de risco” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º. 14, p. 115.

51 - FRISCH, Wolfgang e ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*, p. 41.

52 - GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 39.

53 - GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 45.

ou inutilidade. Ao contrário do que imaginavam os exegetas à época do Iluminismo, bem como imaginam os exegetas tardios de hoje, na aplicação do Direito e na interpretação que a serve, não é possível o emprego de fórmulas matemáticas que garantam segurança e clareza jurídicas absolutas⁵⁴. Isso não implica, entretanto, que não devam ser estabelecidos alguns critérios aptos a orientar, caso a caso, a pesquisa do significado do risco permitido⁵⁵.

Quando faltar regulação expressa, o risco permitido deverá ser fixado a partir da consideração de dados empíricos, como a frequência, qualidade, intensidade, dos danos decorrentes do risco, e critérios político-criminais, observada uma ponderação entre o interesse de proteção de bens jurídicos, que tende a proibir ações perigosas, e o interesse geral de liberdade, que se opõe a proibições⁵⁶. Assim, a título de exemplo, na venda de um punhal a uma pessoa de aparência suspeita ter-se-á de admitir a existência de um certo risco. Mas, este risco é permitido. Ainda que o suspeito venha a matar uma pessoa utilizando-se do punhal, o vendedor não poderá responder por participação delitiva no referido homicídio. Afinal, em princípio, pode-se confiar em que as pessoas com quem se interage não cometerão delitos dolosos e, ademais, o risco de utilização abusiva do punhal é permitido pelo Estado, pois do contrário, não poderiam ser vendidos materiais inflamáveis, fósforos, machados, enxadas, entre outros⁵⁷. Do mesmo modo, falhará a imputação objetiva, em razão do risco permitido, no caso em que alguém morre durante uma cirurgia, não obstante tenha a equipe médica respeitado todas as medidas de cuidado, segundo a *lex artis*.

2.2 O setor da realização do risco

Para que se possa considerar consumado o delito, não basta verificar que uma conduta, criadora de riscos relevantes e não permitidos,

54 - ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 206.

55 - Ademais, a indeterminação do conceito de risco permitido não é maior que a de outro conceito, correlato seu na teoria do delito culposos, velho conhecido de todos nós: o dever objetivo de cuidado. Não obstante seja fluido, indeterminado e verificável apenas diante do caso concreto, ninguém nunca ousou questioná-lo como requisito fundamental para a configuração do delito culposos.

56 - GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 38.

57 - ROXIN, Claus. *A teoria da imputação objetiva. Estudos de direito penal*, p.105.

causou o resultado típico. Necessário será, ainda, verificar se este resultado está em relação de *conexão direta* com os riscos criados, sendo manifestação concreta deles.

Não basta, porém, para a configuração dessa conexão, a afirmação da relação de causalidade. Isto porque não importam ao Direito Penal os resultados que, embora tenham sido causados por uma ação perigosa, são frutos do mero acaso. O resultado, exigido para a consumação do delito, não é valorado pelo Direito Penal de modo independente e desvinculado da ação da qual decorre. Como ensina GRECO, o desvalor do resultado somente é considerado em relação a um determinado desvalor da ação, porque a proteção de bens jurídicos que o Direito Penal almeja é uma proteção contra ações⁵⁸.

Com base nisso, examinemos o seguinte exemplo: A, violando as regras de trânsito, ultrapassa B, que toma um susto e vem a falecer em virtude de uma parada cardíaca⁵⁹. Responderia A pelo homicídio? Intuitivamente, responderíamos que não. Mas, sob qual fundamento dogmático?

É que as lesões exigidas nos delitos de resultado não interessam ao Direito Penal como dados naturalísticos, mas como concretização de uma ação criadora de riscos não permitidos⁶⁰. O direito penal não proíbe a morte que resulta de um infarto natural, mas apenas aquela decorrente de uma ação de matar. No exemplo dado, de acordo com o critério da prognose póstuma objetiva, um observador posicionado no momento da ultrapassagem concluiria que a conduta de A criou um risco proibido para a vida de B. Porém, observando-se o fato já ocorrido, pode-se constatar que a morte de B não concretizou o risco criado pela ultrapassagem proibida, isto é, a morte não decorreu de um acidente de trânsito, mas de um evento absolutamente casual e incomum. Daí porque, no caso, se deve negar a imputação objetiva pela não realização do risco.

Cumprido, portanto, verificar se o resultado lesivo foi obra da conduta criadora do risco proibido, não de outros riscos concorrentes. Ao contrário do que ocorre no setor da criação do risco, a análise da

58 - GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 93.

59 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 377.

60 - FRISCH, Wolfgang e ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*, p. 46.

realização do risco desenvolve-se por juízo valorativo *ex post*, isto é, com base no curso causal efetivamente ocorrido⁶¹. Para que se possa verificar se aquilo que *ex post* ocorreu é manifestação concreta daquilo que *ex ante* se tinha proibido, deve-se recorrer a todos os dados fáticos relevantes, incluídos aqueles só reconhecíveis após a prática da conduta.

Dito isso, analisemos agora alguns grupos de casos nos quais, de algum modo, faltará a realização do risco.

Antes, porém, cabe um breve esclarecimento. Como ensina ROXIN, nos casos em que se conclua pela não realização do risco, a imputação do resultado poderá ser manejada de distintas maneiras: nos tipos dolosos, atuando com dolo o agente, poderia ser castigado por tentativa, enquanto nos tipos culposos, vez que nestes não é possível a tentativa, se produziria a impunidade⁶².

2.2.1 A não realização do risco

Como já foi dito, a imputação ao tipo objetivo depende que o resultado se apresente como realização específica do risco que o autor criou. Daí decorre a exclusão da imputação quando, apesar de ter o autor criado um risco para o bem jurídico protegido, o resultado não é consequência previsível deste perigo, mas fruto do mero acaso⁶³. Tanto o resultado quanto o curso causal que a ele levou deverão ser submetidos a um *juízo de previsibilidade*, formulado de uma perspectiva *ex post*⁶⁴. Somente resultados e cursos causais previsíveis podem ser imputados ao autor.

Como ensina TAVARES, pode acontecer, em certos casos, que apesar da criação de um risco não permitido, o resultado típico se dê por outros fatores, em virtude de um desvio causal que conduza a um

61 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 373.

62 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 374 e 375.

63 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 373.

64 - Contra a formulação de um juízo de previsibilidade no âmbito da realização do risco, defendendo que este juízo deve ser realizado apenas no exame da criação do risco, sob perspectiva *ex ante*: Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 135 a 137. Note-se, porém, que o próprio GRECO já defendeu em outra sede posicionamento diverso. Conferir em: GRECO, Luís. *Imputação objetiva: uma introdução. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 86.

resultado objetivamente imprevisível, produzido de forma anômala, de modo que não se pode afirmar que seja materialização do risco criado pelo agente, mas sim de outros⁶⁵.

Inclui-se neste grupo de casos, o clássico exemplo no qual A, com dolo de homicídio, causa lesões em B, que, socorrido por uma ambulância, vem a morrer em razão de acidente com o veículo no caminho para o hospital. No caso, o autor criou um risco para a vida de B e também lhe causou a morte (não fossem as lesões, B não estaria na ambulância e, assim, não morreria no acidente). Este resultado, contudo, não pode ser imputado a A, cuja conduta criou o risco de que B morresse em razão dos ferimentos, não em virtude de um acidente de trânsito. Ausente a realização do risco, responderia A pela tentativa de homicídio.

Por outro lado, existem hipóteses nas quais tanto o resultado quanto o desvio causal configuram desdobramento previsíveis, incluídos no risco criado pela conduta perigosa, razão pela qual deverão ser imputados ao autor. É o que ocorre no exemplo trazido por ROXIN⁶⁶, em que alguém, querendo afogar uma pessoa que não sabe nadar, a derruba de uma alta ponte, vindo ela a quebrar o pescoço por chocar-se com a base da coluna que sustenta a ponte. Como explica o professor de Munique, este perigo estava de antemão unido ao fato de cair da ponte; o resultado, portanto, não ocorreu por acaso, devendo ser imputado ao autor como um homicídio consumado, apesar do desvio causal⁶⁷.

No Brasil, estes e outros casos análogos, são tratados como formas de interrupção da imputação pela limitação da causalidade, impro-

65 - TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 286.

66 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 373.

67 - Parte da doutrina trata estes e outros casos semelhantes como problemas de imputação subjetiva. Segundo esta doutrina, desvios causais essenciais, isto é, imprevisíveis, não poderiam ser imputados ao dolo, enquanto que desvios causais não essenciais, isto é, previsíveis, poderiam ser imputados ao dolo. Isto, entretanto, é incorreto por dois motivos: primeiro, porque a natureza objetiva da previsibilidade impede que ela seja tratada no âmbito do dolo e, segundo, porque, como o dolo é conhecimento e vontade de realizar o tipo objetivo, não se pode analisar o dolo antes que a imputação objetiva já tenha sido admitida. Neste sentido, WOLTER, Jürgen. *Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus*, em: SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 116 e ss.; e, entre nós, SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 86 e 87.

-priamente chamada de “interrupção do nexo causal”⁶⁸, nos termos do artigo 13, § 1º do Código Penal.

2.2.2 A não realização do risco não permitido

Como explica ROXIN, a realização do risco não permitido difere da realização genérica do risco, tratada no tópico anterior, que exige apenas que o risco criado se realize, segundo juízo *ex post* de previsibilidade, no resultado⁶⁹. Nas situações em que uma conduta ultrapassa os limites do risco permitido, para que se possa considerar consumado o crime, será necessário que o resultado realize *precisamente* o risco não permitido⁷⁰. Para isto, deve-se aferir se o *comportamento alternativo conforme ao direito*, isto é, o respeito ao risco permitido, evitaria ou não o resultado.

Incluem-se neste grupo de casos aqueles nos quais se verifica que a criação de riscos além do limite do permitido não influiu concretamente no resultado causado. Ou seja, naqueles casos em que se conclui, por juízo *ex post*, que o resultado adviria ainda que o agente respeitasse os limites do risco permitido.

É o caso do conhecido exemplo, trazido por ROXIN, retirado da jurisprudência alemã. Nele, o gerente de uma fábrica de pincéis entrega a suas trabalhadoras pêlos de cabra chineses, sem tomar as devidas medidas de desinfecção. Quatro trabalhadoras são infectadas pelo bacilo antrácico e falecem. Uma investigação posterior conclui que os meios de desinfecção prescritos seriam ineficazes em face do bacilo, até então desconhecido na Europa. Nota-se que o gerente, ao deixar de proceder à desinfecção, criou, segundo juízo *ex ante*, um risco que ultrapassou os limites do permitido. Entretanto, apreciado o fato *ex post*, verifica-se que o risco não permitido não se realizou no resultado, pois, ainda que o material fosse submetido à desinfecção, a contaminação ocorreria de qualquer modo. Nesse caso, como ensina ROXIN, se imputássemos ao gerente a morte das trabalhadoras, ele estaria sendo punido pela violação de um dever cujo cumprimento seria inútil, pois o comportamento alternativo conforme ao direito, com certeza, não impediria

68 - Chamando a atenção para este erro, VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*. Parte geral, tomo I, p. 240 e 241.

69 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 378.

70 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 375.

o resultado. Ademais, estaria violado o princípio da igualdade, pois o resultado corresponde exatamente àquele que ocorreria caso o gerente tivesse respeitado os limites do risco permitido, não se justificando um tratamento diverso. Portanto, não realizado o risco não permitido, se o gerente tivesse agido com dolo de homicídio, responderia pela tentativa, se tivesse agido culposamente, seria atípica sua conduta⁷¹.

2.2.3 A não realização do risco não permitido no caso de resultados não compreendidos no fim de proteção da norma de cuidado

No tópico anterior tratamos daqueles casos em a criação de riscos além do limite do permitido não possui qualquer influência no resultado. Agora, nos ocuparemos dos casos em que, apesar da superação do risco permitido ter claramente influenciado o resultado causado, este não se encontra entre aqueles que a norma de cuidado visava a evitar⁷², isto é, aqueles compreendidos no *fim de proteção da norma*⁷³.

A idéia do “fim de proteção da norma” parte de um princípio: a norma de cuidado visa a evitar que certo bem jurídico seja afetado de certa maneira⁷⁴. A realização do risco, portanto, exige que tanto o curso causal como o resultado que dele decorreu estejam incluídos no círculo daqueles que justificavam a norma de cuidado. O fundamento desta exigência decorre, mais uma vez, da *função preventivo-geral* do tipo penal: se a norma deve motivar os cidadãos a não lesionar bens jurídicos, em nada aumenta a segurança destes bens a punição de alguém por um resultado que a norma não pretendia evitar⁷⁵.

A partir dessas idéias, recordemos do já referido caso em que A, violando as regras de trânsito, ultrapassa B, que toma um susto e vem a falecer em virtude de uma parada cardíaca⁷⁶. Como foi dito, nele, como em qualquer outro caso em que falte a realização do risco, não se verifica a necessária correlação entre desvalor da ação e desvalor do resultado. Mas, porque motivo falta esta correlação? Muito simples: a

71 - ROXIN, Claus. Derecho penal, t.1, p. 375 e 376.

72 - ROXIN, Claus. Derecho penal, t.1, p. 377.

73 - GRECO, Luís. Um panorama da teoria da imputação objetiva, p. 95.

74 - GRECO, Luís. Um panorama da teoria da imputação objetiva, p. 95.

75 - GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal, p. 86, 87.

76 - ROXIN, Claus. Derecho penal, t.1, p. 377. Ver o ponto 2.2 supra.

norma que proíbe ultrapassagens perigosas tem por fim evitar colisões, acidentes de trânsito e, por isto, se o motorista ultrapassado sofre, em virtude do susto, um ataque cardíaco, tal resultado encontra-se evidentemente fora do fim de proteção da norma.

Pelo mesmo motivo deve-se excluir a imputação no caso em que, também numa ultrapassagem proibida, quebra-se uma das rodas do veículo que ultrapassava, em virtude de um defeito material irreconhecível para o motorista, daí decorrendo um acidente. Com efeito, as normas que regulam a ultrapassagem têm unicamente a finalidade de evitar colisões resultantes do processo perigoso de ultrapassagem em si próprio⁷⁷. Neste acontecimento, portanto, não se realizou o perigo inerente à ultrapassagem proibida, mas sim uma circunstância casual, fortuita, decorrente do risco geral do tráfego de veículos. Daí porque se deve negar, no caso, a imputação do homicídio culposo.

Por fim, um último esclarecimento. Normalmente, a exclusão da imputação no caso de resultados não compreendidos no fim de proteção da norma de cuidado é tratada pela doutrina dominante, capitaneada por ROXIN⁷⁸, como um grupo de casos autônomo no setor da realização do risco. No entanto, como explica o próprio ROXIN, “em todos os casos de não realização do risco não permitido, o fim de proteção da norma não compreende a forma concreta em que ocorreu o resultado”⁷⁹. Neste sentido, exemplifica ele, referindo-se ao caso dos pincéis chineses, mencionado acima, “o fim da norma que ordena a desinfecção não exige que seja ela feita quando inútil”⁸⁰. A nosso aviso, portanto, o *fim de proteção da norma*, antes que grupo de casos autônomo, deve ser tratado como um argumento, um *critério*, que, somado aos já enunciados no tópico anterior, justifica a não imputação nos casos de não realização do risco não permitido. Não há porque criar um grupo de casos autônomo: “*entia non sunt multiplicanda sine necessitate*”, impõe o princípio enunciado por Guilherme de Ockham, que está na base do pensamento científico moderno.

Apenas deve-se ter em mente, como adverte ROXIN, que na *realização do risco não permitido* deverá ser analisado o fim de proteção da

77 - ROXIN, Claus. *A teoria da imputação objetiva. Estudos de direito penal*, p.112.

78 - Por todos, ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 377.

79 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 377.

80 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 378.

norma que delimita o risco permitido, e não o fim de proteção do *tipo*. Os casos de exclusão da imputação através do fim de proteção do tipo são aqueles em que a norma típica (a proibição de matar, de lesionar, de danificar etc.) sequer compreende determinados comportamentos e conseqüências⁸¹. Tais casos devem ser tratados no setor do “alcance do tipo”, do qual nos ocuparemos a seguir.

2.3. O setor do alcance do tipo

Neste setor se procede à análise das limitações impostas aos tipos de delito, de modo a delimitar as respectivas zonas de injusto. Admite-se que pode deixar de ocorrer a imputação quando, no caso concreto, o alcance do tipo não compreender resultados da espécie do ocorrido, isto é, quando o tipo não for determinado a impedir resultados da espécie do ocorrido⁸².

Enquanto os setores da criação e da realização do risco alicerçam-se, principalmente, no princípio da prevenção geral, o alcance do tipo fundamenta-se no *princípio da auto-responsabilidade*, típico do Estado Democrático de Direito. Como bem explica TAVARES, o pluralismo de idéias, convicções e decisões acerca do agir, garantidos ao indivíduo como desdobramento da proteção à dignidade da pessoa humana, impõem ao poder punitivo estatal o dever de não intervir no âmbito de autodeterminação de cada indivíduo. O Estado, sob o pretexto de regular a vida social, não pode se erigir em tutor de atividades individuais que não repercutem intersubjetivamente. Assim, de acordo com o princípio da auto-responsabilidade, *cada pessoa é responsável apenas por sua conduta, não pela conduta dos demais indivíduos*. Por isso, ninguém deverá ser responsabilizado porque outrem decidiu, por conta própria, se submeter a determinados riscos⁸³.

Existem, principalmente, três grupos de casos nos quais vigem essa regra: os de *contribuição a uma autocolocação em perigo*, aqueles de *heterocolocação em perigo consentida* e, por fim, os casos de *imputação do resultado ao âmbito de responsabilidade alheio*.

81 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 378.

82 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 386.

83 - TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência. Uma contribuição à teoria do crime culposos*, p. 342.

Antes, porém, de passar a uma breve explicação sobre cada um deles, cumpre fazer um esclarecimento importantíssimo. É que a doutrina, corretamente, impõe algumas exceções ao princípio da auto-responsabilidade. Assim, não se aplicará o princípio da auto-responsabilidade, configurando-se a imputação objetiva: primeiro, *caso o autor tenha conhecimentos superiores aos da vítima*, o que lhe possibilita avaliar de modo mais adequado os riscos envolvidos na situação, segundo, *caso a vítima seja irresponsável*⁸⁴, no caso concreto, para avaliar os riscos em que incorre, e, por fim, *caso o autor esteja na posição de garantidor de bem jurídico da vítima* (por exemplo, o pai em relação ao seu filho)⁸⁵.

2.3.1 A contribuição a uma autocolocação em perigo

Salvas a exceções ao princípio da auto-responsabilidade, acima referidas, ainda que o agente tenha contribuído causalmente para o resultado, este não lhe será imputado quando a vítima tenha, deliberadamente, se colocado em perigo⁸⁶.

É o caso, por exemplo, em que A e B, por puro desejo de competir, resolvem, cada qual com seu veículo, apostar uma corrida (o famoso “pega”). Durante a corrida, B falece em um acidente em virtude de um erro por ele mesmo cometido. A morte de B não pode ser imputada a A, vez que foi a vítima, por si mesma, sem que tenha sido coagida, que decidiu participar da atividade perigosa⁸⁷. Não há dúvidas de que tenha sido criado um risco não permitido que se realizou no resultado. Ocorre que, pelo princípio da auto-responsabilidade, tal resultado não está compreendido no âmbito de proteção do tipo, não podendo ser imputado.

Assim, pelos mesmos motivos já explicitados, não haverá a imputação no clássico caso do tráfico de drogas, em que A vende grande

84 - Existe acirrada controvérsia, que infelizmente não pode ser tratada nos limites deste breve estudo, a respeito de quais critérios devem ser adotados para que se possa determinar se a vítima é ou não responsável. Parte da doutrina defende a aplicação dos critérios do consentimento do ofendido, enquanto outra parte defende a utilização dos critérios da culpabilidade. Para maiores esclarecimentos, ver TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência. Uma contribuição à teoria do crime culposo*, p. 343.

85 - GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, pp. 70 e 71.

86 - TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência. Uma contribuição à teoria do crime culposo*, p. 344.

87 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 388.

quantidade de cocaína a B, viciado inveterado, que vem a morrer em virtude de uma overdose⁸⁸. No caso, A somente realizou o tipo previsto na lei de tóxicos, tráfico de entorpecentes, não o tipo de homicídio, culposo ou doloso.

Esta solução também é aplicável em face do nosso direito positivo, não obstante ele, ao contrário do direito alemão, tipifique a participação em suicídio, artigo 122 do Código Penal. Os autores alemães partem da premissa, para excluir a imputação nos casos de autocolocação em perigo, de que, se é atípico o mais, qual seja, a participação num suicídio, também deve ser atípico o menos, a participação numa ação de colocar-se em perigo⁸⁹. Como precisamente explica GRECO, tomando por base o direito positivo pátrio, o próprio artigo 122 poderia servir de base para se dizer que contribuir em autocolocações em perigo é atípico, uma vez que o que é proibido é a participação no ato doloso de matar-se, não no ato doloso ou culposo de colocar-se em perigo⁹⁰.

2.3.2 Heterocolocação em perigo consentida

Neste grupo de casos, não é a própria vítima que se autocoloca em perigo, mas ela se deixa colocar em perigo por outrem, tendo consciência deste risco. Aqui, portanto, como não é a vítima que executa propriamente a ação, a exclusão da imputação dependerá de que o risco de lesão decorra de *ação determinada ou induzida* pela vítima⁹¹. Também como desdobramento do princípio da auto-responsabilidade, nesses casos falhará a imputação objetiva.

Assim, por exemplo, o caso em que A, dono do carro, já incapaz de dirigir por motivo de embriaguez, atendendo aos pedidos de um dos participantes da festa, que está absolutamente sóbrio, permite que ele vá em seu carro. No trajeto, o passageiro falece em virtude de um acidente causado pela alcoolização de A, que, entretanto, não responderá pela morte.

88 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 389.

89 - Por todos, ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, p. 387 e 388.

90 - GRECO, Luís. *Imputação objetiva: uma introdução. Funcionalismo e imputação objetiva em direito penal*, p. 175.

91 - TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência. Uma contribuição à teoria do crime culposos*, p. 348.

2.3.3 Atribuição ao âmbito de responsabilidade alheio

Por fim, não haverá a imputação quando o resultado ocorrido puder ser atribuído ao âmbito de responsabilidade de outrem. Normalmente, isso ocorrerá quando a vítima se autocolocar em perigo por imposição de um dever decorrente de sua posição de garantidor, que a obriga a enfrentar o perigo.

Assim, por exemplo, não serão imputáveis ao indivíduo que, dolosa ou culposamente, atea fogo em uma casa, as eventuais mortes dos bombeiros chamados para combater o incêndio. Afinal, como argumenta ROXIN, a posição de garantidor decorreu da assunção voluntária de uma profissão. Ademais, se um incendiário que age culposamente tivesse de contar com a possibilidade de ser responsabilizado também pelas mortes dos bombeiros, poderia se sentir desestimulado a chamá-los, o que seria político-criminalmente contraproducente⁹².

3. Considerações finais

Com este breve estudo, procuramos, sinteticamente, apresentar os fundamentos dogmáticos e a estrutura básica da teoria da imputação objetiva, de modo a introduzir o leitor naquela que, talvez, seja a teoria que mais discussões suscite na moderna teoria do crime. Não obstante nosso empenho, é possível que, finda a leitura do texto, mais dúvidas que certezas estejam a povoar a mente do leitor. Se assim for, esperamos que essas dúvidas frutifiquem e resultem em outros estudos, que ampliem e aprofundem o debate acerca da teoria da imputação objetiva, contribuindo para seu aperfeiçoamento. Se assim for, este estudo terá realizado sua proposta.

92 - ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t.1, pp. 399 e 400.

4. Referências bibliográficas

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal. Parte Geral*. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

CALLEGARI, André Luís. A imputação objetiva no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º. 30. São Paulo: RT, 1999, p. 65-96.

COSTA JÚNIOR, Heitor. *Teoria dos delitos culposos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1988.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7ª edição. Trad. João B. Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. São Paulo: Buschatsky, 1976.

FRISCH, Wolfgang e ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2004.

FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus et al. *Sobre el estado de la teoría del delito: Seminário em la Universidad Pompeu Fabra*. Madrid: Civitas, 2000, p.20-67.

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

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva em direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 01-180.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º. 32. São Paulo: RT, 2000, p. 120-163.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la teoría de la imputación objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º. 50. São Paulo: RT, 2004, p. 09-37.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal*, v.1. Trad, S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1976.

JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

MENDES, Paulo de Souza. Crítica à idéia de “diminuição do risco” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º. 14. São Paulo: RT, 1996, p. 102-118.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, v.1. Trad. Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º. 56. Trad. Ricardo Breier. São Paulo: RT, 2005, p. 173-201.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal em el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

RÉGIS PRADO, Luís e MENDES DE CARVALHO, Érika. *Teorias da imputação objetiva do resultado*. São Paulo: RT, 2002.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva, em: *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101-131.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. Finalidad e Inputación objetiva. *Cuadernos de política criminal*. Madrid: Edersa, 1990, p.131-147.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad.

Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal, em: *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz et al. Lisboa: Vega, 1986, p. 145-168.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4^a ed. rev. atualizada. Curitiba: ICPC-Lumen Júris, 2005.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3^a ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência. Uma contribuição à teoria do crime culposos*. 2^a ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal: parte geral*, tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

WOLTER, Jürgen. . Imputación objetiva y personal a título de injusto: a la vz, uma contribuição al estudio de la *aberratio ictus*, em: SCHÜNE-MANN, Bernd (comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-Maria Silva Sanchez. Madrid; Tecnos, 1991, p. 108-133.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Panorama de los esfuerzos teóricos para establecer criterios de imputación objetiva. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul e KOSOVSKI, Ester (org). *Estudos em homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Júnior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 187-211.

