

Augusto Antônio Fontanive Leal

A teoria da imputação objetiva

fundamentos e aplicação



A teoria da imputação objetiva: fundamentos e aplicação

Augusto Antônio Fontanive Leal



FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Presidente:

Ambrósio Luiz Bonalume

Vice-presidente:

Carlos Heinen

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Reitor:

Evaldo Antonio Kuiava

*Vice-Reitor e Pró-Reitor de Inovação e
Desenvolvimento Tecnológico:*

Odacir Deonísio Graciolli

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação:

José Carlos Köche

Pró-Reitor Acadêmico:

Marcelo Rossato

Diretor Administrativo:

Cesar Augusto Bernardi

Chefe de Gabinete:

Gelson Leonardo Rech

Coordenador da EducS:

Renato Henrichs

CONSELHO EDITORIAL DA EDUCS

Adir Ubaldino Rech (UCS)

Asdrubal Falavigna (UCS)

Cesar Augusto Bernardi (UCS)

Jayme Paviani (UCS)

Luiz Carlos Bombassaro (UFRGS)

Márcia Maria Cappellano dos Santos (UCS)

Paulo César Nodari (UCS) – presidente

Tânia Maris de Azevedo (UCS)

A teoria da imputação objetiva: fundamentos e aplicação

Augusto Antônio Fontanive Leal

Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul.

Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul.

Membro do grupo de pesquisa ALFAJUS. Advogado.

E-mail: aafleal@ucs.br.



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS – BICE – Processamento Técnico

L435t Leal, Augusto Antônio Fontanive, 1992-
A teoria da imputação objetiva [recurso eletrônico] : fundamentos e aplicação / Augusto Antônio Fontanive Leal. – Caxias do Sul, RS : Educs, 2016.

Dados eletrônicos (1 arquivo).

Apresenta bibliografia.

Modo de acesso: World Wide Web.

ISBN 978-85-7061-805-4

1. Responsabilidade penal. 2. Culpa (Direito). 3. Administração do tempo. I. Título.

CDU 2.ed.: 343.222

Índice para o catálogo sistemático:

1. Responsabilidade penal	343.222
2. Culpa (Direito)	343.222
3. Administração do tempo	005.962.11

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Roberta da Silva Freitas – CRB 10/1730



EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – Bairro Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Telefone/Telefax: (54) 3218 2100 – Ramais: 2197 e 2281 – DDR (54) 3218 2197

Home Page: www.ucs.br – E-mail: educs@ucs.br

*Dedico o presente trabalho a Deus e à sua vibração em Xangô;
a meu pai Otávio, à minha mãe Elisabete e minha irmã Camila,
e à Natália, com quem vivo a verdadeira felicidade do amor.*

Sumário

Prefácio	7
Apresentação	9
Introdução	11
 Capítulo 1 – A teoria da imputação objetiva: teorias antecedentes; conceito e origens segundo Claus Roxin e Günther Jakobs	 13
1.1 A teoria da imputação objetiva segundo Claus Roxin	20
1.1.1 A criação de um risco não permitido	23
1.1.2 Realização do risco não permitido em um resultado	27
1.1.3 O alcance do resultado pelo tipo penal	30
1.1.4 Breves disposições de Claus Roxin acerca da imputação objetiva	32
1.2 A imputação objetiva do comportamento: uma visão da teoria sob a ótica de Günther Jakobs	34
1.1.1 O risco permitido	43
1.2.2 A existência de um princípio de confiança na regularização do comportamento	45
1.2.3 A proibição de regresso	47
1.2.4 A capacidade de ser vítima	51
1.2.5 Disposições de Günther Jakobs quanto às instituições	54
 Capítulo 2 – Da recepção da teoria da imputação objetiva pela legislação, doutrina e jurisprudência e da sua aplicação no direito penal pátrio	 61
2.1 Concepções doutrinárias referentes à teoria da imputação objetiva	61
2.2 Legislação e Jurisprudência frente à teoria da imputação objetiva	68
2.2.1 <i>Habeas Corpus</i> 46.525 – STJ (Ministro Arnaldo Esteves Lima)	72
2.2.2 <i>Habeas Corpus</i> 822.517 – STJ (Ministro Gilson Dipp)	74
2.2.3 Entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	77
 Conclusão	 82
 Referências	 84

Prefácio

Miguel Angelo Santin*

Augusto Antônio Fontanive Leal foi um dos melhores alunos do curso de Direito, no Campus Universitário da Região dos Vinhedos, da Universidade de Caxias do Sul. Realizou a graduação entre os anos de 2010 e 2014, sendo que, durante todo o curso, ficou com média 10,0 (máxima) em várias disciplinas. No meu caso, como professor de Direito Processual Penal I e II, tive a felicidade de notar que Augusto finalizou com duas médias 9,8 (do total de 10,0).

Essa inteligência e dedicação, pois a soma desses dois atributos é que leva um aluno a se destacar, foram decisivas para que Augusto recebesse no dia da formatura (a qual tive a honra de presidir), a Lâurea Acadêmica. Essa distinção criada pelo artigo 213 do Regimento Geral da Universidade de Caxias do Sul e aprovada pelo Conselho Universitário da instituição, seu órgão máximo de deliberação, é entregue ao aluno que, durante todo o seu curso, não tenha tirado nenhuma nota abaixo de 8,0 e tenha finalizado com média superior a 9,0, ambos do total de 10,0.

Atualmente está cursando o Mestrado em Direito, da UCS em Caxias do Sul, o que denota a rápida ascensão acadêmica e profissional que Augusto teve e, com certeza, terá.

O seu trabalho, que tenho a honra de prefaciар, explora um assunto muito pouco debatido nos meios doutrinários e acadêmicos, a Teoria da Imputação Objetiva, que possui como expoentes Claus Roxin e Günther Jakobs.

Inicialmente, Augusto trata dos fundamentos da Teoria Objetiva, suas teorias antecedentes, conceitos e origens, dividindo esse primeiro capítulo em dois tópicos, a saber: um segundo Claus Roxin e, outro, segundo Günther Jakobs.

No segundo e último capítulo há uma análise precisa do pensamento da doutrina e da jurisprudência brasileira sobre a Teoria da Imputação Objetiva, em nosso direito pátrio. Em destaque, dois *Habeas Corpus* que tramitaram no Superior Tribunal de Justiça, da relatoria dos eminentes Ministros Arnaldo Esteves Lima e Gilson Dipp.

Trata-se, efetivamente, de um assunto intrigante e desafiador, pois a teoria em questão é apresentada como um modo de evitar injustiças, por atos de pessoas que, de outro modo, não seriam penalizadas. Nesse ínterim critica-se a possibilidade de se julgar apenas com fundamento na intenção do agente.

* Sub-Reitor no Campus de Bento Gonçalves (RS) da Universidade de Caxias do Sul. Mestre em Políticas Institucionais pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Teoria Geral do Direito pela UCS, em Filosofia pela UCS e em Gestão Universitária pela UCS.

Para chegar às suas conclusões, Augusto passa por Guilherme de Souza Nucci, Fernando Capez, André Luís Callegari, Cezar Roberto Bitencourt, Damásio de Jesus, Luiz Régis Prado, entre outros autores nacionais, os quais procuram, de uma maneira ou outra, tecer considerações explicitando a teoria sob os aspectos do resultado ou do comportamento.

Realmente, o trabalho de Augusto levará os leitores a uma viagem segura aos conceitos, às interpretações e possibilidades de aplicação da Teoria da Imputação Objetiva, esclarecendo e trazendo luz a um caminho nem sempre facilmente percorrido por nossa doutrina e jurisprudência.

Boa leitura a todos.

Apresentação

Jeferson Dytz Marin^{*}

O tempo, seguramente, é um dos principais protagonistas do período em que vivemos. Alguns o denominam “pós-modernidade”, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman chama de “modernidade líquida”, já Gilles Lipovetsky, pensador francês, prefere empregar “era do vazio”. Mas, independentemente da identidade que se queira dar ao tempo presente, o certo é que o tempo de hoje é um tempo distinto do tempo de outrora. O tempo newtoniano já não mais se aplica. Hoje, não falamos em “ocupar o tempo” ou “planejar o tempo”, mas sim em “falta de tempo”.

Corremos, buscamos, escolhemos o caminho mais curto... procuramos, o tempo inteiro, tempo... E o curioso é que nossa vida é cada vez mais pensada, cronometrada, medida e pesada.

Ao apresentar a obra de Augusto Antônio Fontanive Leal, me ocorre exatamente essa reflexão acerca do “tempo”. O autor, com trajetória acadêmica exemplar, inclusive como integrante permanente de grupos de pesquisa, concluiu o curso com maestria, tratando da teoria da pena, um trabalho científico de fôlego e que corresponde exatamente ao caminho trilhado por ele.

Tempo. Augusto soube, seguramente, aplicar a dosimetria adequada entre: o fulgor necessário para obter a inspiração que traduz um combustível indispensável à escrita e a transpiração, companheira inarredável da produção planejada. Augusto Fontanive Leal espelha essa combinação e, por isso, a leitura do presente trabalho é indispensável.

Não há dúvida que planejamento é fundamental e que é necessário pensar a vida de forma minimamente ordenada, pois a agenda do mundo contemporâneo exige tal conduta. O “viver pós-moderno” impõe a imperiosa vida vista previamente, o que reduz as surpresas, aumenta a previsibilidade e amordaça boa parte da doçura da vida. É o que podemos chamar de monotonização do tempo, ou tempo “sem graça”. Claro que isso pode ser minimizado por uma escolha importante de nossa vida: Qual será nosso

^{*} Professor no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul – UCS (RS). Advogado. Doutor em Direito – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (RS). Mestre em Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul (RS). Membro do Instituto de Estudos Municipais (IEM). Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC) – BRA. Autor dos livros *Jurisdição e Processo: efetividade e realização das pretensões materiais* (Juruá, 2008), *Jurisdição e Processo II: racionalismo, ordinarização e reformas processuais* (Juruá, 2009), *Jurisdição e Processo III: estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva* (2009), *Jurisdição e Processo IV: coisa julgada* (2013), dentre outros.

trabalho! Sim, pois passamos a maior parte do tempo trabalhando. Incluo-me, pois, considerando a atividade universitária, em regra vai-se boa parte dos três turnos do dia. Todavia, se nossa atividade profissional nos provocar tamanho prazer, a ponto de que possamos afirmar que a desempenharíamos de graça, bom... boa parte da monotonização da vida estará extirpada.

É isso que se vê traduzido nessa obra e na trajetória de Augusto. Agora, no presente, como membro do Grupo de Pesquisa Alfajus e discente do Programa de Mestrado em Direito da UCS, renova seus compromissos, seu talento e empenho, seguindo uma trajetória que promete novos e bons frutos.

A síntese do trabalho traduz bem sua pretensão, alcançada com plenitude no final: “Determinar uma evolução lógica nas teorias do crime e, dentre estas, as teorias que buscam caracterizar a ação como a teoria causal da ação e a teoria finalista da ação. Explicar a teoria da imputação objetiva segundo o entendimento de Claus Roxin e Günther Jakobs e demais estudiosos do tema, estrangeiros e nacionais, propiciando assim demonstrar a possibilidade de aplicação da teoria da imputação objetiva no ordenamento pátrio brasileiro, valendo-se das considerações encontradas na doutrina, legislação e jurisprudência. Dispor acerca do entendimento jurisprudencial atual concernente a teoria da imputação objetiva. Expor e dissertar sobre conflitos doutrinários acerca da teoria da imputação objetiva. Objetivar a reunião de dispositivos normativos penais do ordenamento jurídico brasileiro que contenham elementos caracterizadores da teoria da imputação objetiva e de sua aplicação por meio de microteorias embasadas na teoria subjetivista do dolo”.

Seguramente, um trabalho de teoria da pena denso, com um marco teórico firme e adequado e uma escrita que flui de forma muitíssimo proveitosa.

Por isso, aconselho a leitura do presente livro a todos.

Introdução

Na atual sociedade, o fluxo de informações é deveras acelerado, contando com meios de comunicação em demasia para propiciar esta rapidez. Além do fluxo de informações, tem-se os contatos entre os membros da sociedade realizados, constantemente, inclusive de modo impessoal.

A sociedade contemporânea, diante do fluxo contínuo de contatos, necessita de amparo para ser ordenada, ocasionando o estudo da ciência do Direito, como forma regularizadora, sobretudo ao tratar-se do direito penal.

Ponto em que é importante exaltar a essencialidade de que o direito se adapte ao meio social para o qual objetiva regularizar sua interferência. Visto que, sendo o Direito uma ciência não exata, deve estar sempre progredindo em suas determinações, buscando sempre adaptar-se.

Logo, o direito penal atualmente encontra uma sociedade em que se originam incontáveis atividades e contatos que podem gerar riscos. Gerar determinados riscos não significa propiciar a existência de riscos não permitidos, uma vez que o grau de tolerabilidade deve estar profundamente atrelado ao que se busca proteger.

Nesse aspecto: Quando se estará diante de um contato que ultrapassa riscos tolerados? Toda causação de riscos não permitidos deve gerar uma imputação criminal a algum agente? A teoria da imputação objetiva tem por causa de existir responde e explica indagações como estas, por meio de bases e conceitos, com a finalidade de adequar o direito penal, atualizando-o para torná-lo equânime e proporcional aos anseios sociais.

É importante referir que a sociedade brasileira logicamente também está voltada para a agilidade e o fluxo de informações da modernidade. Não haveria por que dispor acerca da teoria da imputação objetiva, que conquista seu espaço no direito de diversos países, sem analisar a possibilidade de sua aplicação no ordenamento pátrio.

Apresenta-se, então, a teoria da imputação objetiva em sua análise, de acordo com sua origem em Claus Roxin e aprimoramento em Günther Jakobs, como possível solução para as crises encontradas nas teorias que já vêm sendo utilizadas pelo direito penal, oferecendo uma readaptação de suas teorias e conceitos, para que continue havendo a aplicabilidade do direito penal, tanto de normas como de princípios, em consonância com a sociedade em geral.

Além disso, serve o estudo da teoria da imputação objetiva como um avanço nas políticas criminais, concedendo ao direito penal uma maneira de motivar a igualdade e a

dignidade da pessoa humana, princípios fundamentais que não apenas devem corresponder ao direito penal, mas também ao direito como ciência jurídica e social humanitária.

Para tanto, o primeiro capítulo expõe a teoria da imputação objetiva, de maneira a abranger os estudos realizados pelos doutrinadores Claus Roxin e Günther Jakobs, usando-se referências diversas de demais autores, tanto nacionais como estrangeiros.

O segundo capítulo, por sua vez, trata das disposições acerca da possibilidade de aplicação da teoria da imputação objetiva, no direito penal pátrio, mediante sua recepção na doutrina e jurisprudência, lançando-se mão à existência de normas penais que condizem diretamente com a referida teoria.

Capítulo 1

A teoria da imputação objetiva: teorias antecedentes; conceito e origens segundo Claus Roxin e Günther Jakobs

Com o passar do tempo foram se desenvolvendo, de acordo com as necessidades da sociedade em geral, teorias que melhor se adaptassem aos constantes conflitos encontrados no direito penal.

Os fatos relacionados ao crime e suas consequências geram polêmicas duradouras no constante progresso que tem por objetivo qualquer sociedade, ocasionando assim crises e superações com teorias que buscam adequar, sempre, a equalização entre seus membros com o Estado, em questão de conflitos.

Na atualidade, sabendo-se que o Estado se roga na posição de punir, como já considerava Rousseau, devido ao fato de, quando firmado um contrato social, “todo malfetor que ataca o direito social torna-se por seus crimes rebelde e traidor da pátria”,¹ torna-se essencial que, conforme Santin, “todo o sistema montado pelo Estado, no sentido de punir seus componentes, deve observar a busca do equilíbrio social entre os mesmos”.² É necessário, então, que não se cometam injustiças ao se imputar algum fato como criminoso a alguém, para que então o Estado, no seu direito, possa punir. Sendo que, ainda segundo o autor “[...] Ao estabelecer esta retribuição, o mal pelo mal, deve o Estado tomar todo o cuidado para que a retribuição não se torne apenas uma vingança, a exemplo do que ocorria no estado de natureza”.³

Segundo Spinoza, “a virtude do Estado é a segurança”,⁴ portanto, viabiliza-se como possível a análise pelo ilustre jurista Beccaria, visto que o Estado se roga no direito de punir, no que concerne à parcela de liberdade doada pelo indivíduo, quando da firmação de um pacto social,⁵ sendo importante ressaltar que “todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo”.⁶

Com efeito, passaram a surgir e foram se reformulando várias teorias para que se pudesse, corretamente, considerar como determinada atividade humana teria em si um crime propriamente dito, de modo a possibilitar a ação do Estado em punir o indivíduo.

¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 60.

² SANTIN, Miguel Ângelo. O Estado e o direito de punir. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e processo II: reformas processuais, ordinarização e racionalismo*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 52.

³ Ibidem, p. 56.

⁴ SPINOZA, Baruch de. *Tratado político*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013. p. 36.

⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 19.

⁶ Ibidem, p. 19-20.

Em se tratando das teorias, é importante que, para fins de futuras compreensões acerca da teoria da imputação objetiva, tema central do presente estudo, sejam analisadas as teorias antecedentes.

É o caso, por exemplo, da teoria causalista da ação, formulada por Franz von Liszt e Ernst von Beling.⁷ Refere Bitencourt, para essa teoria, “a *ação* consiste numa modificação causal do mundo exterior, perceptível pelos sentidos, e produzida por uma manifestação de vontade, isto é, por uma ação ou omissão voluntária”.⁸ Sendo assim, pode-se perceber que a teoria causalista da ação não tem por objetivo definir qual era exatamente a vontade do autor da ação, buscando somente definir o seu agir.

Com isso, completa ainda o referido doutrinador que, para a teoria causal,

ação é movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior. A *manifestação de vontade*, o *resultado* e a *relação de causalidade* são os três elementos do conceito de ação. Abstrai-se, no entanto, desse conceito o *conteúdo da vontade*, que é deslocado para a culpabilidade (dolo ou culpa).⁹

Logo, a teoria causal define a ação como o movimento muscular e voluntário, em razão do qual um resultado é gerado, com causa na manifestação da vontade antes retratada como a ação propriamente dita, sem se ater na vontade do autor, muito menos em qual caso específico essa vontade se exteriorizou, abordando toda e qualquer causa ao resultado.

Dessa forma, segue-se o entendimento de Capez, para quem a teoria causal, “não importa se o agente quis ou se teve culpa na causação do crime. A configuração da conduta típica depende apenas de o agente causar fisicamente (naturalisticamente) um resultado previsto em lei como crime”.¹⁰

Em consonância, aponta Callegari a seguinte situação:

No caso de um homicídio, por exemplo, haveria, de acordo com esta teoria, uma ação homicida desde que o agente disparasse sobre a vítima com *animus* de pressionar o gatilho da arma, sem se perquirir a finalidade com que ele praticaria esta ação.¹¹

Por isso, falha a teoria em definir o objetivo na vontade do autor; deste modo, considera toda a atividade na culpabilidade e não na ação, deixando-se de perscrutar o

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 218. v. 1

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 111. v. 1.

¹¹ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49.

que consistia a vontade do agente causador, pela simples adequação do agir físico com a exteriorização em um resultado. Assim entende Jesus, quando refere que, para a teoria causal da ação

o conteúdo da vontade é o reflexo interior do acontecer exterior. A conduta é o efeito da vontade, sem considerar o seu conteúdo, que corresponde à finalidade do comportamento. Enquanto a ação pertence ao fato típico, abarcando apenas a vontade (simples voluntariedade), o conteúdo da vontade pertence à culpabilidade.¹²

É esse também o entendimento de Callegari, quando aponta que a crítica feita a essa teoria consiste

no fato de ela considerar que o conteúdo da volição não deve ser analisado na ação, mas na culpabilidade. A falha da teoria causal da ação é que ela esvazia o conteúdo da vontade. A intenção dos causalistas é imputar todos os *juízos objetivos* à ação típica e antijurídica e todos os *juízos subjetivos* à culpabilidade, como se pudesse haver uma separação perfeita e peremptória entre o objetivo e o subjetivo.¹³

Diante disso, é importante trazer a visão de Roxin a respeito da teoria causalista, que busca definir o tipo, numa causalidade ocasionada por um autor. Sobre esta, pondera o jurista alemão:

Considerava-se realizado o tipo toda vez que alguém constituía uma condição para o resultado nele previsto, ou seja, toda a vez em que alguém causava este resultado, no sentido da teoria da equivalência dos antecedentes. Acabava o tipo, assim, com uma grande extensão, pois, nesta perspectiva, praticou uma ação de matar não só aquele que disparou o tiro mortífero, mas todos os que contribuíram para o resultado com uma *condictio sine qua non*: o fabricante e o vendedor do revólver e da munição, aqueles que ocasionaram a desavença da qual resultou o tiro, até mesmo os pais e outros ascendentes do criminoso. As necessárias restrições à responsabilização jurídico-penal daí resultantes teriam de ser realizadas em outros níveis do sistema: na antijuricidade ou, principalmente, na esfera da culpabilidade, onde se localizavam todos os elementos subjetivos do delito.¹⁴

Surge então, além do problema da ausência de definição à manifestação da vontade do autor, a extensão da imputação penal para uma imensa rede de envolvidos, e não só com aquele que realizou o ato mecânico muscular que, diretamente, ocasionou o resultado, alargando a relação de causalidade a diversos sujeitos.

Devido à constatação de tais problemas, surgiu a teoria finalista da ação, renovando o cenário do direito penal. Formulada por Hans Welzel, a teoria busca,

¹² JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 203. v. 1.

¹³ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 50-51.

¹⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 101-102.

conforme Bitencourt, “superar a taxativa separação dos aspectos objetivos e subjetivos da ação e do próprio injusto, transformando, assim, o *injusto naturalístico* em *injusto pessoal*”.¹⁵

Para a teoria finalista da ação existe a vontade e, por meio da expressão desta, pode-se chegar a um resultado objetivado e, conseqüentemente, a um fim determinado. Nesse contexto, diz-se que a atividade do agente que causou o crime resulta algo por meio de sua vontade, não sendo uma mera exteriorização muscular causal, qual seja, apertar um gatilho ou vender uma arma que será usada em um crime. É isso que quer dizer Callegari quando afirma que nesta teoria, “a idéia central é que a ação humana consiste em um acontecer ‘final’, não meramente ‘causal’”.¹⁶

Em decorrência disso, conforme Bitencourt, “o finalismo deslocou o *dolo* e a *culpa* para o injusto, retirando-os de sua tradicional localização – a culpabilidade –, levando, dessa forma, a finalidade para o centro do *injusto*”.¹⁷ Segundo Capez, a teoria finalista da ação faz com que seja “possível antecipar o momento de apreciação da conduta incriminada, não podendo ser oferecida a denúncia ou queixa quando for evidente a ausência de dolo ou culpa”.¹⁸

Portanto, pode-se concluir que esta teoria busca caracterizar uma ação humana que, quando realizada conscientemente e dirigida a algum fim específico, haja uma previsão antes do agir, com a finalidade em um específico resultado, que agrida algum bem jurídico protegido. Conceitua então Callegari:

A finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal e correspondente seleção de meio, controla a curso da ação conduzindo-a com um determinado objetivo, ou seja, o homem prevê e pré-determina a finalidade da ação.¹⁹

Entra em consonância com esta interpretação da teoria a conceituação de Roxin, que entende ter esta “a essência da ação humana não no puro fenômeno natural da causação, e sim no direcionamento, guiado pela vontade humana, de um curso causal no sentido de um determinado fim antes tomado em vista”.²⁰

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 219. v. 1.

¹⁶ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009 p. 51.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 209. v. 1.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 121. v. 1.

¹⁹ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51.

²⁰ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102.

Por isso, a teoria final da ação busca resolver o problema gerado, quando sua antecessora definia o simples dar causa, sem interpretar a vontade do agente. A teoria causal propiciava, assim, por meio da teoria da equivalência dos antecedentes, que, em decorrência de um resultado como, por exemplo, um assassinato causado pelo ferimento de uma bala de revólver, se pudesse imputar o crime ao infinito, chegando a proporções em que houvesse a imputação do delito ao fabricante da arma ou aos pais do agente que puxou o gatilho. É isso que explica Roxin:

Esta compreensão da conduta como um ato finalístico, orientado a um objetivo, evita consideravelmente o *regressus ad infinitum* da teoria causal da ação, eis que, ao contrário dela, já analisa o dolo no nível do tipo, como parte subjetiva deste.²¹

Isso se deu pela caracterização da teoria em dois aspectos: subjetivo e objetivo, enquanto que o primeiro ocorre no pensamento, podendo ser o dolo ou a culpa; no segundo se executa o ato em um plano real. Com isso, o dolo deixa de integrar o campo da culpabilidade, para constituir a subjetividade do tipo penal. É o que ensina Jesus quando diz que, nesta teoria, “o dolo é retirado da culpabilidade, não constituindo espécie (teoria psicológica) ou elemento da culpabilidade (teoria psicológico-normativa), mas elemento subjetivo do tipo, integrando a conduta, primeiro elemento do fato típico”.²²

Para tanto, à luz do que preleciona Greco, “os finalistas acrescentaram, portanto, ao tipo objetivo dos crimes dolosos uma face subjetiva – mas o tipo objetivo permanecia intocado. Ele nada mais era do que a causalidade”.²³ E por isso, a conclusão crítica ao finalismo do autor, ao comparar que para a causalidade “o tipo nada mais era do que a causação de uma lesão a um bem jurídico”,²⁴ enquanto que, com o finalismo, passou-se a complementar a concepção de injusto com a ideia do desvalor da ação, sendo que este “esgotava-se, por sua vez, em algo subjetivo, na finalidade”.²⁵ Assim, não fica solucionada por completo a abrangência do tipo penal, apenas há o limite pela exclusão da tipicidade subjetiva, ou seja, a ausência de dolo.

Aprofundando-se mais sobre o tema a esse respeito, Roxin entende que o grande progresso que trouxe “a teoria finalista da ação limita-se, porém, ao tipo subjetivo. Para

²¹ Idem.

²² JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 207. v.1.

²³ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 21.

²⁴ Ibidem, p. 23.

²⁵ Idem.

a realização do tipo objetivo, considera ela suficiente a mera relação de causalidade, no sentido da teoria da equivalência. Com isso, o tipo continua demasiado extenso”.²⁶

Depreende-se do entendimento do jurista alemão que, apesar de, no campo da vontade, estar pela teoria estabelecido na subjetividade a finalidade do agir, sem o acorreamento pelo simples impulso causal, ainda assim, haveria um problema na teoria de Welzel, pois existiria a extensão do tipo a incontáveis agentes, mesmo não sendo na condição do *regressus ad infinitum*. Para explicar, cita-se o exemplo de um jovem que, interessado em receber a herança de seu pai, convida-o para dar um passeio em uma rua com alto índice de criminalidade, sem que este último o saiba; chegando lá, na ocorrência de um assalto no qual o jovem não teve relação, morre seu pai. Deste modo, desejoso no critério subjetivo de ver seu pai morto e levando ele a uma rua com alto índice de criminalidade, desenvolvendo assim uma ação, o jovem tem seu pai assassinado como desejava, sendo que, conforme a teoria finalista da ação, deu causa a um resultado agindo dolosamente.

É nesse ponto que se firma a crítica de Roxin, porque, conforme o exemplo citado, ainda assim haveria, segundo a teoria finalista, o critério subjetivo que se exteriorizou em uma ação (o jovem levar o pai para um passeio), com um resultado conforme o almejado (o falecimento do pai). Deveria então o jovem, sem que se leve em conta uma possível omissão de socorro, ser punido? A teoria finalista da ação, por si só, não consegue explicar a não punição do jovem, tendo que se valer de recursos adversos.

Com efeito, a crítica reside na forma como a imputação de um ato é realizada por meio apenas da vontade do agente. Entra-se em consonância com o descrito por Braga Júnior ao referir que,

para os adeptos do finalismo, portanto, a vontade externada por meio de um comportamento dirigido a obtenção do resultado lesivo ao bem jurídico penalmente tutelado constitui o objeto de censurabilidade, valoração que será realizada no âmbito da culpabilidade.²⁷

Estando então na própria vontade o ato de reprovação e de configuração do delito em si, independentemente da exteriorização deste advir, por vezes, de outros meios, gerando assim problemas que fazem com que a teoria finalista da ação adote outras microteorias, para dar seguimento ao seu intento.

²⁶ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102.

²⁷ BRAGA JÚNIOR, Américo. *Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs*. Belo Horizonte: Ius, 2010. p. 37.

Ainda, existem outras duas críticas frequentes à teoria finalista da ação, que são explicadas por Callegari:

a) aos crimes culposos, cujo resultado é meramente causal, não sendo abrangido pela vontade, eis que a violação do dever de cuidado encontra-se fora da finalidade da ação; b) aos crimes omissivos, cuja conduta, por não ser causa de nenhum resultado, não pode atuar de modo finalista.²⁸

Logo, no curso subjetivo explicado pela teoria finalista, um delito culposos jamais seria almejado pelo autor como finalidade. Diante disso, Bitencourt entende que, “nos crimes culposos, compara-se precisamente a direção finalista da *ação realizada* com a direção finalista da *exigida pelo Direito*. O fim pretendido pelo agente geralmente é irrelevante, mas não os meios escolhidos ou a *forma de sua utilização*”.²⁹

Com essa ponderação, realizada com amparo nas argumentações *welzelianas*, é por um meio de agir ou da forma de ação deste que, quando escolhido, contraria o exigido pelo Direito (na relação causal com o final realizado) propiciando um enquadramento ao tipificado na norma, ficando assim explicada, pela teoria finalista da ação, a existência de um delito culposos. De modo semelhante, aplica-se tal entendimento quando da realização de um crime omissivo.

Com essas críticas e, principalmente, pela apontada por Roxin, se percebe a necessidade de um avanço para uma melhor resolução dos conflitos no direito penal. Em suma, uma teoria que possa abarcar com menos falhas possíveis o presente momento, sem contrariar os princípios gerais do Direito e sem que fujam do pretendido para a manutenção da sociedade. Por isso, a teoria da imputação objetiva pode representar um avanço na ciência do direito penal, renovando de maneira que possam ser resolvidos os inúmeros conflitos existentes e que a teoria final da ação não consegue, mesmo com o auxílio de outras teorias, resolver.

É importante, então, delimitar a teoria da imputação objetiva, principalmente pela ótica de Roxin e Jakobs, para que, com esse caminho aberto pela doutrina, se possa ter uma ideia da possível e adequada resolução de tantos conflitos que permeiam hoje o direito penal.

Até mesmo porque, e não necessariamente, deve ser perfeitamente correta uma teoria, mas é essencial que ela se aproxime o máximo possível do que seria justo e adequado para a sociedade atual em que é aplicada, ainda mais em uma ciência como a

²⁸ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52-53.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 221. v. 1. (Grifo do autor).

do direito penal, em que pessoas acusadas podem ter uma vida honrosa e ilibada transformada em caos, por meio de um processo, mesmo sem entender o motivo de seu ajuizamento, como o pesadelo vivido por Josef K. em *O Processo*, de Franz Kafka.³⁰

Ainda, conforme o filósofo político Rawls, “a única coisa que nos permite aquiescer a uma teoria errônea é a falta de uma melhor; de maneira análoga, a injustiça só é tolerável quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior”.³¹

Torna-se necessário, então, o aprimoramento das teorias para o direito penal, que é essencial para organizar e reger o fluxo de contatos sociais na sociedade contemporânea. É difícil crer que exista, na atualidade, uma sociedade como a existente na fantástica Macondo, descrita no clássico da literatura *Cem anos de solidão*, de Gabriel García Márquez, na qual o personagem José Arcadio Buendía refere que o delegado não seria bem-vindo se viesse implantar a desordem para aquela terra e que, naquela aldeia pacífica, onde não se mandava com papéis, nem de morte natural se morria, uma vez que cemitério nela inexistia.³²

Ora, a justiça é premente para que a sociedade em geral possua ordem na atualidade. Lombroso, famoso criminologista italiano, aduz que “certamente foi só do dano geral causado pela prepotência de poucos que deve ter nascido a primeira ideia da justiça e da lei”,³³ mesmo que independentemente disso se remonte sua origem, a justiça é necessária, devendo estar em consonância com os anseios do povo.

Para tanto, dar-se-á início, separadamente, à análise da teoria da imputação objetiva, por meio dos estudos desenvolvidos pelos juristas alemães Claus Roxin e Günther Jakobs, que inegavelmente figuram no rol dos maiores expoentes desta teoria.

1.1 A teoria da imputação objetiva segundo Claus Roxin

Tratar a teoria da imputação objetiva primeiramente pelo entendimento de Roxin não significa ter sido ele, necessariamente, o seu precursor. Porém, é notável o grande avanço que teve a teoria após os estudos realizados pelo jurista, que iniciaram em 1970.

Segundo o próprio autor, em uma tentativa de remontar a história da teoria da imputação objetiva, teve suas primeiras ideias na filosofia jurídica de Hegel. Desta filosofia, Larenz, em 1927, formou uma concepção da imputação objetiva que, depois,

³⁰ KAFKA, Franz. *O Processo*. Prefácio e trad. de Torrieri Guimarães. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

³¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 4.

³² MÁRQUEZ, Gabriel García. *Cem anos de solidão*. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 59.

³³ LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2013. p. 171.

foi utilizada por Honig, especificamente no campo do dogma do jurídico-penal.³⁴ Em decorrência disso, declara o jurista alemão: “Foi a *Honig* (e, é claro, também a *Larenz*), que me referi ao desenvolver em 1970 aquilo que denominei de princípio do risco”.³⁵

No entanto, Roxin admite que as primeiras ideias foram apenas como faíscas que lhe serviram de inspiração. Eis que, para o autor, “os resultados da teoria antiga limitavam-se, em essência, àquilo que já à época se podia obter através da teoria da adequação ou da relevância”.³⁶ A partir disso, depreende-se a sua verdadeira contribuição para a teoria e para o direito penal contemporâneo.

A nova teoria, ou a evolução da anteriormente encontrada em Honig e Larenz, conforme Roxin,

se ocupa, é verdade, de excluir os acontecimentos fortuitos do tipo [...]. Mas os resultados que ocorrem por ocasião de uma diminuição do risco ou de um risco permitido, bem como aqueles que se encontram fora do fim de proteção da norma de cuidado ou fora do alcance do tipo, não são fortuitos, e ainda assim não são imputados.³⁷

Desse modo, não é apenas a exclusão de acontecimentos fortuitos do tipo que fazem jus à não imputação, em se tratando da teoria. É necessária uma explanação maior, para se tornar claro o avanço trazido, por meio do jurista alemão.

Para dar continuidade, passa-se então à formulação da teoria, conforme o estudo realizado por Roxin. O autor descreve três exemplos que seguirão como “lanternas” para iluminar os entendimentos quanto à doutrina proposta. São eles:

1. Consideremos, agora, que A deseje provocar a morte de B! A o aconselha a fazer uma viagem à Flórida, pois leu que lá, ultimamente, vários turistas têm sido assassinados; A planeja que também B tenha esse destino. B, que nada ouviu dos casos de assassinato na Flórida, faz a viagem de férias, e de fato é vítima de um delito de homicídio. Deve A ser punido por homicídio doloso? Se reduzirmos o tipo objetivo ao nexos de causalidade, esta seria a conclusão. Afinal, A causou, através de seu conselho, a morte de B, e almejava esse resultado.

Ou pensemos no homem de aparência suspeita que vai comprar um punhal afiado em uma loja! O vendedor (V) pensa consigo: “Talvez ele queira matar alguém com o punhal. Mas isto deve ser-me indiferente.” Tem V de ser punido por homicídio praticado com dolo eventual, na hipótese de o comprador, realmente, apunhalar alguém? Objetivamente, V constituiu uma causa para a morte da vítima, e subjetivamente assumiu o risco de que tal resultado ocorresse.

2. Problemas similares ocorrem nas hipóteses de grande relevância prática que são as de desvios na causalidade. Limito-me ao conhecido exemplo escolar, em que A atira em B com intenção de matá-lo, mas somente o fere. O ferido é levado por uma

³⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 124.

³⁵ *Ibidem*, p. 124-125.

³⁶ *Ibidem*, 126.

³⁷ *Ibidem*, 125-126.

ambulância a uma clínica; mas ocorre um acidente de trânsito, vindo B a falecer. Cometeu A um delito consumado de homicídio? Ele certamente causou a morte de B, no sentido da teoria da equivalência, e também a almejou. Se ainda assim não deve haver um delito consumado de homicídio, isto é difícil de fundamentar do ponto de vista de uma compreensão causal do tipo objetivo.

3. Como exemplo do terceiro grupo de casos quero lembrar a hipótese extraordinariamente comum da entrega de tóxicos. Imaginemos que A venda heroína a B! Os dois sabem que a injeção de certa quantidade de tóxico gera perigo de vida, mas assumem o risco de que a morte ocorra; A o faz, porque o que lhe interessa é principalmente o dinheiro, e B, por considerar a sua vida já estragada e só suportável sob estado de entorpecimento. Deve A ser punido por homicídio cometido com dolo eventual, na hipótese de B realmente injetar em si o tóxico e, em decorrência disso, morrer? A causalidade de A para a morte de B, bem como seu dolo eventual, encontram-se fora de dúvida. Se considerarmos a causalidade suficiente para a realização do tipo objetivo, teremos que concluir pela punição.³⁸

Em princípio, percebe-se a fragilidade de se tentar imputar uma pena somente levando o nexo causal. Por meio de uma simples relação de causa, pode-se imputar um determinado fato delituoso a quem de direito não deveria, notando-se ainda, no feito, uma característica subjetiva inerente ao tipo, como o dolo eventual encontrado no terceiro exemplo. É pela teoria da imputação objetiva que se poderá explicar, de maneira coerente se houve, nesses casos, um crime. Não é sempre que, havendo um nexo de causalidade, poder-se-á imputar um delito a alguém.

Sabendo-se que não é necessariamente pelo nexo causal que se poderá imputar um crime a alguém, torna-se possível explicar tal entendimento, pelo fato de que não é somente pela relação de causalidade que irá existir uma criação de risco, não permitido no direito penal para o objeto da ação realizada por esse alguém.

Os doutrinadores Zaffaroni, Slokar e Alagia entendem que “para Roxin el criterio general para determinar la imputación objetiva es el *aumento del riesgo*”.³⁹ Mas, além disso, é necessário que o risco não permitido desta ação seja concretamente realizado, ou seja, deve haver uma exteriorização do agir no plano físico e que essa exteriorização esteja abrangida pelo tipo penal, e seu bem jurídico, protegido.

Com essas considerações prévias, é necessário expor as três linhas mestras formuladas por Roxin, é que fundamentam a teoria da imputação objetiva. Nos dizeres do próprio autor, quanto à teoria,

³⁸ Ibidem, p. 102-103.

³⁹ ZAFFARONI E. R.; SLOKAR A.; ALAGIA A. *Manual de derecho penal parte general*. 2. ed. Buenos Aires: AR, 2011. p. 390.

um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3).⁴⁰

Para dar melhor compreensão à teoria, convém trazer à baila o conceito de bens jurídicos protegidos pelo tipo penal realizado por Roxin, ou seja:

circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.⁴¹

Deste modo, é possível previamente notar que, para a teoria da imputação objetiva, toda a ação realizada pelo autor do fato punível deve gerar um risco não permitido com um resultado e que este esteja abrangido pelo tipo penal e o seu intento de proteger algum bem jurídico.

É necessário, então, para o prosseguimento do estudo da teoria, que se realize separadamente uma explicação quanto a cada linha-mestra estabelecida pelo doutrinador Roxin.

1.1.1 A criação de um risco não permitido

Em princípio, na criação de um risco não permitido, deve ser levada em conta não somente a finalidade com que age um sujeito, tenha ele dolo ou não e em alguns casos também o próprio semblante de objetividade, como o responsável da causa da morte, devido ao fato de que um agir pode não implicar necessariamente a criação de um risco não permitido. Por quê?

Porque existem determinados riscos que são inerentes à vida em sociedade, aos quais nos expomos a cada dia no conviver. É dessa forma que interpreta Braga Júnior, em estudo acerca da teoria da imputação objetiva: “O simples ato de estar vivo é um ato gerador de riscos. A todo instante corremos riscos em nossas vidas, sob pena de congelamento da vida social. O perigo de um dano é inerente a toda atividade humana”.⁴²

⁴⁰ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 104.

⁴¹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 18-19.

⁴² BRAGA JÚNIOR, Américo. *Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs*. Belo Horizonte: Ius, 2010. p. 49.

Com isso, a conclusão de Greco é que “perigosas são apenas as ações que gerem uma possibilidade de dano não tão remota, que pareça desprezível para um homem prudente”.⁴³ O que resulta não ser necessariamente o aspecto objetivo e subjetivo que vai definir um agir como crime. É importante, então, delimitar a ação de um agente para propiciar uma conclusão sobre ela formar ou não um risco não protegido. Notável essa visão, pois, para se imputar um fato como crime a alguém, este fato deve agredir um risco não protegido pela completude do direito.

É interessante, então, realizar um ponto de ligação com a filosofia do francês Paul Ricoeur, que é explicado por meio da seguinte indagação: “Acaso não se poderia até dizer que, em vez de se oporem polarmente, imputação e risco se sobrepõem e se reforçam mutuamente, visto que, numa concepção preventiva da responsabilidade, o que nos é imputável são os riscos não cobertos?”.⁴⁴

Por isso, deve-se avaliar quando um risco não será protegido pelo âmbito de alguma imputação. Daí, a necessidade de vislumbrar o caso e saber se o agente agiu ou não conforme deveria na sociedade. Explica ainda Ricoeur que existe “a tarefa de reconhecer entre inúmeras consequências da ação aquelas pelas quais podemos legitimamente ser considerados responsáveis, em nome de uma moral da circunspecção”.⁴⁵ Neste caso, esta circunspecção deve ser vista com o abrangido ou não pelo conceito de risco não permitido.

Entende o doutrinador brasileiro Busato que, por meio desta linha-mestra, “é possível resolver os casos em que não há criação nem incremento do risco, negando a possibilidade de imputação para as condutas que, se realizadas dentro dos padrões exigidos pela norma, não teriam logrado evitar o resultado”.⁴⁶

É este o caso do primeiro exemplo formulado por Roxin:⁴⁷ quando uma pessoa incitou outra a viajar para um local com alto índice de criminalidade, não significa que esta última vá realmente morrer. Apesar de ser uma atitude quiçá reprovável em um campo deontológico, na objetividade e na subjetividade dolosa, não era certa a ocorrência do homicídio da vítima. Com isso, não se deu vida para um risco não permitido, inexistindo a criação de um perigo de morte com impacto no âmbito jurídico.

⁴³ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

⁴⁴ RICOEUR, Paul. *O Justo I: a justiça como regra moral e como instituição*. Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 61.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 338.

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102-103.

Com esse mesmo exemplo, é assim que explica Roxin:

Instigar alguém a uma viagem à Flórida, ainda que, em seu aspecto objetivo, constitua a causa de uma morte, e, subjetivamente, tenha por finalidade a morte da vítima, *não pode sequer objetivamente constituir uma ação de homicídio*, porque tal conduta não criou um perigo de morte juridicamente relevante e não elevou de modo mensurável o risco geral de vida. (Grifo do autor).⁴⁸

Logo, denota-se que, apesar de ser mencionada a finalidade do agente, o dolo propriamente dito, como caráter subjetivo, seria injusto condená-lo por isso. Consequentemente, é explicado o não enquadramento da conduta do agente em instigar outro a fazer uma viagem, de modo a não tornar necessária uma avaliação do critério subjetivo. Considerando a morte do incitado a viajar, Roxin conclui: “Não pode ser portanto imputada ao provocador da viagem como ação de homicídio. Isto significa que sequer o tipo objetivo do homicídio está preenchido, de modo que a pergunta a respeito do dolo sequer se coloca”.⁴⁹

Do mesmo modo, é aplicável a noção da criação de um risco não permitido, o segundo exemplo da primeira categoria dada por Roxin,⁵⁰ quando um vendedor realiza a venda de um punhal para alguém suspeito. O caso é que se trata de um risco permitido, pois, segundo Roxin, “uma vida ordenada em sociedade só é possível se o indivíduo, em princípio, puder confiar em que as pessoas com quem interage não cometerão delitos dolosos”.⁵¹ Se do exemplo conclui-se a criação de um risco não permitido, aquele que vende uma caixa de fósforos, com a qual será realizado um incêndio criminoso, também deveria ser punido.

Lança-se mão, então, de um brilhante exemplo dotado de *reductio ad absurdum* formulado por Roxin: “É possível partir o crânio de alguém com um caneco de cerveja bávaro. Mas o risco de tal utilização abusiva é permitido pelo Estado, pois a sociedade não pode funcionar sem bens passíveis de abuso”.⁵²

Seria impossível imputar um fato criminoso ao vendedor de um caneco de cerveja bávaro, porque foi usado por um comprador com finalidade homicida. O que, por consequência, faz com que também não seja possível, quanto à venda de um punhal ou de uma caixa de fósforos.

⁴⁸ Idem, p. 104.

⁴⁹ Idem, p. 105.

⁵⁰ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102-103.

⁵¹ Ibidem, p. 105.

⁵² Idem.

Mais adiante, esse exemplo poderá ser compreendido também pela concepção de Jakobs, com a noção do princípio da proibição de regresso.⁵³ Todavia, Roxin usa o princípio da confiança para elucidar seus exemplos.

Tal princípio, conforme o doutrinador alemão, dispõe do fato de que os cidadãos vivem em uma sociedade na qual há uma esperança mútua, entre eles, de haver um comportamento adequado para cada situação cotidiana. Roxin explica o princípio da confiança por meio do direito penal de trânsito, é o caso em que

pode-se confiar em que os outros se comportarão conforme ao direito, enquanto não existirem pontos de apoio concretos em sentido contrário, os quais não seriam de afirmar-se diante de uma aparência suspeita (pois se trata de um critério vago, passível de aleatórias interpretações), mas só diante de uma *reconhecível inclinação para o fato* (*erkennbare Tatgeneigheit*). Tal inclinação existiria, p. ex., se, no momento em que estivesse ocorrendo uma perigosa rixa diante da loja, o vendedor entregasse o punhal a um dos contendores. Na hipótese de que alguém fosse morto com o punhal, o vendedor deveria ser punido por homicídio culposo ou por cumplicidade no homicídio, de acordo com o seu conhecimento da situação.⁵⁴

Trata-se no exemplo citado de um caso em que pelas circunstâncias óbvias percebe-se a possibilidade de ter ocorrido falha do vendedor em vender um punhal a uma das pessoas que se puseram a participar de um delito de rixa, diante da loja, em uma situação na qual fosse impossível não ser percebida pelo vendedor. É um caso que, segundo Roxin, desafiaria o princípio da confiança.

Nesse sentido também interpreta Callegari, quando entende que o princípio da confiança se aplica nos “casos em que uma atividade geradora de riscos é permitida em determinadas circunstâncias, bem existindo uma regulamentação expressa [...] ou sem tal regulamentação [...]”.⁵⁵ Assim, independentemente de estarem tipificadas em leis, percebe-se a existência de que determinadas atividades, apartadas de seu caráter subjetivo, não geram riscos não permitidos em se tratando do princípio da confiança.

Outrossim, fica claro que, dentro de uma sociedade, pode-se esperar um agir nas conformidades do estabelecido. Nesse ínterim, pondera Jesus que, no princípio da confiança, “parte-se da regra de que todas as pessoas são responsáveis e agem de acordo com as normas da sociedade, no sentido de evitar dano a terceiros”.⁵⁶

Segue exemplificando então o doutrinador brasileiro com o seguinte caso:

⁵³ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁵⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 105.

⁵⁵ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 75.

⁵⁶ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 46.

Se estamos dirigindo e vemos, a distância, um cidadão aguardando um momento oportuno para cruzar a rua, *confiamos* que ele não vai tentar a travessia na frente do veículo em movimento. [...]. De modo que o risco de certos comportamentos não depende somente de nós mas também dos outros cidadãos.⁵⁷

Por conseguinte, é por meio das expectativas que se tem entre os membros de uma sociedade que se firma o princípio da confiança. Confia-se que nas constantes relações sociais do dia a dia, as pessoas com as quais se trata ajam em conformidade com as normas estabelecidas para a sociedade.

Com isso, fica exposta a primeira linha mestra da teoria da imputação objetiva, segundo a formulação de Roxin, ou seja, a criação de um risco não permitido, quando é necessário para tal a consideração do princípio da confiança, como diretriz para a vida estabelecida em sociedade.

1.1.2 Realização do risco não permitido em um resultado

Além da criação de um risco não permitido, existe a necessidade de que este risco venha a ser realizado, ou seja, deve haver necessariamente um resultado. Trata-se aqui do exemplo do acidente com a ambulância formulado por Roxin.⁵⁸

Como seria possível imputar um tipo penal a alguém, quando a *causa mortis* advém de circunstâncias adversas planejadas pelo autor? No caso em tela, é óbvia a criação de um risco não permitido ocorrido quando A atirou em B com objetivo de matá-lo. Porém, isso não é suficiente para que se possa condenar A pela morte de B, em circunstâncias que não as consequentes do ferimento causado pelo projétil.

O resultado que A buscou, ao desferir o tiro, foi assassinar B por meio do ferimento que uma bala poderia causar. Ocorre que, ao ser levado em uma ambulância, B correu o risco inerente a qualquer atividade na sociedade de sofrer um acidente, vindo a expirar por meio desse próprio infortúnio. Logo, não foi em decorrência do tiro que B faleceu.

Há quem diga que, independentemente de ter sido pelo tiro a causa da morte de B, este só estava na ambulância por causa da tentativa realizada por A. Ora, não houve neste caso um aumento do risco de morrer de B, devido ao transporte, conforme explica Roxin:

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102-103.

O risco de morrer em um acidente não foi elevado pelo transporte na ambulância; ele não é maior do que o risco de acidentar-se quando se passeia a pé, ou com o próprio automóvel. Falta, portanto, a realização do risco criado pelo tiro, de modo que o resultado morte não pode ser imputado àquele que efetuou o disparo como sua obra. Ele não cometeu uma ação de homicídio, mas somente uma ação de tentativa de homicídio.⁵⁹

Portanto, o máximo que se poderá imputar a A, quanto ao exemplo então usado, é uma tentativa de homicídio, pois a causa da morte de B não teve relação com o risco criado (mas não realizado) por A, visto que, andar numa ambulância não eleva os riscos de morte em relação a outro meio que se use como transporte, sendo indiferente o caso.

É necessário, nesse aspecto, fazer uma relação com a teoria causal da ação, em que, pela ação realizada por A, poderia ser-lhe então imputado o delito de homicídio. Isso se deve porque, na teoria causal, não é realizada uma separação de acontecimentos quanto às suas adversidades: é como se fosse passada uma borracha entre o tiro desferido por A e a morte de B, importando tão somente o ato de atirar como causa do resultado.

Também, em se estabelecendo um *link* com a teoria final da ação, para evitar uma condenação visivelmente injusta, valer-se-ia da explicação da não existência do dolo, uma vez que houve um desvio essencial. Mas aí está o problema, o dolo sempre existiu; A realmente desejava a morte de B, independentemente se este último tenha morrido por causas adversas daquelas planejadas por A.

Nesse sentido, explica-se, por meio da teoria da imputação objetiva, que não se realizou o resultado do risco não permitido criado pelo agente. Por isso, relacionando as duas teorias, determina Roxin que, “enquanto a teoria da imputação objetiva considera já o tipo não preenchido, a teoria mais antiga, que também é defendida pela jurisprudência, exclui somente o dolo”.⁶⁰

Ainda, amplia a sua explicação o referido autor, quando refere que,

na verdade, a consideração de que aqui se trata de um problema de dolo é uma solução aparente, pois o decisivo é justamente se existe ou não um desvio essencial, e isto é um critério objetivo. De fato, trata-se de um ponto de vista bastante vago, pois o conceito de “essencialidade” ainda precisa ser preenchido com algum conteúdo. Mas se tentarmos concretizá-lo, chegaremos à conclusão de que um desvio é essencial, quando nele não se realiza o risco contido na ação de tentativa. Daí se vê que o deslocamento do problema para a doutrina do dolo não faz mais que dar uma roupagem subjetiva a uma questão de imputação objetiva, obscurecendo, além disso, a solução, através do uso de elementos pobres de conteúdo como a “essencialidade”.⁶¹

⁵⁹ Ibidem, p. 106.

⁶⁰ Ibidem, p. 107.

⁶¹ Idem.

Em razão de a teoria final da ação necessitar explicar, por meio da subjetividade, criou-se a noção do desvio essencial, para caracterizar a ausência de dolo, o que não passa de um subterfúgio, que busca explicar o que a teoria da imputação objetiva coloca com clareza. Afinal, houve um desvio essencial (quando da não realização do risco não permitido), porém não de critério subjetivo, mas objetivo, quando o risco não permitido, criado pelo autor, não foi realizado.

O exemplo formulado por Callegari auxilia no objetivo de tornar clara a definição acerca da realização do risco não permitido:

“A” agride a “B” com uma arma branca, cravando-a no tórax. Traslado “B” com urgência a um centro hospitalar, o médico “M” comunica aos familiares de “B” que, em princípio, não há que temer por sua vida. Entretanto, “M” ordena que se administre a “B” um medicamento que facilita a coagulação sem elevar a cabo previamente – como é preceptivo de acordo com o atual estágio da ciência médica – uma análise do sangue para verificar a tolerância ao medicamento. “B” sofre um choque e morre.⁶²

Neste último exemplo, é visível que não obstante a criação de um risco não permitido pelo autor da agressão, a morte da vítima veio a ser ocasionada por um erro médico; logo, também havendo um desvio na realização de um risco não protegido por parte de “A”.

Nesse caso, tem-se, por meio de exemplos, uma mesma explicação; há então a necessidade de não ser somente criado um risco juridicamente não protegido, para que se possa imputar um resultado a alguém; deve esse resultado advir da própria criação do risco. Por isso, para Busato,

não basta a criação de um risco não permitido. É necessário que este seja o risco que se plasma no resultado. Essa correspondência é, sem dúvidas, essencial. O próprio equilíbrio fundamental da dupla desvalorização realizada na incriminação (desvalor de ação e desvalor de resultado) assim o determina.⁶³

Consequentemente, o conceito da realização do risco não permitido torna-se essencial para a compreensão da teoria da imputação objetiva, em que não basta uma simples relação de causa, nem um critério subjetivo, para se ter a imputação de um fato como crime a alguém, sendo necessária a sua conversão em um resultado.

⁶² CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 70.

⁶³ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 340.

1.1.3 O alcance do resultado pelo tipo penal

Das linhas mestras da teoria da imputação objetiva, expostas por Roxin, a terceira e última trata especificamente de que o resultado pela criação de um risco não protegido seja alcançado pelo tipo penal.

Apesar de parecer a princípio que todo resultado advindo de um risco não protegido seja imputável ao autor, não raro isso não ocorre, como é o caso da terceira categoria de exemplos citada por Roxin.⁶⁴

Analizando o caso, tendo “A” vendido uma droga ilícita à “B”, independentemente de uma imputação penal devido ao tráfico, não há que se falar em condenação por crime doloso (dolo eventual) cometido pelo traficante. O que vai contra a teoria da causalidade, posto que, estabelecida uma relação causal, não se deveria pensar duas vezes para a condenação.

Ocorre que, conforme Roxin, “o risco não permitido se realizou, pois aquele que recebeu a droga faleceu graças à injeção de heroína. E, ainda assim, a causação de uma morte com dolo eventual – que é o que podemos constatar no traficante – não é uma ação de homicídio”.⁶⁵

Para elucidar a explicação, Roxin desenvolve o princípio da autorresponsabilidade da vítima, pois esta se colocara em perigo por sua livre vontade. Explica então que

não poderá ser punível a participação em uma autocolocação em perigo, quando houver por parte da vítima uma completa visão do risco, como no nosso caso, em que existe um suicídio praticado com dolo eventual. O alcance do tipo (*Reichweite des Tatbestands*) não abrange essa hipótese [...].⁶⁶

Destarte, conclui-se que o tipo penal, protetor do bem jurídico, não abrange os casos em que a vítima se autocolocou em perigo, em uma situação de clara presunção do risco. Na verdade, para ser vítima, esta deve agir como tal, pois quando esta reconhece um risco e livremente se expõe a ele, faz com que não exista uma proteção pelo tipo penal, ou seja, conforme aponta Greco, “quem se limita a participar de um comportamento perigoso realizado pela própria vítima não pode ser punido, caso as coisas de fato acabem mal”.⁶⁷ Ainda, quanto a isso, Braga Júnior refere que “a teoria da autocolocação em perigo [...], entende não haver a imputação do resultado quando a

⁶⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102-103.

⁶⁵ Ibidem, p. 107-108.

⁶⁶ Ibidem, p. 108.

⁶⁷ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 66.

vítima, induzida ou instigada pelo agente, atua voluntária e conscientemente de que seu comportamento gera risco ao bem jurídico”.⁶⁸

Para incrementar a explicação com outro exemplo, pode-se trazer o caso descrito por Callegari:

“A” e “B” que não se conheciam até este momento, coincidem numa noite num local de baile. Depois de entabularem conversações, bailar, passear, etc., mantêm relações sexuais sem fazer uso de preservativo. “A” sabe que é portador do vírus da imunodeficiência humana, mas não menciona esta circunstância. “B” resulta contagiado.⁶⁹

Com efeito, houve uma autocolocação em perigo por parte de “B”, sendo que, pela teoria da imputação objetiva, não haveria o porquê de uma condenação a “A” pelo contágio. “B”, devido ao nível mínimo de que se espera sobre a noção dessa informação, deveria saber os problemas de se manter relações sexuais sem a devida proteção; afinal, assumiu por completo a possibilidade de risco do contágio.

Assim explica o próprio autor:

Se se parte de que HIV e AIDS já não são desconhecidos em nossas sociedades, pode-se chegar a afirmar que num contato casual, pouco intenso, como o referido, não há no fato de manter relações sexuais uma afirmação implícita no sentido de ‘e ademais, isto não gera nenhum risco que parta de mim’: lidar com os riscos de contágio implícitos em tal contato sexual é assunto de cada qual. O raciocínio, está claro, depende de que papel social jogue a infecção em questão. Se já é um fato incorporado à vida social, isso deve ser levado em conta. E quem pensa que não pode ser correto que o tipo de homicídio não proíba a gênese consciente de um risco potencialmente mortal, deve fazer o experimento mental correspondente à culpa inconsciente: se o risco de transmitir o HIV é só assunto do portador, deverá afirmar-se a possível responsabilidade pelo homicídio culposos (ou, ao menos, pelas lesões corporais graves por culpa) de quem, devendo suspeitar que pode ser portador (pela sua vida sexual prévia; por ser originário de um determinado país de alta prevalência da enfermidade; por haver sofrido uma operação cirúrgica antes das análises sistemáticas nas transfusões de sangue, etc.), apesar disso, mantém relações sexuais de risco.

Cumprindo-se os critérios acabados de expor, pode-se afirmar que a conduta do “autor” não objetivamente imputável – apesar de não concorrer nenhum risco permitido nem uma proibição de regresso – nos casos como a entrega de estupefacientes ou outras substâncias perigosas, as condutas conjuntas arriscadas no marco do tráfico rodado, como as competições irregulares ou o fato de que o condutor ébrio transporte a outro sujeito, ou determinados casos em que se produz um contágio de uma perigosa enfermidade.⁷⁰

⁶⁸ BRAGA JÚNIOR, Américo. *Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs*. Belo Horizonte: Ius, 2010. p. 55.

⁶⁹ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 70.

⁷⁰ Ibidem, p. 84.

Com isso, uma autocolocação em risco de contágio não gera, segundo a teoria da imputação objetiva, imputabilidade para o autor, como também é o caso de uma vítima que se lesiona após pegar carona com um amigo bêbado.

Na hipótese da vítima não possui a plena consciência das consequências de seu comportamento, devemos imputar objetivamente o resultado produzido àquele que induziu ou instigou a realização da conduta perigosa, pois ausente estava o elemento fundamental da autocolocação em perigo como filtro da imputação, isto é, a vontade e a consciência de que a realização da conduta possa produzir resultados indesejáveis.⁷¹

Depreende-se, então, a ponderação realizada por Braga Júnior, a respeito do conceito da autocolocação em perigo disposta em Roxin:

A teoria da autocolocação em perigo, elaborada por CLAUS ROXIN, entende não haver a imputação do resultado quando a vítima, induzida ou instigada pelo agente, atua voluntária e conscientemente de que seu comportamento gera risco ao bem jurídico.⁷²

Em conclusão, deve haver uma aceitação da vítima para uma colocação em perigo, quando consciente dos riscos de sua conduta. Conforme conclui o mesmo autor,

a imputação objetiva, portanto, somente poderá restar excluída se a autocolocação em perigo for fruto de uma opção consciente por parte do ofendido, apta a tornar atípico o comportamento daquele que o induz, instiga ou auxilia.⁷³

Portanto, fica estabelecida também, como a terceira linha mestra, formulada por Roxin, sobre a teoria da imputação objetiva, a necessidade do tipo penal alcançar o resultado, sendo para isso indispensável que a vítima se comporte como tal, não ocasionando a realização de um resultado por meio de uma autocolocação em perigo.

1.1.4 Breves disposições de Roxin acerca da teoria da imputação objetiva

Finalizada então a explanação a respeito das linhas mestras componentes da teoria da imputação objetiva, reconhece Roxin que seus exemplos, antes dispostos, “abrangem unicamente uma pequena parcela da multiplicidade de problemas que se pode

⁷¹ BRAGA JÚNIOR, Américo. *Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs*. Belo Horizonte: Ius, 2010. p. 55.

⁷² Idem.

⁷³ Ibidem, p. 57.

solucionar através da teoria da imputação objetiva”.⁷⁴ Passa-se então a mencionar alguns campos da aplicação da doutrina da teoria.

Um desses campos trata de ações que diminuem riscos, não devendo ser imputadas ao tipo objetivo “apesar de serem causa do resultado em sua forma concreta e de estarem abrangidas pela consciência do sujeito”.⁷⁵ Ocorrem quando há, por exemplo, o convencimento de um assassino a somente lesionar a vítima, ocasião em que não deverá haver punição por participação, pois a conduta diminuiu o risco.

Dessa orientação comunga Jesus, ao referir que “não há imputação objetiva da conduta ou do resultado quando o sujeito age com o fim de diminuir o risco de maior dano ao bem jurídico”.⁷⁶ É necessário, então, estar clara a intenção de diminuir um risco por meio de um agir, a fim de configurar tal dispositivo.

Também há o caso em que se trata de um risco permitido; indo, dessa forma, além do princípio da confiança. É o caso de quando existem ações que, por sua natureza, apresentam perigos e, por si sós, causam riscos inerentes a sua atividade.

Com isso, afirma Roxin que, quando devido à

utilidade social, ações perigosas forem permitidas pelo legislador – em certos casos, sob a condição de que se respeitem determinados preceitos de segurança – e, mesmo assim, ocorra um resultado de dano, esta causação não deve ser imputada ao tipo objetivo.⁷⁷

Por conseguinte, ainda que um agente se mantenha conforme os requisitos de segurança, poderá ocorrer algum dano, sem que, com isso, se caracterize o tipo penal. É o caso do exemplo quanto ao tráfego de veículos formulado pelo referido autor:

Aquele que respeita as regras de trânsito e, ainda assim, acaba envolvendo-se em um acidente, com consequência de lesões a bens jurídicos, não praticou ação de homicídio, lesões corporais ou dano; pois as lesões aos bens jurídicos não decorreram de um risco proibido, e sim de um risco tolerado pela lei.

Saliente-se que, no exemplo citado, em se tratando de trânsito, é necessário que se cumpram determinados preceitos de segurança, para que não se crie um risco não permitido. É imperioso que, em casos assim, sejam cumpridas de maneira correta as regras estabelecidas para o trânsito.

⁷⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 109.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 76.

⁷⁷ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 109.

Ainda, existem casos em que, como no exemplo da segunda categoria formulado por Roxin,⁷⁸ o autor não pode ser responsabilizado por um desvio essencial, como um acidente com a ambulância. De mesmo modo, não pode ser responsabilizado por terceiro quando a consequência é por erro deste.⁷⁹

Acontece o mesmo quando determinado sujeito atira contra sua vítima. Esta, não morrendo, é levada ao hospital e morre em decorrência de mau uso de anestesia. Incorre nesse caso o erro realizado por um terceiro (o médico anestesista), sem que o agente causador da morte seja aquele que disparou.

Com efeito, não haverá aplicação do tipo penal para o agente, visto a morte ter ocorrido de maneira adversa da qual intentada. Portanto, ocorrendo um desvio essencial, não será avaliado o critério subjetivo do crime, devido a não ter sido configurado algum ato tipificado em lei.

Com isso, segundo determinação de Roxin, “tais erros, mesmo que previsíveis, já não se encontram no âmbito de responsabilidade do primeiro causador, não sendo, portanto, alcançados pelo tipo”.⁸⁰ Assim, conforme o exemplo, não deve o resultado ser imputado ao causador dos disparos.

Busca então Roxin, por meio dessas complementações, tornar clara a teoria da imputação objetiva, por ele desenvolvida em proporções que a colocaram no cenário jurídico, como uma nova possibilidade na resolução das crises que pairam sobre o direito penal.

1.2 A imputação objetiva do comportamento: uma visão da teoria sob a ótica de Günther Jakobs

Após os primeiros desenvolvimentos acerca da teoria da imputação objetiva, realizados pelo doutrinador alemão Roxin, passou a teoria por novas interpretações e evoluções, no seu curso de vida. Dentre os doutrinadores que a estudaram, conquistou reconhecimento o jurista alemão Günther Jakobs pelo seu trabalho realizado.

Já tendo afirmado o emérito jurista Beccaria, que “a exata medida dos crimes é o prejuízo causado à sociedade”,⁸¹ Jakobs, em seus estudos a respeito da teoria, passou a desenvolvê-la de acordo com o que denominou de contatos sociais. São as relações que se tem, a todo o momento, quando se trata de uma sociedade; com isso há a conclusão

⁷⁸ Ibidem, p. 102-103.

⁷⁹ Idem, p. 113-114.

⁸⁰ Ibidem, p. 114.

⁸¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 70.

de que “a imputação objetiva do comportamento é imputação vinculada a uma sociedade concretamente considerada”.⁸²

Para tanto, explica o autor que, na interpretação realizada a respeito dessas relações sociais,

é útil refletir sobre todos nós e se sempre (ou quando) devemos tomar em conta todas as consequências desses possíveis *contatos*. Este é o problema da imputação objetiva do *comportamento*, que será tratado em separado de modo exclusivo, deixando à margem a imputação do resultado.⁸³

À vista disso, é que se entende o estudo realizado pelo autor a respeito dos comportamentos e seus enquadramentos na sociedade, porque determinados contatos podem causar certas consequências e, daí, o julgamento deve ocorrer por meio de um filtro da tipicidade penal, de modo objetivo.

Assim, Vasconcellos, ao reconhecer que “no estudo da imputação objetiva, a leitura dos textos de Jakobs se torna indispensável”,⁸⁴ refere que “Jakobs dá continuidade ao seu objetivo de estruturar toda a teoria do crime a partir de sua orientação funcionalista radial, crendo que a função do poder punitivo é a reafirmação da norma que o comportamento delitivo violou”.⁸⁵

Com isso, pode-se entender a sociedade por meio de sua efetivação nas constantes relações entre os membros que a compõem. Sobre isso, explica Américo Braga Júnior que há uma realização da sociedade,

através da comunicação entre seus membros; assim, o fato como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade.⁸⁶

Desta forma também entende Vasconcellos ao declarar que “os indivíduos determinam suas posturas e suas ações em sociedade, tendo a expectativa de que os

⁸² JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 17.

⁸³ Ibidem, p. 14.

⁸⁴ VASCONCELLOS, V. G. de. Breves apontamentos acerca dos aportes de Günther Jakobs à teoria da imputação objetiva. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 14, n. 82, p. 68, abr./nov. 2013.

⁸⁵ Ibidem, p. 61.

⁸⁶ BRAGA JÚNIOR, Américo. *Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs*. Belo Horizonte: Ius, 2010. p. 62.

demais se comportem de determinada maneira, cumprindo com as normas estabelecidas”.⁸⁷

É esta também a compreensão de Zaffaroni, Slokar e Alagia, uma vez que entendem que,

para Jakobs, la respuesta está dada por la *defraudación de las expectativas derivadas de un rol*. La persona es um ente portador de roles (papeles sociales: maestro, médico, padre, carnicero, etc.). El poder punitivo garantizaría para este autor la seguridad de las expectativas conforme a estos roles: o sea que el maestro no corrompa a los niños, que el médico no mate a sus pacientes, que el padre no abandone a sus hijos, que el carnicero no venda carne podrida, etc. Cualquier resultado lesivo que se produzca sin violar las expectativas correspondientes al rol no serían imputables objetivamente a los agentes.⁸⁸

Com o que Zaffaroni, Slokar e Alagia concluem: “Jakobs normativiza el rol (papel social) y, por ende, em todos los casos considera que el autor se halla em *posición de garante* respecto del bien jurídico”.⁸⁹

É por meio de um agir que se desvia do comportamento adequado da sociedade, que haverá uma imputação objetiva. Comunga desta orientação o doutrinador Callegari, que entende não estarem somente na relação entre conduta e resultado os problemas centrais que a teoria vem explicar, visto terem esses problemas nexos “com a determinação de quais dos *comportamentos* que aparentemente podem subsumir-se sob o tipo que o realizam, em sentido estrito”.⁹⁰

Além disso, Callegari aponta haver uma interpretação a respeito da teoria da imputação objetiva, que a volta para o resultado, quando deveria ser analisado o comportamento. Conforme explica o autor,

a doutrina majoritária normalmente concebe a teoria da imputação objetiva como uma teoria da imputação do resultado, como se verifica também no Brasil através de algumas obras ou artigos publicados. Entretanto, como se acaba de assinalar, isso não se compadece com a própria *práxis* da doutrina dominante, que inclui neste marco teórico considerações em realidade pertencentes à determinação da conduta típica. Por isso, um crescente setor doutrinário – em que se destacam as colocações de *Frisch e Jakobs* – propôs orientar a teoria da imputação objetiva para entendê-la como revisão do tipo objetivo. Passa-se assim da imputação do resultado à imputação da conduta como típica.⁹¹

⁸⁷ VASCONCELLOS, V. G. de. Breves apontamentos acerca dos aportes de Günther Jakobs à teoria da imputação objetiva. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 14, n. 82, p. 61, abr./nov. 2013.

⁸⁸ ZAFFARONI E. R.; SLOKAR A.; ALAGIA A. *Manual de derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: AR, 2011. p. 392.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 73-74.

⁹¹ Ibidem, p. 74.

Destarte, passa-se a considerar, com as noções de Jakobs, a teoria quanto à interpretação de um comportamento realizado e não pelo resultado a que se tenha dado causa e, por isso, a denominação da teoria como sendo sobre a imputação objetiva do comportamento e não simplesmente do resultado.

Continua então Jakobs a explicar que, no curso de determinados contatos sociais, quando existente a causação de um dano, haveria então um autor e uma vítima. Assim refere o jurista:

Sempre que se trate de um *contato social*, quando este produz um dano, teoricamente ao menos duas pessoas se veem implicadas: uma vítima e um autor, utilizando-se aqui a denominação *autor* só de modo provisório (*prima facie* não se pode excluir que a pessoa em questão seja autor).⁹²

Porém, no curso da interpretação do dano e sua relação com a sociedade, pode haver muitas pessoas envolvidas no contato social. Dessa forma, os terceiros poderiam ser também autores do dano, dependendo da forma como se analise o dito contato. Conforme Jakobs, é necessário “identificar as terceiras pessoas que poderiam tomar parte de determinada maneira no contato e que, portanto, também seriam potenciais autores”.⁹³

E, portanto, a possibilidade de um terceiro ser o verdadeiro autor de um crime, tendo-se assim que, “quem seja denominado autor e quem seja *terceiro* depende unicamente da circunstância de qual seja a pessoa com a qual se inicie a análise ao tentar resolver um caso”.⁹⁴

Para explicar, formula o autor o seguinte exemplo:

Um agricultor incorpora à sua fazenda uma nova máquina; um de seus peões dela se aproxima cheio de curiosidade e termina ferido pela máquina. Além do agricultor, como autor, e do peão, como vítima, também o fabricante e o distribuidor da máquina tomaram parte na situação.⁹⁵

Isso ocorre porque determinadas ações podem ser enquadradas, conforme a sociedade, como não prejudiciais, isto é, não causadoras de um risco não permitido. E, por isso, conforme o jurista germânico,

explicar por meio da imputação tem por significado o seguinte: o risco pelo qual deve responder um dos intervenientes (ou vários deles) é definido como causa

⁹² JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 14.

⁹³ *Ibidem*, p. 15.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ *Idem*.

determinante, enquanto que todas as demais condições se consideram não determinantes, é dizer, estimam-se socialmente adequadas.⁹⁶

Nessa situação, dispõe então Jakobs de três hipóteses, a fim de explicar o dano por meio da imputação. Como primeira possibilidade, há o caso de ser imputado o dano à vítima, em uma espécie de autocolocação em perigo. Explica o autor como sendo o caso de, em se tomando a vítima pelo curso lesivo, “explicar o tal curso por meio de sua própria atividade concorrente para o dano. Por exemplo: quem manuseia uma nova máquina cria, por meio da violação de seus deveres de autoproteção, o risco de sofrer um dano”.⁹⁷

A segunda possibilidade proposta por Jakobs leva em conta o agir do autor, ao colocar a máquina disponível para atividade. Deste modo, segundo o autor, “quem põe em funcionamento máquinas novas deve ocupar-se de que nenhum curioso se lesione”.⁹⁸

Além disso, uma terceira hipótese considera a possibilidade de se imputar o dano ao fabricante e ao distribuidor das máquinas. Entende Jakobs que “quem constrói, fabrica ou vende máquinas deve ocupar-se de que todas as peças potencialmente perigosas sejam idealmente seguras, quaisquer que sejam as condições de funcionamento”.⁹⁹ Essa hipótese permite, então, ser imputado o curso lesivo a terceiros, devido às condições da máquina.

Portanto, dispõe também o autor sobre a possibilidade de, paralelamente às três situações dispostas, existir outra hipótese, esta seria

uma explicação meramente cognitiva: a nenhum dos intervenientes deve reprovar-se nada – o desenho respeita o padrão, a colocação em funcionamento também, e o trabalhador curioso atuava impulsionado por um louvável instinto de adquirir maiores conhecimentos, só que teve a infelicidade de ferir-se, e evitar todas as fatalidades ou acidentes possíveis resultava impossível nas condições dadas para o caso.¹⁰⁰

Portanto, não é necessariamente pela existência de um curso lesivo, que se poderá imputá-lo como crime a alguém. Por vezes, o infortúnio não tem por culpados a vítima, o autor ou algum terceiro; sendo somente uma fatalidade ou algum acidente. Consequentemente, “quanto menor for o erro dos intervenientes, em maior medida o

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 15-16.

curso constitui uma fatalidade ou acidente, até que, em último extremo, se ninguém se equivocou, só resta o *infortúnio* como explicação”.¹⁰¹

Contudo, há também a possibilidade de serem conjuntas determinadas condutas. Conforme exemplifica Jakobs, ambos, “o autor como o terceiro, tenham infringido seus deveres de garantir a segurança da máquina; ou pode ser que tanto o autor como a vítima sejam competentes, o que equivaleria à concorrência de culpas que se conhece no Direito Civil”.¹⁰²

Faz-se necessário saber, dentre tantas possibilidades, qual representaria a chave para o problema de a quem imputar o curso lesivo. Para se encontrar tal resposta, é preciso levar em conta a sociedade atual. É dela que se extrairá as conclusões a respeito dos inúmeros contatos sociais estabelecidos diariamente.

É assim que explica Jakobs: “o estado atual de desenvolvimento alcançado pela sociedade concreta da qual se trate é um dos ensinamentos nucleares da teoria da imputação objetiva do comportamento”.¹⁰³

Em conclusão, é por meio da avaliação da sociedade atual que poderá se encontrar a correta imputação para o dano. Pondera então Jakobs:

É bastante certo que a imputação como *forma* se reconduz aos inícios da cultura humana [...], mas seu *conteúdo* depende do correspondente contexto social, como se pode deduzir facilmente do exemplo antes mencionando: uma sociedade que aprendeu a conviver diuturnamente com a tecnologia esperará de um fabricante de máquinas que este não crie novos riscos desnecessários e, portanto, impor-lhe-á o dever de garantir a segurança e a inventividade das novas máquinas em todas as condições de funcionamento, exonerando, deste modo, tanto quem a adquire (autor) como quem a manipula (vítima). Pelo contrário, uma sociedade que esteja necessitada de avanços tecnológicos tolerará uma quantidade maior de riscos; por conseguinte, exonerará o fabricante e imporá ao proprietário e à potencial vítima a obrigação de garantir a segurança, e inclusive pode ser que esta sociedade considere desejável o espírito empreendedor do adquirente da máquina e a curiosidade do operário, exonerando-os, respectivamente, dos deveres de proteção ou autoproteção; de ser assim, a lesão converte-se em fatalidade ou acidente.¹⁰⁴

Nessa mesma linha, concebe o filósofo político Rawls que “as diversas concepções de justiça provêm das distintas noções de sociedade, contra um pano de fundo de visões conflitantes acerca das necessidades naturais e das oportunidades da vida humana”.¹⁰⁵

¹⁰¹ Ibidem, p. 16.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 16-17.

¹⁰⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 11.

Destaca-se, então, a importância da interpretação da sociedade para, de acordo com as variadas concepções de justiça, saber quando a atitude de um agente pode ser reprovável e, portanto, objetivamente imputável.

Percebe-se, então, a necessidade de um enquadramento das diversas condutas em um contexto social; de todas as possibilidades, como as dispostas por Jakobs, quais seriam escolhidas como verdadeiras causas puníveis. É por meio dessa matriz fundamentadora de uma sociedade, que se encontrará o fato punível. Por isso, a conclusão de Jakobs, quando refere ser a teoria da imputação objetiva do comportamento “uma imputação vinculada a uma sociedade concretamente considerada”.¹⁰⁶

Decorrem disso, então, as respostas quanto a quem seria correto imputar um delito, de acordo com a sociedade. E nesse mesmo aspecto reside a dificuldade em que se encontram tanto a teoria causal como a finalista. Em se elevando o nível de entendimento referente aos contatos sociais dispostos por Jakobs, é que se poderá perceber as dificuldades das duas teorias referidas, para responder determinadas perguntas. Conforme Jakobs,

as respostas habituais à pergunta sobre porquê se imputa a morte especificamente a quem disparou seriam as seguintes: porque causou a morte, ou causou-a de modo adequado ou, de qualquer modo, causou-a dolosamente. Estas seriam as respostas de causalistas e finalistas. Mas estas respostas, em seu naturalismo, são absolutamente insuficientes. O resultado também foi *causado* por um círculo incalculável de pessoas, incluindo a própria vítima; quem a causou de modo adequado ou doloso são algumas a menos, mas seguem superando o número de destinatários idôneos da imputação. Neste sentido, o construtor de uma arma pode ter causado uma morte de modo adequado e, inclusive, conscientemente, sem que simplesmente por isso possa lhe ser imputado o homicídio.¹⁰⁷

De todo caso, volta-se ao problema disposto ainda por Roxin, quanto à alta abrangência que tem o tipo penal para as teorias causalistas e finalistas, e daí a necessidade de um *update* na imputação jurídico-penal. Ademais, ainda segundo Jakobs, “a conduta (*causação*), ainda como conduta adequada ou dolosa, apresenta-se de maneira manifestamente insuficiente para fundamentar por si só a imputação”.¹⁰⁸ Por causa disso, é que os contatos sociais propiciam uma adequada análise e restrição quando da aplicação do tipo penal.

¹⁰⁶ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 17.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 18.

¹⁰⁸ Idem.

Para tanto, em se analisando os contatos sociais, em suas inúmeras ocasiões, seria impossível evitar todos os danos. Devido a isso, determinadas pessoas devem cumprir certa responsabilidade, de forma a assegurar “padrões pessoais, papéis que devem ser cumpridos. Deste modo, possibilitam uma orientação com base em padrões gerais, sem necessidade de conhecer as características individuais de quem atua”.¹⁰⁹

Isso significa que quando cumpridos determinados encargos pela pessoa a quem é imputada certa responsabilidade, não pode ela ser responsabilizada criminalmente pelo seu agir, propiciando então a existência dos denominados contatos anônimos, nos quais

não é necessário averiguar o perfil individual de quem temos em frente, pois essa pessoa é tomada como portadora de um papel. Por exemplo: para o padeiro, o comprador de uma peça de pão tão somente é um comprador; ao padeiro não lhe importa se o sujeito pensa simplesmente em comer o pão, sem causar dano algum, ou se pretende envenená-lo maliciosamente, do mesmo modo que o comprador não tem que se preocupar se o padeiro declarará ao Fisco ou não.¹¹⁰

Em razão então dos contatos anônimos é que se possibilitará um melhor entendimento a respeito dos contatos sociais, explicando-se suas razões e tornando possível sua aplicação pela teoria da imputação objetiva do comportamento.

Desse modo, por meio dos contatos sociais e ainda por vezes anônimos, pode-se considerar que cada um exerce determinado papel. Com base nisso, determina-se então o objetivo pretendido pela teoria da imputação objetiva do comportamento. Nas palavras de Jakobs, “imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel”.¹¹¹

Além disso, no curso de determinadas condutas que se mantêm dentro dos limites do papel de alguém, não há responsabilidade por determinado curso lesivo, ainda que pudesse este ser evitado pelo agente. Eis que, segundo Jakobs, “quem se mantêm dentro dos limites de seu papel, não responde por um curso lesivo, ainda no caso em que bem e perfeitamente pudesse evitá-lo”.¹¹²

Os desvios que ocorrem, no exercício de determinado papel na sociedade, constituem violações reprováveis. E, para tanto, ocorre que quando praticado um crime doloso também existirá fundamento para a imputação objetiva, pois “é certo que, na maioria dos delitos dolosos, a violação de um papel será tão drástica que as interpretações individual e objetiva coincidem”.¹¹³ Porém, cabe ressaltar que não é

¹⁰⁹ Ibidem, p. 19.

¹¹⁰ Ibidem, p. 19-20.

¹¹¹ Idem.

¹¹² Ibidem, p. 24.

¹¹³ Ibidem, p. 21.

sempre que a obviedade de um delito doloso será suficiente para coincidir com a de um juízo objetivo.

Não obstante, em se tratando da violação de um papel, fica evidente que a conceituação de atos dolosos acabou por fazer, por vezes, com que a teoria da imputação objetiva do comportamento ficasse oculta. Porém, em se tratando então de atos culposos, nos quais residem os riscos comuns de vida, é forçoso delimitar os comportamentos, para saber se houve ou não um crime e, então, a deverás importância da imputação objetiva do comportamento. É como Jakobs explica por meio de um exemplo: “Não há dúvida de que disparar sobre um ser humano não está permitido, entretanto, pode ser discutível quais devam ser as medidas de precaução a adotar na hora de circular de marcha à ré com um automóvel”.¹¹⁴

É importante dizer que determinadas condutas podem ser abrangidas por riscos gerais de vida, caso em que não constituem delitos e, por isso, a necessidade de ser definido, por meio dos variados comportamentos, quando se houve um desvio de papel, no agir em sociedade.

Destarte, é assim que se define então a teoria da imputação objetiva do comportamento e a sua importância, quando da caracterização de um agir como delito, por meio da violação de um papel, no curso da interpretação de um resultado. Nesses termos, pondera Jakobs:

A teoria da imputação objetiva do comportamento aporta o material com cuja ajuda se pode interpretar o resultado posto em marcha por uma pessoa como um acontecer socialmente relevante ou irrelevante, como um acontecer socialmente estranho ou adaptado, como que, socialmente, se considerou mérito ou, especialmente, como que se destaca de modo negativo o resultado.¹¹⁵

Conclui-se, então, que há dificuldade em se estabelecer um ato como criminoso, não apenas pelo aspecto subjetivo da conduta, como pela mera causalidade, ressaltando-se a importância da conceituação da violação de papéis na sociedade. Passa-se, assim, à demonstração das instituições dogmáticas da teoria, formuladas por Jakobs, em virtude de não ser recomendada.

A tentativa de construir o delito tão somente com base em dados naturalistas – *causalidade, dolo*; pelo contrário, o essencial é que concorra a *violação de um papel*. Por conseguinte, já não resulta mais suficiente a mera equiparação entre delito e lesão de um bem jurídico.¹¹⁶

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Ibidem, p. 22.

¹¹⁶ Ibidem, p. 23.

De antemão já explica o autor que tais instituições dogmáticas desenvolvidas buscam oferecer uma interpretação coerente da configuração da teoria. Porém, pode ser apenas “uma das possíveis configurações coerentes – isso sim – deste âmbito em seu conjunto”.¹¹⁷

Seguem em ordem dispostas as instituições, de acordo com estudos formulados de Jakobs.

1.2.1 O risco permitido

Para o corrente entendimento quanto à existência de um risco permitido, na visão de Jakobs, é preciso primeiro compreender a sua origem na história de determinadas sociedades. Isso porque, conforme o autor, “numerosas hipóteses de risco permitido geraram-se simplesmente por aceitação histórica”.¹¹⁸

Tais riscos passam a constituir costumes na aceitação histórica da sociedade, não fazendo, contudo, ainda mais no âmbito do direito penal, que se tenha permissão para todo e qualquer hábito de uma sociedade. Nas palavras de Jakobs:

Não se trata, portanto, de equiparar o Direito ao *meio ambiente da realidade*. Não é a própria práxis, mas as normas que determinam as condutas que conforma o risco permitido. Entretanto, resulta evidente que com frequência uma práxis consolidada modifica as normas reitoras das condutas até uma regulação mais branda ou mais estrita. O Direito não pode desvincular-se da evolução da sociedade na qual tem vigência.¹¹⁹

Por isso, a conceituação do risco permitido, em ontológico e axiológico, no entendimento de Jesus. O doutrinador explica que o risco permitido

é ontológico porque sua presença em determinada situação deve ser considerada em face de dados do ser, não possuindo nenhum conteúdo normativo. E é *axiológico* uma vez que o limite entre o que se admite e o que se proíbe deriva das normas de diligência estabelecidas pela ordem social.¹²⁰

Nesse sentido, na ocorrência de determinadas riscos permitidos que são constantes em normas que expressam hábitos e em determinados hábitos propriamente ditos, é impossível que haja uma vigilância freqüente, em relação a todos os atos, pois “o risco permitido está, e sempre esteve, presente em todos os âmbitos vitais”.¹²¹

¹¹⁷ Ibidem, p. 25.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ Ibidem, 26.

¹²⁰ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 40.

¹²¹ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 26.

Em consonância está o entendimento de Jesus; o jurista brasileiro refere e exemplifica que

o perigo de um dano é inerente a toda atividade humana. [...]. E há outras condutas humanas realizadas numa multiplicidade de setores, como corrida de automóveis, touradas, domadores de animais e acrobatas de circo, submeter-se a uma cirurgia, a uma anestesia, levar uma criança ao parque de diversões, viajar de avião, de automóvel, de navio ou de trem, praticar esportes, caçar, pescar, etc. Trata-se de um *risco permitido* pela ordem jurídica.¹²²

Também nessa linha, saliente-se que os riscos permitidos encontram limites no tocante aos custos dessa permissibilidade, afinal, não seria coerente ter como permissível uma variedade de riscos que não fossem condizentes com o *status* da sociedade. Assim explica Américo Braga Júnior:

É certo que numa sociedade de liberdades só se pode gerar a permissão de um risco se o benefício da respectiva atividade tiver uma fundamentação plausível para quem potencialmente suportará os custos. Daí que quem deve suportar os custos deve ter caráter anônimo no momento em que a atividade é exercida.¹²³

Conforme o ensinamento sobre a teoria da imputação objetiva, realizado pelos espanhóis Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez Gonzáles e Manuel Cancio Meliá, aponta-se o risco permitido e sua definição, conforme interpretação da concepção de Jakobs, “como o estado normal de interação, quer dizer, como o vigente *status quo* de liberdades de atuação, *desvinculado* da ponderação de interesses que deu lugar a seu estabelecimento”.¹²⁴

Dessa forma, tendo em vista que, no curso de constantes contatos sociais, existem riscos que por si sós são permitidos em seu contexto de atuação. E, sendo estes riscos gerados pela história e legitimados em disposições, por vezes, legais, conclui-se que “não faz parte do papel de nenhum cidadão eliminar todo risco de lesão de outro”.¹²⁵

¹²² JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 39.

¹²³ BRAGA JÚNIOR, Américo. *Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs*. Belo Horizonte: Ius, 2010. p. 67.

¹²⁴ RAMOS, E. P.; GONZÁLEZ, C. S.; MELIÁ, M. C. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs*. Trad. e org. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 77.

¹²⁵ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 25.

1.2.2 A existência de um princípio de confiança na regularização do comportamento

Jakobs instituiu também como coluna dogmática, no seu estudo acerca da imputação objetiva do comportamento, o princípio da confiança que, no entendimento de Roxin, era abarcado pela criação de um risco não permitido.

Jakobs, por meio da colocação do princípio da confiança, como instituição dogmática da imputação objetiva do comportamento, procura demonstrar a relevância dos contatos sociais quando da caracterização de um delito. Pois, seria impossível, no ritmo dos contatos estabelecidos, haver um controle realizado sobre atos de todos os demais membros da sociedade. Dessa forma, “quando o comportamento dos seres humanos se entrelaça, não faz parte do papel do cidadão controlar de maneira permanente a todos os demais; de outro modo, não seria possível a divisão do trabalho”.¹²⁶

Assim, o princípio da confiança encontra sua importância no entendimento basilar da teoria, pois que seria impossível agir completamente disposto a arcar com todas as responsabilidades alheias. Nesses moldes conclui Jesus que “a vida social tornar-se-ia difícil se cada pessoa tivesse a obrigação de vigiar o comportamento das outras, no sentido de verificar se estão cumprindo seus deveres na realização de suas atividades”.¹²⁷

Percebe-se, então, uma relação entre princípio da confiança com o comportamento de cada cidadão, no que condiz com as responsabilidades cotidianas que cada um possui. Dessa forma, não se pode vigiar, além dos próprios erros, os erros alheios.

Com isso, exemplifica Jesus com o seguinte caso:

Se o sujeito empresta seu automóvel a terceiro, *confia* que ele vai dirigi-lo de maneira adequada. De forma que, se o motorista se embriaga e provoca uma morte no trânsito, o proprietário do veículo não responde pelo resultado. O empréstimo é fato atípico, ausente a imputação objetiva.¹²⁸

À vista disso, é necessário para a compreensão do princípio de confiança colocá-lo no âmbito de uma divisão de trabalho, visto que este passa a propiciá-la. Isso, porém, não significa que não existam casos em que determinada pessoa não esteja apta a ser creditada, com a confiança padrão em todas as sociedades. Conforme Jakobs, “em tais

¹²⁶ Ibidem, p. 26.

¹²⁷ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 46.

¹²⁸ Idem.

hipóteses, já não resulta possível repartir o trabalho para alcançar um resultado de êxito”.¹²⁹

Assim entende também Braga Júnior que explica a existência de determinado limite na divisão de trabalhos. Para o autor, “cada especialista pode confiar na realização livre-de-falhas da atividade dos demais, salvo circunstâncias excepcionais que extrapolem o que normalmente acontece”,¹³⁰ neste último caso, trata-se de questões que fogem do âmbito da proteção do princípio da confiança.

Aplicando-se então o exemplo antes formulado por Jesus, não caracterizaria uma hipótese de princípio de confiança emprestar o carro a alguém que se encontra em estado de embriaguez, pois que esta pessoa não estava mais apta a ter confiança. O que não é o mesmo caso de o terceiro se embriagar, após ter o carro em mãos, fato que faria jus ao princípio da confiança para o sujeito que emprestou o automóvel.

A fim de tornar melhor o entendimento quanto ao princípio, Jakobs estabelece então duas modalidades para o princípio da confiança:

Em primeiro lugar, na hipótese em que alguém, atuando como terceiro, gera uma situação que é inofensiva sempre e quando o autor, que age em continuação, cumpra com seus deveres. Neste caso, a confiança se dirige à verificação de que o autor realizará seu comportamento de modo correto. Um exemplo trivial: alguém entrega a outra pessoa um relógio alheio de grande valor, e isto somente não causará um dano se quem recebe o relógio pega-o com cuidado. Normalmente, pode-se confiar em que assim se suceda.

Em segundo lugar, a confiança se dirige a que uma determinada situação existente tenha sido preparada de modo correto por parte de um terceiro, de maneira que aquele que fizer uso dela, o potencial autor, se cumprir com o seus deveres, não ocasionará dano algum. Novamente um exemplo: o cirurgião confia em que o material que utiliza na operação tenha sido convenientemente esterilizado.¹³¹

Sendo assim, na primeira hipótese, haveria, por parte do autor, responsabilidade na condução de algo. Já na espécie, no curso de uma continuação, o autor não terá ocasionado dano quando cumprir corretamente seus deveres; porém, o terceiro que agiu por primeiro colocou em risco a situação em seu contexto, isto é, o potencial autor agiu corretamente e, confiando na atitude de um terceiro, irresponsavelmente, deu causa a determinado resultado.

¹²⁹ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 27.

¹³⁰ BRAGA JR, Américo. *Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs*. Belo Horizonte: Ius, 2010. p. 81.

¹³¹ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 27.

Estabelecido o alcance de atuação do princípio da confiança, é importante então referir que a aplicação deste gera a não ocorrência do tipo penal. Nesse sentido, entende Jesus, quando refere que, no tocante ao princípio da confiança, “o efeito é, pois, a exclusão da tipicidade da conduta”.¹³²

Assim, é dessa forma, então, que se apresenta o princípio da confiança, como elemento fundamental na fórmula da teoria da imputação objetiva do comportamento, sendo relevante salientar que, no enquadramento de sua aplicação, não haverá caracterização do tipo penal.

1.2.3 A proibição de regresso

Figurando também como representante de uma das instituições dogmáticas da imputação objetiva do comportamento, está a proibição de regresso. Segundo os autores Ramos, Gonzáles e Meliá, esta é a instituição dotada de maior originalidade formulada por Jakobs para a teoria da imputação objetiva.¹³³

Ainda, conforme os citados autores, foi no curso do desenvolvimento da proibição de regresso, que Jakobs “começou a discutir a necessidade de limitar o âmbito do comportamento punível, tanto para comportamentos culposos como dolosos, com base em critérios objetivo-normativos”.¹³⁴

A proibição de regresso tem por conteúdo um comportamento que, considerado dentro ou fora da causação de um delito, não é dotado de ofensividade, mesmo estando aparentemente presente em uma atividade não permitida pelo direito.

Esse é o sentido da explicação formulada por Jakobs:

O caráter conjunto de um comportamento não pode impor-se de modo unilateral arbitrário. Portanto, quem assume com outro vínculo que de modo invariavelmente considerado é inofensivo, não viola seu papel como cidadão, ainda que o outro incorpore esse vínculo numa atividade não permitida. Por conseguinte, *existe uma proibição de regresso* cujo conteúdo é que um comportamento, que de modo invariavelmente considerado é inofensivo, não constitui participação em uma atividade não permitida.¹³⁵

¹³² JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 46.

¹³³ RAMOS, E. P.; GONZÁLEZ, C. S.; MELIÁ, M. C. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs*. Trad. e org. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 79.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 27.

Formulação pela qual entra em consonância o estabelecido por Jesus, ao dispor que, no curso da aplicação da proibição de regresso, “quem estabelece com outro um relacionamento inofensivo não fica responsável por comportamento futuro realizado por ele, ainda que ilícito”.¹³⁶

Com efeito, por meio do instituto da proibição de regresso, não haverá um comportamento ofensivo a um bem jurídico protegido e, desta forma, segundo Callegari, “a proibição de regresso exclui a imputação objetiva do comportamento”.¹³⁷

É importante, desta feita, realizar a devida diferenciação proposta por Jesus, entre proibição de regresso e doutrina da proibição *regressus ad infinitum*. Visto que esta “só era aplicável à hipótese de comportamento anterior imprudente e conduta posterior dolosa”,¹³⁸ e aquela ocorre também em situações nas quais está presente o dolo ou a culpa, não sendo necessariamente referentes a atitudes anteriores, podendo estar presente no curso da ação.¹³⁹

E, justamente por isso, estabelece Callegari que, em relação a casos de aplicação da proibição de regresso, “mencionam-se habitualmente os ocorridos, em que existe uma contribuição inicial subjetivamente dolosa, mas objetivamente ambivalente, a um posterior desenvolvimento delitivo ou a uma autolesão”.¹⁴⁰

Contudo, dizer que determinada participação, quando extraída da atividade não permitida, não representa ofensividade, não é o mesmo que dizer que toda e qualquer ação assim extraída deixa de ocasionar riscos não permitidos. Afinal, pode ser que, *exempli gratia*, a participação esteja casada com a prática criminosa e tenha por objetivo o mesmo fim, sendo realizada por um dos membros do planejamento.

Com isso, há extremos entre a proibição de regresso e a acessoriedade, posto que a proibição de regresso aponta a insuficiência de determinado comportamento, para ser gerada uma responsabilidade, a acessoriedade “constitui uma razão para imputar o ato de execução que outro realizou”,¹⁴¹ entendendo-se disso uma divisão de trabalho proposital para a realização conjunta de um fim delitivo.

Deve a proibição de regresso ser aplicada, então, nas ocasiões em que há um autor que desvia o agir de um terceiro até um limite onde está a realização do risco não

¹³⁶ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 48.

¹³⁷ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77.

¹³⁸ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 48.

¹³⁹ Ibidem, p. 48-49.

¹⁴⁰ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77-78.

¹⁴¹ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 70.

permitido, sem que a conduta deste último seja configuradora de algum tipo penal. É esse o entendimento de Jakobs, ao referir que a proibição de regresso trata “de hipóteses em que o autor desvia até o *limite delitivo* o comportamento de um terceiro que *per si* carece de *sentido delitivo*”.¹⁴²

Diferencia-se então a proibição de regresso do princípio da confiança, no ponto em que neste é esperada uma correta atitude de alguém e, naquela, independe saber ou não qual conduta o outro terá. Isto é, segundo explicação de Jakobs, a “proibição de regresso vigora inclusive quando a planificação delitiva da outra pessoa é evidente, e isso porque se trata de casos em que um comportamento invariavelmente considerado carece de significado delitivo”.¹⁴³

O doutrinador alemão usa o seguinte exemplo para prosseguir em sua explanação:

O motorista de um táxi [...] assumiu levar a cabo um transporte, e deve ocupar-se de que este tenha lugar pontualmente e sem pôr em perigo o cliente. Isto é o que faz parte de seu papel, nem mais, nem menos. O que conjuntamente se realizou como cliente se limita, em consequência, a um segmento vital circunscrito: o motorista transporta o cliente que lhe paga. Qual o nome do cliente, o que queria fazer no ponto de disto etc., não afeta o motorista. O taxista não participa das boas obras do cliente; este chegar ao seu destino realiza uma piedosa doação, ninguém elogiará o taxista por isso. Do mesmo modo permanece distanciado das obras más, posto que estas tampouco formam parte do segmento da realidade que têm em comum.¹⁴⁴

Conclui-se então que, independentemente de o taxista saber ou não a finalidade com que seu cliente usa a táxi, não será imputado pelo delito cometido por este. Isso se dá porque

elementos tão cotidianos como um alimento, ou algo que se possa definir arbitrariamente como motivo de um delito, ou uma possibilidade de transporte, sempre estão disponíveis, de modo que a proibição deste tipo de contribuição não é suscetível de evitar, de fato, o comportamento do autor.¹⁴⁵

Apesar, inclusive, como no exemplo citado, de o taxista (terceiro nesta situação) poder impedir o delito causado pelo cliente, a sua contribuição

não só é algo comum, mas seu significado é de modo invariavelmente considerado inofensivo. [...] o terceiro assume perante o autor um comportamento comum limitado e circunscrito por seu próprio papel; comportamento comum e do qual não se pode considerar seja parte de um delito.¹⁴⁶

¹⁴² Ibidem, p. 28.

¹⁴³ Ibidem, p. 29.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 28.

¹⁴⁶ Idem.

Logo, mesmo que um terceiro tome conhecimento do objetivo pretendido pelo autor, não é cabível punição. Age então a proibição de regresso também, como antes referido, em situações subjetivas, quando o terceiro dolosamente continua a agir, isto porque sua atividade é cotidiana suficientemente para não ser enquadrada como participação no delito.

Há, porém, limites quanto à instituição aqui referida, pois o terceiro realmente não deve participar do delito, de forma a que extravase sua atividade cotidiana. Tal é o exemplo formulado por Jesus:

A esposa de um detento vai à padaria e pede uma “baguete” (um tipo de pão). Suponha-se que aja de duas maneiras:

1ª) confia ao padeiro que vai esconder um punhal no pão e entregar a seu marido na próxima visita, com o qual ele fugirá da cadeia mediante ameaça ao carcereiro;

2ª) solicita ao padeiro que confeccione uma “baguete” especial, maior do que as costumeiramente vendidas, esclarecendo que é para abrigar um punhal de grandes proporções, com o qual seu marido irá fugir da prisão.

O detento, usando a arma, foge da cadeia mediante ameaça de morte ao carcereiro.

O padeiro responde pela fuga criminosa?

Na primeira hipótese, não; na segunda, sim, de acordo com os princípios anteriormente indicados.¹⁴⁷

Jakobs procedeu com este entendimento, quando referiu expressamente a possibilidade de que os limites da proibição de regressos fossem discutidos, enfatizando a sua necessidade para a estruturação da teoria da imputação objetiva do comportamento. Em seu dizer,

os limites da proibição de regresso podem ser discutidos. Entretanto, este princípio deve ser aceito por quem pretenda seguir garantindo que a liberdade de perseguir os respectivos fins próprios não se afogue na massa dos possíveis *contatos sociais*. Uma sociedade que está necessitada de que se ofereçam prestações em massa, mais ainda, que requer em geral a existência de condições invariavelmente consideradas do comportamento social, não pode renunciar a uma proibição de regresso.¹⁴⁸

É dessa forma que se estabelece a proibição de regresso, e se conclui que esta, onde determinados comportamentos não têm condão para constituir algum crime, deve exaltar a necessidade de que esta instituição seja aprimorada, de forma a se adequar cada vez mais aos cotidianos contatos sociais realizados e de acordo com a sociedade com análise.

¹⁴⁷ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 51-52.

¹⁴⁸ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 29.

1.2.4 A capacidade de ser vítima

Existe a possibilidade de que, em alguns contatos sociais, não tenha somente o autor a culpa pelo agir, mas também a vítima. Ou seja, pode ser que a vítima dê causa ao próprio curso lesivo; dessa forma foge de sua condição.

Assim, quando a atitude da vítima pode ser a causadora de sua lesão haverá, objetivamente, uma autocolocação da vítima em perigo, como anteriormente foi também disposto por Roxin.

Conjuntamente, além da possibilidade da vítima dar causa à própria lesão, pode ocorrer um infortúnio, o que também representaria um fator que atingiria o âmbito da capacidade da vítima. Ambas as posições são estabelecidas por Jakobs, quando define a competência da vítima como instituição dogmática da imputação objetiva do comportamento:

Pode ser que a configuração de um *contato social* seja de competência não só do autor, mas também da vítima, inclusive num duplo sentido: pode ser que o próprio comportamento da vítima fundamente que se lhe impute a consequência lesiva, e pode ser que a vítima esteja na lastimável situação de encontrar-se nessa posição por obra do destino, por infortúnio.¹⁴⁹

Há casos também em que não se produzirá um comportamento lesivo; são casos em que o determinado conjunto de bens provém de uma atitude do autor, podendo por ele ser extinta. É o caso do seguinte exemplo formulado por Jakobs:

Um agricultor rega suas plantas num prédio situado numa ladeira; certa quantidade de água habitualmente desce pela ladeira e sacia os cultivos de seu vizinho. Certamente, este fato não outorga ao vizinho afetado direito algum no sentido de que não se possa desconectar a instalação de regar do camponês situado na parte superior da ladeira.¹⁵⁰

Com isso, entende-se que a posição da vítima não propicie que esta tenha uma proteção jurídica, porquanto que, conforme o doutrinador alemão, “os apoios em favor de bens alheios, que não são conformes o papel, mas que excedem do que é obrigatório, podem ser revogados licitamente”.¹⁵¹

Ainda, em se tratando de ações em que a vítima, por meio de seu agir, causa a si mesma um dano lesivo, não se pode dizer fatalidades. Para essas ocasiões, Jakobs denomina ações de próprio risco. Conforme o autor, quando a vítima,

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 30.

¹⁵¹ Idem.

com seu próprio comportamento, dá razão para que a consequência lesiva lhe seja imputada; hipóteses em que, portanto, a modalidade de explicação não é a *fatalidade*, mas a *lesão de um dever de autoproteção* ou inclusive a própria vontade; as infrações dos deveres de autoproteção e a vontade se agrupam sob o rótulo de ação a próprio risco.¹⁵²

Nesses casos, pode ocorrer um curso lesivo em decorrência do consentimento da vítima. Pode ser, também, que a vítima se coloque em perigo não pelo seu consentimento, mas por uma ação. Em alusão a isso, “quem por si mesmo se atira na água ou salta num lugar onde deve contar com a presença da água não pode imputar aos demais haver-se molhado”.¹⁵³

Com isso, o dano causado à vítima, independentemente de ser por meio do seu consentimento ou de uma ação propriamente dita, constitui uma violação culposa por parte do autor, desde que este tenha um comportamento que não extrapole o que seria esperado de sua atitude e, também, que a vítima tenha consciência dos possíveis resultados de seu comportamento. É nesse sentido a seguinte expressão de Jakobs:

O que se passa com o autor é que não pode comportar-se de modo arriscado distanciando-se, simultaneamente, de maneira válida das consequências de seu comportamento, tampouco a vítima pode assumir um *contato social* arriscado sem aceitar como fruto de seu comportamento as consequências que conforme um prognóstico objetivo são previsíveis.¹⁵⁴

Entretanto, a notável importância do instituto da competência da vítima, como seu dever autoprotetivo, também faz com que Jakobs pondere a respeito da necessidade de ela ser regularizada quanto às corretas condições, para que esta se porte como tal. Isso porque, mesmo a vítima tendo transgredido seu dever de autoproteção, o autor ainda pode ser imputado objetivamente por um delito. É o que se depreende do autor alemão, quando se refere sobre a ausência de clareza, que

condições exatas a competência (capacidade) da vítima exclui de maneira radical a competência (capacidade) do autor (como se aceita no consentimento), e quando existe algo parecido a uma concorrência de culpas jurídico-penalmente relevante que diminui a responsabilidade do autor sem eliminá-la por completo. Não obstante, algo há de claro: no que concerne aos aspectos da vítima, centrar exclusivamente a atenção a respeito do fato psíquico do consentimento demonstra ser tão insuficiente como, de forma análoga, sob os aspectos de o autor fixar-se unicamente no dolo.¹⁵⁵

¹⁵² Idem.

¹⁵³ Ibidem, p. 31.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ Idem.

Dessa forma, é difícil precisar quando a vítima consentiu, visto tratar-se de campo subjetivo, questão comparável com o subjetivismo do dolo do agente causador de um dano. E, por isso, é essencial que se avalie a posição daquela como adequada a um comportamento social. Com efeito, do mesmo modo que se aplica a determinação de violação de um papel para um autor, deve ser aplicada a análise do comportamento da vítima. Nesse sentido, Jakobs entende que

o decisivo está em determinar se a vítima desempenhou o papel de vítima ou, precisamente, o papel de alguém que configura tal situação, é dizer, de quem atua com próprio risco. Em seu núcleo, a perspectiva normativa no que concerne à vítima constitui uma noção tão assentada como é o ponto de vista normativo no que se refere ao autor.¹⁵⁶

É por meio, então, de uma aplicação normativa (no sentido de uma perspectiva de adequação social e não tão-somente positivista) sem se levar em conta o campo psíquico, que se poderá determinar quando uma vítima viola seu papel, no âmbito de entendimento dos contatos sociais. Aplicam-se para este caso as mesmas disposições como as estudadas, para que se determine a imputação quanto ao autor de um dano, isto é, de maneira objetiva.

Com isso conclui-se pela possibilidade de que um curso lesivo venha a ser ocasionado em decorrência do consentimento da própria vítima ou, ainda, por sua interferência direta, de modo a violar seu papel e, possivelmente, escusar o autor de uma imputação pelo dano. É, portanto, fundamental que a vítima tenha um comportamento que não ultrapasse o de mera vítima, na consumação de um delito.

Estando estabelecidas então as instituições dogmáticas, primeiramente pode-se afirmar que, mesmo havendo uma reprovação social em todo um complexo histórico-cultural, pode não ser o caso de uma imputação jurídico-penal. Em decorrência disso, Jakobs, ao realizar uma comparação entre a imputação objetiva e o pecado original de Adão e Eva, estabelece que, quanto a um agir, o fato de não se poder “imputar objetivamente não exclui, portanto, de forma necessária a culpabilidade no sentido de pecado, mas sim exclui – e com isto concluo – a culpabilidade jurídico-penal”.¹⁵⁷

Dito isso, Jakobs objetiva formular detalhes a respeito das instituições de maneira abrangente, explicando certos vícios aos quais se pode incorrer, no curso das interpretações.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 32.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 33.

1.2.5 Disposições de Günther Jakobs quanto às instituições

Sobre o âmbito dos comportamentos humanos, inicialmente deve ser levada em conta a conclusão de Braga Júnior, de que, na teoria da imputação objetiva, é possível dividir “as consequências dos comportamentos humanos em dois grandes grupos: os comportamentos que causam riscos juridicamente permitidos e comportamentos que causam riscos juridicamente proibidos”.¹⁵⁸

Dispõe então Jakobs sobre os riscos juridicamente permitidos. Ocorre que, conforme o estudado, “qualquer *contato social* implica um risco, inclusive quando todos os intervenientes atuam de boa-fé”¹⁵⁹ e, nem por isso, devem os contatos sociais ser evitados. Surge, então, a noção do caráter ubíquo dos riscos permitidos.

Assim, determinados riscos estão simplesmente permitidos em decorrência de sua adequação com a sociedade, como anteriormente exposto, fazendo com que seja alcançada uma ubiquidade. “O risco permitido não resolve uma colisão de bens, mas estabelece o que são hipótese normais de interação”.¹⁶⁰ Se determinados riscos são permitidos, como se dá então esta permissão?

Jakobs responde a pergunta lançando mão da teoria de que deve ser calculada uma variação entre os custos e os benefícios advindos da concreção de um risco permitido. Deste modo,

para alcançar essa concreção, frequentemente se tenta apresentar o risco permitido como resultado de um cálculo de custos e benefícios: o benefício estaria constituído pela liberdade de comportamento que se obtém com ajuda da permissão de riscos, enquanto que os custos seriam a perda daqueles bens cuja destruição conduz o risco, devendo ambos os lados manter uma relação adequada.¹⁶¹

Contudo, é preciso haver uma real necessidade de que alguém arque com os custos provenientes de uma permissão de risco. Nesse cálculo, realizado sobre a adequação social, é evidente que “só se pode gerar a permissão de um risco se o benefício da respectiva atividade tiver uma fundamentação plausível para quem potencialmente suportará os custos”.¹⁶²

Além disso, deve-se entender que, para a permissão de um risco, o uso da definição do cálculo de custo-benefício serve como uma ferramenta, para que se

¹⁵⁸ BRAGA JÚNIOR, Américo. *Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs*. Belo Horizonte: Ius, 2010., p. 90.

¹⁵⁹ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 35.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 36.

¹⁶¹ Ibidem, p. 36-37.

¹⁶² Ibidem, p. 39.

compreenda a adequação social de determinados contatos sociais. Deriva-se disso, então, a não realização de um delito, quando for o caso, por meio da instituição do risco permitido.

Também, a respeito dos riscos permitidos e de suas formas de compreensão, dentro do contexto dos contatos sociais, deve-se entender que uma atitude, que leva à aplicação de uma permissão de risco, não exige justificção para que não se impute o delito, ou seja, a própria permissão do risco serve como fundamento para que não seja imputado objetivamente um fato como crime a alguém.

Isso se explica porque se está tratando da imputação objetiva. Quando não cabível objetivamente uma imputação, não há que se falar em tipo penal. Significa dizer que a permissão de risco acaba por não configurar o tipo penal, isto é, exclui a tipicidade. É assim que explica Jakobs:

Um comportamento que gera um risco permitido é considerado socialmente normal, não porque no caso concreto esteja tolerado em virtude do contexto em que se encontra, mas porque nessa configuração é aceito de modo natural. Portanto, os comportamentos que criam riscos permitidos não são comportamentos que devam ser justificados, mas que não realizam tipo algum.¹⁶³

Seguindo com a adoção do entendimento de Jakobs, é possível observar uma concordância com a compreensão de Jesus acerca da teoria da imputação objetiva. Para o doutrinador brasileiro, “no risco permitido há uma tolerância genérica de condutas consideradas atípicas *ex ante facto* e de forma abstrata”.¹⁶⁴

Em relação aos contatos sociais, torna-se pertinente, então, estabelecer a posição de Jakobs, no que concerne à sociedade, com que se conclui ser esta um contexto de interação e não um mecanismo para que se proteja os bens.¹⁶⁵ Dessa forma, firma o autor sua contrariedade ao que estabelece Roxin. Ocorre que, para este último, o tipo penal como regularizador de uma sociedade busca proteger bens de importância para a manutenção desta; é assim que Roxin conclui, referindo que,

em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não

¹⁶³ Idem.

¹⁶⁴ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 45.

¹⁶⁵ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36.

somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante [...], mas também as instituições adequadas para este fim.¹⁶⁶

Disso se depreende que essa realização da proteção pela norma se dá para determinados bens que têm a necessidade de ser resguardados. Assim conclui Roxin ao referir: “Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino bens jurídicos”.¹⁶⁷

Nesse tocante, Jakobs busca sempre explicar a imputação objetiva como uma forma de adequar socialmente os múltiplos contatos sociais, reprovando, por meio desse filtro, as ações objetivamente imputáveis. E por isso o autor conclui que, “com distintos graus de exatidão – existem comportamentos não permitidos em função do tipo de comportamento e outros que estarão permitidos só se ocorrerem condições ideais”.¹⁶⁸

E, ainda, conforme Jakobs, “como regra geral o socialmente adequado precede ao Direito; sua legitimação se obtém do fato de que constitui uma parte da configuração social que deve ser preservada”.¹⁶⁹ Por conseguinte, não há a necessidade de determinadas proposições estarem normatizadas em lei. Então, por fim, o que será permitido será determinado pelo “aparelho de normas e de convenções da sociedade sobre a base do que se determina o que num caso específico ainda está ou não permitido”.¹⁷⁰

Nesse íterim, é importante referir que determinados comportamentos somente serão aceitos pela sociedade, quando colocados em condições ditas ideais.¹⁷¹ Assim, podem existir comportamentos que, independentemente de suas condições, jamais serão aceitos e, por outro lado, haverá alguns que terão aprovação somente em determinadas ocasiões.

Assim, são as condições e o papel exercido pelo agente que definirão se há ou não a criação de um risco permitido, sendo relevante observar que “é cada papel o que determina o conteúdo dos deveres e não o arsenal das peculiaridades individuais de cada um”.¹⁷²

¹⁶⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Org. e trad. de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 17-18.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 18.

¹⁶⁸ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 45.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 38.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 46.

¹⁷¹ Ibidem, p. 45.

¹⁷² Ibidem, p. 53.

Quanto a isso, conclui-se sobre a relevância do papel em que se insere determinado indivíduo perante a sociedade, em uma atividade e não suas condições peculiares. O campo da imputação objetiva, devido a determinados contatos sociais, que não exigem uma determinada característica do indivíduo, para um momento em questão, leva em consideração o papel para determinar a existência de um delito.

Essa conclusão pode ser melhor explicada por meio de dois exemplos formulados por Jakobs:

Um engenheiro aluga um automóvel e descobre, graças aos seus especiais conhecimentos técnicos, que os freios falharão em breve. Apesar disso, devolve o veículo ao arrendador; o próximo cliente a usar o carro sofre um acidente. Um estudante de biologia ganha algum dinheiro trabalhando à tarde como garçom. Quando se pede a ele para servir uma salada exótica descobre nela uma fruta que sabe por seus estudos ser venenosa. De todo modo serve a salada.¹⁷³

Nesses casos, ambos os agentes tinham conhecimentos específicos em relação as suas peculiaridades, mas, em nenhum dos casos, exigia-se pelo papel exercido, terem esse conhecimento; desse modo, não foi necessário que empregassem seus conhecimentos, para evitar alguma imputação. Moldes em que, “nenhum dos dois violou o papel em que se move e, em consequência, seus respectivos comportamentos não ultrapassaram o nível de risco permitido”.¹⁷⁴

Assim, mesmo que “o comportamento em questão seja tão extremamente não solidário que se deva responder por omissão de socorro”,¹⁷⁵ não haverá que se dizer em tipificação penal por um crime de homicídio para o estudante de Biologia, por exemplo.

Nesse sentido, Jakobs explica que

a relevância jurídico-penal dos conhecimentos especiais ficaria limitada aos conhecimentos efetivamente existentes, é dizer, ao dolo. Entretanto, um conhecimento sem o respectivo dever de conhecer seria um elemento não jurídico do delito, ao estar definido de maneira totalmente psicológica.¹⁷⁶

Reitere-se então a importância de se avaliar o papel exercido pelo agente no curso dos contatos sociais, pois que é por ele e não tão somente pelo subjetivismo do psicológico, que se saberá quando haverá objetivamente uma tipificação.

E, com isso, mais uma vez a alusão ao pecado encontrado em Adão e Eva. Não é pelo sentimento do pecado e sua visão como não sendo solidário pela sociedade, que

¹⁷³ Idem, p. 50.

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 51.

haverá uma imputação jurídico penal. E aqui a desmitificação do crime pela teoria da imputação objetiva. Sua noção aponta alguns comportamentos a serem descriminalizados, não sendo alcançados pelo tipo penal e seu campo de abrangência (segundo Roxin), muito menos pelo que seria protegido pela sociedade (conforme Jakobs).

Por isso, há a necessidade de se compreender o estado em que há um agir e sua adequação com a sociedade. E essas definições não serão encontradas no subjetivismo do campo psicológico, como hoje ocorre na justiça pátria, representando uma falha para o direito penal. Julgar um caso somente pelo desvendar do pensar de um agente, no curso de sua ação, é como escolher a melhor faca pelo cabo e não pela lâmina. Isso não significa que o campo subjetivo seja totalmente dispensável, posto que será analisada, posteriormente, a constatação de uma imputação objetiva, mas o que se quer dizer é que, primeiramente deve ser analisada a potencialidade de ter havido um crime propriamente dito (objetivamente), para depois se ingressar no delicado campo da psique.

Resumindo: primeiramente deve-se constatar se houve um crime por meio do filtro da teoria da imputação objetiva, para que posteriormente a imputação jurídico-penal seja analisada, isto é, interpretando o agir como culposos ou doloso.

Por meio disso é que se evitará uma condenação inconsequente e injusta, realizada pela própria consciência do julgador, ao analisar o campo psíquico do acusado, tentando definir a ocorrência de um crime somente pela intenção de agir no campo psíquico deste, na hora em que realizou o curso lesivo. Esses defeitos são apontados para o direito em geral pelo jurista Streck, quando refere que “*o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja*”,¹⁷⁷ com o que complementa: “Estar compromissado apenas com a sua consciência passa a ser o elemento que sustenta o imaginário de parcela considerável dos magistrados brasileiros”.¹⁷⁸

São também esses problemas que a teoria da imputação objetiva busca resolver, e mais acentuadamente em Jakobs, caracterizando-se uma certa liberdade em relação ao positivismo jurídico, por meio da interpretação de um curso lesivo, como crime passível de imputação jurídico-penal conforme a sociedade.

Assim sendo, fica posta a teoria da imputação objetiva e sua análise, realizadas com base nos estudos feitos por Roxin e Jakobs, adotando-se, para tanto, visões complementares de autores brasileiros, que auxiliam na explicação e estruturação

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 25.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 25-26.

doutrinária de uma teoria que, cada vez mais, conta com estudiosos. Estes buscam compreendê-la em sua essência e finalidade, porque não está somente vinculada ao disposto em lei. Busca elevar a compreensão do tipo penal pela proteção que, por ele, se resguarda a determinados bens jurídicos e em que casos se dará essa proteção, bem como no índice de reprovação de uma sociedade, quando poderá ser imputada a um agir a realização de um ilícito, como é a compreensão de Roxin e Jakobs, respectivamente.

Capítulo 2

Da recepção da teoria da imputação objetiva pela legislação, doutrina e jurisprudência e da sua aplicação no direito penal pátrio

A teoria da imputação objetiva, apesar de já ser aceita como solução para os problemas enfrentados no direito penal em diversos países, como na Alemanha, continua sendo negada certa parcela de doutrinadores, nem sempre tendo a seu favor os ventos que movem o direito penal pátrio.

Tendo sido a teoria exposta pelas suas origens em Roxin e com as importantes contribuições realizadas por Jakobs, a partir de seu entendimento poder-se-á dar espaço para a análise de sua possível aceitação no direito penal brasileiro. Além disso, por meio desta crítica, será também constatado que muitos aspectos da teoria já são aplicados pelo nosso direito, inclusive dispostos em lei, mesmo que estes sejam explicados por microteorias, formuladas no ímpeto de perpetuar a ideia finalista da ação.

Por meio deste capítulo será possível realizar uma análise crítica sobre a aplicação da teoria da imputação objetiva no direito penal pátrio, como atualmente ocorre e como poderia ocorrer, bem como estudar a posição da doutrina e jurisprudência em relação à teoria.

2.1 Concepções doutrinárias referentes à teoria da imputação objetiva

É possível, na clássica e mais conhecida obra de Beccaria, *Dos delitos e das penas*, fundamental para a compreensão da história do Direito como um todo, encontrar a posição crítica do autor quanto às atitudes reacionárias da sociedade que necessitam da ocorrência de algum dano diversas vezes para que, posteriormente, tomem um rumo mais adequado. Por isso, o erro é constante até que alguma reformulação solucione o que é preciso. É dessa forma que o jurista italiano se expressa:

Apenas depois de terem pervagado por muito tempo em meio aos erros mais prejudiciais, depois de terem exposto mil vezes a própria liberdade e a própria existência é que, cansados de sofrer, reduzidos aos últimos extremos, os homens se determinam a remediar os males que os atormentam.¹⁷⁹

Quanto tempo será ainda necessário para que se perceba a verdadeira finalidade da teoria da imputação objetiva e sua aplicação como fundamental para que o direito

¹⁷⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 15.

penal pátrio se mantenha, sem causar injustiças e males às pessoas que, se fossem julgadas de acordo, não seriam, por vezes, consideradas criminosas? Bem como, quantos criminosos continuarão a não passar pelas celas de uma prisão para gozar de uma injusta liberdade?

Ainda, é possível perceber em Beccaria uma crítica voraz ao finalismo e sua subjetividade, que objetiva imputar um crime pela intenção de um agente. Com isso, o autor pondera:

A grandeza do crime não depende da intenção de quem o pratica, como o entenderam erroneamente alguns, pois a intenção do acusado depende das impressões provocadas pelos objetos presentes e das disposições vêm da alma. Tais sentimentos variam em todos os homens e no próprio indivíduo, com a rápida sucessão das ideias, das paixões e das circunstâncias. Se a intenção fosse punida, seria necessário ter não apenas um Código particular para cada cidadão, mas uma nova lei penal para cada crime.¹⁸⁰

Nessa esteira, a dificuldade é julgar um crime tão somente pela intenção de finalidade, presente na psique do agente, na hora do curso lesivo. Portanto, por essa afirmação fica apontado um dos maiores gravames encontrados na teoria finalista da ação.

De certo modo, essa tendência de continuar algemando o direito penal e as teorias do delito em geral, a um sistema finalista da ação acaba, por demonstrar a existência de uma forte influência positivista, o que, por sua vez, bloqueia a possibilidade de se julgar um caso, de acordo com suas maiores peculiaridades, com base em uma análise social. Nesses termos, pondera o jurista e formulador da teoria da imputação objetiva, Roxin: “De fato, penso que ainda hoje arrastamos conosco na teoria do delito a herança do positivismo, que cunhava de modo exemplar o pensamento de LISZT”.¹⁸¹ Em decorrência disso, a conclusão apontada pelo autor é no sentido de que “o positivismo como teoria jurídica caracteriza-se por banir da esfera do direito as dimensões do social e do político”.¹⁸²

Sem embargo, ainda que o direito contemporâneo permaneça atrelado ao positivismo, é possível encontrar doutrinadores que se desprendam dessa única diretriz, para acrescentar à política criminal. Em virtude disso, aponta Roxin que os “problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito”.¹⁸³

¹⁸⁰ Ibidem, p. 71.

¹⁸¹ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 12.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Ibidem, p. 14.

Disso se obtém a real necessidade de que uma teoria geral do delito abranja não somente um sistema positivado em norma, dificilmente adaptável aos mais diversos casos possíveis, mas também uma noção ampla dos indivíduos e da sociedade em geral, com “a finalidade de fornecer diretrizes de comportamento”.¹⁸⁴

Por isso, o conceito de política criminal, trazido por René Ariel Dotti, é “o conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais”.¹⁸⁵ Por meio dessa definição, pode-se perceber o uso de princípios e regras dentro do direito penal, não havendo uma supremacia de positivismo estagnado, abrindo espaços para formadores do direito, que atendam diretamente à sociedade tal e qual numa determinada época.

Meios em que, para Roxin, a política criminal acaba por se mostrar útil, pois trata da proteção de bens jurídicos, contra determinados riscos intoleráveis.¹⁸⁶ Fornece à teoria da imputação objetiva um “parâmetro de interpretação que se orienta imediatamente segundo o injusto material, segundo a intolerável lesividade social do comportamento do autor”.¹⁸⁷

Dessa forma, ainda segundo o referido jurista alemão, chega-se então à principal questão de que a imputação objetiva é uma política criminal expressada por meio de conceitos jurídicos, que sobre uma base de experiências acaba por interpretar os interesses da sociedade, em se tratando de liberdade e de segurança.¹⁸⁸ Com isso, a conclusão de Jakobs é no sentido de que o direito penal “se ocupa de estabilizar uma orientação social”.¹⁸⁹

Sabendo-se então que a política criminal sofre ainda preconceitos no direito penal, principalmente brasileiro, devido à pregação ao positivismo, realizada pela corrente finalista, fica fácil perceber o porquê de a imputação objetiva sofrer preconceitos no âmbito de sua complementação ao direito penal e às correntes de teorias voltadas ao subjetivismo. O que acaba por explicar a rejeição que sofre a teoria, por parte de muitos autores brasileiros, muitas vezes passando despercebida, sendo sequer mencionada.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 15.

¹⁸⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 160.

¹⁸⁶ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 71.

¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 72.

¹⁸⁹ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 84.

É o caso, por exemplo, do doutrinador Prado, para quem a teoria acertadamente “se apresenta como um complemento corretivo”.¹⁹⁰ Entende-a como uma teoria da imputação objetiva do resultado e não do comportamento. Ainda, entende o autor a impossibilidade de serem separados, a fim de análise, o tipo objetivo do tipo subjetivo, corroborando com a doutrina finalista.¹⁹¹

Para tanto, o referido autor entende que “apenas o tipo subjetivo pode precisar se determinado fato é *produto da causalidade* ou se é, realmente *obra* de um agente”.¹⁹² Conclui:

Longe de obter a uniformização dos critérios de imputação e a necessária coerência lógico-sistemática, a teoria da imputação objetiva do resultado – levada ao extremo – pode introduzir uma verdadeira *confusão* metodológica, de índole *arbitrária*, no sistema jurídico-penal, como construção científica dotada de grande coerência lógica, adstrita aos valores constitucionais democráticos, e que deve ter sempre no inarredável respeito à liberdade e à dignidade da pessoa humana sua pedra angular.¹⁹³

Busca o autor estabelecer a teoria citada como uma possível transgressora dos direitos fundamentais, bem como causadora de haver decisões arbitrárias, devido à não uniformização de critérios para sua aplicação. Esquece o autor, dessa forma, valendo-se de uma visão da teoria, como sendo referente somente ao resultado e não ao comportamento, a complementação que ela traz à teoria finalista, que necessita adotar constantemente microteorias para continuar validando-se.

A fim de complementar, é importante referir que a teoria finalista da ação buscar explicar, por critérios subjetivos, aquilo que só objetivamente pode ser tratado, de modo que suas concepções acabam por ser, ironicamente, breves explicações do que traz a teoria da imputação objetiva.

O entendimento de Prado entra em consonância com o de Santoro Filho, que entende que a teoria da imputação objetiva

impõe alterações radicais na conceituação do dolo e, em consequência, no processo de subsunção da conduta dolosa, modificações estas incompatíveis com as normas de nosso direito penal positivo e com a própria natureza do ser humano, que não se trata de um mero produtor de fatos – e de eventuais riscos –, mas de um agente que interage e que forma com as suas relações as teias sociais e que se posiciona, *interna* e *externamente* – não podendo qualquer desses aspectos, interdependentes, ser

¹⁹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 371. v. 1.

¹⁹¹ Ibidem, p. 384.

¹⁹² Ibidem, p. 385.

¹⁹³ Idem.

desprezado na apreciação da *conduta*, sob pena de violação do princípio da *justiça* (proporcionalidade) – diante dos valores vigentes.¹⁹⁴

Refere Santoro Filho que, por meio da teoria da imputação objetiva, haveria uma transformação do que seria o dolo. Ocorre que, na maioria das vezes, a causação de um curso lesivo imputada objetivamente corresponde à subjetividade do dolo, o que não significa que a teoria da imputação objetiva tenha por objetivo a eliminação do conceito de dolo, podendo os critérios subjetivos serem aplicados após a passagem do curso lesivo pelo filtro da teoria. Este é necessário para que sejam evitadas injustas condenações, a partir de busca nas profundezas da psique, para desvendar a real vontade de um suposto autor.

Com isso, conclui o referido autor que a teoria é incompatível com o pátrio

ordenamento jurídico-penal em sua totalidade, por contrariar, em uma série de temas, normas de direito posto, é, no que não guarda incompatibilidade, em grande parte desnecessária, pois alcança as mesmas soluções já obtidas por outros instrumentos jurídicos de interpretação, mais adequados à nossa realidade social e ao nosso sistema normativo.¹⁹⁵

Provocam dúvidas em relação à teoria da imputação objetiva, também, as conclusões formuladas por Bitencourt, para quem a teoria também possui natureza complementar.¹⁹⁶ Assim determina o autor quando refere que “a única *certeza*, até agora, apresentada pela teoria da imputação objetiva é a *incerteza* dos seus enunciados, a imprecisão dos seus conceitos e a insegurança dos resultados a que pode levar!” (Grifo do autor).¹⁹⁷

Sob a ótica de Bitencourt, reside a complementaridade proposta pela teoria da imputação objetiva, quando esta não exclui a teoria da *conditio*, por meio de uma admissão da solução causal.¹⁹⁸ Moldes em que este conclui ter a teoria “a finalidade de delimitar o âmbito e os reflexos da causalidade”.¹⁹⁹ Relegando, assim, toda a disposição da teoria, como uma regularizadora da abrangência do tipo penal, sendo inclusive aplicada para regularizar as arbitrariedades que podem advir de uma interpretação subjetivista do delito.

¹⁹⁴ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria da imputação objetiva*: apontamentos críticos à luz do direito positivo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 89.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 107-108.

¹⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 252. v. 1.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 251-252.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 252.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 253.

Por outro lado, a teoria vem sendo adotada por doutrinadores brasileiros, apesar de sua forte tendência a ser interpretada pela aplicação ao resultado e não ao comportamento.

O doutrinador brasileiro Jesus dispõe que

a imputação objetiva não significa abandono da teoria finalista da ação, de modo que continuamos finalistas, [...]. As duas teorias podem coexistir, tanto que muitas regras, métodos e critérios da imputação objetiva têm fundamento no finalismo, como a inobservância do cuidado objetivo necessário, que corresponde à realização de conduta criadora de risco juridicamente reprovado.

Adotada a teoria da imputação objetiva, o tipo subjetivo perde parte de suas funções, como ocorria no finalismo, ampliando-se o tipo objetivo.²⁰⁰

Segundo Jesus, passaria a teoria da imputação objetiva a ocupar o primeiro lugar quando da compreensão de um curso lesivo como algum delito, sem que se torne inútil a função avaliadora da teoria finalista da ação, podendo esta ser requerida quando da passagem de determina conduta pelo filtro proposto pela teoria da imputação objetiva.

Ainda, o doutrinador tem seu conceito determinado sobre a imputação objetiva como sendo o caso de atribuir “a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico”.²⁰¹

E, para tanto, entende o autor que a teoria “não põe em destaque o resultado naturalístico, próprio da doutrina causal clássica, e sim o resultado (ou evento) jurídico”,²⁰² e, em consequência, a compreensão do doutrinador a respeito da teoria como sendo a imputação objetiva do resultado. Por isso, apesar de o autor adotar a teoria, como possibilidade para aplicação no direito penal, entende-a de forma divergente da pretendida por determinados autores, como é o caso do alemão Jakobs, importante semeador da teoria.

Com isso, Callegari, como já referido anteriormente, a respeito da concepção da teoria da imputação objetiva, entende que é aplicada ao resultado, quando deveria avaliar a tipicidade de determinada conduta, como vem sendo explorado na doutrina em nível mundial.²⁰³

Callegari também se posiciona a favor da teoria da imputação objetiva, quando é “o contexto teórico em que se delineia o alcance objetivo *real* das normas penais, dos tipos delitivos, não uma mera tópica de problemas de imputação do resultado”.²⁰⁴ E, por

²⁰⁰ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 150.

²⁰¹ Ibidem, p. 33.

²⁰² Ibidem, p. 35.

²⁰³ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 74.

²⁰⁴ Ibidem, p. 91.

isso, o autor entende que a teoria é “um procedimento de interpretação dos tipos penais que significa a conexão entre o texto da lei e a realidade social”.²⁰⁵

Com isso, conclui o autor que a teoria trata de uma

explicativa que é perfeitamente aplicável a qualquer ordenamento em que exista o princípio da legalidade que dá carta de natureza a qualquer teoria do delito. O fato de que se trate de uma sociedade economicamente injusta, desigual, não impede a virtualidade desta teoria.²⁰⁶

Nesses termos, é decisivo o autor ao dispor a possibilidade de aplicação da teoria da imputação objetiva no direito penal pátrio, sem ocasionar “revoluções”, apenas demonstrando as razões existentes para seu uso. E, dessa forma, em relação ao que se discute a respeito de ser a teoria somente aplicável dentro de sociedades avançadas e da afoita conclusão da impossibilidade de seu uso no direito brasileiro, aponta o autor que deverá haver uma adequação da teoria, de acordo com a sociedade e seu contexto social.²⁰⁷ Por fim, conclui Callegari:

Não se importa de um país para outro a teoria sem qualquer alteração, o importante são as instituições dogmáticas da teoria que, sem qualquer dúvida, podem ser aplicadas no Brasil, adequando-se, é claro, ao nosso contexto social as instituições por ela trazidas.²⁰⁸

A teoria também foi alvo de análise pelo doutrinador Capez, para quem ela trata da imputação objetiva do resultado, com a aplicação anterior na do extrato dos anseios da sociedade e do papel social da representação de cada um.²⁰⁹ O doutrinador justifica a possível aplicação da teoria, ao entender que “o risco está presente em todos os momentos”²¹⁰ e que “uma sociedade que não tolera nenhum risco também não progride”.²¹¹

Por fim, apesar de na obra analisada não firmar posicionamento específico quanto à aplicação da doutrina no direito penal brasileiro, entende o autor ser a imputação objetiva uma exclusão. “Da tipicidade da conduta quando o agente se comporta de acordo com seu papel social, ou, mesmo não o fazendo, o resultado não se encontra

²⁰⁵ Ibidem, p. 92.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ Ibidem, p. 93.

²⁰⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 168-169. v. 1.

²¹⁰ Ibidem, p. 168.

²¹¹ Idem.

dentro da linha de desdobramento causal da conduta, ou seja, não está conforme ao perigo”.²¹²

Em importante estudo acerca da teoria da imputação objetiva, Greco entende que a teoria

complementa ambas as dimensões de desvalor com novos aspectos. O desvalor da ação, até agora subjetivo, mera finalidade, ganha uma face objetiva: a criação de um risco juridicamente proibido. Somente ações intoleravelmente perigosas são desvaloradas pelo direito. Também o desvalor do resultado é enriquecido: nem toda causação de lesão a bem jurídico referida a uma finalidade é desvalorada; apenas o será a causação em que se realize o risco juridicamente proibido criado pelo autor. Ou seja, a imputação objetiva acrescenta ao injusto um desvalor objetivo da ação (a criação de um risco juridicamente desprovado), e dá ao desvalor do resultado uma nova dimensão (realização do risco juridicamente desprovado).²¹³

Nesse contexto, explica o autor a finalidade da teoria em interpretar o caráter objetivo de certa ação, além de apenas considerar a subjetividade. Esta é a conclusão de Greco, ao afirmar que a teoria busca relegar

o tipo subjetivo e a finalidade a uma posição secundária e recolocar o tipo objetivo no centro das atenções. Este tipo objetivo não pode, porém, esgotar-se na mera causação de um resultado – é necessário algo mais para fazer dessa causação uma causação objetivamente típica. Esse algo mais compõe-se, fundamentalmente, de duas ideias: *a criação de um risco juridicamente desprovado e a realização deste risco no resultado*. (Grifo do autor).²¹⁴

O doutrinador Busato tece seu posicionamento acerca da teoria da imputação objetiva, por meio de uma compreensão desta como sendo uma complementação axiológica.²¹⁵ Para tanto, define que

a relação entre ação e resultado, a efeitos de configurar o tipo de ação, é uma afirmação de sentido axiológico, portanto, não pode resumir-se à causalidade ontológica, ainda que ela configure seu pressuposto indispensável. Necessária, pois, a adição de uma dimensão axiológica à junção entre ação e resultado. Essa dimensão axiológica é fornecida de modo mais detalhado pelos estudos que se desenvolveram sob o título de “teoria da imputação objetiva”.²¹⁶

Dispõe o doutrinador sobre a necessidade de uma postura reducionista frente aos diferentes modelos de teorias da imputação objetiva²¹⁷ e, portanto, “a presença de um

²¹² Ibidem, p. 171.

²¹³ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 24.

²¹⁴ Ibidem, p. 22.

²¹⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 333.

²¹⁶ Idem.

²¹⁷ Ibidem, p. 335.

critério axiológico adicional significa uma diminuição no alcance da imputação e uma tendência a reduzir o âmbito de aplicação do Direito Penal”.²¹⁸

Conclui Busato, então, por ser

apropriada a adoção, senão de algo que se possa chamar *teoria da imputação objetiva*, ao menos de critérios axiológicos de atribuição do tipo. Resulta, pois, imprescindível declinar, dentre o universo de critérios apresentados na doutrina, quais são os que se deve considerar adequados à filtragem axiológica da imputação já no âmbito do tipo. O que existe é meramente a adição do critério axiológico do risco na determinação do elo objetivo da imputação, sendo que esse critério axiológico é determinado dentro de cada tipo, consideradas as ações caso a caso. (Grifo do original).²¹⁹

Desta forma, o autor defende a aplicação da teoria da imputação objetiva, de maneira a reduzir suas várias correntes a uma complementação axiológica, objetivando uma análise em cada tipo penal, considerando sempre o caso *per se*.

Pode-se então perceber a possibilidade de adoção da teoria e de sua aplicação no ordenamento pátrio, nos conformes com o disposto por determinada corrente doutrinária, ainda que distanciem-se quando da definição da imputação objetiva ser do resultado ou do comportamento.

Afinal, trata-se de estudos e teses a respeito de uma teoria que possui muito a agregar e que é digna de sua complexidade; “é complicada não no sentido de ser contraditório, inconsistente e imprecisa, e sim no sentido de que cada uma de suas várias ramificações pode e deve ser objeto de investigação própria”.²²⁰

2.2 Legislação e Jurisprudência frente à Teoria da Imputação Objetiva

É possível encontrar no ordenamento penal-pátrio as vertentes que direcionam para a teoria da imputação objetiva, determinadas normas e dispositivos que, por meio de tentativas de explicação pela teoria finalista da ação, não passam de seções da teoria da imputação objetiva.

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ Idem.

²²⁰ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 25.

É o caso do art. 13 do Código Penal brasileiro, que diz: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”²²¹

Pois bem, se este dispositivo trata da existência do crime como sendo imputável somente a quem lhe deu causa, é necessário saber o que é dar causa ao crime, tanto por ação como por omissão.

Percebe-se que dar causa a algum resultado envolve todas as vertentes da causalidade em si, sendo possível também notar que, não necessariamente, se trata da subjetividade (dolo e culpa), mas da imputação quanto ao possível crime cometido. E, então, a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva tem a finalidade de, com suas bases, filtrar a conduta do agente, para compreender se dela se depreendeu o delito.

Com isso, refere o doutrinador Nucci:

Antes de ingressar no contexto do elemento subjetivo – se houve dolo ou culpa, sob o prisma finalista; ou se houve ilicitude e culpabilidade, sob a ótica causalista – a imputação objetiva analisa se a conduta do agente gerou para a vítima um risco de lesão intolerável e não permitido, sem ter havido qualquer curso causal hipotético a determinar o resultado de qualquer forma, nem ter o ofendido contribuído, com sua atitude irresponsável ou dando seu consentimento, para a geração do resultado.²²²

É o caso de ser uma vertente da teoria da imputação objetiva mascarada por uma microteoria originada da teoria finalista da ação, sendo que os finalistas acabam por esquecer a própria objetividade discriminada na norma penal.

Pode-se perceber a objetividade no Código Penal também em seu art. 17, sob a alcunha de crime impossível, o qual refere: “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.²²³

O crime impossível trata de objetividade da norma, uma vez que é realizada uma análise sobre os meios com os quais o crime seria cometido, tendo em vista a tentativa, aplicando-se, mesmo que não se dê por conta, os institutos da teoria da imputação objetiva. Sendo ineficaz o meio ou absoluta a impropriedade do objeto, não se realiza um risco não permitido, não há um resultado.

²²¹ BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, p. 2391, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 28 jul. 2014.

²²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 147.

²²³ BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, p. 2391, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 28 jul. 2014.

A objetividade é tratada como uma dentre as teorias consideradas para tal instituto. Trata ela, conforme o doutrinador Jesus:

Que a imputação de um fato possui elementos objetivo e subjetivo, e sem a concorrência do primeiro não há falar-se em tentativa. O elemento objetivo é o perigo para os bens penalmente tutelados. É um perigo que deve ser objetivo e real, advindo desta circunstância o conceito de *inidoneidade*. Se a conduta não possui inidoneidade para o lesar o bem jurídico, não constitui tentativa.²²⁴

Também Bitencourt discorre acerca da teoria objetiva para estabelecer a punibilidade do crime impossível, referindo ainda ter sido esta a adotada no ordenamento penal pátrio. Refere o autor:

Para essa teoria, como não há no crime impossível os elementos objetivos da tentativa e o bem jurídico não corre perigo, não há tentativa e o agente não deve ser punido. O que justifica a punibilidade da tentativa é o perigo objetivo que ela representa para o bem jurídico. E esse perigo só existirá se os meios empregados na tentativa forem adequados à produção do resultado e se o objeto visado apresentar as condições necessárias para que esse resultado se produza. Assim, não havendo idoneidade nem nos meios, nem no objeto, não se pune essa ação. O crime impossível constitui figura atípica. Essa foi a teoria adotada pelo nosso Código, em boa hora mantida pela reforma de 1984.²²⁵

Nucci também interpreta o instituto do crime impossível, apontando como sendo a adotada pelo Código Penal pátrio:

Adota-se, no Brasil, a teoria objetiva, vale dizer, leva-se em conta, para punir a tentativa, o risco objetivo que o bem jurídico corre. No caso da tentativa inidônea, o bem jurídico não sofreu risco algum, seja porque o meio é totalmente ineficaz, seja porque o objeto é inteiramente impróprio. Daí por que não há punição.²²⁶

Desta forma, os autores referidos expõem que, quando se trata do elemento objetivo, deve ser considerada a causação de perigo a algum bem penalmente tutelado, ou seja, um bem juridicamente protegido. Ponto em que cabe estabelecer uma ligação com o que determina Roxin:

A teoria da imputação objetiva, em cuja renovação e desenvolvimento moderno tenho tido uma participação destacada, decorre inexcusavelmente do princípio de proteção de bens jurídicos e, nesta direção, tem chegado a alcançar uma ampla difusão internacional. Querendo o Direito penal proteger bens jurídicos contra os ataques humanos, isto só será possível na medida em que o Direito penal proíba a

²²⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 304. v. 1

²²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 411. v. 1.

²²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 191-192.

criação de riscos não permitidos e, ademais, valore a infração na forma de uma lesão de bem jurídico, como injusto penal. Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelo homem.²²⁷

Entendendo-se, então, que a função do direito penal, de oferecer tutela penal a determinados bens jurídicos, faz com que se perceba a função do instituto da teoria da imputação objetiva, que trata da criação de riscos não permitidos, para determinar quando houve a ocorrência de algum delito. Com isso, retorna-se ao conceito de crime impossível e de sua objetividade, quando é entendido pela não criação de um risco não permitido, ainda que os doutrinadores brasileiros referidos disponham sobre o idôneo ou inidôneo.

Assim sendo, ocorre no direito penal a aplicação de um instituto normatizado que possui explicação definida na teoria da imputação objetiva, de maneira que a teoria finalista da ação jamais conseguiria explicar, pois, ainda que se tenha dolo, como critério subjetivo desta última teoria, no caso do crime impossível, não haverá delito quando da não criação de um risco não permitido; portanto, lançando mão da objetividade no direito penal.

Outrossim, demais institutos encontrados no Código Penal brasileiro somente possuem explicação adequada e coerente, quando se abstrai da subjetividade do dolo e da culpa. Pode-se citar, para tanto, as excludentes de ilicitude dispostas no art. 23 do Código Penal:

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.²²⁸

Tomando por exemplo o estrito cumprimento do dever legal, ainda que o agente tenha dolo propriamente dito em sua conduta, não haverá crime, pois não estará ultrapassando os limites dos riscos permitidos para seu comportamento. Aborda-se então, como sendo excludente de ilicitude, uma das matérias bem dispostas na teoria da imputação objetiva, mais uma vez derrubando o mito dos finalistas de que tal teoria não possuía aplicabilidade no direito penal pátrio.

²²⁷ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 40.

²²⁸ BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, p. 2391, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 28 jul. 2014.

A própria jurisprudência, como poderá ser visto nos casos a seguir tratados, também demonstra uma tendência de compreender a teoria da imputação objetiva que, apesar de ser repudiada tanto pela doutrina como por alguns julgadores, conquista espaços importantes nas decisões proferidas, demonstrando sua capacidade de auxílio na interpretação de casos, sejam eles complexos ou não.

2.2.1 Habeas Corpus 46.525 – STJ (Ministro Arnaldo Esteves Lima)

O caso a seguir demonstra a aplicação de institutos e linhas da teoria da imputação objetiva em seu julgamento, quando do seu não preenchimento. Não ocorre qualquer fato delitivo por parte dos acusados, sem ser o caso de qualquer imputação penal. O caso tem por ementa:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE POR AFOGAMENTO NA PISCINA. COMISSÃO DE FORMATURA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE, DE NEXO DE CAUSALIDADE E DA CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Afirmar na denúncia que “a vítima foi jogada dentro da piscina por seus colegas, assim como tantos outros que estavam presentes, ocasionando seu óbito” não atende satisfatoriamente aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que, segundo o referido dispositivo legal, “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

2. Mesmo que se admita certo abrandamento no tocante ao rigor da individualização das condutas, quando se trata de delito de autoria coletiva, não existe respaldo jurisprudencial para uma acusação genérica, que impeça o exercício da ampla defesa, por não demonstrar qual a conduta tida por delituosa, considerando que nenhum dos membros da referida comissão foi apontado na peça acusatória como sendo pessoa que jogou a vítima na piscina.

3. Por outro lado, narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal.

4. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa.

5. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta.

6. Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um risco não

permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal.²²⁹

No julgado em tela, concedeu o Ministro Arnaldo Esteves Lima a ordem impetrada para trancar a referida ação penal, dentre outras conclusões, “em razão da atipicidade da conduta narrada, pela ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação pelos pacientes de um risco não permitido”.²³⁰

Em relação ao uso de substâncias psicotrópicas, entende o ministro pela ocorrência da “exclusão da responsabilidade, pois se trata de autocolação em risco”.²³¹ Trata-se então de uma das bases da teoria da imputação objetiva, na qual a vítima deve se portar como tal, não ultrapassando seu campo de atuação, para se colocar em perigo, ou seja, autocolocar-se em risco.

Continua expondo o Ministro, no tocante à teoria da imputação objetiva, quanto à necessidade de

demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não ocorrente, na hipótese, uma vez que é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa.²³²

Em função disso, fica evidente a aplicação dos conceitos da teoria da imputação objetiva, para determinar que o simples fato de promover uma festa não gera rigor na fiscalização das substâncias a serem ingeridas pelos participantes. Conclui-se, então, que

uma eventual falta de atendimento aos pressupostos necessários para a organização da festa por parte da Comissão de Formatura está fora dos limites do que a doutrina denomina de risco juridicamente relevante, caracterizando um risco permitido, isto é, um risco geral da vida.²³³

Os riscos gerais da vida estão presentes e são inerentes a existência, sendo difícil prever todos os infortúnios. Isso exige uma conduta diligente para riscos que não sejam

²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 46.525/MT (2005/0127885-1). Impetrante: Marcelo André de Matos e outros. Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Publicado no DJ de 10/04/2006 p. 245. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2287068&sReg=200501278851&sData=20060410&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 28 jul. 2014, p. 3-4.

²³⁰ Ibidem, p. 10.

²³¹ Ibidem, p. 6.

²³² Ibidem, p. 8.

²³³ Idem.

permitidos pelo ordenamento brasileiro, em se tratando, principalmente, de bens juridicamente protegidos pela norma penal.

Enfim, o Ministro disserta acerca do princípio da confiança, no “qual as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, enquanto não existirem pontos de apoio concretos em sentido contrário”.²³⁴

No caso concreto, não poderia a Comissão de Formatura prever o comportamento da vítima que, conforme consta da própria denúncia, somente veio a afogar-se acidentalmente em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se de forma contrário ao direito, inexistindo indicação na denúncia de que aparentemente isso pudesse ser antevisto.²³⁵

Impera, na vida em sociedade, um princípio da confiança, outro aporte da teoria da imputação objetiva, que determina que todos os membros da sociedade esperam uma atuação, de acordo com a realidade, representando seus papéis sociais.

É em razão disso que o ministro conclui: “À luz da citada doutrina, antes e independentemente de se aferir a culpa dos denunciados, constata-se a inexistência de previsibilidade do resultado, o que acarreta a atipicidade da conduta e o consequente trancamento da ação penal”.²³⁶

O caso então disposto, um dos exemplos da aplicação da teoria da imputação objetiva, no Judiciário pátrio, propicia a feitura da justiça, sem desrespeitar o ordenamento jurídico, em que pese a normatização penal.

2.2.2 Habeas Corpus 822.517 – STJ (Ministro Gilson Dipp)

No caso a seguir, mediante compreensão da teoria da imputação objetiva, nas suas definições de risco permitido e risco proibido, orienta-se pela condenação. Diz a ementa:

CRIMINAL. RESP. DELITO DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE PENAL. DELITO CULPOSO. RISCO PERMITIDO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPUTABILIDADE OBJETIVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. AUSÊNCIA DE CORRESPONDÊNCIA COM A PENA SUBSTITUÍDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma.

²³⁴ Ibidem, p. 8-9.

²³⁵ Ibidem, p. 9.

²³⁶ Ibidem.

II. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável.

III. Hipótese em que o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito (criou um risco não permitido), causando resultado jurídico abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado – morte da vítima, atraindo a incidência da imputabilidade objetiva.

IV. As circunstâncias que envolvem o fato em si não podem ser utilizadas para atrair a incidência da teoria do risco permitido e afastar a imputabilidade objetiva, se as condições de sua aplicação encontram-se presentes, isto é, se o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito, causando resultado jurídico que a norma visava coibir com sua original previsão.

V. O fato de transitar às 3 horas da madrugada e em via deserta não pode servir de justificativa à atuação do agente em desconformidade com a legislação de trânsito. Isto não é risco permitido, mas atuação proibida.

VI. Impossível se considerar a hipótese de aplicação da teoria do risco permitido com atribuição do resultado danoso ao acaso, seja pelo fato do agente transitar embriagado e em velocidade acima da permitida na via, seja pelo que restou entendido pela Corte a quo no sentido de sua direção descuidada.

VII. A averiguação do nexo causal entre a conduta do réu, assim como da vítima, que não teria feito uso do cinto de segurança, com o resultado final, escapa à via especial, diante do óbice da Súmula 07 desta Corte se, nas instâncias ordinárias, ficou demonstrado que, por sua conduta, o agente, em violação ao Código de Trânsito, causou resultado abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado.

VIII. Não há simetria entre a pena pecuniária substitutiva e a quantidade da pena privativa de liberdade substituída.

IX. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.²³⁷

Cumpra referir a ocorrência de descarte a respeito da alegação da defesa sobre estar o acusado diante de um risco permitido. Pleiteou a defesa pela “aplicação da teoria do risco permitido como forma de afastar a imputabilidade objetiva”²³⁸.

Todavia, refere o Ministro que, “inicialmente, deve ser salientado que o Tribunal *a quo* afastou a possibilidade de incidência da doutrina do risco permitido, sob a fundamentação de que a relevância causal ou nexo causal não decorreria do acréscimo de velocidade”²³⁹.

²³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 822.517/DF (2006/0038086-0). Recorrente: Daniel da Silva Antunes. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Gilson Dipp. Publicado no DJ de 29/06/2007 p. 697. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3052807&sReg=200600380860&sData=20070629&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 jul. 2014, p. 1-2.

²³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 822.517/DF (2006/0038086-0). Recorrente: Daniel da Silva Antunes. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Gilson Dipp. Publicado no DJ de 29/06/2007 p. 697. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3052808&sReg=200600380860&sData=20070629&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 28 jul. 2014, p. 6.

²³⁹ Idem.

O fato, ocorreu porém, a partir da inabilidade do recorrente, uma vez que este colidiu com a guia da calçada ou pista e perdeu o controle do veículo, causando capotamento e morte da passageira.

Segue o Ministro analisando a imputabilidade objetiva atinente ao caso, com o que refere:

No estudo da Teoria Geral da Imputação Objetiva, criada por Claus Roxin, para haver imputação objetiva, faz-se necessária a concorrência das seguintes condições: a) a criação ou aumento de um risco não permitido; b) a realização deste risco no resultado concreto; e c) que o resultado se encontre na esfera de proteção da norma. Por outro lado, o resultado não pode ser imputado ao agente quando: a) o resultado decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa diminuir o risco não permitido; b) o risco permitido não realize o resultado concreto; c) o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma.²⁴⁰

Conclui então o Ministro, fazendo uma relação com o referido por Jakobs, quando este “esclarece a impossibilidade do cidadão de eliminar todo o risco de lesão ao outro e que a proibição de qualquer colocação em perigo tornaria impossível a realização de qualquer comportamento social”.²⁴¹ Sendo que, ainda conforme o Ministro,

o risco permitido, assim, deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. Sendo assim, o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável, deve ser considerado risco permitido.²⁴²

Mesmo que seja impossível ao cidadão eliminar todos os riscos de lesão, deve portar-se cumprindo seu papel de acordo com a sociedade, o que não ocorreu com o acusado. Em razão disso, buscou o Ministro relator diferenciar o risco permitido do risco proibido, apontando elementos de distinção provenientes da doutrina, chegando à conclusão de que

o risco permitido pode ser entendido como aquele constante nas ações perigosas autorizadas pelo legislador, seja pela sua utilidade social, seja pela inevitabilidade do risco ou em face da necessidade advinda dos avanços tecnológicos ou científicos; bem como no comportamento conforme o direito com base no que se denomina de princípio da confiança; ou quando o resultado danoso não depender exclusivamente da vontade do agente.²⁴³

Pela diferenciação, é possível compreender a atuação do acusado na geração de um risco não permitido, em virtude de sua conduta não ser tolerável, não sendo caso de

²⁴⁰ Ibidem, p. 7.

²⁴¹ Idem.

²⁴² Idem.

²⁴³ Idem.

desconsideração da imputação objetiva concernente ao fato em si. Ora, conforme as palavras do próprio Ministro, “o acusado agiu em total desconformidade com o ordenamento jurídico, ao dirigir após ingestão de bebida alcoólica e, acompanhado da vítima, trafegar em via pública empreendendo velocidade acima da permitida”.²⁴⁴

Diante não tolerabilidade do caso, em análise intrincada deste com a teoria da imputação objetiva, decidiu-se pela não incidência da teoria do risco permitido, tendo o acusado agido “em desconformidade com as regras de trânsito, causando resultado jurídico que a norma visava coibir com sua original previsão”.²⁴⁵

Aplicaram-se, no presente caso, os conceitos referentes à teoria da imputação objetiva, de maneira a propiciar um julgamento de acordo, relevando-se a importância da teoria para melhor compreensão do caso.

2.2.3 Entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

De acordo com os dois casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, depreende-se a variedade que ronda quando se trata da adoção da teoria da imputação objetiva e de sua análise por vezes superficial ou, apenas, para embasar algum ponto de vista já firmado, denotando a consciência da teoria da imputação objetiva, no sistema judiciário e no direito penal, sem que seja necessária sua implantação legislativa.

Tem-se pelo primeiro exemplo o caso a seguir retratado pela ementa:

APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

Efetivamente, trata-se de um caso onde o defeito da pista não visível no momento do fato, demonstrado pela prova documental e testemunhal, a qual afirma a existência de água na pista, foi determinante à conduta do imputado, situação que afasta a sua responsabilidade criminal, seja pela análise da culpa, pela metodologia tradicional da causa, seja pela aplicação da Teoria da Imputação Objetiva, cujos parâmetros não alcançam a conduta do acusado (confiança, risco permitido, comportamento da vítima, incremento do risco, etc.).

APELO DESPROVIDO. POR MAIORIA.²⁴⁶

Em que pese ter sido argumentado pela teoria da imputação objetiva por meio do presidente e também redator da turma, a citada teoria não foi utilizada pelo relator do

²⁴⁴ Idem.

²⁴⁵ Ibidem, p. 8.

²⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70050531847. Apelante: Ministério Público. Apelado: Cassius Ariovaldo Paim. Relator: Desembargador Ivan Leomar Bruxel. Publicado no DJ Eletrônico 5005 de 28/01/2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2012&codigo=2397847>. Acesso em: 28 jul. 2014, p. 1.

caso. Eis que para o relator desembargador Ivan Leomar Bruxel, “a culpa do motorista está bem demonstrada”,²⁴⁷ razão pela qual, ainda segundo o desembargador, “o apelo do Ministério Público merece provimento”.²⁴⁸

Ainda assim, o acusado foi absolvido em primeira instância, como versa a sentença citada no acórdão contendo o seguinte teor: “Ausente prova suficiente do elemento subjetivo do tipo, qual seja, a culpa, e também da dinâmica do evento, impõe-se a absolvição”.²⁴⁹

É evidente, então, que o magistrado *a quo* considerou o elemento subjetivo do tipo (a culpa) e trouxe à tona um problema quanto à condenação pela sua interpretação; ora, se está ausente prova que satisfaça a compreensão do elemento subjetivo do tipo, têm-se então uma falha na teoria finalista da ação, uma vez que novamente vê-se diante da dificuldade, se não impossibilidade quanto ao caso referido, de se adentrar na psique humana, para julgar determinado membro da sociedade.

E não foi somente em razão disso que o magistrado *a quo* não condenou o acusado. Ocorre que, este também considerou a dinâmica do evento, isto é, os fatos e as circunstâncias. Sendo assim, sabendo, ou não, sobre a teoria da imputação objetiva, tomou conclusões quanto às condições do fato em si e julgou pela não geração de um risco não permitido na conduta do agente.

Entretanto, o desembargador Ivan Leomar Bruxel entendeu no presente caso que “para tudo há uma solução, também de todos conhecida, qual seja, a redução da velocidade”,²⁵⁰ ainda que possivelmente o acusado estivesse em velocidade compatível com o mesmo Código de Trânsito usado para condená-lo.

Sem embargo, neste mesmo caso, o presidente e redator, desembargador Nereu José Giacomolli, concedeu voto favorável à manutenção da absolvição. Refere o desembargador que, no presente caso, “a discussão cinge-se, aqui, no âmbito da responsabilidade criminal. Esta, para ser afirmada, reclama prova indubitosa, idônea, suficiente para convencer o julgador, de primeiro e de segundo graus, da culpabilidade do imputado”.²⁵¹

Desta forma é que, sendo o fato ocorrido com a condução do veículo pelo acusado, a discussão passa a orbitar em torno da responsabilidade do acusado no âmbito criminal, em que pese sua culpabilidade. Para tanto, ao examinar a responsabilidade

²⁴⁷ Ibidem, p. 15.

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ Ibidem, p. 22.

²⁵⁰ Ibidem, p. 14.

²⁵¹ Ibidem, p. 20.

penal do acusado no caso em tela, deve-se debruçar no entendimento de sua conduta no caso em questão. Seria possível realizar tal interpretação tão somente no campo psicológico do agente? É caso de se entender pela sua culpa? Surgem, então, os benefícios da aplicação da teoria da imputação objetiva e suas determinações, como filtros para assimilar sua conduta, antes que se coloque diante do campo da subjetividade.

Em análise do caso em si, o desembargador refere:

Efetivamente, trata-se de um caso onde o defeito da pista, demonstrado pela prova documental e testemunhal, não visível pela existência de água na pista, foi determinante à conduta do imputado, situação que afasta a sua responsabilidade criminal, seja pela análise da culpa, pela metodologia tradicional da causa, seja pela aplicação da Teoria da Imputação Objetiva, cujos parâmetros não alcançam a conduta do acusado (confiança, risco permitido, comportamento da vítima, incremento do risco, etc.). Por isso, voto por negar provimento ao recurso.²⁵²

Assim, acerca do caso, tomando a Teoria da Imputação Objetiva e aplicando-a, percebe-se a sua essencialidade como filtro, antes da consideração da subjetividade, afastando a responsabilidade criminal do acusado.

O voto do desembargador foi acompanhado pelo outro desembargador componente da turma, João Batista Marques Tovo. O provimento foi então negado por maioria, que divergiu do voto do desembargador relator.

Há também outro caso tratado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que foi desconsiderada a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva, ainda que fosse alegada como matéria de defesa. Reza a ementa:

APELAÇÃO DEFENSIVA. MAUS-TRATOS QUALIFICADO.

- Não assiste razão a combativa defesa quando prega a aplicação da **teoria da imputação objetiva**, pois “... *O sistema criminal brasileiro, como ensina a unanimidade da doutrina, adota a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *condictio sine qua non* (RENÉ ARIEL DOTTI), não distinguindo entre condição e causa, considerada esta como toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (ANÍBAL BRUNO).*” (trecho da ementa do HC 18206/SP, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, julgado em 04/12/2001).

- Lições doutrinárias de **Edílson Mougenot Bonfim e Fernando Capez**

- Por outro lado, o “... **crime de maus tratos, em qualquer de suas modalidades, é crime de perigo ...**”, sendo que “**O dolo, quanto ao conteúdo de perigo, pode ser direto ou eventual.**”, como ensinou o mestre **HUNGRIA**.

- “Os eventos *qualificativos* são *preterdolosos*” (**HUNGRIA**). Resulta, daí, correta a asserção contida na r. sentença quando afirma que os agentes não desejavam diretamente o resultado morte. Com efeito, se assim não fossem tratar-se-ia de de homicídio doloso(**HUNGRIA**). O dolo, na espécie, assim, fica situado na conduta de expor a perigo a vida ou a saúde (bens jurídicos).

²⁵² Ibidem, p. 22.

- Devemos lembrar então que “**Crime preterdoloso ou preterintencional**”, como explica **Damásio E. De Jesus** “É aquele em que a conduta produz um resultado mais grave que o pretendido pelo sujeito. O agente quer um *minus* e seu comportamento causa um *majus*, de maneira que se conjugam o *dolo* na conduta antecedente e a *culpa* no resultado (conseqüente). Daí falar-se que o crime preterdoloso é um misto de dolo e culpa: dolo no antecedente e culpa no conseqüente.”

- O *busillis* ou o “xis da questão” (como define **AURÉLIO**), porque apresenta relação com a adequação típica, é definir se é ou não indispensável a consciência do abuso.

- “O elemento subjetivo ou dolo específico do crime em questão”, segundo o mestre **HUNGRIA**, “é a vontade consciente de maltratar o sujeito passivo, de modo a expor-lhe a perigo a vida ou saúde.”. Não diverge **CEZAR ROBERTO BITTENCOURT** (“Além da contate e da consciência de praticar o fato material, ao contrário do que imaginava Euclides Custódio da Silveira, é indispensável a consciência do abuso cometido. Aliás, a ausência dessa consciência afasta o dolo, ocorrendo o conhecido erro de tipo”, in *Tratado de Direito Penal*, Parte Especial, vol. 2, Editora Saraiva, 5ª edição, 2006, p. 331).

- Devemos observar, entretanto, que “**O dolo, quanto ao conteúdo de perigo, pode ser direto ou eventual.**” (**HUNGRIA**, sublinhamos). Explica **CEZAR ROBERTO BITTENCOURT** (obra cit., p. 332): “... a despeito da *consciência atual* da ação, dos meios e do próprio abuso **é possível que o agente não queira expor a vítima a perigo, isto é, a exposição a perigo pode não ser objeto da vontade. Contudo, nessas circunstâncias, é inevitável que, pelo menos, preveja a possibilidade com o excesso que pratica, de expor a perigo a incolumidade da vítima. Nesse caso, prosseguindo na ação estará, no mínimo, assumindo o risco de colocá-la em perigo, configurando o dolo eventual. O risco de expor com a ação ou omissão está presente na *consciência* do agente, que, apesar disso, realiza a conduta e acaba colocando efetivamente em perigo a vida ou a saúde de outrem.**” (grifamos)

- Assim, não merece censura a r. sentença combatida. Com efeito, o douto Julgador reconheceu a presença do dolo eventual.

- O ilustrado Procurador de Justiça, Dr. **Eduardo Wetzel Barbosa**, opina pelo desprovemento do apelo, apontando o acerto da r. decisão combatida.

- Restou demonstrado, pelas palavras do próprio acusado, o dolo eventual. O risco de expor com a omissão em perigo a vida ou a saúde de outrem estava presente na consciência do agente.

APELAÇÃO DESPROVIDA²⁵³

Neste caso, a defesa sustenta como uma de suas teses principais a análise pela ótica da teoria da imputação objetiva. Refere esta que, “pela teoria da imputação objetiva, o médico, em momento algum, violou o papel que lhe era devido ante o contrato que mantinha com o lar, eis que, salvo comunicações emergências, deveria visitar o local uma vez por mês”.²⁵⁴

²⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70009953985. Apelante: Jose Luis Grutcki. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador Marco Aurelio de Oliveira Canosa. Publicado no DJ Eletrônico 3551 de 08/03/2007. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2006&codigo=1341787>. Acesso em: 28 jul. 2014, p. 1.

²⁵⁴ Ibidem, p. 4.

Entendo a defesa, em análise do comportamento do acusado, que ele estava condizente com seu papel, sem existir transgressão a algum risco não permitido. Se o comportamento deste estivesse de acordo com seu papel, não haveria violação do seu comportamento e, portanto, de acordo com a Teoria da Imputação Objetiva, não haveria condenação.

Ainda, como uma de suas teses subsidiárias, aponta a defesa que, “pela teoria da imputação objetiva, se houve agir delituoso, este terá seu nascedouro na violação de um papel, por parte do médico, sem que, para tanto, tenha desejado tal violação (em suma: ausência de dolo)”.²⁵⁵

Neste aspecto, a defesa passa a analisar o caso com a ocorrência de violação de algum papel, aplicando-se à Teoria da Imputação Objetiva, moldes em que deve ser considerada a subjetividade do delito, quando de ausência de dolo do acusado em cometê-lo. Denotando, desta forma, a possibilidade de conciliação entre a Teoria da Imputação Objetiva e a Teoria Finalista da Ação.

Porém, apesar de ter a defesa formulado teses buscando amparo na compreensão na teoria da imputação objetiva, concluiu o desembargador: “Assim, no meu sentir, não assiste razão a combativa defesa quando prega a aplicação da **teoria da imputação objetiva**”.²⁵⁶

Nota-se, então, que, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, existe compreensão da teoria da imputação objetiva, porém nem sempre a interpretação em prol de sua aplicação é favorável. Por vezes, pode ser até persistente a característica reacionária de manter os julgamentos como eles vêm sendo. Porém, por outro lado, ocorre também julgamentos que consideram a teoria referida e colocam sua colaboração no progresso do direito penal com julgamentos de acordo com os casos, de maneira equânime e de acordo com o direito penal, contemporâneo, tanto no STJ, alta corte do Judiciário brasileiro, como na Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

É importante frisar a importância de ser aplicada a teoria da imputação objetiva no Judiciário brasileiro, não sendo necessário, todavia, que uma condenação ou absolvição se dê puramente por sua causa, mas o simples fato de esta vir sendo tratada e exposta já denota o seu estudo aberto e seu crescente número de conhecedores.

²⁵⁵ Ibidem, p. 5.

²⁵⁶ Ibidem, p. 8.

Conclusão

Assim, ficou demonstrada a teoria da imputação objetiva e sua interpretação, por meio dos autores Claus Roxin e Günther Jakobs, expoentes do seu estudo, bem como por outros autores, que a agregam cada vez mais para o constante desenvolvimento e adaptação da teoria, elevando a compreensão e trazendo uma noção ampliada tanto da teoria como do crime em si.

Demonstrou-se a teoria de maneira a evidenciar todas as suas linhas e instituições, buscando definições diversas entre autores estrangeiros e brasileiros. Houve um entendimento amplo, que contou com a caracterização das teorias antecedentes e exposição de seus problemas, que ocasionam as crises encontradas hoje no direito penal pátrio.

Com isso, a importância da aplicação da teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro, estabelece um filtro anterior à consideração da subjetividade, caracterizada por dolo e culpa, sem que esta seja substituída por inteiro, reconhecendo-se apenas a dificuldade e, por vezes, a impossibilidade de enquadrar um fato como ilícito penal, apenas pela instituição atribuída à teoria finalista da ação.

Ademais, ressalte-se a importância da teoria da imputação objetiva e de sua aplicação em uma sociedade, em que seus membros sofrem de contatos sociais constantes, havendo a essencialidade da sua compreensão, para que se determine os papéis sociais a serem exercidos e não se cometa injustiças, tanto em relação a algum eventual condenado como em relação à própria sociedade. Enaltecida fica a compreensão dos riscos que são permitidos e dos riscos proibidos na esfera penal, com a conversão de tais riscos não permitidos em um resultado que afeta algum bem jurídico, contando sempre com a indagação sobre ter ou não a vítima agido como tal.

Fica evidente, também, a atual consideração de vertentes objetivistas no direito penal pátrio, apenas mascaradas pela ótica finalista por meio de microteorias, sem que estas consigam explicar coerentemente os institutos que somente a teoria da imputação objetiva tem o condão de fazer.

De outra ponta, diversos autores brasileiros estudam e tem a teoria da imputação objetiva como possível solução para as crises apontadas no direito penal pátrio, com suas opiniões favoráveis decorrentes de uma análise intrincada da teoria, o que gera sua adequada compreensão.

Cada vez mais, debruçam-se também os tribunais brasileiros na questão da teoria da imputação objetiva, considerando-a ao proferir julgamentos, buscando sempre

sintonizá-los aos verdadeiros anseios da sociedade, sem desconsiderar o disposto no ordenamento jurídico.

Por fim, o avanço do estudo das políticas criminais, conjugado aos aportes da teoria da imputação objetiva, possibilita uma verdadeira análise do que realmente a sociedade está pretendendo em sua própria condição. Sendo que, para isso, é necessário que seja valorizado o *ius puniendi* do Estado Democrático de Direito, que deve estar calcado, necessariamente, nos valores democráticos, nos princípios e nas garantias fundamentais.

Referências

- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: M. Claret, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- BRAGA JÚNIOR, Américo. *Teoria da imputação objetiva nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs*. Belo Horizonte: Ius, 2010.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, p. 2391, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 28 jul. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 46.525/MT (2005/0127885-1). Impetrante: Marcelo André de Matos e outros. Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Publicado no DJ de 10/04/2006 p. 245. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2287068&sReg=200501278851&sData=20060410&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 28 jul. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 822.517/DF (2006/0038086-0). Recorrente: Daniel da Silva Antunes. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Gilson Dipp. Publicado no DJ de 29/06/2007 p. 697. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3052807&sReg=200600380860&sData=20070629&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 jul. 2014, p. 1-2, 6.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70009953985. Apelante: Jose Luis Grutcki. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador Marco Aurelio de Oliveira Canosa. Publicado no DJ Eletrônico 3551 de 8/3/2007. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2006&codigo=1341787>. Acesso em: 28 jul. 2014.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70050531847. Apelante: Ministério Público. Apelado: Cassius Ariovaldo Paim. Relator: Desembargador Ivan Leomar Bruxel. Publicado no DJ Eletrônico 5005 de 28/01/2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2012&codigo=2397847>. Acesso em: 28 jul. 2014.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.

- JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2013.
- KAFKA, Franz. *O Processo*. Prefácio e trad. de Torrieri Guimarães. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- MÁRQUEZ, Gabriel García. *Cem anos de solidão*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.
- RAMOS, E. P.; GONZÁLEZ, C. S.; MELIÁ, M. C. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a Teoria da Imputação Objetiva de Günther Jakobs*. Trad. e org. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: M. Fontes, 2008.
- RICOEUR, Paul. *O Justo I: a justiça como regra moral e como instituição*. Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: M. Fontes, 2008.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SANTIN, Miguel Ângelo. O Estado e o direito de punir. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e processo II: reformas processuais, ordinarização e racionalismo*. Curitiba: Juruá, 2009.
- SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria da imputação objetiva: apontamentos críticos à luz do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SPINOZA, Baruch de. *Tratado político*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- VASCONCELLOS, V. G. de. Breves apontamentos acerca dos aportes de Günther Jakobs à Teoria da Imputação Objetiva. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 14, n. 82, p. 61, abr./nov. 2013.
- ZAFFARONI E. R.; SLOKAR A.; ALAGIA A. *Manual de derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: AR, 2011.

