

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ -
XXXI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA**

PRISCILLA ANNE GAZDA

**A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE CLAUS ROXIN
NO CONTEXTO DO DESENVOLVIMENTO DA DOGMÁTICA PENAL**

CURITIBA

2014

PRISCILLA ANNE GAZDA

**A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE CLAUS ROXIN
NO CONTEXTO DO DESENVOLVIMENTO DA DOGMÁTICA PENAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Carlos Miguel Villar de Souza Junior.

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

PRISCILLA ANNE GAZDA

A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE CLAUS ROXIN
NO CONTEXTO DO DESENVOLVIMENTO DA DOGMÁTICA PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, _____ de _____ de 2014.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 AS TEORIAS DA CONDUTA E SUAS INFLUÊNCIAS NO CONCEITO DE DELITO.....	7
2.1 TEORIA CAUSALISTA.....	7
2.1.1 Modelo Clássico.....	7
2.1.2 Modelo Neoclássico.....	11
2.2 TEORIA FINALISTA.....	12
2.3 TEORIA FUNCIONALISTA.....	16
3 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	21
3.1 A ORIGEM MODERNA: KARL LARENZ E RICHARD HONIG.....	21
3.1.1 Imputação Objetiva segundo Karl Larenz.....	21
3.1.2 Imputação Objetiva segundo Richard Honig.....	23
3.2 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE CLAUS ROXIN.....	24
3.2.1 A Construção da Teoria.....	24
3.2.2 Os Critérios de Imputação.....	26
3.2.2.1 Critério da criação do risco não permitido.....	26
3.2.2.1.1 Exclusão da imputação pela diminuição do risco.....	26
3.2.2.1.2 Exclusão da imputação pela falta de criação de risco juridicamente relevante.....	27
3.2.2.1.3 Exclusão da imputação em casos de risco permitido.....	29
3.2.2.2 Critério da realização do risco não permitido.....	29
3.2.2.2.1 Exclusão da imputação pela falta de realização do risco criado.....	30
3.2.2.2.2 Exclusão da imputação pela falta de realização do risco não permitido.....	31
3.2.2.2.3 Exclusão da imputação em caso de resultados que não estão cobertos pelo fim da norma de proteção.....	32
3.2.2.3 Critério do alcance do tipo.....	33
3.2.2.3.1 Situações de cooperação em autocolocação a perigo dolosa.....	33
3.2.2.3.2 Colaboração em perigo de terceiro consentida por este.....	34
3.2.2.3.3 Imputação do resultado a um âmbito de responsabilidade alheio.....	36
3.2.3 Análise da Teoria da Imputação Objetiva de Claus Roxin.....	37
4 CONCLUSÃO.....	41
BIBLIOGRAFIA.....	42

RESUMO

O cerne deste estudo é a Teoria da Imputação Objetiva desenvolvida por Claus Roxin e como se enquadra na evolução da dogmática penal. Inicialmente, são apresentadas as teorias Causalista, Finalistas e Funcionalistas da Conduta e as suas principais contribuições para o desenvolvimento da dogmática. Depois, volta-se para a Imputação Objetiva, partindo-se da ótica de seu criador Karl Larenz, passando por Richard Honig, que a inseriu na lógica do Direito Penal, e culminando na análise da Teoria da Imputação Objetiva de Roxin, mediante o detalhamento de seus critérios de imputação.

.

Palavra Chave: Imputação Objetiva, Claus Roxin.

1 INTRODUÇÃO

A Dogmática Penal, estudo da sistematização e interpretação dos postulados do Direito Penal, teve um salto de desenvolvimento a partir do fim do Século XIX. Do “tatbestand” às teorias funcionalistas, sucessivos estudos integraram-se, num exercício de somatória, descarte de ideias e criação de novas acepções, buscando a construção de um sistema penal cada vez mais competente em delimitar o poder punitivo estatal e distribuir efetiva justiça.

Assim, para alcançar a relevância e a compreensão da Teoria da Imputação Objetiva de Claus Roxin, considerado por muitos um dos maiores avanços da atualidade no estudo do delito, parte-se do panorama do desenvolvimento da dogmática penal.

Deste modo, inicialmente, será apresentado o Causalismo de Von List e Beling, passando pelo Finalismo de Welzel e culminando no Funcionalismo de Roxin.

Depois, será abordada, em linhas gerais, a concepção de imputação objetiva de Larenz e sua adequação à lógica do Direito Penal por Honig.

Em seguida, será tratada a Teoria da Imputação Objetiva desenvolvida por Roxin, a partir do detalhamento dos critérios de exclusão da imputação, o que será feito através de estudos de caso, seguindo a metodologia do doutrinador.

Finalmente, serão apresentadas algumas ponderações críticas de estudiosos sobre estes critérios, num claro exercício de aperfeiçoamento dogmático.

2 AS TEORIAS DA CONDUTA E SUAS INFLUÊNCIAS NO CONCEITO DE DELITO

2.1 TEORIA CAUSALISTA

O Causalismo tem como grande contribuição para a Dogmática Penal a estruturação do conceito analítico e tripartite de delito. Ou seja, foi neste momento que se definiu o delito como ação típica antijurídica e culpável. Possui dois grandes momentos: o primeiro, representado pela construção teórica de Franz Ritter Von Liszt e Ernest Von Beling, que ficou conhecido como Modelo Clássico; o segundo, representado pelo Modelo Neoclássico, como uma resposta às críticas à construção clássica, embora com a manutenção de seus mais relevantes postulados.

2.1.1 Modelo Clássico

A Teoria Causalista desenvolveu-se a partir de 1880 e foi o pensamento doutrinário dominante por três décadas.¹

Teve como matriz filosófica o positivismo-naturalista que vinculava o *status* científico de qualquer ramo do conhecimento à possibilidade de demonstrar a veracidade de seus conceitos pelo método empírico.² Tratava-se de metodologia atinente às ciências do ser, que basicamente descreviam fenômenos naturais como a relação de causa e efeito. Neste contexto, tudo que significasse valorações filosóficas, psicológicas ou sociológicas era descartado.³

A ação, inicialmente, foi descrita como uma “inervação muscular produzida por energias de um impulso cerebral que, comandadas pelas leis da natureza, provocam uma transformação no mundo exterior”⁴. A conduta, portanto, foi concebida como nada mais do que “um movimento corporal (ação), produzindo uma modificação no mundo exterior (resultado)”⁵.

¹ GUARAGNI, Fabio André - *As Teorias da Conduta em Direito Penal - Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista* – 2ª ed. rev. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.

² Consiste na “repetição de uma experiência por inúmeras vezes e, observada a comunhão de resultados, extrair uma lei geral, mediante a descrição do fenômeno e sua resultante. Basicamente, os passos metodológicos são observar e descrever o fenômeno”. (GUARAGNI, 2009, p.70).

³ BITTENCOURT, Cesar Roberto, *Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. 1* - 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.139.

⁴ BITTENCOURT, 2003, p.140.

⁵ BITTENCOURT, 2003, p.139.

Com a contribuição de Von Liszt, a ação passou a ser definida como “uma inervação muscular produzida por um impulso cerebral, que comandadas pelas leis da natureza, provocam uma transformação no mundo exterior”.⁶

Ou seja, a conduta humana foi definida como um movimento corporal voluntário e que configurava causa de um efeito, consistente na modificação no mundo exterior, ou resultado naturalístico. Sendo que esta mudança no mundo exterior, causada ou não impedida, foi denominada de comissão ou omissão⁷.

A “voluntariedade” dizia respeito exclusivamente à realização do movimento. Não havia qualquer conteúdo psico-subjetivo vinculado ao conceito. Enfim, servia exclusivamente para demonstrar ausência de coação, quer física ou psicológica.

Juarez Tavares explica que o objeto da voluntariedade seria, para a teoria, o movimento em si, não a modificação no mundo como no Finalismo.⁸

É de se ressaltar que o nexos causal fazia parte do conceito de conduta, de maneira que se operava sua exclusão pela ausência do nexos de causalidade entre o movimento corporal e o resultado.⁹

Na relação causal, a conduta (movimento corporal/ causa) deveria ser voluntária, não o resultado, razão pela qual a ausência de voluntariedade afastava tanto a coação física, como a moral (esta atualmente afastada no estrato da culpabilidade).

Deve-se ressaltar que foi através da lógica do Causalismo que se chegou a Teoria dos Antecedentes Causais e da Causalidade Adequada, prevista no atual Código Penal Brasileiro (art. 13).

De todo modo, a ação era elemento exclusivamente descritivo, naturalista e valorativamente neutro, enfim de conteúdo puramente objetivo.¹⁰

A tipicidade, como elemento independente do delito foi concebida por Beling.¹¹ Anteriormente a tipicidade era atrelada a antijuridicidade e culpabilidade, numa concepção de delito chamada “Tatbestand” ou “Corpus Delicti”.¹² Tal figura comportava todos os três elementos do conceito analítico de crime, que eram indissociáveis entre si.

⁶ *Apud* BITENCOURT, 2003, p.140.

⁷ VON LISZT, *apud* GUARAGNI, 2009, p.75.

⁸ *Apud* GUARAGNI, 2009, p. 77

⁹ GUARAGNI, 2009, p. 81.

¹⁰ BITENCOURT, 2003, p.140.

¹¹ BITENCOURT, 2003, p.139.

¹² BITENCOURT, 2003, p.194.

Neste momento inicial, a tipicidade compreendia apenas os aspectos objetivos do fato descrito na lei. O caráter externo da ação era a referência para a constatação da tipicidade. Portanto, tipicidade apresentava caráter descritivo e valorativamente neutro.¹³

Deve-se acrescentar que Mayer (1915), mantendo caráter descritivo inicial, conferiu a tipicidade a qualidade de indiciária da antijuridicidade.¹⁴

A antijuridicidade, nesta teoria, consistia em uma valoração negativa da ação com base nos seus resultados externos juridicamente indesejados. Bastava a comprovação da tipicidade da conduta e da não incidência de causa de justificação para a sua configuração.

Portanto, tratava-se de elemento valorativo (averiguação do desvalor da ação), objetivo (com base nos resultados externos) e formal (configuração mediante constatação da tipicidade e ausência de justificação).¹⁵

A culpabilidade limitava-se a comprovar a existência do vínculo psicológico entre o autor e o fato, sendo que a diversidade de intensidade deste vínculo é que fazia surgir o dolo ou a culpa. Tratava-se, de elemento subjetivo-descritivo.¹⁶

É de se constatar que foi no Causalismo que e se construiu o conceito de delito como sendo a ação típica antijurídica e culpável. Embora sob sua lógica, conduta, tipicidade e ilicitude representassem um aspecto exclusivamente objetivo do delito, apoiados na causalidade física de um resultado ofensivo ao bem jurídico. A culpabilidade, por sua vez, representava todo o aspecto subjetivo, apoiada num nexos puramente psíquico entre o agente da conduta e o resultado (Teoria Psicológica da Culpabilidade).

Explica Fábio Guaragni:

Consultava-se estar a conduta descrita no tipo – sendo positiva a resposta – haveria tipicidade (adequação ao fato meramente descritivo, daí dizer de uma “teoria do tipo avalorado” com Beling). Após a conduta deveria ser submetida à posterior constatação da ilicitude, puramente objetiva, e culpabilidade de caráter subjetivo, como únicos juízos de desvalor (atribuição de valores negativos)¹⁷.

¹³ BITENCOURT, 2003, p.140.

¹⁴ BITENCOURT, 2003, p.140.

¹⁵ BITENCOURT, 2003, p.140.

¹⁶ BITENCOURT, 2003, p.140.

¹⁷ GUARAGNI, 2009, p.73.

Entretanto, o Modelo Causalista Clássico ruiu a partir da constatação de sérias contradições metodológicas - como o fato de os elementos subjetivos não ficarem adstritos à culpabilidade, mas encontravam-se presentes nos demais estratos do delito.

Segundo Hans Welzel:

a) na teoria do tipo, a verificação do dolo para caracterizar a tentativa, não pode desaparecer no fato consumado -, mostra que o tipo de conduta proibida não contém, exclusivamente, elementos objetivos; b) na teoria da antijuridicidade, a descoberta dos elementos subjetivos do injusto (hoje, elementos subjetivos especiais do tipo e da culpabilidade, como intenções, tendências e atitudes especiais), revela a existência de uma dimensão subjetiva na área do injusto, então reservada aos elementos objetivos; c) na teoria da culpabilidade, a verificação de que a imprudência inconsciente não contém elementos psíquicos mostra um defeito de definição de culpabilidade como relação psíquica do autor com o fato, próprio do conceito psicológico de culpabilidade da teoria causal¹⁸.

De todo modo, embora muito criticado, o Causalismo tem como grande contribuição à Dogmática Penal a estruturação do conceito analítico de delito. Segundo Cesar Bitencourt:

A divisão do delito em três aspectos facilita e racionaliza a aplicação do direito, garantindo segurança contra arbitrariedades e as contradições que frequentemente poderiam ocorrer. Esta divisão tripartida de valoração permite um resultado final adequado e justo.¹⁹

Enfim, a Teoria Causalista Clássica foi fruto da lógica de seu tempo, em que as ciências do “dever ser” foram subjugadas como inferiores. Assim, para manter o *status* de ciência, doutrinadores penalistas somaram esforços para construir uma teoria do Direito Penal com base na lógica positivo-naturalista tão em evidência. Foi muito criticada em razão de uma série de contradições metodológicas, mas há de se conferir aos pensadores da época, especialmente a Liszt e Bebel, o grande mérito

¹⁸ Apud CIRINO DOS SANTOS, Juarez, *A Moderna Teoria do Fato Punível* – 3ª ed. rev. e ampl. – Curitiba: Editora Fórum, 2004, p.13.

¹⁹ BITENCOURT, 2003, p. 238.

de terem construído o conceito analítico de crime, que segue sendo adotado pela Dogmática Penal até os dias atuais.

2.1.2 Modelo Neoclássico

Em fase às severas críticas ao Modelo Clássico e da forte influência da filosofia Neokantiana que resgatava as ciências do espírito (ou do dever ser, na qual o Direito se enquadra), houve uma reestruturação interna do conteúdo dos escalões do delito, agregando-se elementos axiológicos, buscando, com isso, atender aos fins e valores do Direito Penal.

Por outro lado, representou um completo rompimento entre a realidade (universo do ser) e o Direito (dever ser). A conduta humana e seus estratos deixaram de ter qualquer vínculo com a realidade. A metodologia de trabalho do Direito Penal, como qualquer ciência do dever ser, passou a ser compreender e valorar fenômenos em completo abandono do paradigma naturalista, situado no mundo do ser.

A conduta humana adquiriu uma concepção genérica e vazia de “modificação voluntária no mundo exterior”²⁰, já que não havia sentido um conceito que se apegasse ao mundo do ser.

A tipicidade perdeu sua natureza de livre valor e passou a conter elementos normativos (como motivo torpe e documento) e subjetivos (intenção de apropriação no furto e dolo na tentativa).²¹

A antijuridicidade, de mera contradição formal da conduta com norma jurídica, passou a ter significado material de danosidade social ou violação de bem jurídico. O que permitiu sua graduação, de acordo com a gravidade da lesão produzida, e o desenvolvimento de novas causas de justificação.²²

A culpabilidade foi reestruturada como conceito psicológico-normativo (Teoria Psicológica Normativa da Culpabilidade), sujeitando o autor da conduta a reprovação pela formação de uma vontade contrária ao direito, de modo que somente comportamentos reprováveis poderiam ser atribuídos ao autor.²³

²⁰ CIRINO DOS SANTOS, 2004, p.12.

²¹ CIRINO DOS SANTOS, 2004, p.13.

²² BITENCOURT, 2003, p.141.

²³ CIRINO DOS SANTOS, 2004, p.14.

O Neocausalismo representa uma evolução na Dogmática Penal diante do reconhecimento da existência de elementos normativos espalhados pelos estratos do conceito analítico de crime. Contudo, a manutenção das linhas gerais do sistema criado por Liszt e Beling fez com que boa parte dos pensadores da dogmática penal tratasse-o como um segundo momento do Causalismo e direcionasse a ele muitas das críticas antes perpetradas a construção teórica clássica.

2.2 TEORIA FINALISTA

Hans Welzel, na obra *Causalidade e Ação*, publicada na Alemanha em 1931, lançou as primeiras linhas sobre o que viria a ser a Teoria Finalista. Foi, de fato, seu mais eminente desenvolvedor.

A teoria foi uma clara reação à linha Neokantiana de pensamento (Neocausalismo). Isso porque, como explanado anteriormente, esta apregoava um absoluto divórcio entre os universos do ser e do dever ser (Direito), implicando em liberdade sem limites ao legislador²⁴, o que acabou por permitir excessos por parte do Estado, como os ocorridos na Alemanha Nazista.

Welzel considerou necessário estabelecer limites ônticos ao legislador, de modo a submeter o universo do dever ser ao do ser. Estes limites estavam representados na conduta humana.

A ação passou a ser compreendida como comportamento humano voluntário consciente do fim.²⁵ Assim, a concepção de ação reuniu a vontade ao seu conteúdo (antes relegado à culpabilidade). Trata-se de um conceito ontológico, uma vez que a conduta permanece, para o Direito Penal, tal qual é na realidade.

Ao expressar um conceito ontológico de conduta, criou-se uma demarcação intransponível para atividade legislativa, ou seja, amarrou-se o legislador a uma estrutura lógico-objetiva do mundo do ser, que serviu de contato da concepção de delito com a realidade.

²⁴ GUARAGNI, 2009, p.125.

²⁵ CIRINO DOS SANTOS, 2004, p.15.

O doutrinador recorreu ao pensamento clássico de Aristóteles para fundamentar a orientação teleológica da teoria e, com base em suas incursões filosóficas²⁶, concluiu:

Ação é, por isso, acontecimento final, não meramente causal. A finalidade ou sentido final da ação se baseia no poder humano de prever, em determinados limites, por força de seu saber causal, os possíveis efeitos de sua atividade, propor-se diferentes fins e dirigir, planificadamente, sua atividade para a realização de seus fins.²⁷

Traçando um paralelo com o Causalismo, ponderou o doutrinador, que a atividade final é um obrar orientado conscientemente a partir de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido a partir de um fim, mas é a resultante causal dos componentes causais existentes em cada caso. Por isso é dito de forma figurada que a finalidade é vidente e a causalidade é cega.²⁸

Conforme entendimento de Fábio Guaragni:

(...) a vontade que antes era limitada ao movimento corporal (vontade de movimentar-se) passou a ser mais abrangente por estar dotada de conteúdo: a finalidade, baseada na capacidade humana de sobredeterminar as ações, ou seja, representar mentalmente o objetivo a ser alcançado pelo movimento físico.²⁹

Cabe observar que Welzel extraiu da obra de Nicolas Hartmann a nomenclatura “finalidade” para caracterizar a ação com um acontecimento dirigido e encaminhado voluntariamente a um fim. O que importa é a conduta estar dirigida, a governabilidade da conduta. O fim (no sentido de objetivo) pode ser juridicamente irrelevante, o que se extrai dos crimes culposos, em que não é o alcance do fim que importa, mas o modo inadequado e pouco cuidadoso de dirigir-se ao fim proposto.³⁰

²⁶ Sustenta Welzel que, para Aristóteles “Todo devir tem lugar por causa do fim”, e por isso este é causa atuante do devir. Não há acontecer causal cego, puramente mecânico, mas todo acontecer está orientado a um fim, é um acontecer teleológico. Ou seja, conduta humana é sempre guiada por um fim que lhe é imanente. (GUARAGNI, 2009, p. 134).

²⁷ *Apud* CIRINO DOS SANTOS, 2004, p.15.

²⁸ *Apud* CIRINO DOS SANTOS, 2004, p. 16.

²⁹ GUARAGNI, 2009, p.137.

³⁰ GUARAGNI, 2009, p.144.

Esta nova concepção de conduta influenciou o conceito de delito em diversos aspectos. Welzel, embora tenha mantido a construção analítica tripartite de crime herdada no Causalismo, revolucionou no conteúdo de seus estratos.

No campo da tipicidade, o grande reflexo foi a inserção do dolo no tipo, como elemento subjetivo. Partiu da premissa de que se a conduta é uma atividade final, o tipo descreve condutas, logo o tipo descreve atividades finais (fazer final). Se o tipo descreve um fazer final, a finalidade (o que o agente conhece e quer) está situada no tipo, compondo-o como elemento subjetivo. Assim Welzel fundou a noção de tipo complexo, composto pelo tipo objetivo (herança do Sistema Causalista) e tipo subjetivo.³¹

Assim, o dolo, antes alojado na culpabilidade pela Teoria Causalista, foi transportado para a tipicidade somente com suas cargas psicológicas (consciência e vontade), de modo que passou a ser compreendido como dolo natural (já que o elemento normativo consciência da ilicitude foi retirado do conteúdo do dolo e deixado na forma de potencialidade no estrato da culpabilidade).

Deve-se ressaltar que o resultado e o nexos de causalidade deixaram de ser parte da conduta. Isso porque não se enquadravam mais no conceito de ação. Por sua vez, foram devidamente acolhidos no estrato da tipicidade.

O resultado, na tipicidade, passou a funcionar como elemento de aferição da ocorrência do crime conforme sua natureza material, formal ou de mera conduta.

Cabe observar que nos crimes materiais, segundo a lógica de Welzel, a imputação de um resultado ao agente passou a depender basicamente da constatação de um nexos causal naturalístico, ou seja, da verificação de que a conduta finalística do agente foi causa ou condição do resultado.

Isso ocorreria com base na Teoria da Equivalência dos Antecedentes causais (concebida por Stuart Mill e Von Buri) em que “causa é a soma de todas as condições, consideradas no seu conjunto, como produtoras do resultado”³².

Por sua vez, seria constatado que uma conduta conformaria uma causa ou uma condição pelo método do Juízo Hipotético de Eliminação de Thyrén (elimina-se mentalmente a conduta, se se constata que o resultado não ocorreria, a conduta é causa do resultado, vale dizer, o nexos de causalidade existe).

³¹ GUARANI, 2009, p.159.

³² BITENCOURT, 2003, p.182.

Vale observar que esta teoria pode levar ao infinito a pesquisa do que seja causa e fazer com que todos os agentes de condições anteriores respondam pelo delito. Pode considerar causadores todos os ascendentes do agente, bem como, o vendedor e o fabricante da arma e seus ascendentes, no caso de um homicídio. Tal teoria está prevista no art. 13, *caput*, do Código Penal brasileiro.

Não obstante, para limitar seu alcance, foi concebida a Teoria da Causalidade Adequada - constante do art. 13, par. 1º, do CP - de cunho normativo que excluía a imputação quando constatado que o resultado decorria de causas absolutamente independentes ou causas supervenientes relativamente independentes.

É de se destacar, ainda, que a partir do novo desenho do tipo, concebeu-se a Teoria do Injusto Pessoal. O injusto, tido como conduta humana típica e antijurídica, foi reconhecido como de natureza pessoal por conter elementos de ordem subjetiva, em clara oposição ao injusto concebido pelo Causalismo que representava o lado objetivo do delito.³³

Em decorrência desta teoria do injusto, as excludentes de ilicitude ou tipo permissivo passaram também a exibir elementos de cunho subjetivo como o “*animus defendendi*” da legítima defesa.³⁴

A culpabilidade, sem o dolo, passou a estruturar-se somente de elementos normativos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e consciência potencial (não mais atual) da ilicitude (Teoria Normativa da Culpabilidade).

Portanto, o objeto de reprovação (conduta humana) ficou a cargo do injusto penal (tipicidade e ilicitude) e concentraram-se na culpabilidade as circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta (juízo de censura).

É, ainda, de se ressaltar que estas alterações promoveram uma bifurcação na seara do erro penal, dividindo-o em erro de tipo e erro de proibição. O primeiro podendo excluir o dolo da conduta e conseqüentemente a tipicidade e o segundo podendo excluir a culpabilidade por ausência de reprovabilidade da conduta.

Conforme Juarez Cirino dos Santos, como consequência desta alteração conceitual da conduta, houve:

³³ GUARAGNI, 2009, p.162.

³⁴ GUARAGNI, 2009, p.163.

a) a separação entre dolo, como vontade de realização do fato, e consciência da antijuridicidade como elemento central da culpabilidade, que fundamenta a reprovação do autor pela formação defeituosa da vontade; b) disciplina do erro em correspondência com essas mudanças sistemáticas: na área do tipo, o erro de tipo excludente do dolo e, por extensão, excludente do tipo; na área da culpabilidade, o erro de proibição, que exclui a reprovação de culpabilidade (se inevitável), ou reduz a reprovação da culpabilidade (se evitável); c) subjetivação da antijuridicidade, constituída pelo desvalor da ação, como injusto pessoal representado pelo dolo e outros elementos subjetivos, e pelo desvalor do resultado, como lesão do objeto da ação expressivo do dano social produzido; d) normatização integral da culpabilidade, como reprovação de um sujeito capaz de culpabilidade, pela realização não justificada de um tipo de crime, como consciência da antijuridicidade (real ou possível) e em sua situação de exigibilidade de comportamento diverso³⁵.

A Teoria Finalista teve como ponto alto colocar o homem livre como elemento essencial do conceito. É inegável que o modelo concebido por Welzel representou os anseios e as necessidades de mudança de seu tempo. Antes de sua teoria, a norma penal poderia ser produzida sem apego à realidade e até colocando em campos opostos o homem e o Direito, como ocorreu no regime estatal nazista.

Por outro lado, com o desenvolvimento da Dogmática Penal, muitas críticas foram perpetradas, em especial por Claus Roxin.

Não obstante, é inegável que a construção teórica finalista trouxe grandes avanços os quais estão longe de serem descartados, como a compreensão de um injusto pessoal (especialmente representada pelo deslocamento do dolo para o tipo) e uma culpabilidade de ordem inteiramente normativa.

2.3. TEORIA FUNCIONALISTA

É uma oposição direta ao Finalismo, por impor severos limites ao desenvolvimento da dogmática penal, bem como impedir a implantação de soluções que, embora justas, contrariassem seu sistema fechado.

Fabio Garagni, emprestando as ideias de Shunemann para explicar a visão dos funcionalistas, escreve sobre o Finalismo:

³⁵ CIRINO DOS SANTOS, 2004, p. 07.

:

(...) alicerçado num “construtivismo assentado sobre reduzido número de axiomas, porquanto a teoria axiomática é de valia para a “geometria”, por exemplo, cujo objeto mostra-se de “reduzida complexidade” e “não sujeito a variações históricas”, porém não para o Direito, fundado em “inacabável complexidade e continua variação da vida social e dos pontos de vista valorativos que servem a sua ordenação”³⁶

Assim, os funcionalistas retomaram a lógica Neokantiana, com o abandono do universo do ser como ponto de partida para a construção sistêmica, para situá-lo novamente no universo dos valores (dever ser).

Por outro lado, diversamente da concepção Neoclássica (ou Neokantiana), adotou-se um valor, ou uma finalidade maior como norte para a construção de todos os conceitos e níveis analíticos de Direito Penal. Esta finalidade superior consiste na prevenção geral penal.³⁷

Deste modo, todos os escalões do delito foram desenhados de acordo com a finalidade sistematicamente superior de prevenção e da qual deriva a finalidade específica de cada elemento do delito dentro do Direito Penal. Como exemplo, a tipicidade, nesta lógica, possui a finalidade específica de realizar o princípio da legalidade.

Os principais representantes do funcionalismo são Claus Roxin, com a corrente denominada Funcionalismo Teleológico-Moderado e Günther Jakobs, com a corrente conhecida como Funcionalismo Sistêmico-Radical.

Concebida a partir da Teoria Sociológica do Funcionalismo Estrutural de Talcott Parsons, a teoria de Roxin parte da compreensão de que o Direito Penal tem como função a proteção subsidiária aos bens jurídicos essenciais e deve estar lastreada em valores definidos por política criminal.³⁸

A teoria de Jakobs surgiu a partir da do Funcionalismo Sistêmico do sociólogo Niklas Luhmann. Tal teoria é concebida a partir do entendimento de que o Direito Penal é meio de reafirmação da autoridade da norma, justamente para fortalecer as expectativas dos seus destinatários de que aquela norma está em vigor

³⁶ GUARAGNI, 2009, p.250.

³⁷ GUARAGNI, 2009, p.254.

³⁸ REGIS PRADO, Luiz – *Curso de Direito Penal: vol. 1, parte geral – art. 1º a 120 - 10ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.286.*

e, logo, deve ser respeitada. A proteção do bem jurídico fica em segundo plano, como consequência.³⁹

Ambos doutrinadores apresentaram valiosas contribuições para o Direito Penal, contudo a teoria de Jakobs é muito criticada por que, sua lógica serviu para reafirmar valores do Nazismo Alemão.⁴⁰

Por outro lado, a teoria de Roxin, atende aos valores do Garantismo Penal, o que, aliás, se coaduna ao viés constitucionalista do Direito Penal pátrio.

O funcionalismo teleológico moderado que Roxin pretende agregar aos elementos que compõe o conceito analítico de crime valores de política criminal vigentes na sociedade atual.

Abandona-se uma concepção ontológica do delito do Finalismo para abraçar uma visão teleológica, focada nas funções do Direito Penal, proveniente de um programa de Política Criminal.

Com isso, a teoria do delito normatiza-se, passando a ser compreendida como um conjunto de valorações, aproximando o Direito Penal da Política Criminal, esta compreendida como programa estatal de repressão e prevenção de práticas delituosas.⁴¹

Ação, nesta teoria, foi concebida como manifestação da personalidade. A manifestação, segundo Roxin, ocorre quando pensamentos e impulsos volitivos se põem em relação com acontecimentos do mundo exterior. Personalidade, também conforme o doutrinador, é tudo que se pode atribuir aos ser humano como centro anímico espiritual de ação.⁴²

Este conceito tem a função de atuar como mecanismo de exclusão de “não ações”. Isto é, viabiliza exclusão de todos os fenômenos somáticos-corporais insuscetíveis de controle do ego, portanto, não dominados ou não domináveis pela vontade humana, v.g., força física absoluta, convulsões, movimentos reflexos, por não decorrem da personalidade. Por outro lado, também elimina pensamentos e emoções encerrados na esfera psíquico-espiritual do ser humano, por não representarem uma manifestação.⁴³

Cabe ressaltar que tal conceito intencionalmente amplo permite que valoração posterior conferira o *status* que conduta relevante ou não para o Direito

³⁹ REGIS PRADO, 2011, p.287.

⁴⁰ GRECO, Luís, *Introdução a Dogmática Funcionalista do Delito*, Revista Jurídica. Porto Alegre. Jul. 2000, p. 39.

⁴¹ GUARAGNI, 2009, p. 235.

⁴² *Apud* GUARAGNI, 2009, p.271.

⁴³ CIRINO DOS SANTOS, 2004, p.25.

Penal com base na política criminal vigente.⁴⁴

A tipicidade assumiu o papel de realizador dos princípios da legalidade e da intervenção mínima, como também de meio de prevenção geral, consistente em conferir mais confiabilidade na capacidade de o sistema penal estabilizar as expectativas e proteger bens jurídicos (prevenção positiva) e servir de instrumento de dissuasão da criminalidade face à cominação da pena em abstrato (prevenção negativa).

Para responder corretamente a sua função, foi incluído no segmento objetivo da tipicidade critérios normativos de imputação objetiva do resultado ao agente a fim de corrigir e restringir a atribuição até então somente calcada na mera relação de causalidade.

Assim, somando-se a averiguação da relação de causalidade (Teoria dos Antecedentes Causais), para imputar o resultado ao agente é necessária a averiguação dos seguintes critérios objetivos: a) criação de risco não permitido pelo agente; b) realização do risco não permitido no resultado; c) a realização do risco estar compreendida no alcance no tipo penal.

Mediante esta técnica, situações em que no Finalismo seriam resolvidos mediante análise do tipo subjetivo e na antijuridicidade, podem ser resolvidas antes e de forma mais pragmática, na análise da tipicidade objetiva.

A imputação objetiva, concebida Karl Larenz e Richard Honig e aperfeiçoada por Claus Roxin, será objeto maiores explicações no capítulo seguinte.

Antijuridicidade também é analisada sob a ótica de sua função político-criminal. As causas justificantes não ficam adstritas à previsão legal. Situações compatíveis com o programa de política criminal, como o consentimento do ofendido, poderão servir de justificativa a conduta.⁴⁵

O último estrato do delito passa a ser a “responsabilidade”, reunindo a culpabilidade e a necessidade preventiva da sanção penal e foi desenhado para representar o princípio da subsidiariedade e lesividade do Direito Penal.

No caso, o agente somente responderá criminalmente - somente lhe será atribuída uma sanção penal - se, além do preenchimento dos requisitos ora

⁴⁴ SOUZA JUNIOR, Carlos Miguel Villar de, *O Processo de Constitucionalização do Direito Penal: Aportes sobre o Horizonte de Expansão do Direito Penal nas Novas Formulações de Política Criminal e na Dogmática Jurídico-Penal*. 2012. Dissertação (Mestrado), p.40.

⁴⁵ SOUZA JUNIOR, 2012, p.43.

conhecidos da culpabilidade, restar demonstrado a necessidade preventiva (geral e especial) da pena. Ou seja, a pena criminal precisará ser útil sob o enfoque da prevenção para restar configurada a culpabilidade.

O Funcionalismo está vigente nos grandes centros de pensamento da Dogmática Penal, com a Alemanha e Espanha. Tem o grande mérito de atender aos valores garantistas sem representar um sistema fechado, tal qual o Finalismo, que inibe a introdução de novas propostas que visem a atender a complexidade das relações sociais do mundo moderno.

Embora, seja considerado uma teoria inacabada por muitos, representa uma evolução substancial para o Direito Penal por trazer a política criminal para dentro da dogmática penal.

Sua contribuição de maior valor, o desenvolvimento da Teoria da Imputação Objetiva, será apresentado a seguir.

3 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Há muito tempo, discute-se doutrinariamente se a mera análise da relação de causa e efeito, em conjunto com a averiguação dos elementos subjetivo do tipo (dolo e culpa), afiguraria como modo justo e adequado para imputar um resultado tipificado no ordenamento à alguém.

Assim, alguns doutrinadores vêm buscando, ao longo do tempo, contribuir para a construção de um novo modelo de imputação metodologicamente mais exato e equânime.

Neste cenário, Karl Larenz, em 1927, apresenta uma nova concepção de imputação, atendo-se, contudo, a um viés jus-filosófico. Alguns anos depois, em 1930, seus estudos recebem a contribuição de Richard Honig, já com um enfoque mais pragmático e voltado à esfera penal.

A partir da década de 70, Claus Roxin e Günther Jakobs resgatam estes estudos iniciais e os utilizam como base para seus modelos de imputação. Roxin apresenta uma concepção de imputação objetiva com foco na proteção dos bens jurídicos relevantes e Günther sob a ótica da proteção da norma penal, seguindo tônica de seus respectivos modelos funcionalistas de delito.

A intenção neste capítulo é apresentar as origens da Imputação Objetiva a partir das linhas gerais das teorias dos precursores Larenz e Honig, em seguida trazer com mais detalhamento o modelo de Roxin, que é o que mais atende aos valores do Garantismo e conseqüentemente ao viés constitucionalista do Direito Penal nacional.

3.1 A ORIGEM MODERNA: KARL LARENZ E RICHARD HONIG.

3.1.1 Imputação Objetiva segundo Karl Larenz

Larenz divulgou sua teoria da imputação objetiva em 1927 na obra “A Teoria da Imputação de Hegel e o Conceito de Imputação Objetiva” e a difundiu com o livro “Metodologia da Ciência do Direito”.⁴⁶

⁴⁶ GOBBIS PAGLIUCA, José Carlos, *A imputação objetiva (quase) sem seus mistérios*. Caderno Jurídico. Abril/01, Ano 1, n.º 1, Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, p.35.

Para Larenz, a imputação objetiva descreve o juízo pelo qual determinado fato surge como obra de um sujeito.

O estudioso parte da visão de imputação de Georg Wilhelm Friedrich Hegel de que somente há responsabilidade sobre o que é conhecido pelo agente e, portanto, está no conteúdo da sua vontade livre.⁴⁷

Assim alcança o entendimento de que a existência de um homem livre é pressuposto inafastável da imputação. Sem liberdade não pode haver responsabilidade, pois somente os atos de um homem livre são o reflexo de sua identidade.⁴⁸

Deste modo, parte do pressuposto de que é a vontade que dirige um processo causal e pode transformar consequências acidentais em um fato próprio do agente e, portanto, a ele imputável.⁴⁹

Para ele, o fato juridicamente relevante não é uma simples sucessão de causas e efeitos, mas um todo conjunto cuja configuração está ao encargo do agente e pode lhe ser imputado.⁵⁰

A imputação é mais que um juízo de causalidade, uma vez que se perquiri a finalidade do agente. Enfim, que “o fato é a realização da vontade; e a imputação, o juízo que relaciona o fato com a vontade”.⁵¹

Contudo, a finalidade, para ele, é constatada objetivamente: não se imputa somente o que era querido pelo agente, mas também o que era de seu conhecimento e, portanto, passível de ser abarcado pela vontade.⁵²

Em outras palavras, imputa-se tudo aquilo que tinha a possibilidade de prever e, em consequência, guiar sua conduta de modo a evitar.⁵³

Este juízo imputação tem como base o critério geral e objetivo do homem prudente-inteligente.⁵⁴

Sobre sua teoria, Larenz afirmou que:

En esta medida, la teoría satisface una necesidad puramente teórica, y no resulta, por tanto, de interés para los prácticos, por tratar-se de una pura

⁴⁷ GOBBIS PAGLIUCA, 2001, p.34.

⁴⁸ PRADO, 2011, p.309.

⁴⁹ PRADO, 2011, p.309.

⁵⁰ PRADO, 2011, p.309.

⁵¹ LAURRAURI *apud* PRADO, 2011, p.310.

⁵² PRADO, 2011, p.309.

⁵³ MARTINEZ SCAMILLA, *apud* OLIVEIRA ROCHA, Luiz Otavio de – *A importância da teoria da imputação objetiva na evolução da dogmática do Direito Penal*. Caderno Jurídico. Abril/01 - Ano 1 - n.º 1. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. ESMP, p.53.

⁵⁴ PRADO, 2011, p.309.

especulación jurídico filosófica (...) Esa construcción de base ofrece en el plano dogmático "la posibilidad de captar el núcleo central de las viejas teorías de la 'interrupción' del curso causal referidas a los casos englobados por la teoría de la 'prohibición de regreso'..., supuestos en los que en relación con quien actúa en primer término no se interrumpe el curso causal, pero sí la imputación objetiva"⁵⁵

Larenz foi quem, portanto, lançou as bases do que hoje é a Teoria da Imputação Objetiva. Contudo, como visto, seu viés de estudo era jus-filosófico. Deixou a especulação sobre a aplicabilidade prática de sua teoria de legado a outros estudiosos, como Richard Honig, primeiro a aprofundá-la sobre a ótica do Direito Penal.

3.1.2 Imputação Objetiva por Richard Honig

Honig apresentou sua teoria em 1930 na obra "Causalidade e Teoria da Imputação Objetiva".⁵⁶

Defende o doutrinador que o decisivo para o ordenamento jurídico não é a constatação de existência de relação de causalidade, mas uma relação jurídica especial entre ação e resultado.⁵⁷

A causalidade é condição necessária, mas não suficiente para que determinado resultado seja atribuído a alguém. Não se trata de aferir a causalidade, mas de valorá-la. E para isso há de se ter como base os critérios já fornecidos pelo ordenamento jurídico.⁵⁸

Por sua vez, para imputar o resultado a alguém é necessário que o resultado seja finalmente vislumbrado. Examina-se não somente o conhecimento e vontade atuais, mas também potenciais.

Terão significação jurídica as relações humanas regidas pela vontade e, portanto, os processos causais cujo curso seja passível de previsão e direção. Disso decorre que apenas os resultados previsíveis e dirigíveis pela vontade humana são imputáveis.⁵⁹

⁵⁵ Apud CANCIO MELIÁ, Manuel - La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo - Caderno Jurídico - Abril/01 - Ano 1 - n.º 1 – ESMP - p.140.

⁵⁶ GOBBIS PAGLIUCA, 2001, p.33.

⁵⁷ PRADO, 2009, p.310.

⁵⁸ PRADO, 2009, p.310.

⁵⁹ OLIVEIRA ROCHA, 2001, p.53.

Deste modo, a tipicidade de uma conduta, depende desta imputação objetivamente considerada. E, assim, se conclui que a imputação objetiva é pressuposto da tipicidade penal.⁶⁰

Traçando um panorama da obra de Honig, constata-se que o doutrinador, afasta-se das elucubrações filosóficas de Larenz e propõe uma valoração das causas segundo considerações de carácter normativo. Enfim apresenta um modelo de imputação baseado juízo de previsibilidade e evitabilidade do resultado da ação do agente que se enquadra na lógica da Dogmática Penal.

3.2 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE CLAUS ROXIN

3.2.1 A Construção da Teoria

Criador do Funcionalismo Teleológico Racional, Claus Roxin defende que cada elemento da Teoria do Delito deveria estar orientado a cumprir as funções que se almeja para o Direito Penal como sistema de imputação.⁶¹

Assim, buscou na obra de Honig, a inspiração para fazer a tipicidade não só o elemento de realização do princípio da legalidade como também da intervenção mínima do Estado.

Segundo o doutrinador:

O direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e contravenções contra fins de assistência social se for indispensável para a vida comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público ou do direito penal deve retirar-se [...] Consequentemente, e por ser a reação mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ele em último lugar.⁶²

Deste modo, trouxe para dentro da tipicidade critérios normativos de atribuição/exclusão da responsabilização penal, sob o enfoque objetivo de imputação.

Com isso, Roxin mudou o foco da organização do sistema do delito. De modo a não se começar por buscar se houve uma “conduta” típica, mas sim buscar

⁶⁰ PRADO, 2009, p.310.

⁶¹ ROXIN, *apud* BUSATO, 2008, p.64.

⁶² ROXIN, *apud* BUSATO, 2008, p.64.

saber que critérios devem ser empregados para afirmar que determinado “resultado” típico pode ser imputado ao autor.⁶³

Na sua ótica, ficariam fora do alcance da imputação qualquer conduta que não pudesse objetivamente pretender violar o tipo penal, mesmo que houvesse a produção de um resultado, bem como a conduta que não criasse um risco considerável de lesão à bem juridicamente protegido.⁶⁴

Conforme, Roxin:

Se considerarmos a ação típica como realização de um risco não permitido, é porque estamos deduzindo o comportamento jurídico penalmente relevante da tarefa do Direito Penal, de defender o indivíduo e a sociedade contra riscos-politicamente intoleráveis. A ideia do risco vai, como se sabe, bem além da esfera da dogmática jurídico-penal, e tematiza problemas fundamentais da sociedade moderna e de seu direcionamento. O processamento dogmático dessa ideia possibilita e favorece a introdução de questionamentos políticos-criminais e empíricos, e faz com que a dogmática, encerrada em seu edifício conceitual pelas anteriores concepções de sistema se abra para a realidade.⁶⁵

Assim, em 1970, quando foi publicado o artigo “Reflexões sobre a Problemática da Imputação do Direito Penal” no livro que homenageava os setenta anos de Honig, Roxin apresentou a seguinte ideia geral:

A imputação objetiva dependia do risco, portanto o que contribui para a diminuição do risco, não pode causar responsabilidade penal, somente sendo possível imputar condutas capazes de, de algum modo, ultrapassarem o risco admitido socialmente para um bem jurídico.⁶⁶

Disso decorreu que, num primeiro momento, não haveria, para o doutrinador, responsabilidade penal em ações que representassem aos seguintes critérios:

- a) diminuição do risco de produção do resultado;
- b) não criação de risco juridicamente relevante;
- c) não aumento no risco permitido;

⁶³ BUSATO, 2008, p. 81.

⁶⁴ BUSATO, 2008, p.81.

⁶⁵ *Apud* BUSATO, 2008, p. 68.

⁶⁶ *Apud* BUSATO, 2008, p. 81.

d) estivesse fora da esfera de proteção da norma.

Adiante, Roxin reestruturou sua ideia inicial de Imputação Objetiva com base na análise da conduta em três planos: criação do risco, realização do risco e alcance do tipo.

De modo que o estudioso criou novos critérios de imputação objetiva. Assim, na novel ótica, para que se possa imputar a alguém a responsabilidade por um delito incumbe verificar, nesta ordem, se:

- a) houve a criação de um risco não permitido;
- b) se o risco não permitido criado foi aquele que efetivamente se plasmou no resultado desvalorado (realização do risco não permitido);
- c) se esta realização está compreendida no alcance da norma a que se refere (alcance do tipo)

A Roxin parte do estudo de diversos casos para organizar sua teoria da imputação objetiva. Assim, abaixo serão analisados os critérios criados pelo autor na nova formatação da teoria e exemplos que apresentou para sustentá-la.

3.2.2 Os Critérios de Imputação

3.2.2.1 Critério da criação de um risco não permitido

Roxin analisa a configuração deste critério com base na análise de três hipóteses de exclusão:

- a) exclusão da imputação pela diminuição do risco;
- b) exclusão da imputação pela falta de criação do risco;
- c) exclusão da imputação pela criação de risco permitido.

Abaixo serão explicadas.

3.2.2.1.1 Exclusão da imputação pela diminuição do risco

Atende a casos em que uma interferência no curso causal promove efetiva diminuição no risco ao bem jurídico. Deve, desse modo, existir um processo causal em curso, ou seja, uma relação de causalidade pré-estabelecida, desencadeada por

outra pessoa ou caso fortuito. A atuação deve buscar evitar o resultado ou, ao menos amenizar-lhe os efeitos.

Enquadra-se nesta situação o médico que realiza intervenção cirúrgica não para salvar o paciente da morte, mas para somente lhe prorrogar a vida.⁶⁷

Como comenta Roxin, “seria absurdo proibir ações que não pioram, mas melhoram a situação do bem jurídico”.⁶⁸

A doutrina tradicional tende, em casos assim, excluir a antijuridicidade por estado de necessidade.

Contudo o estudioso contesta essa visão, já que excluir a ilicitude pressupõe a afirmação da tipicidade da conduta quando esta, na verdade, é irrelevante para o Direito Penal. Ou seja, entende não ser adequado que situação que diminua um risco seja inicialmente tratada como uma lesão a bem jurídico.

Assim, conforme o autor, a antijuridicidade deve ser reservada a casos em que há a substituição de um risco por outro em que a realização do resultado é menos gravosa.⁶⁹

A distinção entre diminuição e substituição do risco depende da análise do caso concreto. Haverá diminuição do risco se: a) se tratar de um mesmo bem jurídico que pertença a uma mesma pessoa; b) o sujeito não esteja obrigado a reduzir integralmente o risco criado e tenha possibilidades reais de diminuí-lo.⁷⁰

Assim, conforme o estudioso, excluir-se-ia a antijuridicidade pelo estado de necessidade no caso do sujeito que, tentando salvar a vida de uma criança de um incêndio, a arremessa pela janela, causando-lhe lesões severas, mas a salvando das chamas.⁷¹

3.2.2.1.2 Exclusão da imputação pela falta de criação de risco juridicamente relevante.

Aqui se enquadra os casos em que o resultado decorre de uma atividade que, embora possa estar relacionada a um resultado de lesão a um bem

⁶⁷ BUSATO, 2008, p.88.

⁶⁸ *Apud* BUSATO, 2008, p.88.

⁶⁹ *Apud* BUSATO, 2008, p. 89.

⁷⁰ PADOVANI, 2006, p.77.

⁷¹ PADOVANI, 2006, p.77.

juridicamente relevante, não pode gerar responsabilidade penal, porque os riscos desta atividade são considerados socialmente adequados.

Assim, aquele que, de alguma forma, submete outrem a uma atividade cotidiana, cujos riscos são socialmente aceitos (como passear em uma grande cidade, nadar, subir montanhas), não pode ser responsabilizado por eventual ocorrência de dano.

Roxin apresenta como exemplo do sobrinho que na esperança de matar o tio para receber sua herança, envia o parente a uma colina coberta de altas árvores em meio de uma tempestade na esperança de que morra pela descarga de um raio, o que realmente vem a acontecer.⁷²

Welzel, ao defender o Finalismo, alega que não há dolo neste caso e não ocorre a imputação por falta de tipicidade subjetiva.⁷³ Roxin, discorda, diz que há intenção dolosa e o resultado se produz, mas sua imputação ao agente soa exagerada, não em vista da dimensão subjetiva, mas sim objetiva. Isso, em razão da falta de probabilidade que o resultado possa de fato derivar do comportamento do agente.⁷⁴

Roxin inclui também nesta hipótese de exclusão da imputação o incremento irrelevante do risco, o que ocorre quando o sujeito contribui de forma insignificante para o a produção do resultado.

Exemplo clássico de Roxin é o caso do sujeito que acrescenta uma vasilha de água a um vertedouro, que se rompe causando uma inundação.⁷⁵

O resultado, neste caso, ocorreria com ou sem a contribuição do agente, de modo que sua conduta não possui valor jurídico penal.

Cabe ressaltar que a análise do critério de exclusão face ao fato jurídico deve ser realizada através de uma “prognose póstuma objetiva”. Segundo Paulo Busato, a conclusão da exclusão ou atribuição de imputação deve partir:

(...) da análise de um observador objetivo dotado de conhecimentos especiais que o agente dispunha a respeito das circunstancias do fato, o qual deve portar-se na condição de agente, antes do evento, realizando um

⁷² *Apud* BUSATO, 2008, p. 80.

⁷³ *Apud* BUSATO, 2008, p.43.

⁷⁴ BUSATO, 2008, p.67/ 68.

⁷⁵ BUSATO, 2008, p. 91.

prognóstico a respeito da relação de contribuição da conduta para o resultado.⁷⁶

3.2.2.1.3 Exclusão da imputação em casos de risco permitido

Enquadram-se nesta hipótese os riscos em que a sociedade esta disposta a tolerar. O autor parte da tese sociológica de Ulrich Beck de que vivemos em um sociedade do risco.

Em apertada síntese, tal tese defende que o cotidiano do ser humano implica uma permanente convivência com o risco e que certo nível de risco é tolerado em função dos benefícios que proporcionam. É o caso do tráfego rodado ou aéreo, do uso de fármacos e da prática de esportes radicais . Para que não se ultrapasse o nível de tolerância a sociedade se vale de aparatos de controle social, sendo Direito Penal o mais violento e institucionalizado.⁷⁷

Assim, a responsabilidade penal passa somente a existir a partir do momento em que o sujeito provoca o aumento do risco tolerado, ou seja, o aumento de probabilidade de ocorrência do resultado.

A condução de veículo automotor realizado mediante estrita obediência às regras de direção é um risco que, embora relevante pelas estatísticas de morte no trânsito, a sociedade em virtude dos benefícios como a ampliação de seu direito de ir e vir, está disposta a tolerar.

Verifica-se, portanto, que o risco permitido pode ser traduzido nos limites do dever de cuidado.

De modo que, o agente que nesta condição está a dirigir não pode ser responsabilizado se alguém se jogar a frente do veículo e sair lesionado. Isso porque não fez nada que incrementasse o risco permitido.

3.3.2.2 Critério da realização do risco não permitido

Não basta que haja criação de um risco juridicamente não permitido, é necessário que se plasme em resultado igualmente desvalorado pelo ordenamento jurídico. Assim, deve haver uma dupla desvalorização para a penalização do agente:

⁷⁶ BUSATO, 2008, p.91.

⁷⁷ BUSATO, 2008, p.67/ 68.

desvalor da conduta e desvalor do resultado. Para averiguar se houve a realização do risco, Roxin lança mão das seguintes hipóteses de exclusão da imputação:

- a) exclusão da imputação pela falta de realização do risco criado;
- b) exclusão da imputação pela falta de realização do risco não permitido;
- c) exclusão da imputação em caso de resultados que não estão cobertos

pelo fim de proteção da norma de cuidado.

Adiante cada um será explicado.

3.2.2.2.1 Exclusão da imputação pela falta de realização do risco criado

É necessário que o resultado que se realizou seja decorrência direta do risco não permitido criado pelo agente. O resultado que se vincule causalmente ao autor, mas que não derive de perigo que causou, não lhe poderá ser imputado. A responsabilidade penal fica, neste caso, adstrita a tentativa.

Com isso, Roxin tenta solucionar de forma mais efetiva o que a doutrina tradicional chama de “cursos causais imprevisíveis”, resolvidos até então através da Teoria da Causalidade Adequada, ou seja, eliminando-se a imputação pela constatação ocorrência de causa absolutamente independente e relativamente independente superveniente que interrompa o curso causal.

Roxin entende que embora a imputação objetiva dependa também de critérios normativos, eles são tecnicamente mais precisos que os critérios da causalidade adequada, uma vez que determinar se um curso causal é absoluta ou relativamente superveniente ou se está dentro ou fora de um desdobramento regular do curso causal depende de uma avaliação permeada de subjetividade.

No caso clássico da vítima de disparo de fogo que morre em incêndio no hospital, segundo a teoria de Roxin, há por parte do agente a criação de um perigo não permitido, porém o resultado morte não é decorrência de sua ação perigosa, os disparos, mas do incêndio. Note que o sujeito não criou o risco de morte por incêndio, de modo que não lhe pode ser imputada a consumação do homicídio.⁷⁸

Explica Cirino dos Santos:

⁷⁸ BUSATO, 2008, p. 96.

(...) afirmar a realização do risco criado pelo autor no resultado de morte da vítima significaria admitir que o ferimento da vítima teria aumentado o risco de seu perecimento em incêndio, o que é absurdo.⁷⁹

Enfim, basta indagar se a conduta do autor (disparos de arma de fogo) aumentou de forma relevante, as chances do resultado (morte por incêndio). Em sendo negativa a resposta, porque jamais expôs a vítima ao segundo perigo (morte por incêndio), este resultado não lhe poderá ser imputado, mas sim a tentativa de crime anterior (tentativa de homicídio decorrente dos disparos).

3.2.2.2 Exclusão da imputação pela falta de realização do risco não permitido

Esta hipótese de exclusão da imputação trata dos casos em que o agente efetivamente cria um risco não permitido, mas não é este risco que se realiza, ou seja, que dá vez ao resultado.

Roxin utiliza o seu famoso exemplo da fábrica de pincéis em que o diretor da fábrica fornece aos seus funcionários pelos de cabras chinesas para produção dos produtos, sem antes desinfetá-los como estava prescrito. Quatro trabalhadores são infectados por bactéria presente nos pelos e morrem. Pesquisa posterior conclui que a utilização do desinfetante prescrito seria inútil contra aquela bactéria e os homens teriam morrido do mesmo jeito.⁸⁰

Ou seja, a atitude de não desinfetar os pelos criou um risco não permitido ao bem jurídico vida, entretanto este não se realizou. Não foi a falta de asseio nos pelos dos pincéis deu causa ao resultado morte dos trabalhadores.

Assim, imputar o resultado ao diretor seria puni-lo pela mera inobservância de um dever, que se cumprido resultaria inútil.

O doutrinador também inclui aqui o caso do sujeito que ultrapassa a velocidade permitida e depois volta a dirigir dentro dos limites legais, fazendo-o passar por determinada rua no momento em que uma criança imprudentemente a atravessa, vindo a atropelá-la.⁸¹

⁷⁹ CIRINO DOS SANTOS, 2004, p. 60.

⁸⁰ BUSATO, 2008, p.97.

⁸¹ BUSATO, 2008, p.97.

É fato que a condução do veículo em alta velocidade é que fez com que estivesse a passar na rua justamente no momento da travessia imprudente. Por sua vez, não se pode dizer que a ultrapassagem da velocidade em momento anterior ao fato danoso criou ou incrementou o risco que foi produzido ao final.⁸²

Roxin, contudo, alerta que a exclusão da responsabilidade somente ocorre se for certo que o comportamento de acordo com o direito não evitaria o resultado. No caso de dúvida, haveria de se reconhecer que a atuação do sujeito incrementou o risco de resultado.⁸³

Assim, tem-se o caso de um motorista de caminhão que não respeita a distância de lateral de segurança ao ultrapassar um ciclista. Este embriagado, em razão de uma reação reflexa do alcoolismo, perde o controle da bicicleta e cai sob a roda do caminhão. Embora o risco tenha sido principalmente criado pelo ciclista alcoolizado, o condutor do caminhão deve responder penalmente. Isso porque, ao desrespeitar as normas de trânsito, aumentou o risco do resultado de modo relevante.⁸⁴

3.2.2.2.3 Exclusão da imputação em caso de resultados que não estão cobertos pelo fim de proteção da norma de cuidado

As normas de cuidado tem por fim determinar o âmbito social dentro do qual os cidadãos podem agir livremente, sem exceder os limites de risco permitido. Desta forma, seus comandos não estão preordenados a impedir todo e qualquer tipo de resultado. Estão, na verdade, destinados a prevenir certas lesões ao bem jurídico decorrentes da infração daquele dever que orienta a norma.

Destarte, se o resultado não é um daqueles a que a norma de cuidado se destina a evitar, este não deve ser imputado ao agente, ainda que tenha efetivamente transgredido um regramento legal.

Roxin, ao ilustrar esta hipótese, apela para o exemplo dos dois ciclistas que conduzem suas bicicletas à noite pela estrada, um atrás do outro, sem a utilização de lanterna no veículo, quando o primeiro deles se choca com um terceiro ciclista que vinha em sentido contrário, por que este não pode percebê-lo no escuro.⁸⁵

⁸² BUSATO, 2008, p.99.

⁸³ *Apud* BUSATO, 2008, p.99.

⁸⁴ BUSATO, 2008, p.99.

⁸⁵ *Apud* BUSATO, 2008, p.99.

O doutrinador explica que embora o segundo ciclista que não levava iluminação incrementou o risco de o ciclista que ia a sua frente não ser enxergado pelos demais. Contudo, a norma que obriga os ciclistas a usarem iluminação noturna visa proteger acidentes que envolvam o próprio ciclista, e não outros condutores. De modo que é irrelevante que a falta de luz na sua bicicleta tenha contribuído para o acidente de terceiros.⁸⁶

Roxin também entende que não há lógica em imputar a responsabilidade penal pela ocorrência de um acidente se o condutor não habilitado atuou com estrita observância nas normas de trânsito. Isso porque, o fim da proibição de dirigir sem habilitação não está em evitar consequências da direção conforme as regras de trânsito. Ou seja, apesar do incremento no risco e do resultado decorrente do aumento do risco, não deve haver imputação.⁸⁷

3.2.2.3 Critério do alcance do tipo

A regra diz que, com a realização de um perigo ao bem jurídico tutelado não compreendido no risco permitido, ocorre a imputação ao tipo objetivo. Não obstante, quando o tipo penal (matar, lesionar, danificar) não abranger o resultado ocorrido, vale dizer, quando o tipo não tiver como fim impedir tais acontecimentos, pode deixar de ocorrer a imputação. Entretanto, nada impede que possa ser alcançado de outro tipo penal.

Para constatar a ocorrência ou não de imputabilidade do tipo objetivo ao agente, Roxin apresenta as seguintes hipóteses de exclusão:

- a) situações de cooperação em autocolocação em perigo dolosa;
- b) colocação em perigo de terceiro consentida por este
- c) imputação do resultado a um âmbito de responsabilidade alheio.

A seguir cada um será explicado.

3.2.2.3.1 Situações de cooperação em autocolocação a perigo dolosa

⁸⁶ *Apud* BUSATO, 2008, p.99.

⁸⁷ *Apud* BUSATO, 2008, p.99.

É o caso em que um sujeito se coloca em perigo mediante a o auxílio de outra pessoa e esse perigo se realiza. A questão a ser avaliada é se pode ser imputada a pessoa que presta auxílio o resultado desvalorado?

Roxin parte do exemplo de um sujeito entrega heroína a outra pessoa, em que ambos estão conscientes do perigo existente, e esta pessoa que recebeu a droga injeta a substância e morre.⁸⁸

A jurisprudência alemã entendia o sujeito deveria responder por homicídio culposo. Contudo alterou seu entendimento em observância à teoria de Roxin. Para ele, uma vez que a pessoa que injetou a droga ter conscientemente se colocado em risco, o sujeito que entregou a droga não pode ser punido por qualquer forma de homicídio, embora possa ser punido com base em outro tipo penal previsto na lei de tóxicos.⁸⁹

Deve-se ressaltar que o resultado somente não é atribuível se a vítima percebe o risco na mesma medida do colaborador. Do contrário, se a vítima não percebe o significado de sua decisão, o colaborador cria um risco não coberto pela vontade daquela e é caso de atribuição do resultado.

Impende observar que para explicar esta hipótese Roxin apresenta uma série de casos, com as diversas variáveis e enfoques sobre o problema, tais como: o agente influenciador estar na posição de garante e os limites desta garantia quanto ao resultado; a incapacidade ou a capacidade de discernimento reduzida da vítima, inclusive quanto à situação de inimizabilidade; o nível de consciência do risco de quem se põe em perigo face ao nível de consciência do agente provocador; a responsabilidade, no caso de socorro voluntário, do socorrido quando há resultado danoso ao socorrista; a responsabilidade do causador quando a vítima recusa atendimento, agravando seu quadro.⁹⁰

No entanto, como bem explana Paulo Cesar Busato, a incidência de uma ou outra variável leva a conclusões distintas, ora imputando ora isentando o agente colaborador pelo resultado, de maneira que não parece existir, de fato, uma regra geral que confirme esta hipótese de exclusão da imputação.⁹¹

3.2.2.3.2 Colaboração em perigo de terceiro consentida por este

⁸⁸ *Apud* PADOVANI DE SOUZA A, 2006, p.86.

⁸⁹ *Apud* PADOVANI DE SOUZA A, 2006, p.86.

⁹⁰ BUSATO, 2008, p.103.

⁹¹ BUSATO, 2008, p.103.

Esta hipótese diz respeito a situações em que a própria pessoa, tendo consciência do risco, não se coloca dolosamente em perigo, mas se deixa colocar em risco por outrem.

Roxin cita como modelo o caso do sujeito que insiste para que o barqueiro o transporte até o outro lado do rio, mesmo depois de alertado pelo condutor da embarcação de que, em função do mau tempo, pode ocorrer um acidente. O barqueiro, cede ao pedido e, no trajeto, o barco vira e o passageiro vem a morrer.⁹²

Enquadra-se também nesta hipótese, conforme o estudioso, o caso em que o passageiro insiste para que o condutor do veículo automotor ultrapasse a velocidade permitida. O motorista cede, culminando num acidente em que o passageiro falece.⁹³

A jurisprudência alemã, conforme Roxin, tende a resolver estes casos com base no consentimento do ofendido, o que para ele não é aceitável. Para o doutrinador, não é adequada a interpretação de que a vítima consentiu com o resultado morte ou lesão corporal. Nem se pode excluir a imputação face ao consentimento de exposição a perigo, uma vez que houve dano. Aliás, mais um aspecto que deve ser considerado é a indisponibilidade do bem jurídico 'vida'.⁹⁴

Já no direito pátrio, a solução adviria da teoria do delito culposo, ou seja mediante a análise do elemento subjetivo.

Para Roxin, a melhor forma de averiguar a ocorrência ou não de imputação do tipo objetivo nestes casos é questionando "em que medida o fim de proteção do tipo compreende a colocação em perigo de um terceiro consentida por este".⁹⁵

O doutrinador fornece como resposta que: estaria fora do âmbito do tipo a aceitação que correspondesse, em todos os aspectos relevantes, a uma 'autocolocação em perigo'.⁹⁶

Por sua vez, para restar configurada a equivalência é necessário estar presentes três pressupostos: 1) o dano deve ser consequência do perigo corrido, e não de outros erros adicionais; 2) a vítima deve ter a mesma responsabilidade pela

⁹² BUSATO, 2008, p.102.

⁹³ BUSATO, 2008, p.103.

⁹⁴ PADOVANI DE SOUZA, 2006, p.92.

⁹⁵ *Apud* BUSATO, 2008, p.103.

⁹⁶ ROXIN *apud* BUSATO, 2008, p.103.

fato comum que o autor; 3) a vítima deve ter consciência do risco na mesma medida que o autor.⁹⁷

Assim, se as vítimas dos exemplos apresentados receberam a explicação ou tiveram a clara percepção dos riscos implicados na proposta realizada aos respectivos condutores, e se este risco se realiza no resultado, estará excluída a responsabilidade do barqueiro e do motorista.

Cabe, ainda, observar que Roxin, inclui nesta hipótese, os casos de vítimas que conscientemente se relacionam como portadores do vírus HIV. De modo que somente se pode imputar a responsabilidade pela transmissão da doença se a vítima desconhece o risco ou por lhe ser ocultado a doença do parceiro.⁹⁸

Por fim, o que no Brasil poderia ser considerado um crime culposos, com a teoria de Roxin consubstanciaria em inexistência de crime por ausência de tipicidade objetiva.

3.2.2.3.3 Imputação do resultado a um âmbito de responsabilidade alheio

Conforme esta hipótese o alcance do tipo não abrange aqueles resultados cujo dever de evitar está no âmbito de responsabilidade de outra pessoa.

Esta hipótese de exclusão é baseada no que Roxin chama de Teoria das Esferas (ou Âmbitos) de Responsabilidade.⁹⁹

Roxin usa de paradigma o seguinte caso julgado pelo tribunal alemão: um caminhoneiro que, conduzindo o veículo à noite sem luzes traseiras, foi parado por policiais rodoviários, os quais imediatamente colocaram uma lanterna de luz vermelha na pista atrás do veículo quando o pararam. Os policiais instruem o caminhoneiro a dirigir até o posto de gasolina mais próximo, sendo que a viatura seguiria logo atrás, protegendo o caminhão não iluminado. Assim, um policial retira a lanterna da pista e inicia os preparos para seguir o veículo. Neste momento, um segundo caminhão vai de encontro àquele não iluminado, causando um acidente em que falece passageiro do segundo caminhão.¹⁰⁰

O tribunal julgou o motorista do primeiro caminhão culpado de homicídio culposos. Contudo, Roxin entende que quando a polícia assumiu a segurança do

⁹⁷ ROXIN *apud* BUSATO, 2008, p.103.

⁹⁸ *Apud* PADOVANI DE SOUZA, 2006, p.94/95.

⁹⁹ *Apud* BUSATO, 2008, p.104.

¹⁰⁰ *Apud* PADOVANI DE SOUZA, 2006, p.96.

tráfego, o acontecimento caiu em seu âmbito de responsabilidade e não poderia mais ser imputado ao motorista. Vale dizer, o alcance do tipo não compreenderia o que veio depois da intervenção dos policiais.¹⁰¹

Cabe ressaltar que o fundamento da exclusão da imputação está no âmbito de competência de certos profissionais (como policiais, bombeiros e médicos), uma vez que lhes cabe a vigilância e eliminação da fonte de perigo a que o bem jurídico está sujeito. Disso decorre que não se deve mais intervir. Portanto, dentro de uma lógica político-criminal, Roxin entende sensato isentar o motorista das consequências que decorreram do comportamento lesivo do profissional.¹⁰²

Esta mesma construção teórica é adotada por Roxin para o caso de uma pessoa ferida por outrem que sofre erro médico – devido a um corte cirúrgico equivocado ou prescrição de medicamento contraindicado, por exemplo. Entende que se o médico comete um erro no atendimento à vítima, cria um novo risco.

Assim é suprimido o risco criado pelo causador das lesões que levaram ao atendimento e ele não poderá responder por homicídio, não obstante deverá responder por lesões corporais.¹⁰³

Vale observar que Roxin avisa que a Teoria dos Âmbitos de Responsabilidade não está suficientemente delimitada, não se podendo formular enunciados seguros e de reconhecimento geral.¹⁰⁴

3.2.3 Análise da Teoria da Imputação Objetiva de Roxin

Claus Roxin tem o mérito por desenvolver uma teoria que representa uma ideia de imputação de delito mais lógica, justa e aberta às mudanças sociais que a atualmente adotada. Contudo, não deixa de ser alvo de uma série de críticas.

Alguns doutrinadores rechaçam sua teoria da Imputação Objetiva por encontrar na lógica finalista (limitação da relação causal pela teoria da causalidade adequada e pelo elemento subjetivo do tipo), uma solução aceitável e que tem funcionado bem até então, se comparada à ideia de Roxin, que ainda possui muitas arestas a serem superadas.¹⁰⁵ Por outro lado, há aqueles que veem na imputação

¹⁰¹ *Apud* PADOVANI DE SOUZA, 2006, p.97.

¹⁰² *Apud* BUSATO, 2008, p.104.

¹⁰³ *Apud* BUSATO, 2008, p.104.

¹⁰⁴ *Apud* BUSATO, 2008, p.104.

¹⁰⁵ Neste sentido: QUEIROZ, Paulo; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique *apud* NUCCI, 2009, p. 203.

objetiva um grande avanço, sem, contudo deixar de apresentar ponderações sobre a construção de estudioso.

No tocante ao critério da criação do risco não permitido, há doutrinadores que reprovam à subdivisão de Roxin. Entendem que bastariam, no máximo, duas hipóteses de exclusão da imputação: uma pela diminuição do risco e outra que reunisse as hipóteses de exclusão pela falta de criação de risco (não permitido) e exclusão pela criação do risco permitido. Isso, tendo em vista que somente é relevante juridicamente o risco não permitido, ou seja, aquele que não é socialmente tolerável. De modo que esta subdivisão realizada por Roxin é considerada desnecessária e prejudicial à compreensão.¹⁰⁶

Há também quem entenda que sequer faz sentido existir um critério para exclusão pela diminuição do risco. Isso porque uma ação que minimiza o risco não ultrapassa os limites socialmente tolerados de risco, a ponto de ser juridicamente relevante.¹⁰⁷

Com relação ao critério da realização do risco não permitido, também questionam a subdivisão. As hipóteses de exclusão pela falta de realização do risco criado e pela realização do risco não permitido é compreendida como sem sentido. Isso, tendo em vista que é indiferente se o risco não se realizou ou se sua realização decorreu de outra fonte. Em ambos os casos o risco criado pelo sujeito não foi o risco realizado no resultado e isso bastaria para não haver imputação.¹⁰⁸

Ademais, no tocante à hipótese de exclusão da imputação em caso de resultados que não estão cobertos pelo fim de proteção da norma, a censura é no sentido de que não se trataria de uma hipótese de exclusão da imputação, mas de irrelevância do resultado que está fora do seu fim de proteção. Ou seja, uma vez que não haveria interesse social de proteção, também não haveria interesse jurídico.¹⁰⁹ Para Busato esta hipótese estaria melhor alocada no critério de alcance do tipo.¹¹⁰

O terceiro critério – alcance do tipo - é o que recebe mais objeções. É forçoso reconhecer que as hipóteses de exclusão da imputação por cooperação em uma autocolocação em perigo dolosa e por colocação em perigo de terceiro consentida por este, ao exigir a análise do grau de consciência da vítima face ao perigo e a comparação deste grau com a do agente provocador, resvala em uma

¹⁰⁶ Neste sentido LARRAURI e BUSATO RAMÍREZ, *apud* BUSATO, 2008, p. 91 – nota 34.

¹⁰⁷ Neste sentido BUSATO, 2008, p.156.

¹⁰⁸ BUSATO, 2008, p.157.

¹⁰⁹ Neste sentido FRISH, BAUMANN, WEBER, MTTSCHE *apud* BUSATO, 2008, p. 149/150.

¹¹⁰ BUSATO, 2008, p.106.

subjetividade que não se adequa a lógica objetiva que Roxin quer conferir a sua teoria da imputação.

Ademais, quanto à hipótese de imputação do resultado a um âmbito de responsabilidade alheio, o próprio Roxin reconhece que a Teoria das Esferas de Responsabilidade - criada para sustentá-la - carece de maiores aprofundamentos, não oferecendo segurança dogmática para ser aplicada.¹¹¹

Impende ainda observar a crítica de Busato no que concerne à hipótese de exclusão pela contribuição em autocolocação em perigo dolosa. Roxin apresenta uma série de casos, com diversas variáveis e enfoques¹¹² para explicá-la. No entanto, para o referido autor, a incidência de uma ou outra variável leva a conclusões distintas, ora imputando ora isentando o agente colaborador pelo resultado, de maneira que não parece existir, de fato, uma regra geral que confirme esta hipótese de exclusão da imputação.¹¹³

Não obstante todas estas críticas, bem como apesar ter sido elaborada para fazer parte do Sistema Funcionalista de Roxin, a Teoria da Imputação Objetiva vem aos poucos vencendo a resistência dos aplicadores de Direito no Brasil e sendo acoplada ao Sistema Finalista então vigente. Isso nos casos em que a Teoria da Equivalência das Condições e da Causalidade por si só não são capazes de responder adequadamente. Deste modo, sua aplicação aqui é, atualmente, apenas subsidiária.

Cabe observar que os critérios de imputação criados pelo estudioso - criação de um risco não permitido, realização do risco e alcance do tipo - são sustentados por parte considerável da doutrina e adotados eventualmente pela jurisprudência sem muito apego às subdivisões de exclusão da imputação de Roxin. Tal situação é compreensível, principalmente levando em consideração tratar-se, como o próprio Roxin reconhece, de uma teoria não acabada.

De qualquer maneira é inquestionável a grande contribuição deste doutrinador, no que se refere ao desenvolvimento da Teoria da Imputação Objetiva, como também à construção do conceito funcionalista sistêmico de delito, ao trazer

¹¹¹ BUSATO, 2008, p.104.

¹¹² Por exemplo: o agente influenciador estar na posição de garante e os limites desta garantia quanto ao resultado; a incapacidade ou a capacidade de discernimento reduzida da vítima, inclusive quanto à situação de inimputabilidade; o nível de consciência do risco de quem se põe em perigo face ao nível de consciência do agente provocador; a responsabilidade, no caso de socorro voluntário, do socorrido quando há resultado danoso ao socorrista; a responsabilidade do causador quando a vítima recusa atendimento, agravando seu quadro.

¹¹³ BUSATO, 2008, p.103.

para a dogmática penal uma nova perspectiva, mais aberta às mudanças sociais e aos fins de política criminal.

4 CONCLUSÃO

A imputação objetiva é um claro exemplo de como a dogmática penal vem se desenvolvendo desde o fim do século XIX. Representa um relevante avanço da área na atualidade.

Elemento nuclear da concepção Funcionalista Teleológica da Teoria do Delito, configura a introdução do princípio da subsidiariedade do Direito Penal no estrato da tipicidade do conceito analítico de crime.

Com esta teoria, Claus Roxin supera o dogma causal ao exigir para a tipo objetivo, além do nexa naturalístico ação-resultado, outro nexa estabelecido segundo valores de política criminal. Ou seja, sua lógica é construída a partir do entendimento de não bastar a mera causalidade natural para imputar o tipo objetivo, é também necessário o preenchimento de critérios axiológicos baseados no incremento do risco (causalidade normativa).

Deste modo, a atribuição de um resultado a uma pessoa depende também de aferir se criou um risco proibido e se este se plasmou em um resultado desvalorado dentro do alcance do tipo penal.

Logo, imputação objetiva importa em uma limitação axiológica da responsabilidade penal.

Ademais, também representa uma resposta ao subjetivismo extremado do finalismo, que dá muita ênfase ao tipo subjetivo (dolo/culpa), através de uma maior valoração do tipo objetivo.

Ainda, configura uma solução tecnicamente mais precisa aos cursos causais extraordinários, comparada à Teoria da Causalidade Adequada, uma vez que determinar se um curso causal é absoluta ou relativamente superveniente ou se está dentro ou fora de um desdobramento regular do curso causal também depende de uma avaliação permeada de subjetividade.

Embora se trate de uma teoria inacabada, como o próprio Roxin reconhece, e disso decora várias críticas da doutrina, não há como retirar o valor de sua contribuição no desenvolvimento de um sistema que melhor delimite o poder punitivo estatal e distribua efetiva justiça.

BIBLIOGRAFIA

BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, volume 1. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003. 748 p.

BUSATO, Paulo César. *Fatos e mitos sobre a imputação objetiva* – Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. 188 p.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *La teoria de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo*. Caderno Jurídico, Abril/01, Ano 1, n.º 1, Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. p. 121/148.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. 3ª edição revisada e ampliada. Curitiba: Editora Fórum, 2004. 369 p.

GOBBIS PAGLIUCA, José Carlos, *A imputação objetiva (quase) sem seus mistérios*. Caderno Jurídico. Abril/01, Ano 1, n.º 1, Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. p. 35/40.

GRECO, Luís, *Introdução a Dogmática Funcionalista do Delito*, Revista Jurídica. Porto Alegre. Jul. 2000.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. 823 p.

GUARAGNI, Fabio André, *As teorias da conduta em Direito Penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista* – 2ª ed. Ver e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 368 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1120 p.

OLIVEIRA ROCHA, Luiz Otavio de – *A importância da teoria da imputação objetiva na evolução da dogmática do Direito Penal*. Caderno Jurídico. Abril/01 - Ano 1 - n.º 1. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. ESMP, p. 51/67

PADOVANI DE SOUZA, Valéria. *Imputação Objetiva na Obra de Claus Roxin e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro*. 2006, 124 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Juarez Cirino dos Santos. Universidade Federal do Paraná – UFPR.

REGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal: vol. 1, parte geral – art. 1º a 120* - 10ª edição ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 718 p.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais do Direito Penal* - 2ª. ed. – Lisboa (Portugal): Vega, 1993.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal* - 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 403 p.

VILLAR DE SOUZA JR, Carlos Miguel - *O processo de constitucionalização do direito penal: aportes sobre o horizonte de expansão do direito penal nas novas formulações de política criminal e na dogmática jurídico-penal*. 2012. 97 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil.