

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

BRIZZA ÉRICA PEREIRA PASSOS

**FUNCIONALISMO E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA: atribuição do
resultado a conduta do agente a partir de critérios valorativos**

RECIFE
2019

BRIZZA ÉRICA PEREIRA PASSOS

FUNCIONALISMO E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA: atribuição do resultado a conduta do agente a partir de critérios valorativos

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Simone Sá Rosa Figueirêdo

RECIFE
2019

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Passos, Brizza Érica Pereira.

P289f Funcionalismo e a teoria da imputação objetiva: atribuição do resultado a conduta do agente a partir de critérios valorativos / Brizza Érica Pereira Passos - Recife, 2019.
47 f.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Simone de Sá Rosa Figueiredo.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2019.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Tipicidade. 3. Imputação objetiva. I. Figueiredo, Simone de Sá Rosa. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2019-301)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO
CURSO DE DIREITO

BRIZZA ÉRICA PEREIRA PASSOS

FUNCIONALISMO E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA: atribuição do resultado a conduta do agente a partir de critérios valorativos

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a)

AGRADECIMENTOS

Toda realidade é a concretização de um sonho, e sonhando idealizo o que queremos ser como seres humanos destinatários de direitos e obrigações, que derivam diretamente de um ordenamento jurídico que nos dá o acúmulo de conhecimento e sabedoria para protagonizarmos a transformação social tão sonhada, mas tão distante aos nossos olhos.

Hoje, venci etapas, mas entendo que o equilíbrio social para ser alcançado, não só depende de mim, mas de uma geração que veja o mundo com os olhos de criança. É necessário, um esforço conjunto e mobilizador, que deixemos às ambições pessoais que afloram entre nós, a incessante busca da harmonia e de uma convivência sem extremismo que separam a humanidade e macha a história com dor e sofrimento.

Agradeço a Deus, por sua luz sempre me guiar, me mantendo forte e me dando serenidade para não fraquejar diante das adversidades. Aos meus familiares e amigos por todo apoio e vibração. Aos meus queridos mestres, em especial a minha orientadora Simone Sá e ao professor Ricardo Silva, pois, sem o amparo deles essa conquista não seria possível. Enfim, divido essa felicidade com todos que sonham com um mundo melhor, mais humano e igualitário.

Espero que um dia em qualquer lugar do mundo, eu possa empregar o que aprendi em favor daqueles que são sequiosos de justiça.

RESUMO

O trabalho em comento, possui o intuito de compreender a teoria da imputação objetiva demonstrando a sua pertinência no ordenamento jurídico brasileiro, como uma melhor forma de resolução dos casos práticos. Ademais, essa proposta sistematizada por Claus Roxin, em meados de 1970, soma a teoria do crime, mais especificamente no fato típico, dois elementos, isto é, a criação de um risco proibido, com base na sua relevância para a norma e realização deste. Percebe-se que para uma plena compreensão da teoria ora abordada se faz necessário observar a evolução do conceito de tipicidade, como também as principais teorias nas quais buscam explicar o conceito de ação, nas quais foram precursoras ao Funcionalismo que embasa a imputação objetiva, até se chegar na análise do artigo 13 do código penal brasileiro que adota a teoria da equivalência das condições comprovando a sua insuficiência e a insegurança jurídica que essa desperta para considerar determinado fato objetivamente típico.

Palavras-chave: Tipicidade, Imputação, Objetiva, Resultado.

ABSTRACT

The present work intends, to understand the objective imputation theory, demonstrating its relevance in the Brazilian legal system, as a better way to solve the practical cases. Moreover, this proposal systematized by Claus Roxin, in the mid-1970s, adds the theory of crime, more specifically in the typical fact, two elements, that is, the creation of a forbidden risk, based on its relevance to the norm and realization of this. . It can be seen that for a full understanding of the theory now approached it is necessary to observe the evolution of the concept of typicality, as well as the main theories in which they seek to explain the concept of action, in which they were precursors to Functionalism that underlies objective imputation, even if we come to the analysis of article 13 of the Brazilian penal code that adopts the theory of equivalence of conditions proving its insufficiency and the legal uncertainty that arouses to consider a certain objectively typical fact.

Keywords: Typicality, Imputation, Objective, Result.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	ASPECTOS HISTÓRICOS DA CONDUTA HUMANA NA TEORIA DO CRIME .	9
2.1	Sistema Causalista	12
2.2	Sistema Neokantista	14
2.3	Sistema Finalista.....	17
2.4	Sistema Funcionalista.....	20
3	TEORIAS QUE BUSCAM EXPLICAR À IMPUTAÇÃO DO RESULTADO A CONDUTA DO AGENTE.....	23
3.1	Teoria da equivalência das condições	24
3.2	Teoria da causalidade adequada.....	2828
3.3	Teoria da relevância típica	30
4	A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	33
5.	CONCLUSÃO	38
	REFERÊNCIAS.....	3346

1 INTRODUÇÃO

Como consequência da modernidade global e das diversas mudanças que ocorrem na sociedade, passa-se a ter novas realidades, padrões de vida, completamente distintos dos anteriores, têm-se mudanças de paradigmas e com isso é necessário a criação de novos tipos penais que contemplem essas alterações. Nessa perspectiva, cumpre ao direito buscar se adequar a essa nova sociedade de risco que demanda causas cada vez mais complexas, sendo fundamental a proteção desses novos riscos sem romper com direitos e garantias individuais, assegurando ainda novas formas de controle social.

É notório perceber que o Código Penal brasileiro foi criado em 1940 e reformado em 1984, entretanto, não ocorreram alterações expressivas em relação ao artigo 13 que adota a teoria equivalência das condições. Esta por sua vez tem um viés naturalístico, baseado na causalidade e se mostra muitas vezes insuficiente para garantir a imputação criminal.

Diante disso, é imprescindível notar a relevância do tema, dado que é necessário superar um conceito puro de causa, contemplado pelo Código Penal Brasileiro, dando lugar a um novo sistema menos formalista e que seja capaz de tutelar novos bens jurídicos fruto dessa sociedade de risco.

Questiona-se a teoria da equivalência das condições, adotada pelo código Penal brasileiro, é suficiente para que se possa considerar determinado fato objetivamente típico?

Compreende-se que a simples verificação do nexo de causalidade e o resultado delitivo não bastam para a constatação de uma conduta objetivamente típica. Nesse sentido, é válido analisar a teoria da imputação objetiva, sob a perspectiva do funcionalismo teleológico de Claus Roxin, que propõe acrescentar no tipo objetivo duas elementares: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste para que se considere a ação tipicamente objetiva. Assim, a ação que não cria um risco ou cria um risco permitido ou tolerado não deve ser contemplado pelo Direito Penal, corroborando o entendimento que esse direito deve ser utilizado como *ultima ratio*.

O objetivo norteador é demonstrar a adequação da teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, como uma forma mais efetiva para a resolução de

casos práticos penais. Especificamente busca-se: descrever os sistemas neokantistas, causalistas, finalista e funcionalista, bem como estudar as teorias que buscam explicar à imputação do resultado a conduta do agente e examinar os pressupostos da teoria da imputação objetiva observando a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Pretende-se aplicar o método hipotético-dedutivo, utilizando-se do estudo descritivo e qualitativo, por meio de revisão bibliográfica. Na pesquisa descritiva e qualitativa, faz-se o estudo, a análise dos fatos, sem a manipulação ou interferência nestes. São utilizadas pesquisas bibliográficas em livros que tratam sobre os temas, legislação pátria, artigos jurídicos.

Dessa forma, no primeiro capítulo, busca-se analisar as teorias que explicam o delito como fruto da atividade humana. Essas teorias pretendem estruturar o conceito de tipicidade, de modo que para a teoria causalista o dolo e culpa eram elementos da culpabilidade, ficando a tipo reduzido a mera causalidade, bastando que alguém desse causa a um delito que sua conduta seria típica, sem levar em consideração a princípio o dolo e a culpa. A teoria finalista promoveu o deslocamento do dolo e da culpa da culpabilidade para o fato típico, assim a conduta é comportamento humano dirigido a determinada finalidade.

Em seguida, no segundo capítulo pretende-se estudar as teorias de relação de causalidade, destacando-se a teoria da equivalência das condições, adotada pelo código penal brasileiro em seu artigo 13. A referida teoria possui o objetivo de demonstrar o nexa causalidade entre a ação ou omissão do agente e o resultado delitivo.

Por fim, no último capítulo, aborda-se a teoria da imputação objetiva, os seus pressupostos e a possibilidade de aplicação desta teoria como elemento integrante do tipo penal. Assim, diante das falhas encontradas nas teorias que buscam explicar o delito, observa-se a teoria da imputação objetiva como uma melhor forma de resolução dos casos práticos e em decorrência disto, defende-se a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA CONDUTA HUMANA NA TEORIA DO CRIME

O sistema Penal brasileiro adota a teoria tripartido do delito, deste modo, para que uma conduta seja considerada criminosa é necessário a presença de três elementos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, essa definição foi produto de diferentes pontos de vista desenvolvidos ao longo dos tempos. Anterior a este firmado conceito jurídico de crime, a escola positiva definia os delitos a partir de critérios empíricos, isto é, observando dados e fatos de acordo com a realidade, logo, por serem conceitos criminológicos uma vez que não estavam baseados na norma foram considerados impróprios ao direito penal.

O elemento inaugural para que se caracterize um crime é a tipicidade e apesar de ser o componente inicial da estrutura do delito este surgiu em período ulterior. Inicialmente, o conceito de tipicidade era denominado de *Tatbestand*¹, expressão alemão que significa ato e existência.

Liszt foi o primeiro autor a desenvolver a estruturação analítica do delito, isto é, ele tratava o crime de acordo com os seus substratos. No entanto, ao expor sua proposta ele trabalha somente com antijuridicidade e culpabilidade, inserindo estes elementos na causalidade física e psíquica respectivamente.

em 1906 surgiu o conceito de tipicidade como um elemento da teoria do delito, por meio dos ensinamentos de Ernst von Beling, este trouxe a independência da tipicidade em relação a antijuridicidade e da culpabilidade, mas, a considerou apenas com a função de descrever delitos, isento de qualquer juízo de valor.

É notório pontuar que as transformações no conceito analítico de delito efetuadas por Beling tornou-se um marco para direito penal, visto que ele propôs a autonomia do primeiro componente do crime e ratificava que a "tipicidade é uma característica essencial do crime (BELING, 2002, p. 274, tradução nossa)." Dessa forma, o tipo penal era avaliado e esgotava-se na objetividade, isto é, adequação do fato a norma, dentre a qual inexistente qualquer componente normativo ou subjetivo, integrando este último a culpabilidade.

¹ *Tatbestand* significa um ato que existiu no tempo e no espaço, isto é, um fato concreto produzido pelo homem que pode ser individualizado e conhecido. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 51.

Beling, evidenciava materializar o princípio da legalidade, dado que, agora se exige uma previsão legal, na qual, amolda-se a uma conduta típica, para que seja possível existir um delito.

Posteriormente, Max Ernst Mayer, por meados de 1915, defendia que a tipicidade não era somente uma descrição objetiva do tipo, isso ocorre porque ele afirmava que também havia a presença de elementos normativos do tipo que seriam uma ligação, um vínculo entre a tipicidade e antijuridicidade, assim, a tipicidade seria a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade.

Vale ressaltar, que este conservou a estrutura tripartidada do delito, de modo que todos os seus pressupostos continuavam sendo visto separadamente, isto é, de modo independentes.

Isto posto, constata-se que segundo Mayer:

A realização do tipo é certamente um indício da antijuridicidade, mas uma tem uma relação com a outra como a existente entre a fumaça e o fogo; Segundo Mayer, o tipo é somente a *ratio cognoscendi*, ou seja, um indício denotador da antijuridicidade, porém não é componente desta (ROXIN, 2003, p. 281, tradução nossa).

Por meio do seu livro Tratado de Direito Penal, em 1931, Mezger considerou a tipicidade como sendo a *ratio essendi* da antijuridicidade, isto é, ele inseriu a tipicidade na ilicitude de modo que consoante Mezger (1958, p. 80, tradução nossa) “o ato punível é, portanto, uma ação tipicamente antijurídica, pessoalmente imputável e cominado com a pena.”

Logo, ele não entendia que a tipicidade tinha um elo de indício com a antijuridicidade, mas sim, de essência, através desta teoria se tornava difícil conseguir diferenciar esses elementos do delito, sendo facilmente entendido como apenas um, dado que a exclusão da antijuridicidade acarretaria a também a da tipicidade.

Nesse contexto, de acordo com a teoria da identidade, percebe-se a unidade entre o tipo e a ilicitude, sem compreender suas distinções axiológicas. Todavia, diante dessa já entendida subordinação entre os dois pressupostos do delitos, existem causas de exclusão da antijuridicidade ou elementos negativos do tipo que afastam o injusto penal, na medida em que justificam o motivo do comportamento desviante.

Assim, é fundamental observar que a teoria mais aceita foi a desenvolvida por Mayer, visto que, a tipicidade é uma presunção *juris tantum* da antijuridicidade e não a razão de ser desta como considerava Mezger.

Em vista disso, percebe-se que a tipicidade² está diretamente ligada ao princípio da legalidade e sua efetivação. Ademais, ela serve como pilar para a antijuridicidade e culpabilidade e consiste na adequação do fato com a norma penal.

Nota-se que a ela esta pautada na conduta humana que é o gênero, no qual, constituem-se duas espécies: ação e omissão. Dessa forma, deve-se examinar se a ação ou omissão humana encontra-se adequada a uma lei, posto que, caso não esteja descrita nesta, a conduta é irrelevante para o direito penal e portanto não constitui crime, em razão de se revestir de atipicidade.

Diante disso, é importante que exista uma conduta, com uma norma correspondente, pois, caso contrário não sera aplicada uma sanção penal.

É imprescindível perceber que no código penal brasileiro não se encontra um conceito de ação ou omissão, ficando a cargo da doutrina elaborar essas definições. Nesse sentido, é válido analisar a evolução das teorias que buscam explicar o conceito de crime e de ação, sendo as principais delas: causalista, neokantista, finalista e funcionalista.

2.1 Sistema Causalista

O sistema clássico, desenvolvido durante a segunda metade do século XIX, foi uma construção teórica fruto das ideias de Franz Voz Liszt e Ernst Beling, estes por sua vez, elaboraram o conceito causal de ação, no qual, foi fomentado por Radbruch.

É fundamental entender que desde deste período a ação já era um elemento essencial a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade e o tipo era embasado no conceito de causalidade. Nota-se que os fundamentos causalistas foram fortemente influenciados pelo positivismo científico e pelas ciências naturais, como também eram baseados em realidades empíricas. Logo, afastava-se qualquer interferência das

² A tipicidade, por sua vez, é a subsunção ou adequação do fato ao modelo previsto no tipo legal. É um predicado, um atributo da ação, que a considera típica (juízo de tipicidade positivo) ou atípica (juízo de tipicidade negativo). Daí ser a ação típica um substantivo, isto é, a ação já qualificada ou predicada como típica (subsumida ao tipo legal). PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.285.

ciências sociais, filosóficas e sociológicas.

Günther Jakobs (2003, p. 85, tradução nossa), explica que “o conceito causal de ação era o conceito de ação de um positivismo que acreditava poder interpretar e aplicar a lei antes de ter compreendido a sociedade na qual a lei deve aplicar-se”. Assim, entende-se que o causalismo tinha por base critérios avalorados e pré-jurídicos, pautados em um ser.

Deste modo, para Franz Voz Liszt (1899, p.193) “ Ação é pois o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível a vontade do homem.” Outrossim, Liszt (1899, p.193) ainda afirma que “ não a ação, não a injusto, não a crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado.”

Entretanto, essa concepção não abarcava os atos omissivos, assim posteriormente, o referido autor também acrescentou a omissão a este conceito de ação determinando que a esta, por sua vez, seria de fato uma “[...] causa voluntaria, ou não impeditiva, de uma modificação no mundo exterior.” (ZAFFARONI, 1973, p. 297, tradução nossa).

A comissão é decorrente de uma tensão muscular, isto é têm-se um movimento corporal, no qual acarretará a produção de um resultado, existindo entre esses dois elementos um nexos de ligação. Por outro lado, entende-se que a omissão como dito é não obstar um resultado, ou seja, ela se caracteriza por um deixar de fazer algo já esperado, quando se tinha o dever jurídico de agir e isto equivale a causação, se preocupando o direito apenas como aquelas omissões tidas como ilícitas.

Vale frisar que a voluntariedade necessária a comissão ou omissão não é baseada em uma total autonomia, mas sim, encontrar-se livre de qualquer tipo de coação.

Como visto, Liszt trabalhava apenas com dois substratos do delito, sendo estes a ilicitude e culpabilidade. Assim, a causalidade física estava contida pela antijuridicidade e decorria da manifestação do comportamento humano. Não obstante, nessa ação estava presença uma intenção, na qual, encontrava-se na culpabilidade formando a causalidade-psíquica.

Beling por sua vez, incorporou a tipicidade na causalidade-física, dessa forma, os dois primeiros elementos do delito seriam tratados de modo objetivo e desprovido de valorações.

Ele determinava o conceito de ação como um "um comportamento corporal

voluntário". Ele fragmenta a ação em duas, sendo elas a: positiva, que ocorre através de um fazer, ou a negativa, se dá por intermédio da omissão.

Nesse sentido, tais afirmações podem ser comprovadas por meio das próprias palavras do referido doutrinador (2002, p. 42, tradução nossa)

Para um indivíduo, a punibilidade sempre surge apenas das suas próprias ações. O termo "ação" deve ser entendido como um comportamento corporal (fase externa, "objetiva" da ação) produzido por domínio sobre o corpo (liberdade de intervenção muscular, "voluntariedade"), (interna, fase "subjativa" da ação); isto é, uma "comportamento corporal voluntário", que já consiste em "fazer" (ação positiva), ou seja, um movimento do corpo, por exemplo, elevação a mão, movimentos para falar, etc., já num "não fazer" (omissão), isto é, distensão dos músculos.

Destaca-se a grande contribuição trazida por Radbruch para o sistema naturalista, isso porque ele observou que a conceituação da ação não abarcava a omissão e por este motivo não era possível a sua aplicação aos casos em houve um não fazer. No entanto, apesar de determinar que teoria estudada deveria contemplar os atos omissivos, este não estava incluído na sua definição de ação que tratava a ação como a transformação no mundo exterior decorrente da vontade.

Por esse ângulo, observa-se que a estrutura clássica do crime é baseada em aspectos objetivos, assim, de acordo com o jusnaturalismo para que uma conduta seja considerada típica basta se verificar o nexos de causalidade entre a ação e o resultado, ou seja, era uma relação de causa e efeito na qual analisa-se o vínculo entre a conduta do agente e o resultado ilícito que é justamente as alterações causadas no mundo exterior, de maneira que não há ação sem resultado.

É importante ressaltar que para a teoria clássica, todos os juízos objetivos seriam examinados na tipicidade, sendo suficiente para determinar que uma conduta é típica constatar que a agente agiu de forma voluntária e se o seu ato está estabelecido em lei como um delito. Logo, percebe-se que não importa a intenção do agente, isto é, se deseja ou não a prática do delito para fins de verificação do primeiro elemento do crime.

Isto posto, nota-se que no causalismo o dolo e a culpa se encontram na culpabilidade, de outro modo, os liames subjetivos, o querer interno do agente, apenas seriam analisados, de acordo com essa teoria, no terceiro componente para que se constitua um delito. Portanto, o injusto seria constituído apenas de elementos

objetivos e uma conduta seria considerada típica toda vez que alguém desse causa de alguma forma ao resultado.

Assim, compreende-se que o objetivo do causalismo era imputar todos elementos objetivos a tipicidade e antijuridicidade, de modo que todos os requisitos subjetivos seriam contemplados na culpabilidade, entretanto, não é possível se ter um fracionamento perfeito e concreto entre o objetivo e o subjetivo, uma vez que eles se complementam e são necessários um ao outro. Se a subjetividade será examinada na culpabilidade, é fundamental que a análise da objetividade, da vontade da ação seja transferida para junto desta, de forma que sejam analisadas de forma conjunta (BRANDÃO, 2015).

Ademais, insta salientar que o modelo naturalístico comporta inúmeras críticas de modo que esse sistema encontra-se superado. Isso ocorre porque o causalismo analisa de forma separada o objetivo e o subjetivo, ou seja, não busca unir as condutas fruto da prática no mundo exterior e as relações psíquica do agente. É irrelevante para o causalismo que toda conduta humana sempre busca uma determinada finalidade, isto é, por trás de uma ação têm-se um fim a ser atingido e em vista disso a causalidade tem a dificuldade de explicar muitos tipos penais, como também de definir a tentativa.

2.2 Sistema Neokantista

Diante das deficiências previstas na concepção naturalística, por volta do século XX surge uma nova percepção baseada em um retorno as ideias e a filosofia de Immanuel Kant, seguindo os ensinamentos principalmente de Edmund Mezger. Esse sistema ocasionou a superação do causalismo, tendo em vista que esse modelo propõe uma ruptura com o paradigma positivista e com os aspectos avalorados da conduta.

Dessa maneira, através da visão neokantista a definição de conduta sofreu grandes transformações, de modo a reorganizar as funções até então vistas dos elementos do crime. Isso ocorre porque, foi-se enxergando a necessidade de introduzir critérios normativos e subjetivos na tipicidade, de forma que esse substrato do delito não configurada apenas uma descrição de um comportamento.

Em realidade, o modelo neoclássico substitui os valores das ciências naturais e passa a redefinir a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade segundo os pilares

normativos e axiológicos, na medida em que o entendimento clássico seguia a linha, na qual, “conceitos valorados são acientíficos” (ROXIN, 2002, p.10).

Insta salientar, que a filosofia de Gustav Radbruch foi imprescindível para a construção dos valores neokantistas. Isso ocorre porque ele introduz o pensamento de um dever ser dando uma nova perspectiva as ciências sociais, na qual deverá ser analisada a partir de um juízo de valor.

Nesse sentido, o neokantismo trouxe um conceito valorativo de ação, baseado em um dever ser decorrente de um juízo de valor da norma a partir da sociedade, ou seja, da conduta, de um comportamento social danoso. Dessa forma, nota-se uma distinção do sistema clássico que se fundava em uma ciência empírica na qual se fundava um ser e possuía um conceito de ação a partir de critérios avalorados.

Radbruch (2010, p.19) elenca seus pressupostos, da seguinte forma:

As ciências empíricas ocupam-se do que é, do que foi e do que será; a Filosofia ocupa-se dos valores e do dever ser. As ciências empíricas estudam as leis da natureza, o que necessariamente ocorre; A Filosofia do Direito estuda o conteúdo valorativo das normas, o que deve ser, embora infelizmente nem sempre aconteça. Kant ensinou ser impossível deduzir os valores a partir da realidade, fundamentar o dever ser no ser, transformar leis naturais em normas. A retidão de uma conduta não pode, então, estar embasado indutivamente em fatos empíricos, mas deve derivar, dedutivamente, de valores superiores, remontando, finalmente, aos valores supremos.

Compreende-se, portanto, que a teoria neoclássica é pautada em elementos axiológicos e normativos, visto que não se passa mais o viés descritivo objetivo para que se constate a tipicidade, mas sim, passa-se a ter elementos materiais, que são valorativos. À vista disso, observa-se ao invés de uma ciência natural, esse seguimento tinha como pilar as ciências culturais a partir de uma valoração.

O conceito de ação não era mais puramente objetivo, ou seja, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade passaram sofrerem importantes inovações e passaram a ser compreendidas sobre uma concepção teleológica.

Ocorre uma fusão entre a tipicidade e a ilicitude, de modo que a primeira é a *ratio essendi* da segunda, constituindo-se assim o injusto penal. Além disso, a antijuridicidade passa a ser vista como danosidade social e os neokantistas não se preocupam mais somente com a causação típica, mas também, com o problema da imputação do resultado ao agente.

Em Roxin, (2002, p.13) vamos encontrar o seguinte esclarecimento:

O tipo não é so a descrição de um acontecimento externo, mas antijurídica tipificada, ou seja, análise do fato sob a perspectiva de sua lesividade social. A culpabilidade deixa de ser mera descrição de um estado psíquico, para tornar-se a valiação do fato tendo em vista a reprovabilidade do autor.

Atenta-se para o fato de que grandes foram também as contribuições trazidas pelo teórico Reinhard Frank ao modelo neokantista, principalmente no que diz respeito a culpabilidade.

Dado o exposto, constata-se que:

Frank enriquece o conteúdo do elemento subjetivo do ilícito, introduzindo o pensamento normativo. Em sua opinião, na medida da culpa, há outros fatores além do dolo e da culpa, que ele denomina como circunstâncias concomitantes. Atribuindo-lhes a capacidade não só de diminuir, mas também de excluir a culpa. (FRANK, 2002, p. 19, tradução nossa)

Nessa lógica, passa-se a ter elementos subjetivos no injusto, como também normativos, nos quais, estes por não serem meramente descritivo, necessitam de um juízo de valor.

O dolo e culpa continuam inseridos na culpabilidade como um elemento independente, junto da exigibilidade de conduta diversa e imputabilidade obedecendo a teoria psicológica normativa. Logo, a nova versão da culpabilidade não é somente um elo psíquico entre o agente e o resultado, mas sim, é considerada a reprovabilidade do autor pelo cometimento do injusto penal, passando está a conter elementos psicológicos e normativos.

Frank afirmava que a imputabilidade era parte integrante do terceiro pressuposto do delito, isto é, ela pertence a culpabilidade, visto que existe uma ligação entre imputabilidade e pena e por conseguinte entre culpabilidade e pena, já que apenas aquela considerado culpável receberá uma sanção penal (FRANK, 2002).

De forma inquestionável ao elaborar o conceito de culpabilidade como reprovabilidade Frank revolucionou, de modo que essa foi sua maior contribuição reconhecida pela doutrina.

Isto posto, percebe-se que a visão social ficou conhecida pela superação do positivismo científico e a maior contribuição dada pelos neoclássicos foi acrescentarem a tipicidade elementos subjetivos e normativos, sem alterarem a estrutura do conceito analítico de delito. Todavia, esse sistema sofreu fortes críticas,

principalmente no que diz respeito a esse juízo de valor, visto que cada um faria suas próprias interpretações de acordo com as suas concepções subjetivas. Além disto, percebe-se que o modelo neoclássico foi oposto pelo finalismo de Hans Welzel, cabendo em seguida sua análise.

2.3 Sistema Finalista

O Alemão Hans Welzel, em meados de 1930, criou a doutrina Finalista, apresentando uma proposta do conceito de ação distinta das anteriormente já vistas e trazendo novos rumos ao direito penal. Vale pontuar que essa teoria possui extrema relevância para a esfera criminal, visto que é adotada de forma majoritária no âmbito jurídico penal brasileiro.

A teoria idealizada por Welzel surgiu em um período totalitarista, no qual, predominava o nazismo que de forma autoritária ditava as leis e realizava as punições. Entretanto, o sistema finalista propõe a separação definitiva com o direito penal nazista, de modo a buscar garantir a não violação aos direitos e “o caráter ético-social do direito penal” (BRANDÃO, 2015, p. 28).

É importante destacar que esse modelo mesmo adotando a teoria tripartida do delito, reestrutura toda a teoria da ação e o conceito analítico de crime, inovando ao deslocar o dolo e a culpa da culpabilidade, como prévia o sistema naturalista, para a conduta, que é parte integrante da tipicidade, ou seja, ocorre a migração dos elementos subjetivos que passam a serem alocados no tipo penal. Isso ocorre porque a corrente naturalística deixava o tipo se esgotar na causalidade e Welzel considera que a objetividade é somente parte da teoria do tipo e deste modo acrescenta a este o dolo e culpa.

De acordo com os ensinamentos de Welzel (1951, p. 20, tradução nossa):

A finalidade é baseada na capacidade de voluntariamente de prever em determinada escala as consequências da intervenção causal, e com isso dirigi-la segundo um plano para a obtenção do objetivo, a vontade consciente do objective que dirige o evento causal, é a espinha dorsal da ação finalista.

Destarte, o primeiro substrato do delito passa a ser composto em sua estrutura por quatro elementos: Dolo e culpa, nos quais são partes integrantes da conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade. Por consequência, a culpabilidade passou

a ser constituída somente de elementos normativos, sendo estes: Imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Percebe-se, portanto que o último fundamento do conceito de crime é regido pela teoria normativa pura da culpabilidade.

Importante frisar que o finalismo adota o pensamento de Ernst Mayer ao afirmar que o fato típico é um indício de ilicitude, desde que não se tenha presente causas de excludente de antijuridicidade, obedecendo assim a teoria da *ratio cognoscendi*.

Por sua vez, essa corrente sustenta que ação é a conduta do homem, dirigida a um fim, já previamente munida de uma vontade, ou seja, ela acrescentou um liame subjetivo ao tipo penal, de forma que pode ser analisado juntamente com a adequação do fato a norma que é o elemento objetivo. Percebe-se aqui a ideia de tipo penal composto pelo tipo objetivo e o tipo subjetivo.

Nota-se que o conceito de ação para o finalismo surge a partir de critérios ontológicos, através de uma estrutura lógico-formal. Isso ocorre porque a finalidade é uma qualidade intrínseca a toda conduta humana, sendo pautada em um pré-jurídico, no qual independe da presença do direito, uma vez que é inerente a natureza humana.

Como se pode observar, a intenção do agente passa a constar no momento da conduta, na qual abarca a ação ou omissão que será dirigida a uma atividade final. Assim quando a conduta do agente é considerada dolosa ou culposa têm-se um fato típico, no entanto, quando ocorre a ausência destes elementos ocorre à atipicidade delitiva, na qual por consequência não é passível de sanção penal.

É notório pontuar que o causalismo reconhecia o desvalor do resultado, enquanto, o finalismo pressupõe um desvalor da ação, agregado ao desvalor do resultado. Dessa forma, a concepção desenvolvida principalmente por Liszt e Beling não verificava o conteúdo da vontade, agindo de forma contrária aos finalistas que fazem essa análise do conteúdo da vontade, que é composto pelo o dolo, é componente da ação.

Á vista disso Welzel (2003, p. 40, tradução nossa) que foi o maior impulsionador desta teoria já afirma: “O finalismo é vidente; A causalidade é cega.”

Este por sua vez, enfatiza ainda que:

A atividade finalista da ação é baseada em um homem, com base no seu conhecimento causal, pode prever, em determinada escala, as consequências possíveis de uma atividade com miras para o futuro, estabelece objetivos de natureza diversas, e dirige sua atividade segundo um plano tendente a objetenação de seus objetivos. (2003, p. 40, tradução nossa)

Uma das maiores críticas lançadas a esse sistema foi a tentativa de explicar a finalidade nas condutas culposas, uma vez que está estaria mais ligada ao dolo. Em vista disso, Welzel com o intuito de sanar tais questionamentos propôs algumas explicações.

A pioneira dessas concepções foi que ele considerou o dolo uma finalidade efetiva, enquanto a culpa seria uma finalidade potencial, entretanto, muitos se questionaram se está última não seria apenas uma pretensão de finalidade. Em seguida Welzel afirmou que as ações culposas seriam puníveis não pelo fim pretendido, mas sim, pelos meios escolhidos. Por fim, este utiliza uma nova teoria denominada de “ação cibernética”, acarretando o seu afastamento do seu próprio modelo finalista e se aproximando de um sistema de imputações, funcionalista.

Tendo em vista os aspectos apresentados nota-se que o sistema finalista promoveu grandes mudanças na teoria do crime, bem como um enorme progresso para a dogmática penal, isso ocorre porque essa doutrina trouxe a importância da finalidade nas ações humanas, para que se possa constatar o injusto penal. Todavia, apesar de adotada no Brasil, esse modelo encontra-se já superado nos países estrangeiros, comportando inúmeras críticas.

2.4 Sistema Funcionalista

Após a apresentação do modelo concebido por Hans Welzel, surgiram na Alemanha os funcionalista, na segunda metade do século XX, tendo como principal expoente Claus Roxin. O principal objetivo do pensamento funcionalista era de superar as incoerências e contradições encontradas nos sistemas precedentes, apresentando uma corrente inovadora.

Antes de mais nada, é importante destaca-se que no âmbito funcionalista foram desenvolvidas três linhas de seguimentos. De início, foi elaborado por Claus Roxin um funcionalismo moderado, sendo esta a principal concepção a ser analisada neste momento. Em seguida, foi proposto por Puig, um funcionalismo redutor ou limitado e por fim, Jakobs concebeu um funcionalismo sistemático, sociológico, pautado nas teorias dos sistemas de Luhmann, no qual, será adiante compreendido.

De acordo com a primeira visão funcionalista, entende-se que esse sistema visa trazer uma concepção teleológico-racional da ciência jurídico penal baseados em uma óptica valorativa de política criminal que deve encontrar-se inserida na dogmática

penal.

Nota-se que os neokantistas já trabalhavam com a noção teleológica, entretanto, de acordo com essa visão havia um completo afastamento entre o direito penal e a política criminal, divergindo, assim, da compreensão apresentada por Claus Roxin que foi o primeiro autor a abrir portas a essa influência.

Logo, essa concepção que é chamada por muitos doutrinadores de pós finalismo, decorre da aproximação do direito com as ciências sociais e busca harmonizar a relação entre dogmática penal e a valorações a partir da política criminal para a construção do sistema.

Em vista disso, Roxin (2000, p. 14) mostra que “deve ser reconhecido também no direito penal – mantendo intocadas e completamente íntegras todas as exigências garantísticas- que problemas politico-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito.”

É fundamental analisar que esse momento doutrinário proveniente na Alemanha, na década de 1970, se discutia qual a real função, do direito penal. O referido modelo defendia que a finalidade do direito penal é tutelar bens jurídicos, de modo que este só é legítimo quando se têm a necessidade de proteção desses bens jurídicos.

Ademais, o direito penal apenas deve ser usado quando os outros ramos do direito não puderem tutelar com eficácia o bem jurídico lesado, evidenciando o seu caráter de *ultima ratio*. Preza-se por um distanciamento do formalismo exagerado, dado que muitas condutas podem ser típicas, mas não necessariamente precisam ser preocupações ao direito penal, decorrendo daí o princípio da bagatela ou insignificância como forma de excludente da tipicidade.

É notório salientar, que esse novo sistema do direito penal encontra-se baseado em parâmetros normativos acarretando um abandono aos padrões ontológicos e pré-jurídicos presentes em teorias antecedentes. Roxin lida com a prognose-póstuma objetiva, mas leva em consideração os conhecimentos do próprio autor e não do homem médio como visto em outras percepções.

Dessa forma, os funcionalistas compreendem a ação a partir de um juízo normativo, visto que eles acreditam serem possíveis diversas interpretações da realidade. Logo, esse juízo de valor não é feito apenas pelo legislador, mas também pelo jurista, pois, a lei é apenas um ponto de partida de modo a ser aplicada a cada caso concreto, tratando Roxin de uma jurisprudência de valores.

Determinava-se o conceito de ação a partir da personalidade do agente, sem abranger nenhum critério causalista ou finalista. Assim para eles a ação não encontrava-se pautada em parâmetros empíricos e passa a determinar a ação como uma imputação jurídica decorrente de um juízo de valor.

Nessa lógica, explica Roxin (2002, p. 205):

Os adeptos desta concepção estão de acordo (...) na recusa as premissas sistemáticas do finalismo e em partir da ideia de que a construção sistemática jurídico-penal não deve orientar-se segundo dados prévios ontológicos (ação, causalidade), mas ser exclusivamente guiada por finalidades jurídico-penais.

Jakobs, também foi um dos grandes nomes encontrados no funcionalismo, este argumentava sobre a necessidade de efetivação da norma. Para ele aqueles que não se comportam como cidadãos dentro de um estado de direito, é necessário um direito distinto, isto é, um direito penal do inimigo. Destarte, o pensamento funcionalista de Jakobs se caracteriza por meio de um repensar da filosofia de Hegel, na qual possui como pilar a na teoria dos sistemas de Luhmann.

Todavia, compreende-se que o funcionalismo sistemático desenvolvido por Jakobs não é compatível com o modelo de estado e por isso teve como seu principal opositor Claus Roxin. Esse modelo funcional, esta atrelada a prevenção geral, que constitui um dos fins da pena e isso ocorre porque a função das sanções penais são demonstrar à validade das normas, tendo como consequência a estabilização social.

Em síntese, em consonância com essa posição radical “o funcionalismo jurídico-criminal é concebido como teoria segundo a qual o direito penal é orientado garantir a identidade normativa, a constituição e a sociedade.” (JAKOBS, 1996, p.15, tradução nossa)

Como visto, o funcionalismo respalda-se em uma ordem normativa, na qual, o ato ilícito é concebido e embasado nos comportamentos sociais, em consonância com as estruturas e contextos sociais existentes. Desse modo, foi a partir de tal visão que se foi possível desenvolver uma teoria de imputação objetiva.

Em virtude dos fatos mencionados, verifica-se que esses mecanismos compreendem metodologias de estudo do direito penal que foram sofrendo inúmeras transformações ao longo dos tempos. Contudo, é imprescindível perceber que todos tiveram a sua devida contribuição e importância para a construção do conceito atual de ação e para o sistema jurídico penal. Diante disso, passa-se a análise das teorias

nas quais investigam o vínculo entre a conduta do agente e o resultado ilícito, isto é o nexo de causalidade.

3 TEORIAS QUE BUSCAM EXPLICAR À IMPUTAÇÃO DO RESULTADO A CONDUTA DO AGENTE

Como visto no primeiro capítulo, um fato para ser típico abarca a conduta, o nexos, resultado e a tipicidade. Desse modo, através da compreensão das teorias que buscam analisar o conceito de ação, foi possível compreender como se deu a composição de tal estrutura. Todavia se faz necessário entender de forma mais específica como funciona e os limites da relação de causalidade por meio do nexos, observando como essas teorias se moldam de acordo com o passar do tempo.

Em princípio, pontua-se que o nexos causal é importante para a evidenciação de uma conduta tipicamente objetiva. Nessa conformidade, percebe-se que o nexos de causalidade é o vínculo, no qual, une a conduta ao resultado, isto é, para que se possa determinar se um fato é típico é crucial verificar se a ação ou omissão é a causa da realização do resultado criminoso. Dessa forma, inexistindo esse liame objetivo não se pode responsabilizar alguém pela ocorrência de um delito e, por conseguinte o fato é atípico.

À vista disso, é fundamental entender a relevância do nexos de causalidade, visto que apenas aqueles nos quais de algum modo deram causa para a ocorrência do resultado serão objetivamente responsabilizados.

Portanto, passa-se a examinar as principais teorias desenvolvidas com o intuito de explicar o nexos de causalidade na teoria do crime e em especial no âmbito dos delitos materiais. Observa-se que no direito Penal, as mais importantes teorias sobre a relação de causalidade nos crimes materiais são a teoria da equivalência das condições, a teoria da adequação e da relevância típica.

Atenta-se para o fato de que a partir da compreensão dessas teorias precursoras passa-se a análise das principais peculiaridades da moderna teoria da imputação objetiva, na qual, é o principal objeto do presente estudo. Ressalta-se que a primeira a ser examinada é a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e posteriormente passa-se a análise daquelas nas quais também antecederam e serviram de base para a teoria que norteia este trabalho.

3.2 Teoria da equivalência das condições

A também conhecida como equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non* foi produto das ideias de Julius Glaser, austríaco, no qual afirma que consiste causa do resultado toda conduta humana sem a qual não seria possível a efetivação do resultado. Por consequência, deduz-se que todos aqueles nos quais deram causa ao resultado naturalístico serão imputados.

Apesar da construção deste modelo ser conferido a Glaser, já encontrava-se desde 1843, os primeiros indícios desse sistema, a partir do planejamento teórico elaborado pelo filósofo John Stuart Mill, sobre o conceito lógico formal de causa (GALINDO, 2018).

O artigo 13^o do Código Penal Brasileiro contempla a teoria da equivalência das condições. Essa por sua vez possui características causalistas e posteriormente passou a ser sistematizada por Maximilian von Buri, magistrado, que foi responsável pela difusão dessa teoria no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

A equivalência das condições baseava-se em uma concepção segundo a qual todas as condições preponderantes para um resultado são essenciais para gerar este, utilizando-se o método indutivo de eliminação hipotética é possível determinar a causa do resultado.

Em outras palavras, de acordo com o entendimento de Toledo (2002, p. 113) está teoria considera que: “A causa de um fenômeno é a totalidade e cada uma das condições produtoras desse fenômeno, ou mais especificamente, a conduta sem a qual “o resultado não teria ocorrido”.”

Diante disso, percebe-se que a teoria da equivalência das condições possui um viés naturalístico causalista, de modo que todos aqueles que dessem causa de alguma forma ao resultado também seriam objetivamente punidos.

Dado o exposto, explica Roxin (2006, p. 101):

Considerava-se realizado o tipo toda vez em que alguém constituía uma condição para o resultado nele previsto, ou seja, toda vez em que alguém o causava, 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 *conditio sine qua non*: o fabricante e

3 Art. 13 - 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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.

Logo, constata-se que essa teoria trás uma regressão ao infinito e atualmente todos aqueles nos quais contribuíram de algum modo para o resultado não são responsabilizados devido a aferição do tipo subjetivo, em virtude da ausência dos elementos volitivos, isto é, dolo ou culpa.

Nesse contexto, ilustra-se que um comerciante no qual vendeu a arma sem conhecimento do fim pretendido por meio da compra, um homicídio, este teria de algum modo dado causa ao resultado morte, visto que quaisquer das condutas nas quais integrem a universalidade dos antecedentes é por conseguinte causa do resultado. Dessa forma, percebe-se que nunca se chegaria a um fim e por isso o dolo e a culpa são responsáveis de limitar esse retorno *ad infinitum*.

Por este ângulo exemplifica Roxin (2006): Considerando que “A” deseja provocar a morte de “B”. A o aconselha a fazer uma viagem à Florida, 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 viagem de férias, e de fato é vítima de um delito de homicídio.

A partir do caso narrado percebe-se a insuficiente o modelo trazida pelo artigo 13 do código Penal, dado que essa não obteria êxito nos casos de causalidade hipotética, pois, de acordo com a teoria da equivalência das condições “A” teria uma conduta objetivamente típica.

Assim, considera-se que a corrente adotada pela Código Penal brasileiro sozinha não é hábil para determinar que uma conduta é objetivamente típica. Isso ocorre porque o reconhecimento do elo entre a conduta e o resultado não é suficiente para justificar a configuração do tipo objetivo, é imprescindível um exame de razoabilidade com o objetivo de que nem todas as condutas antecedentes seriam consideradas causais.

Tendo em vista os aspectos observados, alega, Santos que (2007, p. 124):

A crítica de ser excessiva — no caso do regresso ao infinito — ou de ser insuficiente—no caso das causalidades hipotéticas — foram refutadas por SPENDEL e, depois, por WELZEL, ao mostrarem que a teoria da equivalência trabalha somente com condições concretamente realizadas. O resultado e o produto concreto de condições reais, e não de condições hipotéticas possíveis ou prováveis, que não são ações reais, nem integram processos históricos concretos;

É indispensável frisar ainda que existem delitos nos quais não carecem da existência de vínculo de causalidade. Isso ocorre nos crimes designados como de mera conduta, nestes o delito consuma-se no momento da realização da conduta, independentemente da produção de um resultado concreto, de forma que se pune a ação ou omissão e não o resultado propriamente dito.

Outrossim, é importante perceber que por vezes, a produção do resultado decorre de uma pluralidade de comportamentos. Isto é, mais de uma conduta ou está junto a um fato natural influi para a produção do resultado final, de forma que eles preexistem, ocorrendo um “concurso de fatores.”

Em consequência disso, é contemplado no §1º do artigo 13 do Código Penal brasileiro, as questões relativas as concausas. No que lhe concerne, elas se designam como a “confluência de mais de uma causa para o resultado” (BRANDÃO, 2015, p. 45), ou seja, esse instituto se caracteriza por além da conduta do agente, existir outra, que paralelamente irá desencadear o delito.

Com efeito, qualquer concausa pode ser classificada em preexistente, aquelas nas quais ocorrem anteriormente a conduta, concomitante, se realizam de forma simultânea ou superveniente, na qual acontece em momento posterior a conduta. Por sua vez, dividem-se ainda em absolutamente independentes e relativamente independentes.

As concausas absolutamente independentes qualificam-se pela exclusão do nexos causal, na medida em que se instaura um distinto ao anterior. Desta maneira, o agente não responderá pelo resultado acarretado, tendo em vista que este aconteceria independentemente do seu comportamento, isto é, com a constituição de novo nexos causal desvincula-se a ação ou omissão da ocorrência final, já que sua causa não foi efetiva. Todavia, nota-se que a condição concorrente deverá ser punida, desde que não seja um fato natural.

Em decorrência disso, exemplifica-se que: “A”, com o objetivo de matar “ B” ministra veneno nas suas refeições. Antes deste fazer efeito ele sofre uma parada cardíaca, vindo a falecer, em decorrência disto. É válido observar que a causa natural do óbito, não possui relação com o envenenamento, de acordo com o diagnóstico

4 Art. 13. [...] § 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

médico. Nessa situação, compreende-se que a morte ocorreria de toda forma, independente do envenenamento, dado a causa supervêniente, passando este a ser condição concorrente ao resultado, portanto, “B” responde apenas pela tentativa de homicídio, mas não pela consumação do delito propriamente dito, já que a sua ação não foi completamente eficaz ao óbito.

Ao tratar de concausas, não se pode esquecer do exame das relativamente independentes. Elas definem-se pela responsabilidade parcial do agente, no qual, responderá somente por aquilo que efetuou, elas são denominadas de relativamente, pois, sem elas o resultado não teria ocorrido existindo uma relação de dependência.

Por este ângulo, atenta-se para o seguinte exemplo: Tício atira contra Mévio, com o intuito de causar sua morte, entretanto, apenas conseguiu o lesionar. A vítima é imediatamente levada para o hospital, mas no caminho o motorista imprudente, envolve-se em um acidente com outros carros, acarretando o falecimento de Tício.

De acordo com o caso narrado, se levássemos em consideração a teoria da equivalência das condições, Mévio aparentemente causaria a morte de B, posto que ele se encontra dentro da ambulância em razão do seu ato. Mas, como elenca o §1º o autor dos ferimentos responderá pelos seus atos realizados anteriormente ao resultado final, pois ocorreu uma causa relativamente independente impedindo que a conduta de Mévio concretizasse o fim pretendido.

Ademais, vale salientar que o § 2º do já mencionado artigo do Código Penal, versa sobre a pertinência dos delitos omissivos impróprios. Essa classificação, desdobra-se por o agente incidir em um crime comissivo, por meio de uma omissão, ou seja, o agente tinha o dever de agir e se omitiu, causando uma ação positiva.

Tal entendimento pode ser comprovado através do exemplo clássico do salva-vidas, no qual, assiste um banhista se afogar e não toma nenhuma atitude, permanecendo inerte, logo, este incorre na prática do delito de homicídio, em decorrência de uma omissão.

Ressalta-se que o *caput* do artigo 13 do Código Penal elenca uma visão causal-

5 § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

naturalística, no entanto, diversamente propõe o §2º, pois, adota uma posição normativa. Nestes, a aplicação da causalidade se torna prejudicada, já que é necessária uma imputação do resultado ao dono do comportamento desviante.

Deste modo, constata-se que a teoria da causalidade, tem sua aplicação limitada aos crimes materiais, posto que para que ocorra a consumação de um delito é essencial a presença de um resultado naturalístico, pois, sem este se configuraria a tentativa. Salieta-se ainda que nesses delitos é indispensável a presença do nexo causal, atendendo perfeitamente ao que demanda da teoria ora estudada.

Por esse motivo, é necessário a análise da teoria da imputação objetiva, na qual, tem como propósito sanar as falhas possíveis falhas encontradas em teorias anteriores, adicionando ao tipo objetivo novos requisitos, uma vez que este não se esgota na mera causação de um resultado.

3.3 Teoria da causalidade adequada

Primordialmente, é relevante compreender que o médico Johannes Kries fundamentou juntamente com Von Bar e Max Rumelin a teoria da causalidade adequada, por volta do século XIX, mais especificamente em 1871. Entretanto, percebe-se que essa foi bastante difundida na doutrina alemã, dado que foi fortemente influenciada por Von Buri.

Para essa corrente nem todas as condutas seriam consideradas tipicamente objetivas, visto que apenas aqueles atos adequados a gerar um resultado, isto é tão somente aqueles nos quais tivessem uma tendência motivar um delito.

De outro modo, não será qualquer condição passível de responsabilizar objetivamente, somente aquelas previsíveis a produção do resultado, de modo que haverá causalidade quando aquela conduta represente uma tendência geral à realização de um resultado típico.

É indispensável constatar que se passa a ter critérios normativos, tendo em vista que para essa teoria nem todas as condições são aptas a produzir um resultado.

Ressalta-se que grande parte da doutrina a considera como uma teoria de imputação, visto que busca trazer as balizas necessárias para a tipificação, limitando a causalidade pura e julgando irrelevantes condutas inadequadas por mais que dentre estas exista um nexo causal.

Nesse seguimento, explica Prado que a causa (2015, p. 249):

Funda-se na aplicação de um juízo de possibilidade ou de probabilidade à relação causal. Esse juízo pode ser 1) subjetivo- baseado no conhecimento individual (fático) – conforme a previsão do autor; 2) objetivo – uma ação é adequada quando, segundo o juízo do magistrado, já estava presente um perigo- juízo objetivo *ex ante*. Essa orientação foi completada por Rümelin, com o critério de prognose objetiva posterior.

Deste modo, para aferição da previsibilidade parte-se da análise do critério da prognose póstuma objetiva, isto é, para que se possa verificar se uma conduta é a causa provável de um resultado ou não é essencial que se perceba se um homem médio teria essa concepção, a possibilidade de prever se a sua ação ou omissão geraria o resultado delitivo. Mais tarde, a teoria da imputação objetiva irá criticar tal entendimento, afirmando que só se pode trabalhar efetivamente com os conhecimentos subjetivos do agente.

De outra forma, dispõe Roxin (2002, p. 26):

[...] Critério da prognose póstuma-objetiva será previsível tudo aquilo que um homem prudente, dotado dos conhecimentos médios adicionados aos conhecimentos especiais de que o autor porventura disponha, no momento da prática da ação (isto é, *ex ante*) entenda como tal.

Diante dos argumentos vistos, exemplifica-se da seguinte forma se “A” fere “C” e este, por sua vez, venha a óbito por consequência uma lesão considerada leve. Em conformidade com teoria ora apresentada seria concebível a exclusão do resultado morte imputado a “A”, posto que faltasse para o sujeito ativo, autor da lesão, previsibilidade da ocorrência do resultado determinado.

Do mesmo modo, consoante a causalidade adequada o comerciante no qual comercializa de forma lícita armas não possuirá uma conduta considerada objetivamente típica, caso o comprador produza um resultado homicida como advém da corrente vista anteriormente. Isso ocorre pois, é necessária uma conduta apta e suficiente para acarretar o resultado, deste modo, no caso narrado seria imprescindível os disparos de arma de fogo para que a causa se tornasse adequada ao tipo penal.

Distintamente da teoria da equivalência das condições, na da adequação é primordial notar a alteridade entre causa e condição de um resultado, em virtude de que o nexos causal só se faz presente com a produção de uma causa efetiva e não apenas uma condição. Dessa forma, observa-se que reputa-se causa adequada

aquelas nas quais são objetivamente previsíveis.

Em síntese, dispõe Noronha (1995, p. 119):

Tem-se objetado a essa teoria que ela ultrapassa o terreno da causalidade, penetrando o da responsabilidade penal, por utilizar o critério da previsibilidade. Por outro lado, como escreve Massimo Punzo, não se compreende realmente por que não se deve ter como causado pela ação humana um resultado, que, de fato, se verificou, somente porque aquela ação não é geralmente idônea a produzi-lo. O havê-lo produzido é mais que suficiente para dizer que a conduta é causal.

Destarte, nota-se que a teoria da causalidade adequada evita o regresso ao infinito constituído da teoria da equivalência, contudo apesar de ser uma teoria limitadora não se encontra alheia de críticas. Por isto, identifica-se defeitos nesta, no sentido de que não oferece instrumentos firmes e seguros para constatar a tipicidade objetiva, sendo inescusável recorrer aos elementos subjetivos do delito, nos quais são analisados em momento inoportuno para que se possa estabelecer o nexo de causalidade de acordo com essa concepção.

3.4 Teoria da relevância típica

Em princípio, é válido observar que Edmundo Mezger, autor neokantista, por volta do ano de 1921 buscou unir as duas teorias anteriormente vistas, de modo a reestrutura-las, desencadeando e projetando, por sua vez, a da relevância jurídica.

Nesse seguimento, compreende-se que ele propõe que a comprovação do tipo penal ocorre a partir de uma interpretação teleológica. De modo que, para esta corrente causa será toda e qualquer condição que influa no resultado, como dispõe a teoria da *conditio sine qua non*. Todavia, somente reputa-se típica aquela na qual é considerada juridicamente relevante para o resultado.

Com efeito, é válido ressaltar que ocorre um fracionamento entre o caráter ontológico-normativo, visto que primeiro analisa-se a presença de uma causalidade física, obtida por meio do liame causal e em seguida comprova-se a relevância da conduta de acordo com os tipos penais, sendo este último elemento interessante para que se possa imputar juridicamente o resultado possível e por conseguinte a responsabilidade penal.

Nota-se, portanto que para essa concepção doutrinária o nexo de causalidade deverá ser determinado em conformidade com a teoria da equivalência das condições,

no entanto, a imputação do resultado é definida com base na relevância jurídica, levando em consideração todas as peculiaridades de cada tipo penal.

Desse modo, constata-se que para o direito penal somente importará as causas imprescindíveis a produção do resultado, portanto, aquelas nas quais apesar de constituído o nexos causal forem irrelevantes não se reveste de tipicidade.

Salienta-se que é necessário a conduta está em consonância com o tipo penal adequado a sua conduta, obedecendo as finalidades e elementares dessa norma.

Levando-se em conta o que foi examinado, Wessels (1980, p. 58, tradução nossa) explica que:

Em oposição à teoria da adequação, a teoria da relevância que se aproxima dela quanto ao resultado denitivo (Mezger, Blei), se distingue rigidamente entre a questão do do nexos de causalidade e da imputabilidade objectiva do resultado: na verificação do nexos de causalidade, baseia-se, como a opinião dominante, na teoria da condição (teoria da equivalência). Por outro lado, no que diz respeito à imputação do resultado, refere-se à relevância penal do fato causal, reconhecer como fundamento da responsabilidade apenas (como a teoria da adequação) condições tipicamente adequado dentro do curso causal, mas sem perder de vista o objectivo de proteção da norma e das particularidades de que o tipo penal trata.

Ademais, atenta-se para o fato de que no direito penal existem delitos que demandam algumas complexidades como no caso dos delitos qualificados pelo resultado. Ocorre que, quando estes versam sobre co-autoria, por exemplo, é necessário um maior rigor, dado que muitas vezes este pode ser penalizado por algo mais sério do que realmente se praticou. Nesse sentido Mezger (1935, p. 222, tradução nossa) elenca pressupostos capazes de determinar responsabilidade do agente, escreve ele:

Bem, na verdade, depende da punibilidade do resultado, não de dois, mas, ordinariamente, de três pressupostos, a saber: [1] do nexos causal do ato de vontade com o resultado; [2] da relevância jurídica dessa conexão, e [3] a culpa do sujeito.

Em vista disso, percebe-se que para adentrar no requisito da culpabilidade do agente, é fundamental que já tenha sido demonstrada causalidade e a relevância.

Em suma, ressalta Roxin (2003, p. 361, tradução nossa)

Quanto aos nexos de causalidade relevantes, Mezger pretendia averiguar não só através dos princípios da adequação, mas também mediante uma interpretação conforme o significado dos tipos legais. Tal posição implica na

exigência de uma teoria de imputação autônoma e subsequente ao teste de causalidade e, nessa medida, é totalmente correto. A única coisa que Mezger negligenciou foi elaborar a sua teoria da relevância a uma teoria geral de imputação. É por isso que semelhante à da adequação, só pode ser incluída como precursora de uma concepção ampla de imputação dentro dela.

Em suma, se reconhece que Mezger inovou ao trazer uma separação entre o plano físico e o jurídico. De forma que consoante com este modelo apenas importará ao direito comportamentos relevantes, destarte, ele faz essa análise de acordo com cada tipo penal específico, não trabalhando assim, com uma teoria geral a ser aplicada a todos os delitos e por isso Roxin afirma que o erro de Mezger foi não conceber um teoria geral própria de imputação.

Mediante o exposto, nota-se que as teorias que visam explicar o nexos causal ainda possuem limitações e imprecisões para determinar o tipo objetivo. Ademais, insta salientar que, foi necessário a criação de outros critérios na tentativa de restringir esse excesso de causalidade, esbarrando-se na necessidade de uma teoria que tenha como base a imputação objetiva, posto que, nem todas as condutas devem ser julgadas como causas de um resultado, como também nem tudo possui relevância para o direito.

Contudo, ressalta-se que as concepções até então vistas serviram como ponto de partida para a atual teoria da imputação objetiva que ganha cada vez mais adeptos e vai ser explorada no próximo capítulo.

4 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nos últimos tempos, percebe-se que com as diversas mutações nas quais a sociedade vem passando, novas formas de condutas vão surgindo e em decorrência dessas constantes transformações, começa-se a questionar conceitos antigos do direito penal que atualmente não conseguem resolver todas as situações de modo adequado.

Observando o cenário atual, atenta-se para o fato de que a relação entre o nexo causal que é essencial para constatar a tipicidade objetiva enfrenta sua fase de decadência. Ao examinar alguns casos práticos, verifica-se que a teoria meramente causal não é capaz de delimitar de forma precisa quais condutas devem ou não serem julgadas como típicas.

Não obstante, a relação de causalidade de forma unitária, nos delitos materiais, não basta para ensejar que uma ação é objetivamente típica, sendo fundamental recorrer ao dolo e a culpa para que o primeiro componente do crime integralize-se. Critica-se esse sistema, principalmente no que concerne a regressão *ad infinitum* para o exame da causa de um resultado. Tal como, nem sempre ela é necessária nos crimes de omissão e aos delitos formais e de mera conduta ela não se aplica, tornando-se irrelevante, visto que prescindem de resultado naturalístico para existir.

Tendo em vista, o que já foi discorrido ao longo deste trabalho, percebe-se que é fundamental novos critérios que tenham a pretensão de reformular o conteúdo do tipo, superando modelo ontológico-finalista e balizando a abrangência da causalidade exacerbada.

Diante da impossibilidade plena de aplicação da teoria da equivalência das condições, muito se debate, hoje em dia sobre a moderna teoria da imputação objetiva, na qual é produto da construção teórica alemã e tem despertado grande interesse na seara da doutrina criminal atual.

Preliminarmente, é essencial esclarecer que ao se tratar de imputação objetiva não se deve confundi-la com a responsabilidade objetiva, tão rejeitada pela dogmática penal, na medida em que nesta se tem a completa ausência dos elementos subjetivos.

A teoria da imputação objetiva, demonstra que o tipo não se limita a mera causalidade e por isso é importante o acréscimo de alguns requisitos que tem como pilar aspectos valorativos e teleológicos, essenciais para que seja possível afastar

ações e omissões, nas quais, atinjam bens jurídicos irrelevantes. Dessa forma, esse sistema é concebido por meio do funcionalismo de Roxin que tem como parâmetro o conceito de “risco.”

Mir Puig (2005, p. 173), compreende o principal objetivo a ser atingido por meio dessa proposta, atestando que “o alcance da Teoria da Imputação Objetiva nos seguimentos da teoria do delito vem sendo o indicativo para o real limite da responsabilidade penal.”

A partir do uso do método indutivo, baseado em um estudo de grupos de casos, o sistema em questão visa corrigir inconsistências relativas o nexos causal, de modo a impedir que toda causa possa ser julgada objetivamente típica. Para isso, desloca-se a finalidade a uma posição acessória, de sorte que “o que essa teoria faz é relegar o tipo subjetivo e a finalidade a uma posição secundária e recolocar o tipo objetivo no centro das atenções.” (GRECO, 2013, p. 21)

Inegavelmente, o tipo objetivo passa a ser a figura central desta teoria, ocupando um lugar de destaque, uma vez que, esse novo método atribui uma relevância superior a este elemento quando comparado ao que vinha sendo dado até então.

A teoria da imputação objetiva que, hodiernamente, encontra-se consolidada no sistema-jurídico penal Alemão, surgiu em torno do ano de 1970. Como visto, Claus Roxin, desenvolveu um modelo geral de imputação, idealizando o princípio do risco e por essa razão, sempre foi grande impulsionador desta teoria, no entanto, esse notável líder contou também, com a colaboração dos seus discípulos Rudolphi e Shusünemann, principalmente no que se refere a percepção do fim de proteção.

Parte-se do advento de que a origem desse sistema alude a filosofia hegeliana e por meio desta, Larenz e Honing desenvolveram as primeiras referências que inspiraram a teoria ora explorada.

Larenz, por sua vez, por volta de 1927, introduziu a imputação objetiva no campo do direito civil e mais tarde, mais precisamente em 1930, Honing acrescentou-lhe ao contexto penal (ROXIN,2002).

Ressalta-se ainda que o modelo ora estudado também sofre forte influência de Welzel, a partir da sua teoria da adequação social, na qual, trabalha com a ideia voltada para os riscos permitidos socialmente, Roxin, parte do mesmo ideal de risco, tendo em vista que ele considera que apenas comportamentos que provoquem perigos efetivos aos bens jurídicos merecem a atenção do direito penal.

A partir de uma visão voltada a adequação entre o direito penal e a política-criminal, garantista dos princípios tutelados por um Estado Democrático de Direito, Roxin insere fundamentos ao tipo que necessitam de um juízo de valor, dado o seu caráter normativo.

Esse modelo inovador e complexo, agregou ao desvalor da ação, até então subjetivo seguindo os padrões finalistas, uma faceta objetiva sendo essa a criação de um risco juridicamente desaprovado. Do mesmo modo, ao desvalor do resultado, composto pelo nexa causal, soma-se a realização deste risco.

Ele estrutura o seu sistema em quatro vertentes imprescindíveis capazes de dificultar a imputação objetiva, sendo eles: a diminuição do risco, criação de um risco juridicamente desaprovado, o aumento do risco, e por fim a proteção da norma.

De início, deve-se constatar a existência do risco, isto é, se ele foi de fato concebido. Em seguida, passa-se a averiguação quanto à proibição ou não deste perigo. Ademais, vale salientar que segundo os preceitos funcionalistas o direito penal só deve ater-se a condutas que provoquem um perigo concreto aos bens jurídicos tutelados, isso ocorre porque a possibilidade de risco deve ser efetiva, causadora de um “real dano” e não apenas uma ideia vaga, tendo em vista que mesmo que o resultado delitivo seja produzido, se o dano foi irrelevante não se deve imputar-lhe uma pena.

Deste modo, consoante Roxin (2003, p.363, tradução nossa) “Um resultado causado pelo agente só pode ser atribuído ao tipo de objetivo se a conduta do autor tiver criado um perigo para um bem legal não coberto por um risco permitido, e esse perigo também foi percebido no resultado concreto. ”

Identifica-se a concepção deste perigo a partir do critério denominado de prognose póstuma objetiva. Conforme, Greco (2013, p. 35) “Uma ação será perigosa ou criadora de risco se o juiz, levando em conta os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática da ação, diria que esta gera uma possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico.”

Vale salientar que, esse método tem por base a compreensão de um homem prudente e não somente médio, além do mais este deve estar dotado de conhecimentos especiais, para verificar a periculosidade trazida por meio da sua ação.

Constatada uma conduta, é possível que ocorra a atipicidade da mesma em decorrência da não ocorrência de um risco juridicamente não permitido, isto é, mesmo que reconhecido o nexa causal, ausente uma das elementares adicionadas pela teoria

da imputação objetiva, não será atestado a tipicidade objetiva do ato realizado. Isso ocorre porque, muitas vezes mesmo causando algum tipo de lesão, as ações não suscitam um perigo efetivo e proibido e por consequência não podem ser aferidos como típicos.

Tais motivações podem ser comprovadas, ao se remeter a análise do caso da Flórida já supracitado, no qual, ainda que “A” tenha sugerido que “B” viajasse a Flórida e tivesse a consciência dos assassinatos recorrentes neste local, não poderá responder pelo delito de homicídio, visto que sua ação não produziu um risco relevante e contrário ao direito, deste modo, o seu ato não é capaz de configurar a tipicidade. Nessa lógica, explica Roxin (2002, p. 8): “Ações que, apesar de perigosas, respeitam as exigências de cuidado, são permitidas, mesmo que no caso concreto ocasionem um resultado descrito em tipo.”

O maior nome por trás dessa teoria, exemplifica ainda o evento do homem, no qual, vai a um estabelecimento comercial adquirir um punhal afiado, todavia este se reveste de uma aparência suspeita. O vendedor indaga a si mesmo se o comprador poderia utilizar o instrumento obtido para cometer algum homicídio, todavia, tal pensamento é indiferente. Mediante o exposto, Roxin chega a conclusão de que caso realmente venha a ocorrer o delito, o comerciante não deu origem a um perigo ilícito, logo mesmo dando causa ao resultado e assumindo o risco da morte, este não poderá ser responsabilizado penalmente, pois, não foi gerado um risco proibido pelo estado (ROXIN, 2006).

Além disso, deve existir entre eles uma relação de confiança, na qual, é primordial para a convivência em sociedade, somente se presente fortes indícios dessa possível predisposição a um comportamento desviante é que anula-se essa confiança.

De acordo com o critério da diminuição do risco, não verifica-se imputação objetiva nas condutas, dentre as quais, pretendam reduzir um dano, assim sendo, não devem ser julgadas como tipicamente objetivas. Ou seja, nestas circunstâncias o agente atua de modo a causar uma lesão, mas, esta será menos ofensiva do que a esperada. Assim, com o objetivo de proteger o bem jurídico ele altera o curso do nexo causal para uma propiciar um resultado mais auspicioso.

Em síntese, aquele que age para diminuir um risco já realizado por outrem, mesmo cometendo um ato delitivo, não se imputará responsabilidade penal a este.

Por exemplo, em uma discursão entre “A” e “B”, este último saca uma arma e

atira contra o seu desafeto. “C”, esposa da vítima, a empurra com a intenção de livrar o seu companheiro da morte, todavia, acaba o lesionando. Nota-se que “C” atuou pretendendo para reprimir a intensidade do risco de dano e por consequência ocorre a atipicidade do seu ato.

Sob o mesmo ponto de vista, afirma Roxin (2006, p. 109) que “Ações que diminuam riscos não são imputáveis ao tipo objetivo, apesar de serem causa do resultado em sua forma concreta e de estarem abrangidas pela consciência do sujeito.”

Acrescenta-se, ainda que a doutrina minoritária não aceita completamente essa hipótese de diminuição do risco, visto que é difícil diferenciar os casos em que há uma substituição desse perigo, através do estado de necessidade ou consentimento presumido ou uma redução de fato.

Entende-se, portanto que quando não é originado um risco ou não se tem o aumento ou diminuição deste, não se tem responsabilidade. Além da existência desse risco, atenta-se para o fato de que deve ocorrer a realização deste, em outras palavras, ele precisa se materializar dentro do resultado.

Digo, verificado o desvalor da ação é indispensável averiguar acerca da presença do desvalor do resultado para que se possa atestar uma conduta típica, uma vez que estes dois componentes possuem uma relação de complementaridade, isto é, eles se conectam e devem ser compatíveis para justificar uma imputação.

Esse segundo requisito se mostra essencial, em virtude da própria finalidade do Direito Penal de tutelar bens jurídicos e a prevenção geral negativa. De forma que esses propósitos vão ser atingidos a partir das vedações de alguns comportamentos, nos quais, não devem ocorrer, pois, busca-se evitar a consumação de atos reprovados pelo sistema penal, posto que, o papel da lei penal é impedir lesões aos bens jurídicos protegidos.

Finalmente, após o preenchimento dos requisitos acima explorados, deve-se ponderar se o risco encontra-se compreendido dentro do âmbito do fim de proteção da norma, para essa verificação ser possível é primordial perceber se o perigo foi realmente criado e se o resultado obtido possui relação com a lesão proibida *ex ante* originada. (GRECO, 2013).

Vale salientar que, em alguns casos, apesar de abarcado, o risco, pelo fim da proteção da norma, um resultado *ex post* se produziria independentemente da realização da lesão concebida, ou seja, se um ônibus dirige acima da velocidade

permitida e atropela um pedestre que atravessava no sinal verde e fora da faixa de pedestre, o resultado se consumaria impreterivelmente, uma vez que somente teria sido evitado com um comportamento adequado por parte da vítima.

Além disso, Roxin defendia, também, a hipótese do aumento de risco, por sua vez, essa explica que nos eventos em que uma conduta não permitida majorar a situação de perigo criando um novo nexos causal que eleva o risco da ocorrência deve-se imputar-lhe um resultado.

Nota-se que a teoria da imputação objetiva é aplicada de modo antecedente e independente da análise da presença de dolo ou culpa, deve-se observar se o agente deu causa, de forma objetiva, ao resultado, sendo desnecessário de imediato valer-se dos pressupostos subjetivos para afastar a tipicidade delitiva.

De outro modo, com a aplicação da teoria da imputação objetiva, passa-se a analisar outros fatores, nos quais podem contribuir para o resultado, de modo antecedente aos elementos subjetivos, ou seja, independente do dolo e da culpa a partir desse novo método, já se pode livrar um sujeito de uma imputação, de forma a contribuir na defesa do réu.

Apesar disso, deve-se ter em vista que a teoria da imputação objetiva não abandona por completo os elementos subjetivos, digo, eles não são considerados irrelevantes neste sistema, apenas não estão tão em evidência como o tipo objetivo, mas, se necessário, posteriormente, devem ser verificados.

Por meio da percepção do que a imputação objetiva representa, comprova-se a sua importância para o sistema criminal atual. Em consequência disso, essa abordagem que já encontrar-se difundida na doutrina Alemã, provoca o entusiasmo de muito estudiosos e por conseguinte ganha cada vez mais defensores da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, devido a sua magnitude no período atual.

Não raras, são as diversas publicações em livros e manuais, dentro os quais, em sua maioria atestam a relevância dessa proposta, como também, se faz presentes diversos julgados, fundamentados e norteados em critérios normativos, corroborando a ideia de que a imputação objetiva conquista gradativamente mais espaço no cenário brasileiro do Direito Penal.

Dessarte observa-se que na seara jurisprudencial a teoria vem sendo constantemente utilizada, afastando-se de um positivismo radical e moldando-se perfeitamente aos casos concretos sem afrontar o ordenamento jurídico pátrio, como

pode ser visto a seguir:

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 CONDUCTA. ORDEM CONCEDIDA.

(...) 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. 36 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. (STJ, HC 46.525-MT, Quinta Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21.03.06).

Em vista disso, o Habeas Corpus 46.525- MT foi impetrado, com o intuito de trancar uma ação penal, na qual, investigava o falecimento de uma jovem em decorrência de um afogamento. Ocorre que, o fato aconteceu durante uma confraternização de uma turma de Medicina e o Ministério Público ofereceu denúncia em favor da comissão de formatura, atribuindo-lhes a suposta realização do delito de homicídio culposo, pela falta de cuidado e providências fundamentais em uma festa de grande porte.

Isto posto, o Superior Tribunal de Justiça consentiu a ordem em favor do

Habeas Corpus, para trancar ação penal tendo como suporte a decisão a teoria da imputação objetiva. Ora, o fato de a comissão ter organizado a festa e no local possuir piscina, bebidas alcoólicas e substâncias entorpecentes, não provoca uma conduta imputável, pois, não se cria um risco juridicamente relevante, outrossim, nota-se que é um risco socialmente permitido e a vítima ainda, ingeriu substâncias psicotrópicas antes de adentrar no local do acidente, acarretando a exclusão do nexo causal, já que ela assumiu o perigo ao consumir, isto é, ela própria se autocolocou em uma situação de risco.

Assim, afasta-se responsabilidade da comissão de formatura, na medida em que o comportamento da vítima suscitou a exclusão da imputação, tendo em vista que ela detinha o domínio da situação, ou seja, dispõe da capacidade de autodeterminação. Além disso, também pode ser aplicado ao caso o princípio da confiança, espera-se do outro que porte-se adequadamente, de acordo com as expectativas sociais.

Do mesmo modo, entendeu o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, ao afirmar que no caso a seguir, no qual, assevera a compreensão de que ações que aos olhos de um homem prudente, como visto anteriormente, não originam possibilidades reais de danos, são insignificantes para o direito penal e não devem ser imputadas ao agente.

APELAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA – CRIAÇÃO DE UM RISCO PERMITIDO – AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM RISCO – RECURSO NÃO PROVIDO.

De acordo com a Teoria da Imputação Objetiva o resultado não pode ser objetivamente imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido. O réu que se encontrava cumprindo as normas de trânsito, dirigindo em velocidade autorizada para a via e fez uma conversão à esquerda que não era proibida, praticou um ato cujo risco é permitido no convívio social, tornando-o por isso irrelevante para o Direito penal. Por sua vez, se há fortes indícios de que a vítima empregava velocidade incompatível com a via e suas condições, autocolocou-se em risco, vindo a óbito, restando excluída a tipicidade da conduta do réu. (TJ- MS, APL 0049569-74.2011.8.12.0001, Segunda Câmara Criminal, rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j. 22.09.16).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, também aplicou a teoria da imputação objetiva para negar provimento ao recurso de apelação, posto que em conformidade com essa concepção percebe-se que foi concebido pelos agentes um perigo significativo para o sistema penal e por conseguinte deve proceder a responsabilização criminal, na medida em que o nexo causal também foi preenchido.

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES EM CONTINUIDADE DELITIVA POR 04 (QUATRO) VEZES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DO FATO. INVIABILIDADE. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA. NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO CRIME IMPOSSÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RÉU OBSERVADO DURANTE OS FATOS POR POLICIAIS. RISCO DE CONSUMAÇÃO DO DELITO APENAS REDUZIDO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DO FATO. POR RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. À luz da teoria da imputação objetiva, necessária a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido. Na hipótese, ficou demonstrado de forma inconteste que o réu não agiu no estrito cumprimento de seus deveres contratualmente estabelecidos, já que se assenhorava, sem autorização e em desacordo com a legislação penal, dos produtos da empresa para a qual laborava, repassando-os a terceiros. Ademais, ficou suficientemente demonstrada a presença do nexo de causalidade entre a conduta do recorrente e o crime que ora se apura, haja vista a impossibilidade de se presumir que a vítima tenha consentido com risco de ter seus bens subtraídos pelo simples fato de não ter conferido com cautela a entrega dos bens (...) (TJ-DF 20110111199230 0032989-07.2011.8.07.0001, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 18/08/2016, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 29/08/2016. Pág.: 133/140)

Levando-se em consideração os aspectos mencionados, observa-se que a teoria da imputação objetiva caminha junto ao nexo causal e os elementos subjetivos, ou seja, ela não nega a presença destes, no entanto, atribui que eles sejam analisados em um segundo momento, dado que, desloca o tipo objetivo para o ponto central.

Por meio dessa lógica, percebe-se que a finalidade dessa proposta não é substitutiva, mas sim, de complementar o nexo causal, almejando um maior rigor a teoria do delito.

Neste contexto, é notório pontuar que a teoria da imputação objetiva oferece uma maior segurança jurídica às ciências penais, na medida em que só irá julgar tipicamente objetiva à verdadeira ação ou omissão motivadora do perigo, de modo que o direito penal não perderá tempo com lesões ou bens jurídicos irrelevantes, que não forme um dano concreto.

Assim, a inserção da teoria da imputação objetiva a legislação brasileira irá proporcionar um avanço a dogmática penal, uma vez que possibilita a compatibilização entre a política-criminal e o Estado Democrático de Direito, no qual, luta por uma verdadeira justiça e a preservação dos direitos humanos inerentes a todos os cidadãos.

Logo, a adoção deste método se revela positiva, dado que a doutrina e a jurisprudência já se inclinam a este pensamento frente a uma postura que uniformize as resoluções e assegure direito penal como *ultima ratio*.

Ademais, é pertinente frisar que a adequação entre o sistema de imputação objetiva e a legislação nacional, comprava-se também através do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012⁶ que tramita no Congresso Nacional, e visa a elaboração de um Novo Código Penal, este por sua vez, em seu artigo 14 e 15⁷ inclui a teoria da imputação objetiva.

Ante o exposto, enfatiza-se a perfeita conformação entre a teoria da imputação objetiva e ordenamento jurídico brasileiro, em razão de que, do ponto de vista do sistema legal ela encontra-se adequada e é viável a sua aplicação para se obter uma melhor resolução dos casos práticos. Todavia, é primordial que ocorra uma reforma legislativa, visando alterar o artigo 13 do atual Código Penal Brasileiro, que hoje não de mostra suficiente, para acarretar um conseqüente aperfeiçoamento do sistema criminal.

7 Art. 14. A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, doloso ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico.

Parágrafo Único. O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo.

Art. 15. Considera-se causa a conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo, tem como premissa a análise dos principais preceitos da imputação objetiva, mais pontualmente na vertente de Claus Roxin, que se baseia no princípio do risco, com o auxílio de juízos normativos-teleológicos, nos quais, atuam como um filtro corretivo para imputação do resultado.

Preponderantemente, defende-se a compatibilização entre a aludida teoria e a legislação brasileira, de modo a proporcionar uma solução mais eficiente aos casos concretos. Por este motivo, foi necessário indagar se o modelo adotado pelo Código Penal brasileiro, em seu artigo 13, se mostra hábil e autossuficiente para determinar um fato como tipicamente objetivo.

Para tanto, a partir da concepção finalista, de Welzel, foi possível inserir os o dolo e a culpa, elementos subjetivos, ao primeiro substrato do delito, restringindo a concepção eminentemente causal desenvolvida por Lizst e Beling, apesar disso, o tipo objetivo ficou isento de maiores contribuições por parte dos finalistas e em razão disto não ficou imune as apreciações e críticas doutrinárias. Posteriormente, através da perspectiva Neokantiana, abre-se um espaço valorativo de interpretação do tipo e com isso a teoria do delito começa a tomar novos rumos, até desencadear no Funcionalismo.

Em virtude disso, o sistema de imputação exposto anteriormente, como visto, provoca uma limitação a responsabilidade penal por inserir outros pressupostos a sua composição, uma vez que, doutrinariamente a teria da *conditio sine qua non*, adotada pelo sistema legal pátrio, não encontra-se alheia as críticas devido a sua tamanha amplitude, gerando um regresso ao infinito e não sendo suficiente a todas as formas de delitos.

Por meio do estudo da historicidade, atrelado a teoria e prática, foi possível compreender a impotência da relação causal para determinar um fato típico e em razão disso a também conhecida como teoria da equivalência das condições encontra-se superada junto a sua forte ingerência naturalística, tendo em visto que desperta inúmeras controvérsias, na medida em que percebe-se que o tipo não se esgota na mera causalidade. Nesse sentido, é essencial a inserção de elementos influenciados pela abordagem funcionalista, ao tipo, capazes de atribuir o resultado a conduta do agente mediante critérios valorativos.

Destarte, nota-se que é cada vez mais frequente a aplicação da teoria da

imputação objetiva nos julgados que compõem a jurisprudência nacional, estando estes, em total conformidade com o ordenamento jurídico, portanto, não se constata qualquer empecilho que interfira na aplicabilidade do modelo supracitado no Direito Penal brasileiro, de modo a ser importante uma reforma legislativa habilitada a abarcar essas positivas mudanças.

Cumprе ressaltar que há que se reconhecer o modelo de imputação objetiva vem obtendo bastante notoriedade, isto é, essa teoria cada vez mais vem se impondo doutrina estrangeira e nacional. Esse método, proveniente do Funionalismo de Roxin, requer que somente sejam tipificadas condutas *ex ante* perigosas, ou seja, é necessário que o ato praticado provoque a criação de um risco juridicamente proibido e a concretização deste no resultado.

Portanto, só será legítima a punição de uma conduta, que efetivamente originou uma lesão, isto é, se o resultado danoso for decorrente daquele mesmo risco provocado, ou seja, é fundamental que se analise a relevância daquela ação ou omissão, no sentido de perceber se ela é suficientemente importante para caracterizar a violação a norma.

Ante o exposto, nota-se que, *prima facie* esse sistema possui a intenção de conferir a legislação penal sistematicidade e congruência. Dessa forma, procura-se moldar o conceito tipo a essa sociedade complexa e mutante, que vive a sofrer por constantes transformações, priorizando um direito penal moderno, dentre o qual, busca cada vez mais conciliar-se com as expectativas das sociais.

Para além da hipótese, pretende-se prosseguir com as investigações em relação ao tema já examinado, de forma a buscar sempre enriquecer e aprimorar mais a presente e futuras pesquisas nesta seara.

O direito penal deve está respaldado em um Estado Democrático, que tenha como regra a liberdade, este seguimento não deve ser visto apenas como um exercício ao *ius puniend*, mas sim, como garantidor de direitos e princípios fundamentais, básicos a pessoa humana abarcados pela Constituição Federal.

Ademais, reafirma-se que este ramo do direito deve ser a última medida a ser aplicada, ou seja, a *ultima ratio*, dado que, como visto a finalidade deste não é o encarceramento em massa, acarretando a necessidade de meios eficientes, nos quais, que dificultem a imputações de penas insignificantes e proporcionem o livre exercício do direito de ir e vir.

Por fim, entende-se que o sistema penal não deve ser construído por meio de

uma perspectiva sancionadora e por essa razão a teoria da imputação objetiva desempenha um importante papel, na medida em que é um limite a essa responsabilidade penal com base em fundamentos de política-criminal que asseguram um meio de controle social mais justo e efetivo, posto que já afirmava Ferrajoli (2010) : “Se a história das penas é uma história dos horrores, a história dos julgamentos é uma história de erros; e não só de erros, mas também de sofrimentos e abusos, todas as vezes que no processo se fez uso de medidas instrutórias diretamente aflitivas, da tortura até o moderno abuso da prisão preventiva.”

REFERÊNCIAS

BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal**: La doutrina del delito-tipo. Buenos Aires: Libreria El Foroll, 2002.

BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. <Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em 28 nov. 2019.

_____. **Jusbrasil**. Tribunal de Justiça. Mato Grosso TJ-MG: 0049569-4.2011.8.12.0001 MS 0049569-74.2011.8.12.0001. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387582783/apelacao-apl-495697420118120001-ms-0049569-7420118120001?ref=serp>. Acesso: 22/11/2019.

_____. **Jusbrasil**. Superior Tribunal de Justiça STJ: HC 46525 MT 2005/0127885-1. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7165977/habeas-corpus-hc-46525-mt-2005-0127885-1-stj/relatorio-e-voto-12897534>. Acesso: 22/11/2019.

_____. **Jusbrasil**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF: 0032989-07.2011.8.07.0001 0032989-07.2011.8.07.0001. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/378781728/20110111199230-0032989-0720118070001?ref=serp>. Acesso: 29/11/2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires, Julio César Faira, 2002.

GALINDO, J.M. **Tipicidade objetiva e nexó de causalidade: a imponência da relação causal como fundamento de atribuição típica**. In: Temas atuais de Direito Penal e Processo Penal. Recife: FB da Silva Livros, 2018. Cap. 5, p. 87-103.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

_____. **Sociedad, norma y persona em uma teoria de um Derecho Penal funcional**. Espanha: Civitas, 1996.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: ar. Brig-Uikt e C editores, 1899.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tomo I. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1935.

_____. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIR PUIG, Santiago. **Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal**. Revista Brasileira de Ciência Criminais, São Paulo, 2005.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. Madri: Thomsom-Civitas, 2003.

_____. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda, 2006.

_____. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução dos §§ 7 e 11, nm. 1/119 de Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3.ed. München, Beck, 1997. Trad. e introdução Luís Greco. Riode Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

_____. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS, Juarez. **Direito Penal Parte Geral**. Rio de Janeiro: IcpC Editora, 2007.

TAVERES, Juarez. **Teoria dos delitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

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

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. **Teoria de la accion finalista**. Astrea: Depalma, 1951.

_____. **Estudios de Derecho Penal**. Buenos Aires: B de F, 2003.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal**. Buenos Aires: Depalma, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Teoria del delito tomo II**. Buenos Aires: Ediar, 1973.