



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

KAREN CRISTYNE BOEING

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Braço do Norte

2018

KAREN CRISTYNE BOEING

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Prof. Rafael Giordani Sabino, Esp.

Braço do Norte

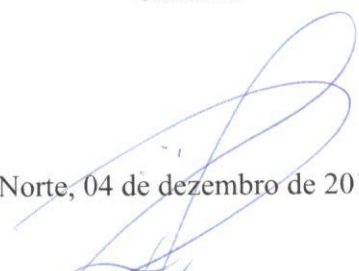
2018

KAREN CRISTYNE BOEING

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

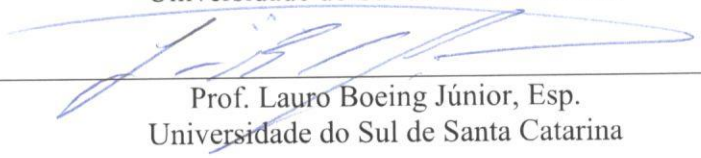
Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Braço do Norte, 04 de dezembro de 2018.



Professor e orientador Rafael Giordani Sabino, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Fábio Gesser Leal, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Lauro Boeing Júnior, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho a todas as pessoas que conviveram comigo nesses longos anos. Por toda a compreensão, contribuição e carinho, que tornaram possível a realização desse sonho, que tenho como minha maior conquista.

AGRADECIMENTOS

Ao longo desses cinco anos, inúmeras pessoas passaram e deixaram a sua contribuição, sem dúvidas, essencial, a qual sou imensamente grata. Mas, aproveito o espaço hoje para agradecer aos que estiveram ao meu lado nos difíceis últimos seis meses.

A minha família, meus pais e meus irmãos, por todo o esforço e empenho para que eu realizasse esse sonho e por todo o apoio incondicional. Toda a minha dedicação e força sempre tiveram como objetivo orgulhá-los.

Ao meu namorado Guilherme, que ficou ao meu lado nas horas de desespero e frustração, sempre me encorajando a me reerguer e continuar.

Ao que eu carinhosamente chamo de “meu mundo do crime”, a Delegacia de Polícia da Comarca de Braço do Norte, que me acolheu desde o início da faculdade, em especial ao delegado Cristiano, que foi fundamental no desenvolvimento deste trabalho, e ao Adriano, que sempre me fez acreditar que eu era capaz. A Vara Criminal, onde eu passei o último ano do curso e muito amadureci. A todos que conheci nessas duas instituições, que foram professores, amigos, confidentes e a quem devo grande parte do conhecimento adquirido e terão minha eterna gratidão. Com eles eu cresci não só como profissional, mas me tornei mais humana.

Ao Fábio e a Milane, que sempre me acolheram, desde o início da faculdade.

Aos meus amigos, em especial a Fernanda, a Gabriela e a Camila, que foram meu porto seguro em meio a esse turbilhão de emoções.

A todos os professores, por todo o conhecimento e experiência compartilhados, em especial ao meu orientador Rafael Giordani Sabino que aceitou me aconselhar durante este trabalho e que, sem dúvidas, contribuiu e muito para meu aprendizado.

A todos que acreditaram e sempre me incentivaram, meu muito obrigada!

“Afaste-se das pessoas que tratam de diminuir as suas ambições. Pessoas pequenas fazem sempre isso, mas pessoas realmente grandes fazem você sentir que também pode ser grande” (Mark Twain).

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicabilidade da teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo em vista que o direito penal visa à proteção de bens necessários à sobrevivência da sociedade e a garantia da ordem social, é indispensável que sua atuação se dê da forma mais justa. Discorre-se, a princípio, acerca da evolução histórica das teorias penalistas, a fim de compreender a base teórica da proposta de Roxin. Ao aprofundar os elementos que compõem o fato típico, denota-se que a teoria aplicada pelo Código Penal (teoria da equivalência dos antecedentes), no tocante ao nexo de causalidade, se mostra insuficiente para a resolução de todos os casos concretos, excluindo a imputação do resultado em alguns deles apenas na análise do nexo normativo. A teoria da imputação objetiva indica o risco como elemento necessário à imputação do fato típico, visando afastar tal insuficiência. O assunto foi abordado através do método da pesquisa bibliográfica, visando estudar a teoria da imputação objetiva a partir do entendimento doutrinário sobre o tema, com abordagem qualitativa e nível exploratório, utilizando-se o fichamento bibliográfico como instrumento para a coleta de dados, pois o presente estudo firmou-se na legislação pátria, jurisprudências, doutrinas e artigos científicos. Conclui-se que o funcionalismo trouxe uma grande mudança, incluindo a valoração ao direito penal. A legislação deve se amoldar a essas mudanças, se adequando à realidade social, de modo que a aplicação da teoria da imputação objetiva ao ordenamento jurídico pátrio seria capaz de impedir o exorbitante número de incriminações, que inadequadamente recaem sobre indivíduos que praticam condutas completamente inofensivas ou aceitas pela sociedade.

Palavras-chave: Direito penal. Imputação objetiva. Responsabilidade penal.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the applicability of the theory of objective imputation in the Brazilian legal system. In view of the fact that criminal law aims at the protection of assets necessary for the survival of society and the guarantee of social order, it is indispensable that its action be given in the most just way. It is discussed at first about the historical evolution of penal theory in order to understand the theoretical basis of Roxin's proposal. When we look at the elements that make up the typical fact, it is noted that the theory applied by the Criminal Code (theory of equivalence of antecedents), regarding the causal link, is insufficient for the resolution of all concrete cases, excluding the imputation of the result in some of them only in the analysis of the normative nexus. The theory of objective imputation indicates the risk as a necessary element to impute the typical fact, aiming to ward off such insufficiency. The subject was approached through the method of bibliographical research, aiming to study the theory of objective imputation from the doctrinal understanding on the subject, with qualitative approach and exploratory level, using the bibliographic record as instrument for the data collection, since the This study was firmly established in the country's legislation, jurisprudence, doctrines and scientific articles. It is concluded that the functionalism brought a great change, including the valuation of Criminal Law. Legislation must conform to these changes, adjusting to social reality, so that the application of the theory of objective imputation to the legal order of the country would be able to prevent the exorbitant number of incriminations, which inappropriately fall on individuals who practice completely harmless behaviors or accepted by society.

Keywords: Criminal law. Objective imputation. Criminal responsibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA	9
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	11
1.3 HIPÓTESE.....	11
1.4 JUSTIFICATIVA	12
1.5 OBJETIVOS	12
1.5.1 GERAL.....	12
1.5.2 ESPECÍFICOS	13
1.6 DELINEAMENTO DA PESQUISA	13
1.7 ESTRUTURA BÁSICA DO RELATÓRIO FINAL	14
2 TEORIA GERAL DO CRIME: O FATO TÍPICO E A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE.....	15
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	15
2.2 FATO TÍPICO	18
2.2.1 Conduta.....	19
2.2.2 Resultado.....	19
2.2.3 Tipicidade.....	19
2.2.4 Relação de Causalidade	20
2.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TEORIAS DO NEXO CAUSAL	21
2.3.1 Teoria da Equivalência	21
2.3.2 Teoria da Causalidade Adequada.....	24
2.3.3 Concausas.....	25
2.3.3.1 Causas absolutamente independentes.....	25
2.3.3.2 Causas relativamente independentes	26
3 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA	27
3.1 A TEORIA DE CLAUS ROXIN	28
3.1.1 Criação de um risco não permitido	29
3.1.1.1 Diminuição do risco	30
3.1.1.2 Ausência de criação de risco ou criação de risco irrelevante	31
3.1.1.3 A Criação de um risco permitido.....	31
3.1.2 Realização do risco no resultado.....	32
3.1.3 Resultado incluído no alcance do tipo	34

3.2	A TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS	35
3.2.1	Ausência de imputação pelo risco permitido	36
3.2.2	Ausência de imputação pelo princípio da confiança	36
3.2.3	Ausência de imputação pela proibição de regresso.....	36
3.2.4	Ausência de imputação pela capacidade da vítima	37
3.3	A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	38
4	CONCLUSÃO.....	44
	REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a aplicabilidade da teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Assim sendo, abordará, além da teoria geral do crime, as características das teses desenvolvidas por Claus Roxin e Günther Jakobs que não foram contempladas pela legislação pátria, discorrendo sobre a viabilidade da adoção da teoria pelo Código Penal.

1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

O fato típico, para o direito penal, é a ação ou omissão humana, que produz um resultado descrito abstratamente na lei como infração à norma. O fato típico possui quatro elementos, sendo estes: a conduta, o resultado, o nexu causal e a tipicidade, sem os quais será considerado atípico, não havendo crime (CUNHA, 2017, p. 198).

A presente pesquisa aborda um dos elementos do fato típico: o nexu causal. Entende-se que o nexu causal é o vínculo entre a conduta do agente e o resultado, sendo ele mediato ou imediato. O estudo do nexu de causalidade visa aferir se, em virtude da atitude do sujeito, ocorreu o resultado, ou seja, se tal conduta foi a que lhe deu causa (MASSON, 2009, p. 207-208).

O nexu de causalidade está disposto no art. 13, *caput*, do Código Penal:

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.

§ 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. (BRASIL, 1940).

O Código Penal brasileiro adotou expressamente a teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*). Criada em 1858 pelo austríaco Julius Glaser e aplicada na jurisprudência pelo ministro alemão Maximilian Von Buri na segunda metade do século XIX (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2018, p. 257).

A teoria da equivalência dos antecedentes causais foi criada na época em que predominava o positivismo jurídico, adotando no direito leis provenientes da física, relativas à causa e efeito, ou seja, o que estiver ligado ao crime, ainda que indiretamente, será considerado como uma de suas causas. Tal teoria naturalística conclui que todos os antecedentes, se relevantes para a produção do resultado, podem ser considerados causa do fato típico (ROSSO, 2013, p. 12).

Para distinguir quais os fatos que antecedem o evento que deram ou não causa, segundo Cunha (2014, p. 211):

deve-se somar à teoria da *conditio sine qua non* o método ou teoria da eliminação hipotética dos antecedentes causais. Idealizado pelo professor sueco Thyrén, em 1894, este método é empregado no campo mental da suposição ou da cogitação: causa é todo fato que, suprimido mentalmente, o resultado não teria ocorrido como ocorreu ou no momento em que ocorreu.

Partindo dessa premissa, todos os antecedentes causais se equivalem. Qualquer fato que tenha contribuído para o resultado é considerado causa. Adotando o critério da eliminação da conduta, pode-se analisar se essa deu causa ao resultado: excluindo o fato oriundo do comportamento humano, se o resultado desaparecer, conclui-se que ela é uma das causas (CAPEZ, 2015, p. 174-175).

A grande crítica a teoria da *conditio sine qua non* é que a mesma permite o *regresso ad infinitum*, ou seja, autoriza a responsabilização penal de todos os que concorrem causalmente para o resultado. Para suprimir tal possibilidade, além da análise do nexa causal, é averiguada, na conduta, a presença de dolo ou culpa (CUNHA, 2017, p. 254).

Destarte, o Código Penal não adotou totalmente a teoria da equivalência dos antecedentes causais, como se pode extrair do parágrafo §1º, do artigo 13 do Código Penal: “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” (BRASIL, 1940). Surge então a teoria da causalidade adequada, que considera causa do crime a conduta antecedente reputada razoável para gerar o evento (CAPEZ, 2015, p. 185-186).

Visando conter os excessos das teorias citadas anteriormente, surgiu a teoria da imputação objetiva, a partir da doutrina de Claus Roxin, desenvolvendo-se dentro do funcionalismo, que compreende que a teoria do crime deve ser permeável às finalidades do direito penal. De acordo com essa teoria, não é possível determinar a existência do nexa causal por critérios físicos ou matemáticos, devendo ser fixados mediante critérios normativos ou valorativos (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2018, p. 266-267).

Para a teoria da imputação objetiva, o nexa de causalidade não deve ser idealizado segundo a relação de causa e efeito, pois o direito penal não pode ser regido por uma lei da física. Embora a teoria atribua a causa do fato a alguém, este só será responsabilizado se comprovado o nexa normativo. Tal teoria é construída a partir de três filtros, de modo que o resultado somente é imputável objetivamente quando verificadas essas hipóteses, a saber: a criação ou aumento de um risco proibido, a materialização do risco proibido no resultado e o âmbito de alcance do tipo (CUNHA, 2017, p. 261-264).

Jesus (2012, p. 322) afirma que “ela completa a teoria do nexo de causalidade objetiva, fornecendo solução adequada às hipóteses em que as doutrinas naturalistas não apresentam resposta satisfatória”. Acontece que a teoria da imputação objetiva não foi adotada pelo Código Penal e ainda encontra muitas resistências. Declara, ainda, que com ela surgem várias consequências e implica uma grande revolução no direito penal, principalmente no aspecto da tipicidade.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A teoria da imputação objetiva é aplicável no ordenamento jurídico brasileiro?

1.3 HIPÓTESE

Assume-se a hipótese de que é cabível a aplicação da teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico penal brasileiro. A doutrina finalista ainda é dominante no Brasil, ainda que haja certa divisão entre os juristas acerca da adoção do conceito tripartido de crime ou o conceito bipartido. Atualmente, prevalece o conceito tripartido.

Aplicando a teoria da equivalência dos antecedentes, o nexo causal é o que liga a prática ao resultado e, sem ele, não há crime, sendo que os excessos são limitados pela análise do nexo normativo. Em relação à tipicidade, na teoria da imputação objetiva, afirma Roxin (2006, p. 104):

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

A teoria da imputação objetiva pode coexistir com as ideias da teoria finalista, pois as mesmas são conciliáveis. A primeira introduz elementos em relação ao nexo de causalidade que não são analisados na teoria finalista, mas que não são incompatíveis. A observação da imputação objetiva relativa ao nexo causal é anterior à verificação da existência de dolo ou culpa, mas não os exclui. Sendo, portanto, aplicável, concomitantemente, as duas teorias.

1.4 JUSTIFICATIVA

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a viabilidade da aplicação da teoria da imputação objetiva no Brasil. Atualmente, aplica-se a teoria da equivalência dos antecedentes, que analisa a mera relação entre causa e efeito, sendo, portanto, objeto de críticas e objeções, pois tende ao regresso ao infinito.

Analisando pesquisas realizadas com temas similares, foram encontradas algumas importantes considerações. Analisando as relevâncias da teoria da imputação objetiva em seu artigo, Santos (2016, on-line) afirma que:

A teoria da imputação objetiva tem por objetivo estabelecer limites à descomedida extensão da teoria da equivalência dos antecedentes causais, famigerada "*conditio sine qua non*". A imputação objetiva funciona basicamente como sendo um filtro de causalidade, evitando a imputação de elementos objetivos do tipo penal a determinado comportamento ou resultado produzido pelo sujeito.

A teoria defendida por Roxin, segundo Vanzolini e Junqueira (2018, p. 267) foi criada para conter os excessos da corrente aplicada atualmente, acrescentando filtros ao tipo objetivo. "Por meio dela, passou-se a reconhecer, para que se possa imputar um resultado a uma determinada conduta, como obra sua, é necessário muito mais do que simplesmente o nexu causal".

A escolha do tema partiu da ideia de que, a aplicação da referida teoria solucionaria casos não esclarecidos pela teoria aplicada pelo Código Penal. Faz-se necessário o presente estudo para analisar a viabilidade de tal aplicação. Cabe ressaltar, ainda, que a teoria da imputação objetiva, no meio acadêmico, é praticamente desconhecida, sendo dificilmente citada em sala de aula e raros são os estudos que a envolvem. A aplicação busca uma solução mais justa a fim de vincular o resultado à conduta do agente, levando em conta mais do que a correspondência físico-naturalista, com o intuito de evitar que condutas penais irrelevantes sejam levadas à Justiça Criminal.

1.5 OBJETIVOS

1.5.1 GERAL

Analisar a aplicabilidade da teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro.

1.5.2 ESPECÍFICOS

- Estudar a teoria geral do crime, evidenciando os elementos que caracterizam o fato típico.
- Descrever as teorias jurídicas de causalidade existentes, com foco nas aplicadas no ordenamento jurídico penal.
- Identificar a teoria do nexa causal aplicada pelo Código Penal Brasileiro.
- Demonstrar as semelhanças e diferenças, existentes, bem como as críticas às diferentes teorias.
- Comparar a teoria aplicada atualmente pela legislação com a teoria da imputação objetiva.
- Identificar a aplicação da teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro.

1.6 DELINEAMENTO DA PESQUISA

Para a realização da pesquisa da melhor forma possível, é indispensável o seu delineamento, planejando os métodos que serão empregados para a realização do trabalho. Além de estabelecer os meios da pesquisa, também é importante a definição dos métodos de coleta de dados e organização das informações obtidas.

A presente pesquisa possui nível exploratório, uma vez que o estudo da teoria da imputação objetiva permitirá maior familiaridade com o tema, a partir da compreensão do posicionamento doutrinário, a fim de conceituar, refletir e analisar o assunto. Segundo Marcomim e Leonel (2015, p. 12), tem-se que tal pesquisa: “normalmente trata de questões sobre as quais se quer explicação mais básica para ter melhor condição e domínio para entender o problema e suas hipóteses de resposta.”

Quanto à abordagem, será utilizada a pesquisa qualitativa, analisando as diferentes posições dos doutrinadores acerca das teorias de causalidade no direito penal. Acerca da pesquisa qualitativa, esclarece Minayo (2007, p.21 apud MARCOMIM; LEONEL, 2015, p. 29) que: “[...] ela se ocupa com um nível de realidade que não pode ou não deveria ser quantificado. Ou seja, ela trabalha o universo dos significados, dos motivos, das aspirações, das crenças, dos valores e das atitudes”.

Quanto ao procedimento utilizado para a coleta de dados, será o da pesquisa bibliográfica e documental, pois a explanação do tema se baseará a partir de fontes

secundárias, fundamentando-se em doutrinas, jurisprudências, livros e artigos, mais especificamente relacionados ao direito penal.

Para Lakatos e Marconi (1983, p. 45, apud MARCOMIM; LEONEL, 2015, p. 15): “trata-se de levantamento de toda a bibliografia já publicada, em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita. Sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo que foi escrito sobre determinado assunto.”

A técnica de coleta de dados empregada será a do fichamento. É imprescindível, além da coleta dos dados, a organização das informações obtidas. O método do fichamento possui etapas a serem seguidas pelo pesquisador visando o registro das informações colhidas durante o trabalho.

1.7 ESTRUTURA BÁSICA DO RELATÓRIO FINAL

O presente trabalho monográfico será dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo trará as noções introdutórias do trabalho, tais como descrição da situação problema, hipótese, justificativa, objetivos, delineamento metodológico e estrutura dos capítulos.

O segundo capítulo abrangerá noções gerais acerca do nexos de causalidade, que, num primeiro momento, trará um breve histórico sobre o tema, em seguida, explicitará as teorias do nexos causal e, ao final, versará sobre a teoria funcionalista, que deu origem a teoria objeto do presente trabalho.

No terceiro capítulo será tratado sobre a teoria da imputação objetiva e seus requisitos. Será analisada, ainda, a teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro e jurisprudências acerca do tema.

Por fim, no quarto capítulo, será apresentado o resultado do desenvolvimento do trabalho, com as conclusões referentes ao tema supracitado e a viabilidade de aplicação deste no direito penal brasileiro.

2 TEORIA GERAL DO CRIME: O FATO TÍPICO E A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

A fim de compreender a teoria da imputação objetiva e seus requisitos, necessária se faz a análise da teoria geral do crime e da evolução histórica do tema. Ao direito penal interessam os fatos humanos que provoquem relevante e intolerável lesão ao bem jurídico, quando não abarcados por outros ramos do direito.

O direito penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais à sua correta e justa aplicação (CAPEZ, 2015, p.17).

Somente os comportamentos descritos pela lei podem ser considerados delitos, em razão do princípio da reserva legal, conforme esclarece Greco (2017, p. 147), “tem-se a certeza de que ninguém será punido por um fato que, ao tempo da ação ou da omissão, era tido como um indiferente penal”. Esses comportamentos definidos pela legislação são chamados de fatos típicos.

Cunha (2017, p. 197) define o fato típico:

Fato típico, portanto, pode ser conceituado como ação ou omissão humana, antissocial que, norteada pelo princípio da intervenção mínima, consiste numa conduta produtora de um resultado que se subsume ao modelo de conduta proibida pelo direito penal, seja crime ou contravenção penal. Do seu conceito, extraímos seus elementos: conduta, nexa causal, resultado e tipicidade.

Como elemento do fato típico, o nexa de causalidade analisa a relação entre a conduta humana e a modificação no mundo exterior, ou seja, o resultado. O Código Penal e a doutrina aplicam a teoria da equivalência dos antecedentes a fim de reconhecer o nexa causal, considerando como causa toda ação que, caso excluída mentalmente, o resultado desapareça (CAPEZ, 2015, p. 174-175).

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No final do século XIX e início do século XX, desenvolveu-se a teoria causalista, naturalista, também denominada teoria clássica da ação. Seus principais expoentes eram Fran Von Liszt, Ernst Von Beling (sistema Liszt-Beling e Radbruch) (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2018, p. 183-184).

Segundo Rosso (2013, p. 8), predominava o direito penal normalista, contando com a dimensão ontológica do “método do ser”. O fato típico caracterizava-se pela modificação no mundo exterior (ação, nexos causal e resultado).

A teoria causalista desenvolveu quando o positivismo dominava o pensamento científico, tanto nas ciências exatas e naturais, quanto na ciência do direito penal e dogmática penal. Segundo Masson (2009, p. 69), “o positivismo jurídico tinha nítida preferência pela cientificidade, excluindo os juízos de valor e limitando seu objeto ao direito positivo”. O conhecimento era produzido através de observação dos fatos demonstráveis a partir das ciências naturais como física e biologia, afastando a contribuição das valorações filosóficas, psicológicas ou sociológicas.

De acordo com tal raciocínio, caracterizava-se como crime a ação, natural, dotada de: tipicidade, antijuricidade e culpabilidade. O conceito de ação, segundo Greco (2017, p. 252), tinha que “é o movimento humano voluntário produtor de uma modificação no mundo exterior.” São componentes, portanto, do conceito de ação: a vontade, a conduta e o resultado.

Exigindo apenas que o movimento fosse voluntário, o conceito de ação previa a realização de um movimento corpóreo externo, não analisando se havia intenção ou dolo. Explana Junqueira; Vanzolini (2018, p. 185):

O cerne do conceito de ação era de fato a causação de uma transformação da realidade objetiva (nexo causal entre o movimento corporal e o resultado. O nexo causal entre o movimento corporal e o resultado também fazia parte do conceito de ação. Causar, por sua vez, também era entendido, sob o influxo dos paradigmas das ciências naturais, como um conceito neutro e avalorado, era a simples provocação do resultado [...]. Todo o movimento corpóreo humano voluntário que tenha tido como consequência, próxima ou remota, previsível ou imprevisível, desejada ou não desejada, a modificação da realidade objetiva foi causa dela.

Das teorias de causalidade, a corrente positivista coincide com os ideais da teoria da equivalência dos antecedentes. Segundo esta, o conceito de ação inclui todas as causas que contribuíram para o resultado, sem distinção por relevância, adequação ou reprovação. Por não serem considerados científicos os conceitos axiológicos, não era permitida a atribuição de valores aos conceitos jurídicos (ROSSO, 2013, p. 8).

A partir de 1930, surge o sistema Neoclássico. Além da análise a partir das ciências da natureza, inclui-se a análise valorativa do “dever-ser”, derivado das ciências culturais, direcionando o foco ao aspecto cultural e valorativo do direito (ROSSO, 2013, p. 13).

Com o pensamento de Mezger, principal expoente dessa corrente, surge a teoria da relevância ou causalidade relevante, que exclui os nexos causais irrelevantes. Trouxe a

ideia de que o direito, por ser uma ciência cultural, não poderia utilizar-se de conceitos empíricos e sem juízo de valor. “Nesse contexto, surgem os primeiros esforços que podem ser precursores da teoria da imputação objetiva” (JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2018, p. 267).

Após a Segunda Guerra Mundial, a teoria do crime foi revolucionada pelo sistema finalista, no qual se destaca Welzel. Difere do sistema causalista que incluía o resultado na ação, incorporando a ela o elemento subjetivo do dolo, antes analisado apenas na culpabilidade (SARTURI, 2013, *on-line*).

Seguindo nessa interpretação:

O tipo começa a conter elementos objetivos e subjetivos. O tipo objetivo é composto de ação, causalidade e resultado e o tipo subjetivo do dolo e eventualmente outros elementos subjetivos especiais. No entanto, embora o finalismo tenha acrescentado uma componente subjetiva ao tipo, o tipo objetivo permaneceu igual ao que era no causalismo (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2018, p. 267).

Cumprido salientar que, segundo Rosso (2013, p. 14), a doutrina adotada no ordenamento jurídico brasileiro é a finalista.

Como consequência do entendimento de que apenas a norma positiva não era mais suficiente, em face da evolução da sociedade, surge o funcionalismo. O sistema funcionalista, defendido por Claus Roxin e Günther Jakobs, tem como principal objetivo a renormatização dos conceitos jurídicos penais, com o objetivo de orientá-los a função que exerce o direito penal, fundando-se nos alicerces axiológico e valorativo da teoria dos fins da pena. Assim sendo, explica Junqueira; Vanzolini (2018, p. 199) que “trata-se, portanto, de um retorno a um ponto de partida normativista/axiológico que já havia despontado com o neokantismo, mas agora alicerçado sobre o fundamento sólido da política criminal, vale dizer, das funções da pena e do direito penal.”

Por essa razão, destaca-se o surgimento de teorias diversas dentro do funcionalismo, devido às possíveis funções atribuídas ao direito penal. Duas das mais relevantes são a proposta funcionalista de Claus Roxin (funcionalismo teleológico ou moderado) e a proposta funcionalista de Jakobs (funcionalismo radical ou sistêmico) (MASSON, 2009, p. 72).

A fim de apontar as diferenças entre as duas teorias, lecionam Junqueira; Vanzolini (2018, p. 268):

O funcionalismo teleológico, desenvolvido por Roxin, para quem a função do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Por isso, ele também é chamado de funcionalismo moderado, pois, apesar de ser uma teoria de base normativa, [...] ele não abre mão do referencial ontológico, na medida em que reconhece que o direito

serve para proteger bens, bens reais da vida, que, por serem considerados fundamentais, são convertidos em bens jurídicos penais.

De outra mão, apresenta-se o funcionalismo sistêmico, desenvolvido por Jakobs, para quem a função do direito penal é garantir a estabilização da própria norma. Ele também é chamado de funcionalismo radical, porque nele a função do sistema é preservar o próprio sistema, a função do direito é preservar a expectativa das pessoas no próprio direito. O bem jurídico não tem qualquer relevância, pois o direito penal não serve para preservar qualquer bem.

Continuam, discorrendo que a ação, caracteriza-se como uma

[...] manifestação da personalidade (aqui, incluindo a ação e a omissão do sujeito quanto na conduta intencionalmente dirigida à lesão e na conduta imprudente) que se pode proibir ou permitir (no extrato do injusto), reprovador ou aprovar (no extrato da culpabilidade). Tudo o que não o seja está fora, a priori, do âmbito do direito penal (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2018, p. 200).

O conceito de imputação surge em 1927, na obra intitulada “A teoria da imputação” de Hegel e “O conceito de imputação objetiva”, de Karl Larenz, na qual faz a distinção entre atos do acaso e atos atribuídos ao homem. Em 1930, Richard Honig traz as ideias de Larenz ao direito penal, com o objetivo de criar um critério para atribuir o resultado ilícito a alguém. Somente em 1970, Claus Roxin desenvolve a teoria da imputação objetiva (MASSON, 2009, p. 222).

Sobre o funcionalismo, explana Rosso (2013, p. 13):

Assim sendo, a subsunção do fato à descrição típica aliada à aplicação dos valores político-criminais vigentes é o que propõe o funcionalismo penal para uma verdadeira justiça, e não meramente uma justiça formal, sempre observando o bem jurídico a ser tutelado. Vale dizer, é esse o novo cenário filosófico no bojo do qual se desenvolverá a imputação objetiva, uma dogmática aberta aos valores político-criminais, introjetando elementos diversos nos requisitos do crime, a exemplo dos conhecimentos advindos da criminologia, sociologia, dentre outros.

Sintetizando o exposto, o funcionalismo rompeu a formalidade científica das correntes anteriores e, embora existam diferentes teorias funcionalistas, ambas concordam que o sistema jurídico penal deve vincular-se aos fins do direito penal.

2.2 FATO TÍPICO

Para a existência do crime, requer-se que o fato praticado considere-se típico, ou seja, que se enquadre nos elementos descritos no delito previsto na lei penal. Na definição de Capez (2015, p. 132) “é o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal”.

Além da conduta, outro elemento do fato típico nos crimes materiais é o resultado, como consequência da conduta praticada pelo agente. Entre a conduta e o resultado, exige-se

o nexa de causalidade. O quarto elemento, que é a tipicidade, requer que a conduta se ajuste ao tipo legal de crime previsto na lei (MASSON, 2009, p. 195-196).

2.2.1 Conduta

O primeiro elemento integrante do fato típico é conceituado por Capez (2015, p. 134): “conduta penalmente relevante é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime”.

Extrai-se do conceito supracitado que o comportamento do homem só possui relevância para o direito penal se for consciente e voluntário, por meio de um fazer (ação) ou não fazer (omissão), tendo como objetivo atingir um fim, descrito na legislação penal. A omissão caracteriza-se quando o sujeito tem o dever jurídico de agir para impedir o resultado e não o faz.

2.2.2 Resultado

Admite-se como resultado, para a teoria naturalística, a modificação no mundo exterior provocada pela conduta. Segundo Jesus (2010, p. 50) pode apresentar-se sob diversas formas: efeitos físicos, como a destruição de um objeto no crime de dano (art.163); fisiológicos, como a morte de um homem no homicídio (art. 121), ou a perda de um membro nas lesões corporais (art. 129, §2º, III); e psicológicos, como a percepção de uma expressão ofensiva por parte de uma pessoa na injúria e na difamação (arts. 139 e 140 do nosso CP).

Para os adeptos da teoria normativa, o delito sem resultado constituiria conduta irrelevante para o direito penal, pois o resultado é a lesão ou, no mínimo, a ameaça de lesão a um bem jurídico tutelado. Esclarecem Junqueira e Vanzolini (2018, p. 249) “já para a teoria naturalística é possível o reconhecimento de tipicidade a condutas que, embora configurem perigo de lesão ou lesão a bens jurídicos, não provocam necessariamente nenhuma outra modificação no mundo exterior.”

2.2.3 Tipicidade

Antes da análise do nexa causal, enfoque do presente estudo, conceituaremos a tipicidade.

Para a doutrina moderna, segundo Cunha (2018, p. 266), a tipicidade deixou de ser mera subsunção do fato à norma, abrangendo tanto a tipicidade formal, quanto a tipicidade material, incluindo agora o juízo de valor que examina a relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

A tipicidade, segundo Capez (2015, p. 205) decorre do princípio da reserva legal. A lei deve descrever de forma precisa os delitos a fim de que não sejam tipificadas condutas genéricas, de modo que só responderá pelo crime quem vier a realizar uma conduta idêntica à constante do modelo penal.

2.2.4 Relação de Causalidade

O nexu causal, como já citado anteriormente, é o elo entre a conduta do agente e o resultado naturalístico. É uma mera constatação acerca da existência de relação entre eles, da qual é possível afirmar se aquela deu ou não causa a este. Para Capez (2015, p. 174):

A sua verificação atende apenas as leis da física, mais especificamente, da causa e do efeito. Por essa razão, sua aferição independe de qualquer apreciação jurídica, como, por exemplo, da verificação da existência de dolo ou culpa por parte do agente. Não se trata de questão opinativa, pois ou a conduta provocou o resultado ou não.

A fim de analisar a existência de nexu, aplica-se o critério de eliminação hipotética, segundo o qual, quando excluído um fato, ainda assim ocorrer o resultado, significa que aquele não foi causa deste. Ou seja, pela teoria da eliminação hipotética, idealizada pelo professor sueco Thyrén, em 1894, segundo Cunha (2017, p. 255) “causa é todo fato que, suprimido mentalmente, o resultado não teria ocorrido como ocorreu ou no momento em que ocorreu”.

Tal nexu verifica quando o resultado é imputável, sem qualquer análise da ilicitude ou reprovação social, pois a antijuricidade e a culpabilidade serão apreciadas somente após a análise da existência do fato típico (em que, conforme já citado, é analisada a conduta, o resultado e o nexu causal).

Cumprе salientar que, para a configuração do fato típico, não basta apenas a configuração do nexu causal. O Código Penal prevê, em seu artigo 18, a necessidade de que o agente tenha agido com dolo ou culpa. A análise desses elementos configura o nexu psicológico/normativo, indispensável à existência do fato típico.

2.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TEORIAS DO NEXO CAUSAL

No que concerne ao nexo de causalidade, de acordo com Cunha (2017, p. 253), o Código Penal brasileiro adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais, conforme extrai-se do artigo 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.” (BRASIL, 1940).

Com o passar do tempo e o surgimento de diferentes doutrinas acerca da teoria do crime, sobreveio novas correntes acerca da relação de causalidade, com destaque para a teoria da equivalência dos antecedentes, a teoria da causalidade adequada e a teoria da imputação objetiva.

2.3.1 Teoria da Equivalência

O ordenamento jurídico brasileiro adotou expressamente tal teoria no artigo 13 do Código Penal, também conhecida como a teoria da *conditio sine qua non*. Baseada na corrente positivista naturalista, foi criada em meados do século XIX, sendo até hoje admitida pela doutrina e pelas legislações pátrias (CAPEZ, 2015, p. 193).

Com fundamento na observação empírica, define como causa toda e qualquer conduta que, de alguma forma, tiver concorrido para o resultado. Conforme Vanzolini e Junqueira (2018, p. 257) “por enquadrar-se perfeitamente ao sistema natural causalista de Liszt e Beling, que encarava a ação (e suas partes integrantes, o resultado e o nexo causal) como um ente puramente natural, despido de qualquer valoração jurídica” que foi prontamente aceita pelo direito penal da época. Ainda com o surgimento do finalismo, continuou sendo amplamente aceita.

Para tal teoria, segundo Capez (2015, p. 175), nenhum elemento de que depende o resultado pode ser excluído da linha de desdobramento e, todas as condições que antecedem, possuem o mesmo valor. Resumindo, todo fato sem o qual o resultado não teria ocorrido é causa. O nexo existe ou não. Se uma causa for considerada mais relevante, estará sendo atribuída valoração ao nexo causal, e não analisando a existência ou inexistência deste. Nesse sentido, o doutrinador discorre ainda que:

Tudo aquilo que, excluído da cadeia de causalidade, ocasionar a eliminação do resultado deve ter tido como sua causa, pouco importando se, isoladamente, tinha ou não idoneidade para produzi-lo. Para essa teoria, portanto, não existe qualquer

distinção entre causa, concausa, ocasião e outras que tais: contribuiu de alguma forma é causa.

Para aferição dessa contribuição, utiliza-se o método da eliminação hipotética, o qual pode ser compreendido a partir da seguinte lógica: se retirada uma ação do contexto fático o resultado deixar de existir, considera-se causa.

Embora a doutrina cite inúmeros casos, clássico é o exemplo do homicídio: suponha-se que “A” mate “B”, tal conduta terá uma série de antecedentes: (A) a produção do revólver pela indústria, (B) aquisição da arma pelo comerciante, (C) a compra do revólver pelo agente, entre outros. Excluída a produção da arma, o resultado não teria ocorrido. Tem-se então como causa do crime (JESUS, 2010, p. 51).

Cunha (2017, p. 252) cita outro exemplo:

Fulano prepara a morte do pai, Beltrano, movido pela ganância de receber a polpuda herança. Para tanto, convida Beltrano para um café. Enquanto espera seu pai chegar, acende um charuto. Logo aparece Beltrano. Durante a conversa, Fulano serve um café com um pedaço de bolo, com veneno misturado. Seu pai se delicia, sem perceber que o bolo que ingeria estava envenenado. Minutos depois, vem a falecer. Do lamentável e repugnante parricídio (homicídio do pai), podemos enxergar imediatamente, fatos que antecederam a morte da vítima: o agente (A) comprou veneno, (B) comprou um bolo, (C) misturou bolo e veneno, (D) fumou um charuto e, por fim, (E) serviu o bolo para a vítima, que morreu.

Nesse exemplo, se eliminarmos mentalmente o ato de fumar um charuto enquanto esperava a vítima, o resultado ocorreria do mesmo modo, concluindo-se que não é causa.

Interpreta Junqueira; Vanzolini (2018, p. 258):

Na ciência natural, quando se reconhece que tudo o que contribuiu para o resultado é considerado causa, o que se está afirmando é que o evento derivou de uma conjugação de fatores que, atuando juntos, produziram-no. Reconhece-se, portanto, que cada fator sozinho não foi responsável pelo evento. Mas juridicamente a aplicação da teoria da equivalência resulta em que cada causa, por si só, seja responsabilizada pelo resultado.

Surgiram então várias críticas e objeções à teoria da *conditio sine qua non*. Uma das principais foi o fato de que a causalidade objetiva tende ao regresso ao infinito. Nos casos supracitados, por exemplo, seguindo tal teoria, o pai e a mãe, do ponto de vista naturalístico, deram causa ao crime cometido pelo filho. Ainda que afastada tal questão pela exigência da existência do dolo ou culpa para a existência do fato típico, a teoria enfrenta outros problemas.

Além da questão do regresso ao infinito, Vanzolini, Junqueira (2018, p. 259) citam os problemas da causalidade alternativa e da causalidade hipotética, seguindo a teoria e os exemplos de Roxin (1997, p. 354), afirmando que a teoria da equivalência é insuficiente. O

exemplo da causalidade alternativa é quando duas pessoas ministram dose de veneno a uma terceira pessoa. Ambas as doses seriam suficientes para que esta viesse a óbito. Suprimindo a conduta de um ou de outro, o terceiro teria morrido. Como definir então quem foi causa?

Já na causalidade hipotética, Roxin (1997, p. 350) traz o exemplo do soldado que é fuzilado na guerra. O autor dos disparos afirma que, se não o fizesse, outro soldado teria feito. Conclui-se que a morte da vítima não teve causa, pois, se tal soldado não tivesse atirado, ainda assim a vítima teria sido fuzilada.

Outro problema citado pelos doutrinadores é o da causa pressuposta, afirmando que a teoria da equivalência é inútil. O principal exemplo encontrado é o referente à ingestão da taliomida durante a gestação e o resultado da deformidade dos fetos. Ocorre que, para a aplicação do método da eliminação hipotética, incluindo tal ingestão, é necessário supor que é a taliomida a causa da deformidade (GALVÃO, 2007 apud JUNQUEIRA; VANZOLINI, p. 259).

A fim de sanar tais problemas, o critério da supressão foi substituído pelo da condição conforme as leis naturais. De acordo com Vanzolini; Junqueira (2018, p. 259) “segundo este critério, o estabelecimento da causalidade está dependente de saber se uma ação é acompanhada por modificações no mundo exterior que se encontrem vinculadas a essa ação de acordo com as leis da natureza e são constitutivas de um resultado típico.”

Com esse critério, a análise da causalidade passa a depender de uma prova científico-natural, para determinar que, segundo as leis científicas, tal conduta gera o resultado. Com isso, resolve-se o problema dos cursos causais. Verificando através de laudo pericial que o disparo provocou a morte, é causador o soldado que fuzilou o prisioneiro. Dispõe Roxin (1997, p. 352-354):

Para verificar o nexa conforme as leis, há que se considerar o resultado na sua forma mais concreta incluindo todos os elos intermediários que levaram a ele. Portanto, para a causalidade é suficiente que haja qualquer modificação do resultado. [...] Da mesma forma, os casos de causalidade alternativa devem ser resolvidos de acordo com a verificação do nexa conforme as leis. Portanto, no caso já mencionado em que A e B, de forma independente, servem no café de C uma dose de veneno, cada uma letal por si só, ambos deram causa ao homicídio consumado se for possível comprovar, por uma análise pericial, que ambas as doses colaboraram para a morte da vítima.

Mesmo com todas as críticas, a teoria continua sendo amplamente aceita pelo direito penal. Ainda que tenha sido reconstruída, a teoria da equivalência dos antecedentes continua não abarcando nenhuma valoração jurídica. Consoante Junqueira, Vanzolini (2018, p. 260) “não exclui, portanto, os nexos causais anômalos, ou seja, aqueles que, segundo a

experiência ordinária, não causam geralmente o resultado, mas que, na situação concreta, causaram-no.” Adicionam ainda que “tampouco aceita a idéia de que o nexos seja “interrompido” por qualquer causa superveniente, seja fortuita, seja culposa, seja mesmo dolosa”.

Como reconhece Figueiredo Dias (apud Junqueira, Vanzolini, 2018, p. 261):

[...] o seu defeito principal reside na exagerada extensão que confere ao objeto da valoração jurídica. Isso, porém, nada diz em definitivo contra a teoria da equivalência como máximo denominador comum de toda a teoria da imputação. Só diz, isso sim, que a relação de causalidade. Embora seja necessária, não é suficiente para se constituir em si mesma como doutrina da imputação objetiva.

Conclui-se então que tal teoria pressupõe uma extensão exagerada do conceito de causa, trazendo resultados contrários às premissas do direito penal.

2.3.2 Teoria da Causalidade Adequada

Também conhecida como teoria da adequação, é atribuída ao filósofo Von Kries. Em harmonia com as leis da causalidade, examina a probabilidade e idoneidade da ação através do retorno à situação para realização do juízo de adequação causal (CAPEZ, 2015, p. 176).

Para Junqueira; Vanzolini (2018, 2018, p. 261):

Se para a teoria da equivalência causa é toda a condição do resultado, para a teoria da adequação causa será somente a condição adequada ao resultado, isto é, aquela condição que, segundo as relações comuns da vida social, possui idoneidade genérica para produzir tais lesões, noutras palavras, a condição que produza o resultado de modo previsível. Significa que as condições imprevisíveis ou anômalas do resultado não são causa em sentido jurídico.

De outro modo, ainda que tenha contribuído para a produção do resultado, não há que se falar em nexos causal entre os genitores e o delito cometido pelo filho, pois, o fato não pode ser considerado causa quando isoladamente, não tem idoneidade para ocasionar o crime. É necessária que a contribuição seja, ainda que minimamente, eficaz (CAPEZ, 2015, p. 177).

Assim como a teoria da equivalência dos antecedentes, a teoria da adequação foi alvo de críticas. Tanto que a doutrina moderna sequer a considera a uma teoria adequada de causalidade, motivo pelo qual não se estabeleceu. Nas palavras de Roxin, segundo Junqueira e Vanzolini (2018, p. 261):

[...] a teoria da adequação persegue um propósito justificado, mas não é, como opinavam seus defensores, uma teoria causal, mas uma teoria de imputação. Ela não diz quando uma circunstância é causal em relação a um resultado, apenas tenta dar uma resposta à pergunta e quais circunstâncias causais são juridicamente relevantes

e podem ser imputadas ao agente. [...] Por isso, a teoria da adequação não é um substituto em relação à teoria da equivalência, mas um complemento em relação a ela.

Há situações em que o resultado pode ser gerado por duas ou mais causas. Além da conduta principal, concorrem as outras para a produção do resultado. Estas são definidas como concausas e possuem certas divisões, que serão abordadas a seguir.

2.3.3 Concausas

Pela concepção de Capez (2015, p. 182) “as concausas são aquelas causas distintas da conduta principal, que atuam ao seu lado, contribuindo para a produção do resultado. Podem ser anteriores, concomitantes ou posteriores à ação e concorrem com esta para a produção do resultado.” Segundo Greco (2017, p. 331), são divididas em causas absoluta ou relativamente independentes.

As causas dependentes são aquelas que derivam da conduta do agente, ou seja, são originadas a partir desta. Em conformidade, afirma Masson (2009, p. 211) que “existe dependência entre os acontecimentos, pois sem o anterior não ocorreria o posterior. Desse modo, não exclui a relação de causalidade.”

Já as causas independentes, ainda segundo Masson (2009, p. 211), fogem da linha natural de desdobramento da conduta. “É independente porque tem a capacidade de produzir, por si só, o resultado. Pode ser de natureza absoluta ou relativa, dependendo de sua origem”.

2.3.3.1 Causas absolutamente independentes

São entendidas, conforme Greco (2017, p. 332), como as causas que são aptas a produzir o resultado e não emanam da conduta do agente, ou seja, teriam acontecido mesmo se não tivesse qualquer conduta por parte do autor, impedindo a formação do nexos causal. São divididas em:

- a) Preexistentes: a causa antecede o comportamento do agente. “Existem antes de a conduta ser praticada e atuam independentemente de seu cometimento, de maneira que com ou sem a ação o resultado ocorreria do mesmo jeito” (CAPEZ, 2015, p. 183).
- b) Concomitantes: a causa efetiva é conjunta ao comportamento do agente. Explica Capez (2015, p. 183) “não têm qualquer relação com a conduta e produzem o

resultado independentemente desta, no entanto, por coincidência, atuam exatamente no instante em que a ação é realizada”.

- c) Supervenientes: a causa efetiva é posterior a conduta do agente, não possuindo relação com esta.

2.3.3.2 Causas relativamente independentes

Segundo Greco (2017, p. 334), causas relativamente independentes são aquelas que somente têm a capacidade de produzir o resultado se forem aliadas a conduta do agente. Ambas são dependentes e a ausência de uma delas modificaria o resultado. Subdividem-se em:

- a) Preexistente: a causa é anterior a conduta do agente e, quando unida a esta, produz o resultado.

- b) Concomitante: é aquela que, simultânea ao comportamento do agente e com ele conjugada, é capaz de produzir o resultado.

- c) Superveniente: prevista no art. 13, §1º do Código Penal, que possui a seguinte redação: “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” (BRASIL, 1940).

Conclui-se então, que o resultado só pode ser imputado ao agente se estiver na linha de desdobramento habitual da conduta.

3 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Como um novo elemento do fato típico, além da conduta, do resultado, do nexo causal e da tipicidade, os precursores da teoria da imputação objetiva exigem que o sujeito tenha realizado uma conduta relevante e juridicamente proibida, afetando um bem jurídico (CAPEZ, 2015, p. 196-197).

Em relação à teoria, cita a doutrina que:

O surgimento da teoria da imputação objetiva deve ser estudado dentro do contexto mais amplo, qual seja, o do modelo funcionalista, que implicou o redimensionamento das estruturas dogmáticas a partir de uma perspectiva político-criminal voltada para os fins do direito penal e para os fins da pena (JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2018, p. 266).

A imputação objetiva ainda é uma teoria em formação, que completa o nexo de causalidade objetivo. Tem o objetivo de fornecer solução adequada aos casos que não possuem soluções satisfatórias de acordo com as doutrinas naturalistas (JESUS, 2010, p. 58).

Nesse mesmo sentido, leciona Cunha (2017, p. 260):

Como forma de corrigir essa injustiça, a imputação objetiva determina que sejam considerados além do nexo físico (causa/efeito) também critérios normativos no momento da atribuição do resultado, pois, de acordo com a causalidade vigente, situações absurdas proporcionadas pela *conditio sine qua non* (e, não raras vezes, pela causalidade adequada) somente eram evitadas em razão da análise do dolo e da culpa

Conclui Nucci (2018, p. 139) que “exige, para que alguém seja penalmente responsabilizado por conduta que desenvolveu, a criação ou incremento de um perigo juridicamente intolerável e não permitido ao bem jurídico protegido, bem como a concretização desse perigo em resultado típico.”

Jesus (2007, p. 33-34 apud ROSSO, 2013, p. 18) pontua as distinções mais relevantes e esclarecedoras acerca da teoria da imputação objetiva, dando ensejo para melhor compreensão da doutrina:

Diferenciam-se relação de causalidade e imputação objetiva. Naquela, procura-se estabelecer um liame no mundo natural entre o comportamento e o resultado também natural (“consequente necessário”); nesta, equaciona-se uma relação jurídica entre a conduta, um risco a bem jurídico e o resultado também jurídico (“consequente prescrito”). A expressão “imputação objetiva” não quer dizer “responsabilidade penal objetiva”, que significa responder o autor pelo resultado, por crime doloso ou culposo, desde que presente a relação de causalidade com a conduta, ainda que não tenha agido com dolo ou culpa. Não se relaciona com presunção de dolo e culpa e sim com o nexo normativo entre a conduta criadora de relevante risco proibido e o resultado jurídico (afetação do bem jurídico). Distingue-se também da “imputabilidade penal” (art. 26 do CP), em que é questionado se o

sujeito, no momento da conduta, tinha capacidade intelecto-volitiva (de entender e de querer). Diferencia-se da responsabilidade penal subjetiva, que diz respeito à atitude pessoal do autor, agindo com dolo ou culpa. Aqui se trata de atribuir juridicamente a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco proibido ou de haver provocado um resultado jurídico.

Destarte, destacam-se as teorias de Claus Roxin e Günther Jakobs, que serão apresentadas a seguir.

3.1 A TEORIA DE CLAUS ROXIN

De acordo com Masson (2009, p. 72), “o funcionalismo penal questiona a validade do conceito de conduta desenvolvido pelos sistemas clássico e finalista, [...] vinculando-se à teoria da imputação objetiva”. Dispõe ainda que, com o escopo de adequar a dogmática penal aos fins do direito penal e da pena, surgiram duas concepções: o funcionalismo moderado, dualista ou de política criminal, liderado por Claus Roxin e o funcionalismo radical, monista ou sistêmico, comandado por Günther Jakobs.

Devido às ramificações do funcionalismo, também surgiram diferentes linhas de pesquisa de imputação objetiva, com destaque para as teorias de Roxin e Jakobs. No pensamento de Roxin, no qual a função do direito penal é a proteção do bem jurídico, o critério central da imputação objetiva é a criação e a concretização de um risco ao bem jurídico. Por outro lado, seguindo a linha de Jakobs, o critério central da imputação objetiva é o descumprimento do papel social. Em outras palavras, considera atípica a conduta de quem cumpriu seu papel social, ainda que tenha causado alguma lesão ou dano (JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2018, p. 268).

Tendo em vista que a causalidade, na perspectiva clássica, gerava o regresso ao infinito, o sistema finalista insere a análise subjetiva ao tipo penal, com a inclusão do dolo e da culpa. Contudo, para os adeptos da imputação objetiva, isso não resolve todos os problemas inerentes à imputação (MASSON, 2009).

A parede de contenção do *jus puniendi* reside, portanto, exclusivamente na falta de imputação subjetiva (ausente o nexa normativo, não há responsabilização do agente. Isto quer dizer que somente não resultam absurdos da *conditio sine qua non*, em face da ausência de dolo e culpa (corretivo da culpabilidade) (JESCHECK, 1981, p. 252 apud CAPEZ, 2015, p. 194).

A teoria da imputação objetiva surgiu com o escopo de, antes da análise subjetiva, verificar se o resultado previsto na parte objetiva pode ou não ser imputado ao agente, sem primeiro analisar se este agiu com dolo ou culpa (GRECO, 2017, p. 347).

Atualmente, a teoria mais aceita pela doutrina brasileira, segundo Junqueira; Vanzolini (2018, p. 269), é a proposta por Claus Roxin. Embora tenha sofrido modificações e

aperfeiçoamentos ao longo do século XX, possui os seguintes critérios: a criação do risco, a realização do risco e o alcance do tipo. Segundo ela, então, o resultado só deve ser imputado ao agente se preencher o tipo objetivo, quando o comportamento do autor cria um risco não permitido; quando o risco se realiza e quando o resultado se encontra dentro do âmbito de produção do tipo.

Em outras palavras, segundo Rosso (2013, p. 18):

A tipicidade, para Roxin, passa a contar com duas dimensões: objetiva, que é a adequação do fato à lei, e normativa (ou material ou valorativa), que é a análise se houve a criação ou incremento de um risco proibido e se esse risco se concretizou no resultado, com a ofensa a um bem jurídico. Além de um resultado naturalístico, consistente na modificação do mundo exterior através da conduta do agente, exige-se, por conseguinte, um resultado jurídico ou norm ativo: efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem juridicamente tutelado.

Assim, faz-se necessário explanar os requisitos da teoria da imputação objetiva, segundo Roxin.

3.1.1 Criação de um risco não permitido

Para o funcionalismo moderado ou teleológico, a finalidade do direito penal é a proteção de bens jurídicos, devendo limitar-se então a proteger esses bens, proibindo condutas perigosas que os coloquem em risco. Para aferir se uma conduta deve ou não ser considerada perigosa, tem-se o critério da “prognose póstuma objetiva: prognose, pois se refere à situação do agente no momento da ação; póstuma, porque será feita pelo magistrado depois da prática do fato; e objetiva, pois parte do conhecimento de um homem prudente (*homo medius*) na mesma hipótese analisada” (MASSON, 2009, p. 224).

Em outras palavras “uma ação será perigosa ou criadora de um 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 de determinado bem jurídico” (GRECO, 2005, p. 365 apud Junqueira; Vanzolini, 2018, p. 270).

A fim de imputar a alguém objetivamente a prática de uma conduta e a produção de um resultado jurídico, a criação de um risco não é o bastante. Nessa vertente, leciona Rosso (2013, p. 22):

De todo modo, cumpre salientar que é difícil definir com precisão o que seja risco permitido e risco proibido, sendo que isso será melhor ponderado quando da análise do caso concreto, de acordo com os padrões aceitos pela sociedade e as demais normas legais e infralegais pertinentes ao fato.

Diante disso, conclui-se que a imputação exige que esse risco criado seja reprovado e proibido, pois, a criação de um risco permitido levaria à atipicidade da conduta.

A seguir, serão estudados excludentes do risco.

3.1.1.1 Diminuição do risco

Segundo Stivanello (2003, p. 03) “não haverá imputação objetiva quando o agente tiver como fim diminuir risco de dano maior ao bem jurídico, mesmo que para tal venha a causar dano menor, que seria em tese proibido, ao bem.” Ou seja, a fim de evitar um dano maior ao objeto jurídico, o agente acaba causando um dano menor.

No entanto, importante anotar a observação de Jesus (2007 apud Rosso, 2013, p. 22), acerca dos requisitos para aplicação do critério da diminuição de riscos de Roxin:

- 1º) que o fato apresente um mesmo objeto jurídico, pertencente a um só sujeito. Tratando-se de bens jurídicos diversos, incide o estado de necessidade. Exemplo: o sujeito danifica um bem material para salvar a vida de seu proprietário;
- 2º) que a relação de risco seja a mesma. Exemplo: num incêndio, para salvar a vida de uma pessoa, o sujeito lança-a por uma janela, causando-lhe lesões corporais;
- 3º) que o autor não esteja inteiramente obrigado a reduzir o risco. Se tinha essa obrigação e podia cumpri-la, há imputação objetiva. Exemplo: o médico, mediante uma cirurgia, salva a vida do paciente. Infringindo a lex artis, entretanto, causa-lhe a perda de um membro. Responde pela lesão corporal grave, uma vez que desobedeceu as regras técnicas de sua profissão.

Muitos doutrinadores brasileiros exemplificam a diminuição do risco com exemplos que, na verdade, ilustram situações nas quais há a substituição de um crime por outro. Observa-se a seguinte situação: X percebe que Y será atingido na cabeça por uma pedra, então atua no sentido de desviar o curso da pedra, visando uma região não vital de Y. A pedra desviada por X atinge Y quebrando-lhe a perna. Embora X tenha causado a lesão, ela não lhe será imputável, tendo em vista que agiu visando diminuir os riscos à integridade física de Y. Se, por outro lado, X empurrasse Y para longe do alcance da pedra e com a queda, resultasse a fratura da perna, seria o caso da substituição de um risco por outro, a ser resolvido no âmbito do estado de necessidade e não da tipicidade por ausência de imputação objetiva (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2018, p. 271).

Para a teoria da imputação objetiva, então, a conduta que tiver por finalidade diminuir o risco de dano maior é atípica, tendo em vista que, em razão de um risco já existente capaz de lesionar o bem jurídico, o agente interfere no processo causal, agindo no sentido de reduzir a intensidade do risco de dano.

3.1.1.2 Ausência de criação de risco ou criação de risco irrelevante

De acordo com Roxin (1997, p. 365-366) outra causa que resulta na atipicidade da conduta é a ausência de criação de risco ou a criação de um risco irrelevante. Não há como imputar ao agente um resultado se a sua conduta, embora não tenha reduzido o risco, também não o aumentou consideravelmente.

Os exemplos mais citados pela doutrina são: X, desejando a morte de Y, o incita a passear por um bosque durante uma tempestade. Y é realmente atingido por um raio e morre. Apesar da morte, X incitou Y a realizar uma atividade normal e juridicamente irrelevante (ROXIN, 1997, p. 322).

A título de exemplificação da criação de um risco irrelevante, X joga um copo de água em uma represa que está prestes a se romper. Explica Roxin (1997, p. 367):

[...] devido a modificação do resultado (mesmo que extremamente pequena) pode-se dizer que a causalidade existe, mas essa não pode ser imputada ao tipo de inundação, pois os perigos que se quer evitar com esse preceito penal não são aumentados de forma significativa ao se acrescentar uma quantidade tão escassa de água.

Em outras palavras, tendo em vista que a conduta praticada por X, ainda que tenha modificado a forma como o resultado se deu, foi insignificante para a sua produção, é considerada atípica.

3.1.1.3 A Criação de um risco permitido

Para que haja a imputação objetiva do resultado, é necessário que a conduta praticada pelo agente configure um risco proibido pelo direito. Por conseguinte, a criação de um risco juridicamente permitido leva à exclusão da imputação (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2018, p. 270-271).

A doutrina é controversa na conceituação de risco permitido e risco proibido, mas assente que é indispensável fazer uma ponderação entre a necessidade de proteção de determinado bem jurídico e o interesse geral de liberdade. Tal análise advém das regras de conduta da sociedade atual (JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2018, p. 272).

Em relação ao risco permitido, esclarece Jesus (2007 apud Rosso, 2013, p. 20):

A diferença entre risco permitido e proibido não está na gravidade do perigo e sim em que às vezes é lícito e em outras não o é. Enquanto o “risco” pertence ao mundo natural, a permissão e a proibição determinam-se de acordo com as regras do ordenamento social. A tolerância para a realização da conduta criadora do risco advém das estruturas sociais, que, por intermédio de diferentes critérios, disciplinam o que é lícito e o que é desaprovado.

Já para Roxin (1997, p. 371) “risco permitido é a conduta que cria um risco juridicamente relevante, mas que, de modo geral (independentemente do caso concreto), está permitido e, por isso (diferentemente do que acontece com as causas de justificação), exclui a imputação ao tipo objetivo.” A título de exemplo, tem-se a prática de alguns esportes, como as lutas, e intervenções médicas. Ainda que seja evidente o risco de lesões, tal prática é permitida.

Segundo Masson (2009, p. 225), extrai-se do risco permitido o princípio da confiança, segundo o qual, não é tipificada a conduta de quem, agindo de acordo com as regras legais envolve-se em circunstância em que terceiro, que não observa os deveres de cuidado, permite a produção do resultado.

3.1.2 Realização do risco no resultado

Ademais, não só é necessária a criação de um risco, mas também se deve verificar se a ocorrência do resultado está na linha de desdobramento causal normal da conduta praticada. “Além da existência de um desvalor da ação, consistente na criação de um risco não permitido, para que se possa imputar o fato ao agente é necessário que este risco tenha, efetivamente, se realizado, configurando o desvalor do resultado” (PEREIRA; NASCIMENTO, 2014, p. 29).

Enquanto na teoria da causalidade adequada, o erro médico no socorro a vítima de disparo de arma de fogo configura concausa relativamente independente superveniente, que não provocou por si só o resultado, sob o prisma da teoria da imputação objetiva a elucidação é diferente. No primeiro caso, o atirador responde por homicídio consumado e o médico por homicídio culposo. Consoante Roxin (apud CUNHA, 2017, p. 263):

Se o resultado é **produto exclusivo** do risco posterior (erro médico), então é atribuído ao autor desse risco (falha médica). Suponhamos que o paciente, depois de submetido a cirurgia de emergência, durante sua recuperação no hospital, recebe, por negligência do médico, remédio em dose excessiva, levando-o a óbito. A sua morte é produto exclusivo do erro médico, fazendo com que o atirador responda por homicídio tentado e o médico por homicídio culposo.

Quando o resultado é **produto combinado** de ambos os riscos (lesões em razão do disparo e falha médica), então pode ser atribuído aos respectivos autores, embora o atirador responda por dolo e o médico por culpa. Imaginemos, pois, que a falha médica ocorra durante a cirurgia para estancar a hemorragia na vítima. A combinação dos riscos gerou a morte do paciente

Logo, explana Rosso (2013, p. 30), que haverá imputação apenas se o risco não permitido se realizar no resultado. Caso contrário, se o resultado ocorrer, mas não por

consequência direta da conduta do agente, por um desvio no curso causal, deverá responder pelos atos efetivamente praticados, ou seja, pelo resultado direto da ação.

Importante ressaltar que, conforme Junqueira e Vanzolini (2018, p. 276) a relação de imputação é mantida quando a ação ou omissão do autor aumentar significativamente determinado risco, que de fato vem a acontecer.

Outrossim, de acordo com Junqueira e Vanzolini (2018, p. 275-279) a exclusão da imputação objetiva não ocorre só pela falta de realização do perigo criado pela conduta, mas também pela falta de realização do risco não permitido e pelo resultado não abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado que delimita o risco permitido. A exclusão pela ineficácia de conduta alternativa conforme o direito (teoria da evitabilidade *versus* teoria do incremento do risco) é uma questão controversa.

Em relação à falta de realização do risco não permitido configura-se quando há tal risco, mas não foi ele que se concretizou no resultado (JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2018, p. 277).

Deve-se verificar se o resultado descendeu do risco não permitido. Um exemplo clássico da teoria de Roxin (1997, p. 377) é aquele em que A ultrapassa de forma proibida o veículo de B. Com o susto, B morre de ataque cardíaco. Segundo ele “o perigo de que alguém sofra um ataque cardíaco aumenta, ainda que não de modo considerável, por uma forma incorreta de conduzir. Mas o aumento é muito pequeno para que o resultado apareça como imputável”.

No tocante ao resultado não abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado que delimita o risco permitido, Pereira (2006, p. 02) cita o exemplo de dois ciclistas que trafegam no escuro. Em razão da ausência de iluminação das bicicletas, o ciclista da frente acaba colidindo com outro que vinha no sentido oposto. Elucida, ainda, que:

Certamente, se o ciclista que vinha atrás estivesse iluminando o seu caminho, o terceiro ciclista teria evitado a colisão. Numa situação tal, a impossibilidade de imputação se dá em função da inexistência da obrigação de iluminar bicicletas alheias e que a norma que impõe o dever de trafegar com faróis acesos tem a finalidade de evitar sinistros com a pessoa do próprio condutor, e não de terceiros. Portanto, a não imputação do tipo de lesões corporais ou homicídio, decorreria, enfim, do fato de não se achar o resultado coberto pelo fim de proteção da norma.

No que tange a ineficácia da conduta alternativa conforme o direito, segundo Junqueira; Vanzolini (2018, p. 278-279), há duas posições:

- a) Teoria da evitabilidade: por ela, o autor só deve ser punido se tiver causado a lesão através de sua conduta ilícita e se o comportamento adequado certamente evitaria o resultado. Na dúvida, aplica-se o princípio do *in dubio pro reo*.
- b) Teoria do incremento do risco: defendida por Roxin, alega que neste caso não há exclusão da imputação. Esclarece Bürgel (2016, p. 01):

Nas hipóteses em que há dúvida acerca da evitabilidade do resultado, a conduta alternativa conforme o direito somente afastará a imputação, segundo Roxin, nos casos em que for possível comprovar, com certeza, que a mesma evitaria a ocorrência do dano, de modo que nos casos em que restar dúvidas acerca da evitabilidade, o agente deverá ser responsabilizado pelo dano. Assim, para Roxin, a imputação independe se o resultado era evitável ou não, sendo relevante apenas constatar a existência de um risco proibido criado pelo agente. Dessa forma, imputação do resultado se daria por meio de um nexo de aumento de risco, pois, na visão de Roxin, seria errado supor que a produção de um resultado mediante uma ação perigosa ficaria impune apenas porque o dano ocorreria na hipótese de uma ação cuidadosa.

Assim sendo, para a teoria proposta por Roxin, ainda que não se possa ter certeza se a conduta alternativa evitaria o dano, for possível comprovar que o comportamento antijurídico ampliou o perigo, deve haver imputação do resultado.

3.1.3 Resultado incluído no alcance do tipo

O último requisito para a imputação objetiva requer que o resultado se encontre incluído dentro do alcance do tipo, ou seja, o perigo gerado pela conduta do autor deve estar no alcance do tipo penal. Portanto, segundo Roxin (2002, p. 354 apud Pereira; Nascimento, 2014), é necessário que o alcance do tipo, ou seja, o fim de proteção da norma inscrita no tipo, compreenda resultados da espécie do ocorrido e, de fato, vise impedir acontecimentos de tal monta.

Para complementar:

Além de serem exigidas a criação e a concretização de um risco não permitido para que possa se falar em imputação do tipo objetivo, Roxin introduz em sua teoria mais um elemento de imputação, e nisso difere dos demais expoentes da teoria da imputação objetiva. De fato, o alcance do tipo representa um terceiro nível de imputação, o que é, de acordo com Greco, a “principal peculiaridade do sistema de ROXIN em face da doutrina dominante” (GRECO, 2002, p. 116, apud PEREIRA; NASCIMENTO, 2014, p. 34).

Uma grande discussão apontada por Junqueira; Vanzolini (2018, p. 279-280) é a confusão feita entre o consentimento do ofendido e a imputação objetiva. Ao criarem uma situação fictícia, indagam: Se A entrega uma droga para B, que a consome e morre,

considerando que ambos conheciam a periculosidade, o resultado morte pode ser imputado a A? Ao responderem fundamentam seu posicionamento em Greco, afirmando que do ponto de vista da teoria da imputação objetiva do resultado, o entendimento é de que “autocolocações em perigo queridas e realizadas de modo autorresponsável não estão abrangidas no tipo de um delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco a que a vítima conscientemente se expôs se realize” (GRECO, 2005, p. 64 apud JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2018).

3.2 A TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS

A teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs traz novos elementos a serem analisados, alguns coincidindo com a teoria de Claus Roxin, outros inéditos. Roxin se volta para a imputação do resultado, enquanto Jakobs concentra-se na imputação objetiva do comportamento. Para o último, o ser humano, por se tratar de um ser social, é portador de um papel social. Aquele que violar seu papel, agindo de forma deficiente, responderá jurídico-penalmente (STIVANELLO, 2003, p. 73).

Isto posto, Junqueira e Vanzolini (2018, p. 281) expõem melhor o assunto dizendo que:

A organização social não é composta por "pessoas", mas por "subsistemas psicofísicos", de forma que cada um desses "subsistemas" cumpre, em cada momento da interação social, um papel específico e determinado. É, portanto, o cumprimento ou descumprimento dos papéis sociais que vai determinar a imputação.

A partir do momento que alguém sofre um dano ou um perigo definido normativamente, se faz a análise de quem violou seu papel para acontecer o fato. "Se foi a vítima quem violou seu papel, deverá esta assumir o dano por si mesma. Se todos se comportaram conforme seu papel, o ocorrido terá sido mera fatalidade não imputável" (STIVANELLO, 2003, p. 73).

Destarte, no conceito de imputação objetiva de Jakobs, a violação de um papel é acrescido como um novo elemento essencial do tipo, dentro dos limites da responsabilidade do agente. O doutrinador aponta então quatro critérios de limitação na aplicação da teoria que serão analisados de forma mais aprofundada a seguir, sendo eles: ausência de imputação pelo risco permitido, ausência de imputação pelo princípio da confiança, ausência de imputação pela proibição de regresso e a ausência de imputação pela capacidade da vítima (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2018, p. 280-282).

3.2.1 Ausência de imputação pelo risco permitido

Para Jakobs, as normas penais têm o objetivo de possibilitar à vida em sociedade, regular a segurança. Contudo, não seria possível eliminar todo tipo de ameaça de lesão por parte do cidadão. A proibição de qualquer tipo de colocação de perigo, impossibilitaria qualquer ação em convívio social, inclusive as de salvamento. O agente se comportando dentro do seu papel social, e tiver uma conduta que implique lesão ou perigo de lesão, será vedado sua imputação objetiva (STIVANELLO, 2003, p. 73-74).

Um exemplo é citado por BUSATO (2008, p. 110, apud Junqueira; Vanzolini, 2018, p. 281):

O exemplo clássico é do sobrinho herdeiro, biólogo especializado, que serve a seu tio mofo venenoso que acabou de descobrir por acaso no prazo de conserva. Segundo a teoria da imputação objetiva nos moldes aqui explicados não há imputação, porque o rapaz não defraudou as expectativas relacionadas ao seu papel social naquela relação (papel de sobrinho, não o de biólogo) (BUSATO, 2008, p. 110 apud JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2018, p. 281).

Destarte, para Jakobs, o risco permitido é a realização de uma conduta que, embora arriscada, é aceita pela sociedade e não se encontra tipificada no ordenamento jurídico penal.

3.2.2 Ausência de imputação pelo princípio da confiança

Elemento também presente na teoria de Roxin, o princípio da confiança é ligado a questão dos papéis sociais, impedindo a imputação de quem confiou em terceiros para cumprirem os papéis que lhe cabem (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2018, p. 281).

No exemplo de Jakobs, se o cirurgião realiza a operação com um bisturi contaminado, porque não foi previamente esterilizado pela instrumentadora, não lhe pode ser imputada a morte do paciente, porque o sujeito agiu dentro do que se espera do papel de cirurgião, confiando que a instrumentadora também atenderia às expectativas do seu papel (BUSATO, 2008, p. 112, apud Junqueira; Vanzolini, 2018, p. 281).

Ou seja, Jakobs interpreta o princípio da confiança não só como critério que delimita o dever de cuidado, mas também como razão para a exclusão da imputação do resultado.

3.2.3 Ausência de imputação pela proibição de regresso

Jakobs (2000 apud STIVANELLO, 2003, p. 74) esclarece em seu livro que:

O caráter conjunto de um comportamento não pode impor-se de modo unilateral arbitrário. Portanto, quem assume com outro um vínculo que de modo invariavelmente considerado é inofensivo, não viola seu papel como cidadão, ainda que o outro incorpore esse vínculo numa atividade não permitida.

Esclarece Stivanello (2003, p. 74) que “não poderá ser incriminada a conduta daquele que tenha atuado de acordo com seu papel, mesmo que tenha contribuído para o êxito da infração penal praticada pelo agente”.

Busato (2008, apud Junqueira; Vanzolini, 2018, p. 282) cita um exemplo:

Um devedor paga sua dívida e o credor compra, com este dinheiro uma arma, e mata uma pessoa; ou um padeiro vende pão a um sujeito que, após envenená-lo, mata sua esposa. Segundo Jakobs, não haverá imputação objetiva (antes mesmo que qualquer consideração subjetiva a respeito do dolo), ou seja, ainda que tanto o devedor quanto o padeiro tivessem pleno conhecimento do plano criminoso do credor ou do comprador de pães, não há imputação, já que nenhum deles defraudou a expectativa relacionada ao seu papel social naquela inter-relação (o que se espera de um "devedor" é que pague; o que se espera de um "padeiro" é que venda pães).

Em outras palavras, a hipótese é relacionada ao papel social, no qual mesmo que a pessoa coopere em ato ilícito de terceiro, sabendo e querendo participar, não é possível a imputação objetiva se não resultou da frustração das expectativas do papel social que lhe cabe.

3.2.4 Ausência de imputação pela capacidade da vítima

A hipótese em referência é bastante similar a um dos critérios de Roxin, identificado como "alcance do tipo" (item 3.1.3). Junqueira; Vanzolini (2018, p. 282) dizem que a mesma "engloba tanto as situações em que a ação é realizada pela própria vítima quanto às situações em que são realizadas por terceiro com consentimento da vítima".

Jakobs (2000, apud STIVANELLO, 2003, p.74) discorre que:

[...] pode ser que a configuração de um contrato social seja de competência não só do autor, mas também da vítima, inclusive num duplo sentido: pode ser que o próprio comportamento da vítima fundamente que se lhe impute a consequência lesiva, e pode ser que a vítima esteja na lastimável situação de encontrar-se nessa posição por obra do destino, por infortúnio (JAKOBS, 2000 apud STIVANELLO, 2003, p. 74).

Resta afastado a imputação do agente, quando o ato seja consentido pela vítima, e seu consentimento seja admitido como válido. Jakobs (apud STIVANELLO, 2003, p. 74) traz como exemplo o praticante de esportes radicais, que sabendo dos riscos a que se expõe, não poderá imputá-las posteriormente ao seu instrutor que agira de acordo com o seu papel. Outro

exemplo amplamente citado pelas doutrinas é o lutador de boxe, caso sofra lesões durante a luta.

3.3 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A teoria da imputação objetiva desenvolveu-se em meio às teorias funcionalistas que, como já citado, ganharam força na segunda metade do século XX. Embora o Código Penal tenha adotado a teoria da equivalência dos antecedentes e não haja nenhuma menção na legislação pátria acerca da aplicação da teoria da imputação objetiva, também não se observa nenhum óbice à sua utilização, tanto penal, quanto constitucional.

Da análise da legislação pátria, discorre Rodrigues (2012, on-line):

O preceito legal do primeiro caso é o art. 17 do Código Penal nacional.[2] Aqui a teoria da imputação objetiva elucida a atipicidade dos casos ao afirmar que não há criação de um risco juridicamente desaprovado. Além disso, no crime impossível, como não há a criação do risco não há falar em realização desse risco e por isso não há tipicidade. Como veremos especificamente, segundo Roxin, a ação deve oferecer um risco ao bem jurídico para ser juridicamente relevante para o direito penal.

O segundo caso está no art. 23, III, do Código Penal e encontra-se acobertada por uma excludente de antijuridicidade, qual seja, o exercício regular de direito.[3] Neste caso, para a Teoria da Imputação Objetiva a discussão encontra-se no âmbito do tipo, já que se trata de um risco permitido. Desde que obedecidas às regras do esporte, estar-se-á realizando um risco permitido. A doutrina tradicional exclui a antijuridicidade do fato e a Teoria da Imputação Objetiva exclui a tipicidade.

Cumprido mencionar ainda, que o art. 13 do Código Penal, ao citar a palavra “imputável”, abre a possibilidade para aplicação da teoria: “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” (BRASIL, 1940).

Em relação à constitucionalidade da doutrina, segundo Rodrigues (2012, on-line) não há nenhum impedimento:

Sua recepção pode se dar conforme os termos do art. 13 do Código Penal, do qual contempla o resultado jurídico, ou também pela recepção Constitucional através dos princípios da ofensividade ou lesividade, do princípio da auto responsabilidade e o princípio do risco. Deste modo, eles podem ser concebidos tanto num espaço exclusivamente principiológico, como no âmbito das denominadas normas constitucionais de “caráter duplo”.

Por outro lado, ainda não se mostra plenamente aceita pela doutrina. Nucci (2018, p. 143) sustenta que “a teoria da imputação objetiva pode ser uma alternativa à teoria da equivalência dos antecedentes – embora se valha desta para ser aplicada – ou à teoria da

causalidade adequada, embora seja desnecessária e, em muitos casos, inadequada”. Argumenta, ainda, que em razão da divergência entre os defensores, a teoria adotada pelo Código Penal (teoria da equivalência dos antecedentes) parece mais eficiente e menos sujeita a erros.

Cumpra salientar que a teoria da imputação objetiva não acabou com o nexo de causalidade, mas o tornou mais rigoroso, incluindo um elemento normativo complementar ao nexo causal. Defende que a fim de imputar um resultado lesivo a alguém, é insuficiente levar em conta apenas os elementares das teorias naturalista e finalista, sem a análise do risco causado pela ação e da lesividade do resultado. Ao imputar o resultado ao autor da conduta levando em conta apenas a relação física de causa e efeito, exclui-se a análise valorativa que deve ter o direito.

Explica Gomes (2011 apud ROSSO, 2013, p. 35):

É certo que a referida teoria, de qualquer modo, complementa (não substitui) a teoria do nexo causal (art. 13 do CP – teoria da *conditio sine qua non*). A função da teoria da imputação objetiva é corretiva, não substitutiva. Há também muita polêmica sobre isso, havendo autores que dizem que a teoria da imputação objetiva teria acabado com o nexo de causalidade. De acordo com nossa opinião, de forma alguma podemos abrir mão do velho e bom (do ponto de vista garantista) nexo de causalidade. A comprovação material e física (quântica) do elo existente entre a conduta e o resultado naturalístico é uma garantia da qual não podemos prescindir jamais. O nexo de causalidade (que é natural) não foi eliminado pelo nexo de imputação (que é jurídico, valorativo). Ambos convivem. Ambos são relevantes para o direito penal. O primeiro é relevante para o âmbito da “causação”. O segundo o é para o campo da “imputação”.

No campo da jurisprudência, verifica-se que a teoria da imputação objetiva já vem sendo utilizada:

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – AUSÊNCIA DE PROVA DE VIOLAÇÃO DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO – RISCO PERMITIDO – TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA – AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM RISCO – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO. Não restando devidamente comprovado que o réu descuro do dever objetivo de cuidado, de acordo com a Teoria da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido. Havendo dúvidas razoáveis quanto a imprudência do réu e tratando-se de hipótese de autocolocação em risco por pessoa maior e capaz, sendo o perigo provocado pela própria vítima e proveniente de sua vontade, mesmo conhecendo o risco existente em sua ação, há exclusão da imputação por parte do acusado. Recurso provido, contra o parecer.(TJ-MS 00000592220128120013 MS 0000059-22.2012.8.12.0013, Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Data de Julgamento: 17/04/2017, 2ª Câmara Criminal)

Além da aplicação da teoria pelos tribunais estaduais, o Superior Tribunal de Justiça concedeu Habeas Corpus em 2006:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE POR AFOGAMENTO NA PISCINA. COMISSÃO DE FORMATURA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE, DE NEXO DE CAUSALIDADE E DA CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Afirmar na denúncia que "a vítima foi jogada dentro da piscina por seus colegas, assim como tantos outros que estavam presentes, ocasionando seu óbito" não atende satisfatoriamente aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que, segundo o referido dispositivo legal, "A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas". 2. Mesmo que se admita certo abrandamento no tocante ao rigor da individualização das condutas, quando se trata de delito de autoria coletiva, não existe respaldo jurisprudencial para uma acusação genérica, que impeça o exercício da ampla defesa, por não demonstrar qual a conduta tida por delituosa, considerando que nenhum dos membros da referida comissão foi apontado na peça acusatória como sendo pessoa que jogou a vítima na piscina. 3. Por outro lado, narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal. 4. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa. 5. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal.(STJ - HC: 46525 MT 2005/0127885-1, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 21/03/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10/04/2006 p. 245).

Dessa maneira, foi novamente aplicada pela sexta turma do STJ em 2009:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. VÍTIMA - MERGULHADOR PROFISSIONAL CONTRATADO PARA VISTORAR ACIDENTE MARÍTIMO. ART. 121, §§ 3º E 4º, PRIMEIRA PARTE, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. 1. Para que o agente seja condenado pela prática de crime culposo, são necessários, dentre outros requisitos: a inobservância do dever de cuidado objetivo (negligência, imprudência ou imperícia) e o nexo de causalidade. 2. No caso, a denúncia imputa ao paciente a prática de crime omissivo culposo, no forma imprópria. A teor do § 2º do art. 13 do Código Penal, somente poderá ser autor do delito quem se encontrar dentro de um determinado círculo normativo, ou seja, em posição de garantidor. 3. A hipótese não trata, evidentemente, de uma autêntica relação causal, já que a omissão, sendo um não-agir, nada poderia causar, no sentido naturalístico da expressão. Portanto, a relação causal exigida para a configuração do fato típico em questão é de natureza normativa. 4. Da análise singela dos autos, sem que haja a necessidade de se incursionar na seara fático-probatória, verifico que a ausência do nexo causal se confirma nas narrativas constantes na própria denúncia. 5. Diante do quadro delineado, não há falar em negligência na conduta do paciente (engenheiro naval),

dado que prestou as informações que entendia pertinentes ao êxito do trabalho do profissional qualificado, alertando-o sobre a sua exposição à substância tóxica, confiando que o contratado executaria a operação de mergulho dentro das regras de segurança exigíveis ao desempenho de sua atividade, que mesmo em situações normais já é extremamente perigosa. 6. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta do acusado e a morte do mergulhador, à luz da teoria da imputação objetiva, seria necessária a demonstração da criação pelo paciente de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese. 7. Com efeito, não há como asseverar, de forma efetiva, que engenheiro tenha contribuído de alguma forma para aumentar o risco já existente (permitido) ou estabelecido situação que ultrapasse os limites para os quais tal risco seria juridicamente tolerado. 8. Habeas corpus concedido para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta. (STJ, HC 68.871-PR, Sexta Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 06.08.09).

No seguinte caso, a ação criou um risco proibido, que se verificou no resultado e abrangido pelo âmbito de proteção do tipo:

CRIMINAL. RESP. DELITO DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE PENAL. DELITO CULPOSO. RISCO PERMITIDO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPUTABILIDADE OBJETIVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. AUSÊNCIA DE CORRESPONDÊNCIA COM A PENA SUBSTITUÍDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. I. De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma. II. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável. III. Hipótese em que o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito (criou um risco não permitido), causando resultado jurídico abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado – morte da vítima, atraindo a incidência da imputabilidade objetiva. IV. As circunstâncias que envolvem o fato em si não podem ser utilizadas para atrair a incidência da teoria do risco permitido e afastar a imputabilidade objetiva, se as condições de sua aplicação encontram-se presentes, isto é, se o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito, causando resultado jurídico que a norma visava coibir com sua original previsão. V. O fato de transitar às 3 horas da madrugada e em via deserta não pode servir de justificativa à atuação do agente em desconformidade com a legislação de trânsito. Isto não é risco permitido, mas atuação proibida. VI. Impossível se considerar a hipótese de aplicação da teoria do risco permitido com atribuição do resultado danoso ao acaso, seja pelo fato do agente transitar embriagado e em velocidade acima da permitida na via, seja pelo que restou entendido pela Corte a quo no sentido de sua direção descuidada. VII. A averiguação do nexa causal entre a conduta do réu, assim como da vítima, que não teria feito uso do cinto de segurança, com o resultado final, escapa à via especial, diante do óbice da Súmula 07 desta Corte se, nas instâncias ordinárias, ficou demonstrado que, por sua conduta, o agente, em violação ao Código de Trânsito, causou resultado abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado. VIII. Não há simetria entre a pena pecuniária substitutiva e a quantidade da pena privativa de liberdade substituída. IX. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. (STJ, REsp 822517-DF, Quinta Turma, rel. Min. Gilson Dipp, j. 12.06.07).

A teoria também foi aplicada pelo Tribunal de Justiça do Acre em 2016, mantendo a decisão do juiz singular, que absolveu o acusado:

APELAÇÃO. HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. ABSOLVIÇÃO. MANUTENÇÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE OBJETIVA DO RESULTADO. APELO NÃO PROVIDO. 1. O resultado ocorrido não pode ser imputado ao apelado, à luz da teoria da imputação objetiva, pois, apesar de haver ele criado um risco, o resultado ocorreria ainda que ele atuasse observando o seu dever de cuidado, de forma que o risco por ele criado não se realizou no resultado. 2. Ainda que se entendesse de maneira diversa, não se constata culpa na conduta do apelante ante a imprevisibilidade objetiva do resultado. 3. Apelação não provida.(TJ-AC - APL: 00010504220148010010 AC 0001050-42.2014.8.01.0010, Relator: Des. Francisco Djalma, Data de Julgamento: 01/12/2016, Câmara Criminal, Data de Publicação: 05/12/2016)

Importante mencionar, ainda, a aplicação da teoria pelo Superior Tribunal, na análise do crime de lesão corporal em acidente de trânsito em que, segundo a decisão, a vítima violou o dever de autoproteção:

EMENTA: APELAÇÃO. NULIDADE PROCESSUAL. LESÃO CORPORAL CULPOSA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CAUSA DETERMINANTE. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.

Não há falar em nulidade processual, haja vista ser inaplicável a esta Justiça Especializada o instituto da defesa preliminar introduzido no CPP pela Lei nº 11.719/2008. O Diploma adjetivo castrense dispõe de rito próprio, inexistindo lacuna a ser suprida. Embora o Laudo do Instituto de Criminalística tenha apontado como causa determinante do acidente o excesso de velocidade, os autos revelam terem os peritos desconsiderado o comportamento da vítima. Inolvidável ter o ofendido fomentado o risco, violando, por impulso, o dever de autoproteção e infringindo, por consequência, as normas de trânsito cuja expectativa social deveria cumprir. Os depoimentos testemunhais não deixam dúvidas sobre o estado de embriaguez da vítima e confirmam o semáforo aberto no momento do sinistro, tendo o ofendido se lançado à frente do carro sem o menor cuidado. Por inexistir culpa, deve ser considerada atípica a conduta nos moldes do art. 439, alínea b, do CPPM. Em virtude de a Apelação ter efeito devolutivo amplo, restituindo à Corte toda a matéria para reanálise, necessária a alteração da alínea em questão, por ser mais benéfica ao réu. Preliminar de Nulidade. Rejeitada por unanimidade. Recurso Negado. Decisão majoritária. (STM - AP: 132520097120012 AM 0000013-25.2009.7.12.0012, Relator: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Data de Julgamento: 16/08/2012, Data de Publicação: 20/09/2012 Vol: Veículo: DJE)

Salienta-se a posição de Martinelli (2012, apud ROSSO, 2013, p. 39):

A doutrina brasileira (e a jurisprudência também) ainda está presa ao positivismo, sem discuti-lo diante da real eficácia da norma como única fonte de estudo do direito. Estamos atrasados em vários aspectos dogmáticos, especialmente no direito penal, onde ainda dá-se muita importância ao embate entre causalismo e finalismo. Talvez seja por isso que a imputação objetiva ainda tenha pouca relevância entre nós. Para um estudo mais fecundo da imputação objetiva, devemos focar as atenções às teorias pós-finalistas, as quais adotaram esta como determinante da responsabilidade concreta pela realização do resultado típico. A teoria da imputação objetiva é um grande reforço para o princípio da legalidade. Pois, para que um crime seja imputável a um agente, não basta haver a relação causal entre a conduta e o resultado. A causalidade é um fenômeno puramente naturalístico, decorrente de leis naturais. Há necessidade deste nexos encontrar uma delimitação normativa, ou seja, dentro do próprio ordenamento. A ausência de imputação objetiva cria uma dependência do direito penal em relação às ciências naturais para definir a responsabilidade do agente. A leitura do Código não pode ser estritamente positivista, calcada na “inadiável superação do positivismo jurídico neokantiano”. É

possível adequar a lei existente ao espírito de um direito penal democrático, desde que o intérprete faça uso de uma concepção funcional da dogmática.

Percebe-se que, ainda que exista certa relutância pelo ordenamento jurídico brasileiro em aplicar a teoria, esta vem sendo cada vez mais necessária e, aos poucos, utilizada.

4 CONCLUSÃO

O direito penal exerce o controle social, por meio do qual seleciona os comportamentos humanos que colocam em risco valores fundamentais para o desenvolvimento social pacífico. Descreve tais comportamentos como infrações, cominando-lhes as respectivas sanções e estabelecendo regras a fim de promover sua justa aplicação.

Em função do princípio da reserva legal, apenas os comportamentos descritos na lei podem ser considerados crimes. Segundo a visão positivista do século XIX, para a caracterização do fato típico bastava a correspondência entre a conduta e o descrito no tipo legal.

Também não parece uma solução justa a utilizada pela teoria da equivalência dos antecedentes, utilizando o simples método da eliminação hipotética (supressão mental) com o escopo de verificar se a conduta deu causa ao resultado lesivo. Tal teoria exige a análise do nexu normativo (dolo ou culpa) a fim de evitar que toda e qualquer conduta que, de alguma forma tenha contribuído, concorresse para o resultado. A teoria ainda aceita pelo Código Penal não abarca qualquer valoração jurídica, indo em desacordo com as premissas do direito penal.

Atualmente, isso não é suficiente. A teoria da imputação objetiva traz requisitos com o objetivo de que, para que haja a vinculação do resultado à conduta do agente, seja levado em conta muito mais do que mera correspondência físico-naturalística entre a conduta e o resultado.

Salienta-se que a teoria da imputação objetiva exige que a conduta cause um risco juridicamente proibido, requerendo que ele se materialize e, ainda, que esteja no âmbito e proteção do tipo penal. Com o intuito da aplicação do direito de forma mais justa, busca mostrar não só a existência do nexu entre a conduta e o resultado, mas se este pode ser atribuído ao autor da ação que pode, no caso concreto, ter agido da melhor forma possível a fim de minimizar o resultado.

Ainda que seja uma teoria em desenvolvimento, observa-se que a jurisprudência já vem a aplicando, em razão de que alguns casos concretos já não são mais resolvidos (de forma justa) pela teoria da *conditio sine qua non*. Por exemplo, nos casos em que o dano ocorre mesmo diante de uma conduta em conformidade com o direito, ou, quando o resultado lesivo provém de uma ação até certo ponto desajustada, mas que, de acordo com os valores sociais, não há a necessidade de intervenção do direito penal.

A sociedade atual está cada vez mais exposta aos riscos. O intuito da teoria desenvolvida por Roxin e Jakobs é que sejam consideradas relevantes apenas as condutas que se desviam do papel social esperado e aceito, excluindo a tipicidade caso o agente se comporte de acordo com seu papel social ou, ainda que não o faça, o resultado não seja abrangido pela linha de desdobramento causal de sua ação.

Tem um papel cada vez mais importante, inclusive para evitar que condutas com relevância penal insignificante sejam levadas à justiça criminal, fazendo com o que o direito penal se torne um instrumento de repressão e perca a característica de *ultima ratio*.

A teoria da imputação objetiva insere um novo elemento necessário ao fato típico, além da conduta, do resultado, do nexos causal e da tipicidade, que deverá ser analisado após a última, que é a própria imputação objetiva. Sua ausência resulta na atipicidade do fato.

Conclui-se que a teoria da imputação objetiva não é só aplicável no Brasil, mas sim necessária, tendo em vista que busca corrigir as insuficiências das teorias anteriores. Dessa forma, verifica-se que o funcionalismo trouxe uma grande mudança no tocante à Política Criminal, incluindo a valoração ao direito penal.

É necessário que a legislação se amolde a essas mudanças, com o intuito de adequá-la a realidade social, de modo que a aplicação da teoria da imputação objetiva ao ordenamento jurídico pátrio seria capaz de impedir o exorbitante número de incriminações, que inadequadamente recaem sobre indivíduos que praticam condutas completamente inofensivas ou aceitas pela sociedade.

REFERÊNCIAS

BÜRCEL, Letícia. **A teoria do incremento do risco de Roxin**: breves considerações. Empório do Direito, 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/a-teoria-do-incremento-do-risco-de-roxin-breves-consideracoes>>. Acesso em: 10 de out. de 2018.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Apelação Criminal n. 0000059-22.2012.8.12.0013**. Apelante : José Luiz Cardoso da Silva. Apelado: Ministério Público Estadual. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Data de Julgamento: 17/04/2017, 2ª Câmara Criminal. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/510383745/592220128120013-ms-0000059-2220128120013/inteiro-teor-510383809?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 de out. de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: 46525 MT 2005/0127885-1**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data de Julgamento: 21/03/2006, T5 - QUINTA TURMA. Data de Publicação: DJ 10/04/2006 p. 245.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial: 822517 DF 2006/0038086-0**, Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 12/06/2007, T5 - Quinta Turma. Data de publicação: DJ 29/06/2007 p. 697LEXSTJ vol. 218 p. 362.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 6.ª T. **Habeas Corpus 68.871/PR**. rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, rel. P/ Acórdão Min. Og Fernandes, j. 06/08/2009, DJe 05/10/2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. **AP n. 00010504220148010010 AC 0001050-42.2014.8.01.0010**, Relator: Des. Francisco Djalma, Data de Julgamento: 01/12/2016, Câmara Criminal, Data de Publicação: 05/12/2016.

_____. Superior Tribunal Militar - AP: **132520097120012 AM 0000013-25.2009.7.12.0012**, Relator: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Data de Julgamento: 16/08/2012. Data de Publicação: 20/09/2012 Vol: Veículo: DJE.

CAPEZ, Fernando. **O Declínio do Dogma Causal**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, mar. 2000. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm. Acesso em: 06 de abril de 2018.

_____. **Curso de direito penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal** – parte geral – Volume único; 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

_____. **Manual de direito penal – Parte Geral**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

_____. **Manual de direito penal** – parte geral – Volume único; 9ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. **Código penal anotado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito penal – Parte Geral**; 34. ed.; São Paulo – SP: Saraiva, 2012.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MARCOMIM, Ivana; LEONEL, Vilson. **Projetos de pesquisa social: livro didático**. Palhoça. Unisul virtual, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de direito penal**, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Código penal comentado**, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Tem futuro a imputação objetiva? **Revista Jus Navigandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 988, 16 mar. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8109>>. Acesso em: 20 out. 2018.

PEREIRA, Flávia Siqueira Costa; NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **A teoria da imputação objetiva e o princípio da confiança no direito penal: considerações à luz do funcionalismo de Claus Roxin**. Minas Gerais, 2014. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1217>> . Acesso em: 23 de set. de 2018.

ROCHA, Fillippe Farias da. **Nexo Causal**. Disponível em: <<https://filipperocha.jusbrasil.com.br/artigos/248529190/nexo-causal>>. Acesso em: 03 de abr. de 2018.

RODRIGUES, Emanuele Abreu. **Noções sobre a teoria da imputação objetiva**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11035>. Acesso em 15 de out. de 2018.

ROSSO, Raquel. **A teoria da imputação objetiva no Brasil: aspectos destacados da doutrina e da jurisprudência**. Monografia (Prática jurídica e preparação para a magistratura estadual). Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, Criciúma, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/1777/1/Raquel%20Rosso.pdf>>. Acesso em: 10 de set. de 2018.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal/ClausRoxin**; tradução de Luís Greco— Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Pablo Vinicius Grecchi. **A teoria da imputação objetiva**. Disponível em:

<<https://paulovgrechisantos.jusbrasil.com.br/artigos/305037018/a-teoria-da-imputacao-objetiva>>. Acesso em: 03 de abr. de 2018.

SARTURI, Claudia Adriale. **Evolução da Teoria do Tipo Penal**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 04 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44260&seo=1>>. Acesso em: 11 out. de 2018.

STIVANELLO, Gilbert Uzêda. **Teoria da imputação objetiva**. R. CEJ, Brasília, n. 22, p. 70-75, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/teoria-da-imputa%C3%A7%C3%A3o-objetiva-1>>. Acesso em: 21 de set. de 2018.