



JUAN EMANUEL DE ANDRADE SILVA

A teoria da imputação objetiva nos crimes culposos: uma valoração teórica sobre a possibilidade de utilização de critérios normativos de imputação nos delitos de imprudência

Trabalho apresentado como requisito à obtenção da aprovação na disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica no âmbito da pós-graduação de Direito Penal e Processo Penal da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

BRASÍLIA

JANEIRO, 2017

JUAN EMANUEL DE ANDRADE SILVA

Título: A Teoria da Imputação Objetiva nos crimes culposos: uma valoração teórica sobre a possibilidade de utilização de critérios normativos de imputação nos delitos de imprudência

Subtítulo: Uma análise crítica sobre a viabilidade de relação entre o comportamento culposo e a Teoria da Imputação Objetiva

Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal apresentado à Coordenação de Direito da Escola de Direito de Brasília, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Orientador: André Vinicius de Almeida

BRASÍLIA

JANEIRO, 2017

JUAN EMANUEL DE ANDRADE SILVA

Título: A teoria da imputação objetiva nos crimes culposos: uma valoração teórica sobre a possibilidade de utilização de critérios normativos de imputação nos delitos de imprudência

Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal apresentado à Coordenação de Direito da Escola de Direito de Brasília, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Brasília-DF, Janeiro de 2017.

Prof. Dr. André Vinicius Almeida

Membro da banca examinadora

Membro da banca examinadora

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos são destinados, inicialmente, a Deus, pelo simples fato de sempre me manter resiliente para as batalhas que a vida nos traz.

À minha família, em especial à Edna Soares de Andrade, minha mãe, sem a qual nada disso seria possível. Sua firmeza, sua generosidade e a sua confiança são combustíveis para que eu consiga seguir em frente nessa jornada, que é a vida.

Ao IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público –, pela contribuição ao aprimoramento intelectual e profissional, bem como pela possibilidade de presenciar inesquecíveis debates acadêmicos.

Agradeço a minha namorada, Gabriella, pela compreensão, bem como a disposição de sempre estar ao meu lado, dedicando-se, sobremaneira, para que os nossos projetos se frutifiquem.

Agradeço aos meus amigos, os quais possuem fundamental importância na minha história; indivíduos que fizeram com que essa jornada de compreensão e identificação com o mundo jurídico fosse proveitosa e, principalmente, agradável.

RESUMO

O escopo do trabalho em questão, dentre outros, é o de perquirir a possibilidade (ou não) de utilização de critérios normativos de causalidade, baseados na Teoria da Imputação Objetiva, no âmbito dos crimes culposos, também chamados de delitos de imprudência. Para isso, faz-se necessária uma análise cautelosa dos atributos dos institutos inerentes à Teoria da Imputação Objetiva e aos crimes culposos, tendo em vista as particularidades de seus conceitos, que nem sempre são uníssonos entre os doutrinadores tanto nacionais como internacionais. Além disso, busca-se entender a evolução da conduta culposa no decorrer dos anos, uma vez que os pensamentos sobre o que venha a ser uma conduta culposa foram objetos de drásticas mudanças teóricas ao longo do tempo; a sistemática dos aspectos objetivos e subjetivos (previsibilidade e previsão) de um comportamento imprudente, inclusive relacionando a estrutura típico-normativa dos crimes culposos com níveis normativos de imputação da Teoria da Imputação Objetiva, lastreando-se, para tanto, em apontamentos críticos dos catedráticos penais atuais. No mais, objetiva-se oferecer a maior quantidade de subsídios para que se depreenda, criticamente, as nuances concernentes à ação culposa, sobretudo no que diz respeito à evolução da causalidade natural para a causalidade definida por aspectos normativos, anteriores à aferição do dolo ou da culpa.

Palavras-chave: crime culposo – teoria da imputação objetiva – causalidade – critério normativo – imprudência

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 TIPO PENAL CULPOSO.....	10
<i>1.1 A evolução da teoria da culpa.....</i>	<i>11</i>
<i>1.1.1 A Escola Positivista do conceito de crime.....</i>	<i>11</i>
<i>1.1.2 Escola Normativista do conceito de crime</i>	<i>13</i>
<i>1.1.3 A Escola Finalista.....</i>	<i>16</i>
1.2 Características do tipo penal culposo	20
<i>1.2.1 Previsibilidade e a previsão do resultado – aspectos subjetivos do tipo culposo .</i>	<i>23</i>
<i>1.2.2 O homem médio e sua relação com a conduta culposa.....</i>	<i>26</i>
<i>1.2.3 Breves apontamentos críticos aos conceitos relativos aos crimes culposos:</i>	<i>28</i>
2. IMPUTAÇÃO OBJETIVA	34
<i>2.1) A criação de um risco não permitido</i>	<i>35</i>
<i>2.2) A diminuição do risco permitido</i>	<i>38</i>
<i>2.3) A realização do risco não permitido.....</i>	<i>39</i>
<i>2.4) O alcance do tipo e o princípio da auto-responsabilidade</i>	<i>40</i>
<i>2.5) A visão de Jakobs sobre a Imputação Objetiva:</i>	<i>41</i>
<i>2.6) A utilização da Teoria da Imputação Objetiva na análise moderna do estudo do tipo penal.....</i>	<i>46</i>
3) O TIPO PENAL CULPOSO E A SUA RELAÇÃO COM A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA	51

CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

INTRODUÇÃO

O estudo da teoria do crime, mormente no que concerne aos aspectos do tipo penal subjetivo, representa uma área de relevo importante para a compreensão do direito penal. Isso acontece devido ao fato de que a culpa e o dolo são conceitos de difícil diferenciação entre si no âmbito prático, pois, apesar de serem formulados por conceitos distintos, a constatação de uma conduta culposa ou dolosa às vezes pode ser complexa no plano da realidade.

Nesse contexto, os crimes culposos diferenciam-se dos crimes dolosos, porquanto não são reflexos da vontade livre e consciente ou do assentimento do agente para a consecução do resultado. Em verdade, os delitos de imprudência derivam de um ato realizado sem as devidas precauções exigidas ao homem médio que convive em sociedade.

Dessa forma, uma apreciação detida sobre as particularidades e especificações da conduta culposa é imprescindível para entender as nuances da teoria do crime no direito penal. Para tanto, é preciso apreciar a relação de causalidade entre a ação imprudente e o resultado decorrente dessa atuação.

Não obstante o ordenamento jurídico pátrio incorporar, como regra, a teoria da equivalência dos antecedentes causais para explicar as relações de causalidades nos crimes, faz-se pertinente analisar uma moderna teoria, que também trata do nexos causal nos crimes (dolosos e culposos), a qual vem ganhando terreno nas discussões acadêmicas atuais: a Teoria da Imputação Objetiva. Essa proposição, diferentemente, da teoria da *conditio sine qua non* baseia-se em conceitos eminentemente normativos, proporcionando uma maior estabilidade jurídica para o nosso sistema penal¹.

Ademais, é de suma importância tentar analisar se há viabilidade ou não de aplicar a teoria da imputação objetiva nos crimes culposos, para que se estabeleça uma alternativa distinta da teoria da equivalência dos antecedentes causais e que, nesse sentido, possamos entender melhor as problemáticas da teoria do crime do direito penal, o que implicaria, sem dúvidas, em uma melhoria em todo o sistema normativo penal.

Para tanto, precisamos constatar se essa proposição teórica, inculcada em conceitos predominantemente jurídicos, com vistas a dar um maior padrão normativo à

¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2016. p. 345.

relação de causalidade dos crimes, compactua-se com os delitos culposos, que pressupõem uma infringência a um dever geral de cuidado imposto a todos.

Nesse contexto, será necessário um estudo detido, primeiramente, sobre os tipos imprudentes, tratando de suas peculiaridades, do seu aspecto objetivo e subjetivo, elementos dos crimes culposos, a evolução do pensamento dogmático, desde o causalismo, passando pelo normativismo, pelo finalismo, até chegar na Teoria da Imputação Objetiva.

Aliado a isso, devemos analisar o curso da relação normativa de causalidade imposta pela teoria da imputação objetiva, observando suas vertentes, bem como suas especificações.

Num último momento, tentaremos confrontar os dois institutos acima mencionados, com o objetivo de observar se há a possibilidade de uma convivência harmoniosa entre eles no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a aplicação das especificidades de um no outro.

1 TIPO PENAL CULPOSO

Com o intuito de introduzir o conteúdo, tem-se que a ação culposa é uma conduta voluntária que materializa um fato ilícito não querido ou assumido pelo sujeito ativo, mas que, contudo, era um fato previsto ou, ao menos, previsível, sendo que podia ser evitado, caso o autor agisse sob os parâmetros do dever geral de cuidado. Essa é a uma conceituação bastante genérica e tradicional do que venha a ser o comportamento culposo. O objetivo é aprofundar essa formulação, seguindo fundamentações de diversos expoentes do assunto, que, muitas vezes, tratam os institutos dos crimes culposos de maneira diversa da que é feita convencionalmente².

Tradicionalmente, o crime culposo é analisado mediante seus elementos, que são: a) conduta humana voluntária, que significa dizer que a vontade do agente circunscreve-se na realização do comportamento delitivo, não querendo nem assumindo o risco do resultado; b) violação de um dever de cuidado objetivo, ou seja, o autor atua em desconformidade com o que é exigido pela norma e pela estrutura social (esse aspecto será bastante analisado pelo presente estudo); c) nexos causal, sendo que, conforme dispõe a legislação penal brasileira, utiliza-se a teoria da equivalência dos antecedentes causais. Contudo, de acordo com o que será exposto posteriormente, fundamentaremos a possibilidade de utilização ou não da Teoria da Imputação Objetiva como critério normativo de causalidade para os crimes culposos; d) previsão/ previsibilidade, que são conceitos rotineiramente tidos erroneamente como sinônimos. Esses são dois elementos também servirão como base para posteriores explicações; e) tipicidade expressa, que preconiza ser somente possível a punição a título de culpa se houver uma autorização legal para tanto³.

Nesse sentido, outra classificação comumente trazida sobre o tipo penal culposo é aquela que destaca as modalidades de violação de um dever de cuidado. São elas: a) imprudência, que seria um agir afoito, sendo, portanto, uma ação comissiva. Como veremos, adiante, muitos teóricos utilizam o termo “imprudência” como sinônimo de culpa em sentido *lato*; b) negligência, isto é, uma ação omissiva com ausência de cautela ou precaução; c) imperícia, que seria uma inaptidão técnica para o exercício de profissão, arte ou ofício⁴.

² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2016. p. 299-306.

³ *ibid.* p. 306.

⁴ *ibid.* p. 306.

Como mencionamos anteriormente, essas formulações, apesar de serem bastante objetivas e terem sua importância didática, não nos parece relevante tratar somente desses temas, mas, ao contrário, buscar as raízes e os elementos basilares desse instituto tão complexo que é a culpa.

1.1 A evolução da teoria da culpa

1.1.1 A Escola Positivista do conceito de crime

Ao analisarmos a Escola Positivista-Naturalista, no que diz respeito aos seus alicerces e suas origens, vislumbramos que esse exercício é diretamente afetado pela influência do naturalismo positivista que caracterizou o monismo científico do fim do século XIX, sendo capitaneado por dois ilustres precursores, isto é, Franz von Liszt e Ernst Beling⁵.

O pensamento filosófico que influenciou essa escola tem uma raiz marcada pelo positivismo jurídico, que restringia a atuação do jurista e a sua interpretação, tendo em vista que pensavam em ilustrar todas as problemáticas do Direito, basicamente, com a ajuda de conceitos estritamente jurídicos, marginalizando, assim, conceituações de cunho filosófico⁶.

Essa teoria acreditava num conceito tripartido de crime, ou seja, o delito seria um fato típico, ilícito e culpável, restringindo-se à tentativa de alcançar um balizamento para o nascedouro da teoria do delito às formas das ciências naturais⁷.

Nesse prisma, para eles, a ação é o fundamento de toda a edificação naturalística, sendo a movimentação do corpo crucial para a modificação do mundo das coisas. Esse agir é unido causalmente à vontade – totalmente destituída de juízo de valor - do agente⁸.

Um de seus autores, Beling, dizia que a ação deveria ser entendida como “um comportamento corporal (fase externa, objetiva da ação), produzido pelo domínio sobre o corpo (liberdade de enervação muscular, ‘voluntariedade’), (fase interna, subjetiva da

⁵ SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção do direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 25-26.

⁶ *ibid.* p. 26.

⁷ *ibid.* p. 26.

⁸ *ibid.* p. 27.

‘ação’), isto é, um ‘comportamento corporal voluntário’, consistente em ‘fazer’ (ação positiva), e em um ‘não fazer’ (omissão), isto é, distensão do músculos”⁹.

Já Franz von Liszt, aduzia que o ato criminoso é a ação voluntária no mundo exterior; agir voluntário ou não impeditivo de uma modificação nesse mesmo mundo externo. Posteriormente, ele reconheceu que na omissão não há um comportamento ou movimento corporal causador de um resultado no mundo exterior, e, sim, em caso de punição criminal de um indivíduo por uma conduta omissiva, verifica-se que se esperava do agente uma ação, a qual não foi realizada¹⁰.

Passada a etapa de constatação da ocorrência ou não de uma ação (positiva ou negativa), analisava-se a presença da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, que se diferenciavam entre perspectivas objetivas (tipicidade e ilicitude) e subjetivas (culpabilidade)¹¹.

A conduta seria típica se houvesse a subsunção do fato a um tipo de crime, ao passo que ela seria ilícita se não estivesse presente nenhuma causa justificante, sendo, portanto, uma contrariedade à ordem jurídica, entendida em sua totalidade¹².

Relativamente à culpabilidade, a verificação deveria recair sobre o nexo psicológico entre o autor da ação e o seu fato objetivo – acepção psicológica da culpabilidade -, acarretando num resultado capaz de ser imputado ao agente. Assim, o dolo e a culpa seriam pressupostos da culpabilidade. A culpa seria, para a Escola, uma gradação menor de culpabilidade em comparação com o dolo, e, por isso, menos importante, bastando para o seu perfazimento a possibilidade de que haja uma ligação entre o resultado e o agente. O dolo seria o contexto fundamental da culpabilidade, entendido como uma vontade livre e consciente para a consecução de uma empreitada delitiva¹³.

Liszt, ao discorrer sobre a culpa, elencou alguns requisitos para ela e disse que o seu conceito requer:

⁹ SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção do direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 27.

¹⁰ *ibid.* p. 27.

¹¹ *ibid.* p. 28.

¹² *ibid.* p. 28.

¹³ *ibid.* p. 29.

1. *falta de precaução na manifestação da vontade*, ou seja, desprezo do cuidado requerido pela ordem jurídica e exigido pelo estado das circunstâncias”. A medida do cuidado se determina, em geral, a este respeito, segundo a natureza objetiva do ato empreendido, e não segundo o caráter particular do agente. A não aplicação (*Nichtanspannung*) da atenção, o não cumprimento do decido, se apresentam, no sentido da terminologia dominante, com uma falta de vontade; 2. *Falta de previsão*, ou seja, que deve haver sido possível ao agente prever o resultado como efeito do movimento corporal (ainda que não mais que em seus traços gerais) e reconhecer a existência dos restantes elementos essenciais do fato. Na apreciação desse problema, deve-se tomar por base as faculdades mentais do agente, em geral, e no momento do ato (agitação, embriaguez), e sua maior ou menor perspicácia. A medida aqui é subjetiva, especial. O que está aqui em questão é a capacidade mental do agente individual. Se esta se afirma, a falta de previsão se apresenta, então, como uma *falta de inteligência*; 3. Desse modo se aclara, ao mesmo tempo, o conteúdo material da culpa como espécie de culpabilidade. Este consiste em que o autor não reconheceu, sendo possível fazê-lo, a significação anti-social de seu ato, em razão de sua indiferença frente as exigências da vida social. Portanto, em último termo, apresenta-se a culpa como uma *falta de sentido*¹⁴.

Por seu turno, Beling, proclamava que “uma reprovação menor se dá para aquele que rechaçou subjetivamente o pensamento de cometer uma ilicitude, porém, que não tomou suficientemente a sério a possibilidade de atuar ilicitamente”¹⁵.

Contudo, o estudo da culpabilidade por essa escola, nos moldes psicológicos, não explica ou o faz de maneira bem inconsistente o instituto da culpa inconsciente. Nesse caso, ou excluía-se da culpabilidade a culpa inconsciente, ou se obrigava um outro ponto de conexão entre o dolo e a culpa que facilitasse a subsunção dos dois conceitos¹⁶.

1.1.2 Escola Normativista do conceito de crime

Essa Escola de pensamento nasce no sudoeste da Alemanha, na Escola de Baden, que era umbilicalmente atrelada à filosofia dos valores, em contraste com o mundo das significações, ou do mundo cultural, sendo bastante influenciada por dogmas neokantianos¹⁷.

¹⁴ SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção do direito penal brasileiro**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 29.

¹⁵ *ibid.* p. 29.

¹⁶ *ibid.* p. 30.

¹⁷ *ibid.* p. 30.

Os maiores representantes desse estudo foram M. E. Mayer e Edmund Mezger, ao passo que o auge de reconhecimento desse movimento ocorreu no período relativo entre as duas guerras mundiais¹⁸.

A Escola Normativista preconizava que entre o mundo natural e o dos valores há uma zona de intermediária constituída pela cultura, que determina os fatos de acordo com critérios valorativos¹⁹. “Ela pretende retirar o Direito do mundo naturalista do ‘ser’ para, como a ‘ciência do espírito’, situá-lo numa zona intermediária entre aquele mundo e o do puro ‘dever-ser’”²⁰.

Não houve muitas mudanças quanto à concepção de ação em comparação com a Escola Positivista, permanecendo a ideia de que ela é um comportamento do agente unido a uma alteração do mundo externo e à vontade do ser humano²¹.

Todavia, no que diz respeito à tipicidade, passou-se a constatar imprescindível analisá-la não somente como uma descrição formal e exterior de uma ação, mas como um conjunto unitário que também era formado por elementos normativos e subjetivos²².

Já a ilicitude, foi compreendida como efetiva ofensa material de alguns bens jurídicos, significando que afirmar ser ilícito matar alguém não decorre da situação de que o fato é contrário ao ordenamento jurídico, mas que, materialmente, o patrimônio de outra pessoa esteja sendo vilipendiado. Assim, esse conceito de antijuridicidade proporcionou o reconhecimento de novos conceitos de causas justificantes, bem como a possibilidade de gradação da ilicitude, que pode ser reconhecida pelo grau de violação e a importância do bem jurídico²³.

¹⁸ SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção do direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 31.

¹⁹ *ibid.* p. 31.

²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Direito Penal: questões fundamentais. A doutrina geral do crime (apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal – 3º ano)**. Coimbra: Coimbra. ed. 2001. p. 234 apud SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção do direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 31.

²¹ SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção do direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 32.

²² *ibid.* p. 32.

²³ *ibid.* p. 32.

No que concerne à culpabilidade, importante alteração foi realizada, tendo em vista a adoção da Teoria Normativa da Culpabilidade, a qual estipula que a culpabilidade era a reprovação dirigida a um autor de um fato delituoso pela inadequação de sua ação ao que manda a lei. Dessa forma, a culpabilidade tornou-se um juízo de reprovabilidade, amparado por elementos subjetivos e objetivos, tais como o dolo ou a culpa, a imputabilidade do agente e a exigibilidade de conduta diversa balizada no ordenamento jurídico²⁴, isto é, de acordo com as palavras de Jorge Figueiredo Dias: “O dolo e a culpa não são mais espécies de culpabilidade, mas elementos daquele juízo de censura que só se afirma quando, para além deles, houver um conjunto de condições endógenas que o permitam e uma certa normalidade de motivação”²⁵.

Em se tratando da culpa, de forma específica, a reprovabilidade da culpabilidade é direcionada em desfavor do conceito negativo da insuficiente representação do resultado, mas contra a falta de atenção explicitada pelo ser humano no cumprimento do seu dever de cuidado²⁶.

Mezger corrobora com esse entendimento dizendo: “Atua culposamente quem infringe um dever de cuidado que lhe incumbe pessoalmente e pode prever a ocorrência do resultado (...) Para que o delito culposo seja também culpável, precisa conter em si mesmo um momento de *querer consciente contrário ao dever*”²⁷. Nesse contexto, verifica-se que, para que essa estrutura seja configurada, é preciso reconhecer dois elementos, quais sejam a associação psicológica feita pela previsibilidade do resultado e a justificação normativa demonstrada pela inobservância de um dever de cuidado.

Não obstante, ele dizia que a ação dolosa ou culposa refere-se àquele que se encontra em alusão anímica com essa atuação, bem como que o objeto de concentração da culpabilidade não é a faculdade de querer, mas o próprio ato volitivo. Isto é, “a teoria da ação e a teoria da culpabilidade descansam no querer do autor. Enquanto, porém, que a ação

²⁴ SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção do direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 32-33.

²⁵ *ibid.* p. 33.

²⁶ *ibid.* p. 33.

²⁷ *ibid.* p. 33.

pertence tudo o que é efeito do querer, à culpabilidade só corresponde ao que, sendo efeito do querer, é, ao mesmo tempo, conteúdo do querer”²⁸.

Esse movimento teórico, principalmente na pessoa de Mezger, foi alvo de críticas, tais como encontrar a área comum ao dolo e à culpa que fundamente que ambos sejam entendidos como maneiras de um juízo de censura único, visto que, a título de exemplo, na culpa inconsciente não há representação, muito menos conceito de vontade²⁹.

Nos dias atuais, os adeptos desse pensamento buscam diferenciar o estudo dos elementos da culpa em duas instâncias, quais sejam a inobservância do dever de cuidado objetivo passa a fazer parte da ilicitude; e a não-previsibilidade ou previsibilidade do resultado se agrupam em definitivo como institutos da culpabilidade³⁰.

1.1.3 A Escola Finalista

Após a segunda guerra mundial, houve uma substituição nos modelos de Estados de direito, passando de um caráter estritamente formal e chegando a um aspecto material. Assim, “tornou-se claro que o normativismo exasperado das orientações jurídicas de raiz neokantiana não oferecia garantia bastante da justiça dos conteúdos das normas validamente editadas, mesmo que estas obedecem ao formalismo democraticamente imposto”³¹.

Com efeito, buscou-se, a partir daí, justificar a normatividade na natureza das coisas, em leis que estruturam o ser humano, que fundamentariam de forma vinculativa a ciência do direito. Tal tarefa coube a Hans Welzel (1904-1977), baseado no pensamento psicológico de Hönigswald e outros filósofos alemães³².

A mais marcante contraposição do finalismo em detrimento das teorias anteriores é a análise do conceito de ação, que passa a ser considerada como um comportamento do ser humano, mediante o qual as pessoas em sociedade utilizam o seu entendimento do mundo objetivo, o entendimento das leis causais, com o objetivo de atingir determinada finalidade, isto é, a determinação derradeira de um processo causal, ou, se

²⁸ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal: la culpabilidad**. 3ª edição. Buenos Aires: Losada. 1976. v. 5. p. 280.

²⁹ SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção do direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 34.

³⁰ *ibid.* p. 34-35.

³¹ *ibid.* p. 36.

³² *ibid.* p. 36.

preferir, uma estrutura que permite que a ação deixe de ser algo mecânico e passe a se revelar com um agir teleologicamente orientado³³.

Welzel, portanto, explicitava que:

Ação humana é o exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer 'final', não somente 'causal'. (...) A finalidade é um atuar orientado conscientemente ao fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido ao fim, senão que é resultante causal dos componentes causais circunstancialmente concorrentes. Por isso, a finalidade é 'vidente'; a causalidade é 'cega'³⁴.

Segundo a concepção ontológica da ação, é que todo o sistema punível deveria formado. Com esse enfoque, valorou-se que todo o ordenamento normativo deve se ajoelhar aos imperativos da análise finalística da ação, pois ela apresenta os dados reais de um estudo de ordem ontológica³⁵.

Como não poderia ser diferente, essa contextualização do conceito de ação atingiu a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, sendo que o ponto fulcral e diferenciador foi o deslocamento do dolo e da culpa para a estrutura da tipicidade, deixando para trás a concepção positivista da culpabilidade.

No que se refere à ilicitude, tem-se que ela passou por um processo de subjetivação. Isto quer significar, que no momento em que se diz que um comportamento é ilícito, o que está em jogo não é a análise que tal ação é contrária ou não à ordem jurídica, ou, até mesmo, que viola a determinados bens jurídicos, mas, em verdade, que o agente que tem uma conduta ilícita pratica uma falta social, denotando-se, desse agir, uma acentuação de cunho pessoal e ético do fato delitivo (desvalor da ação) em detrimento de seus aspectos causais (desvalor do resultado)³⁶.

À culpabilidade, por sua vez, o finalismo atribuiu um conceito de natureza normativa, passando a ser caracterizada como um juízo de reprovabilidade do qual concorreriam os elementos imputabilidade, da consciência, mesmo que potencial, da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa. Dito de outro modo, a culpabilidade reputa ao autor uma censura individualizada por não ter omitido a ação antijurídica, quando podia fazê-lo³⁷.

³³ SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção do direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 36-37.

³⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal – Parte general**. Trad: Carlos Fontán Balestra, col. Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma. 1956. p. 39-40.

³⁵ SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção do direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 36-37.

³⁶ *ibid.* p. 38.

³⁷ *ibid.* p. 38.

Por outro lado, com o intuito de assegurar que sua teoria não abrangesse eventuais antinomias e que a coerência fosse constante, Welzel, em suas primeiras obras, e para fazer frente à conjectura de que o finalismo só se adequaria ao crime doloso, construiu a culpa como uma atividade defeituosa da conduta dolosa³⁸.

Em momento posterior, tendo em vista as críticas que lhe foram dirigidas, o autor concebeu uma distinção entre “ação em sentido amplo” e “ação em sentido estrito”, criando-se, por consequência, o conceito de finalidade em potencial, isto é, a ação não era apenas uma atividade dirigida a um fim, mas, também, PODERIA ser dirigida a um fim. Assim, no agir culposo, a finalidade seria um elemento que não constituía os fatos, mas o acontecer externo estaria remetido a um finalidade possível ou potencial, diferindo-se dos crimes dolosos, nos quais a finalidade era manifestada com a vontade real, e não a potencial³⁹.

Não se pode olvidar, que Welzel atribuía duas facetas aos crimes culposos: 1) os de pura causação; 2) os de causação com um núcleo de ação finalista. Nos primeiros, existe uma dificuldade deles se separarem de casos fortuitos ou de força maior. A separação seria efetuada mediante o tipo subjetivo, que estabelecia a evitabilidade final, tida como valor imprescindível, para incluir a causação externa na esfera do agir do homem⁴⁰.

Deve-se entender, por outro lado, que a concepção de culpa como maneira de conduta não foi sempre defendida por ele. Nos seus primeiros ensinamentos, a culpa vem como um conceito único, em que se imbricam a ação ilícita e a culpabilidade, mormente no que diz respeito à justificação do tipo subjetivo. Ele consignava que existe culpa quando o autor não evita o resultado, pelo fato de não ter observado um cuidado⁴¹.

Com o passar do tempo, a teoria foi sendo alvo de críticas, destacando-se as proferidas por Werner Niese, que preconizava que a conduta culposa, ao ser caracterizada como aquela em que poderia ser evitada, mediante melhor direcionamento final (potencial), estaria sendo colocada, no terreno da ação, a culpa como grau ou espécie de culpabilidade, uma vez que a potencialidade buscava esconder a consideração de que o agente deveria (dever-ser) não permitir a causação do resultado, sendo que poderia (ser). Isto é, tem-se, em

³⁸ SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção do direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 39.

³⁹ *ibid.* p. 39.

⁴⁰ *ibid.* p. 40.

⁴¹ *ibid.* p. 40.

verdade, uma valoração característica da culpabilidade, própria a juízo de reprovabilidade da conduta, não se comportando à seara da ação⁴².

Lado outro, após algumas críticas relativas às suas considerações sobre o crime culposos, Welzel renovou o seu sistema dizendo que: “A doutrina da ação não se ocupa, em primeiro termo, das ações relevantes para o Direito Penal, senão que desenvolve o princípio estrutural geral das ações humanas, ou seja, sua direção em função do fim antecipado mentalmente e sua realização em direção ao fim⁴³”.

Nesse sentido, se a finalidade abarca tudo o que diz respeito à vontade de realização, isto é, não apenas ao fim a ser atingido, mas também aos meios a serem empreendidos, na conduta culposa, o cerne do que é a vontade, no seu significado penal, não tem importância relativamente ao fim que se busca⁴⁴.

Assim, os crimes culposos baseiam-se, sobretudo, no sentido de que a vontade, sob uma ótica objetiva, escolhe os meios de conduta essenciais para o perfazimento da ação, atendendo-se, primordialmente, à seleção e à utilização desses meios e às conclusões que esses venham a realizar⁴⁵.

Esse novo entendimento de Welzel é baseado no fato de que a situação elementar do crime culposos não se acha no resultado, mas nos meios de execução da conduta, sendo que tanto os crimes dolosos como os culposos compreendem a ação finalística⁴⁶.

Entretanto, há que se diferenciar as perspectivas dolosas das culposas. O tipo doloso abrange a conduta final, uma vez que a vontade está direcionada à consecução de resultados intoleráveis pela sociedade. Já o tipo culposos, se preocupa com a classe de movimento final, referentemente aos resultados que a sociedade não tolera, sendo que o autor, ou acredita que não acontecerão ou pensa que eles não serão produzidos⁴⁷.

Com efeito, no delito culposos, é imprescindível a apreciação da espécie e do meio de execução empregado na conduta, não o implemento do resultado. A identificação do crime culposos é feita a partir de um processo típico de concretização da ação finalística que,

⁴² SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção do direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 40.

⁴³ *ibid.* p. 44.

⁴⁴ *ibid.* p. 44.

⁴⁵ *ibid.* p. 44.

⁴⁶ *ibid.* p. 45.

⁴⁷ *ibid.* p. 45.

conforme o que determina o dever geral de cuidado, obrigatório em dada circunstância, foi violado⁴⁸.

1.2 Características do tipo penal culposo

Os delitos perpetrados mediante culpa são exceções à regra da criminalização dolosa, mostrando-se na lei como situações acessórias de reduzida significação. Em verdade, as civilizações atuais têm como atributo a intensificação de ações danosas e perigosas à vida, à saúde, ao meio ambiente, etc.

Os crimes culposos, dada a possibilidade de variação das circunstâncias de sua materialização, não podem ser formalmente expostos na lei penal, mas somente indicados por sua natureza. Em outras palavras, constituem-se como tipos abertos que devem ser preenchidos concretamente através de um procedimento de valoração do intérprete (magistrado), não possuindo o mesmo rigor de definição legislativa dado aos crimes dolosos⁴⁹.

A conceituação de culpa é fundada em características objetivas e necessita de uma correlação com a capacidade individual do agente, que pode ser inferior ou superior, dependendo da definição judicial destinada a culpa no caso concreto. A alteração ou não da capacidade individual no caso concreto em detrimento da definição abstrata de culpa delimitada pela lei resultou em uma controvérsia sobre o local sistemático de avaliação desses aspectos pessoais⁵⁰.

Por um lado, havia o critério da generalização/duplo, em que a capacidade individual era aferida na culpabilidade (inteligência, escolaridade, habilidades, etc). Esse critério trabalha com uma dualidade entre tipo de imprudência e de culpabilidade de imprudência, generalizando a medida objetiva do tipo⁵¹.

Nesse aspecto, temos dois resultados possíveis: a) no nível *inferior* da capacidade individual, exige-se *mais* de quem pode *menos* do que o alcance geral do tipo,

⁴⁸ SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção do direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 45.

⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6ª edição. Curitiba: ICPC. Lumen Juris. 2014. p. 161.

⁵⁰ *ibid.* p. 161.

⁵¹ *ibid.* p. 162.

tendo em vista que a capacidade de atuar segundo o direito é problema da culpabilidade. Exemplo: A é um motorista idoso ou possui uma visão fraca. Um motorista de idade avançada ou que tenha visão debilitada não evitaria eventual acidente; b) no nível *superior* da capacidade individual, exige-se *menos* de quem pode *mais* do que o alcance geral do tipo, uma vez que não seria exigível do agente o que não é exigível aos outros. Exemplo: A é um piloto de automobilismo. Eventualmente, há um acidente que só poderia ser evitado por um piloto de automobilismo⁵².

Por outro lado, temos o critério da individualização, o qual individualiza o alcance objetivo do tipo de injusto, considerando no tipo as diferenças de capacidade individual (inteligência, escolaridade, etc.). Daí resulta, também dois resultados possíveis: a) se a capacidade individual é *superior* ao alcance do tipo, exige-se *mais* de quem pode *mais*, constituindo-se típicos comportamentos atípicos pelo critério anteriormente mencionado. Assim, seguindo o exemplo anterior, um piloto de automobilismo deve empreender suas habilidades especiais para impedir um atropelamento, que, para o cidadão comum, seria impossível de ser evitado; b) se a capacidade individual é *inferior* ao alcance do tipo, exige-se *menos* de quem pode *menos*, entendendo atípicos comportamentos típicos pelo critério da generalização⁵³.

Com o intuito de solucionar essa celeuma, Juarez Cirino dos Santos expõe o entendimento de Roxin:

Roxin combina o rigor dos critérios da generalização e da individualização porque exige mais de quem pode mais (no limite superior) e, também, exige mais de quem pode menos (no limite inferior): a) se a capacidade individual é inferior à exigência geral do tipo de injusto, prevalece a medida do tipo de injusto, segundo o critério da generalização, sob o argumento de que a incapacidade de agir diferente é um problema de culpabilidade; b) se a capacidade individual é superior à exigência geral do tipo de injusto, o autor deve empregar essa maior capacidade, segundo o princípio da individualização, sob o argumento de que outra interpretação significaria vitimização desnecessária de vidas humanas⁵⁴.

Em outra via, a doutrina penal hodierna expõe dois conceitos no que concerne a culpa. O primeiro é o dever de cuidado, que define imprudência como lesão do

⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6ª edição. Curitiba: ICPC. Lumen Juris. 2014. p. 162.

⁵³ *ibid.* p. 163.

⁵⁴ *ibid.* p. 163.

dever de cuidado objetivo exigido (JESCHECK, WEIGEND). O dever de cuidado delimita a culpa do ponto de visão do agente individual e define a ação exigida para posicionar o comportamento na fronteira do risco permitido pelo sistema jurídico. O segundo é o de risco permitido, desenvolvido pela teoria da elevação do risco (ROXIN). O risco permitido delimita a culpa sob o enfoque do sistema normativo e retrata os limites objetivos que influenciam o dever de cuidado individual, isto é, o risco permitido seria uma “moldura típica primária de adequação do dever de cuidado, de modo que a lesão do dever de cuidado sempre aparece sob a forma de criação ou de realização do risco não permitido”. Essas duas abordagens não são excludentes, mas se aglutinam em um todo superior⁵⁵.

Nesse particular, seguindo qualquer um dos conceitos mencionados, a tipicidade culposa se caracteriza por dois elementos imbricados, quais sejam o desvalor da ação (o dano do dever de cuidado objetivo, como a criação de um risco não permitido) e o desvalor do resultado (a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, resultante da infringência ao dever de cuidado objetivo ou da materialização de risco não permitido)⁵⁶.

Com efeito, o dever de cuidado é estabelecido por leis, dotadas de normatividade, que delimitam o risco permitido em comportamentos perigosos para bens jurídicos nos mais diversos seguimentos da estrutura social. Nas mais distintas hipóteses, a conceituação de risco permitido demarca, na situação concreta, o dever de cuidado ordenado para realizar, por exemplo, a ação arriscada de conduzir um veículo em via urbana, delimitando o atributo objetivo contido na conceituação de dever de cuidado objetivo⁵⁷.

O descumprimento isolado de um mandamento jurídico, normalmente, determina o nascimento de um risco não permitido, caracterizando uma lesão do dever de cuidado. Porém, em alguns casos, pode não ser suficiente para destacar a lesão do risco permitido ou do dever de cuidado; da mesma forma, a observância incólume da norma não garante a conduta segundo o cuidado objetivo ou na fronteira do risco permitido⁵⁸.

⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6ª edição. Curitiba: ICPC. Lumen Juris. 2014. p. 164-165.

⁵⁶ *ibid.* p. 165.

⁵⁷ *ibid.* p. 166.

⁵⁸ *ibid.* p. 166.

O conceito de homem prudente é utilizado, geralmente, para definir a lesão do dever de cuidado ou a criação de risco permitido. É, para alguns doutrinadores, um mecanismo importante para avaliar ações humanas.

A capacidade de reconhecer e avaliar situações de perigo para bens jurídicos protegidos são umas das características que circundam um homem prudente. Tal modelo é edificado através de perguntas retóricas no sentido de se indagar como um homem prudente deveria se portar naquela situação⁵⁹.

No entanto, é inevitável a constatação da dificuldade de definir um modelo adequado de homem prudente, pois é visível a subjetividade desse exercício. Muitas vezes, o intérprete pode distorcer esse conceito e exigir excessivamente do agente⁶⁰.

1.2.1 Previsibilidade e a previsão do resultado – aspectos subjetivos do tipo culposo

A maioria da doutrina preconiza que a previsibilidade do resultado é uma condição para se responsabilizar o autor, apesar de a conceituação do que é ou não previsível ser imprecisa.

Roxin, por exemplo, utiliza os critérios de criação e de realização do perigo em detrimento da previsibilidade. Assim, hipoteticamente, se o autor mandar a esposa andar em uma praia deserta em dia de temporal para que ela seja atingida por um raio, e isso, de fato, ocorrer, tal resultado não será imputável ao autor, uma vez que não há como controlar esse tipo de risco, não havendo relação qualquer com a previsibilidade⁶¹.

Porém motivar a imputação do resultado na criação ou realização de risco instituído pelo agente não separa essa categoria da previsibilidade. Ora, a criação ou realização do perigo é dirigida ao agente porquanto o resultado é previsível, controlável por ele⁶².

Em verdade, a previsibilidade objetiva é pressuposto do conceito de risco de resultado ou lesão, ou seja, a previsibilidade é elemento basilar para que se impute culpa a

⁵⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6ª edição. Curitiba: ICPC. Lumen Juris. 2014. p. 167.

⁶⁰ *ibid.* p. 167.

⁶¹ *ibid.* p. 180.

⁶² *ibid.* p. 180.

alguém, tanto na sua vertente inconsciente, em que o agente não prevê um resultado que era previsível, como na sua espécie consciente, em que o autor prevê o resultado previsível, mas confia que pode evitá-lo⁶³.

A culpa inconsciente é a falta de representação do dano do dever de cuidado ou do risco permitido, constituindo modalidade de menor gravidade de culpa. A lesão ao bem jurídico é idêntica (aspecto objetivo) a outra modalidade de culpa (culpa consciente), porém a representação da eventual lesão do risco permitido ou do dever de cuidado na culpa consciente pode gerar outra conduta, o que não acontece com a culpa inconsciente.

Enquanto a culpa consciente pode mostrar grande cuidado para evitar uma lesão a um bem jurídico tida como possível, a culpa inconsciente pode ser mais gravosa, na hipótese de brutal descuido do agente⁶⁴.

Bockelmann, a título de curiosidade, argumenta que o caráter culpável da culpa inconsciente deve ser retirado, visto que a falta de representação do autor obsta a possibilidade de atuação diferente. Em sentido diverso, advoga-se que a culpabilidade não se fundamenta apenas no conhecimento da lesão do bem jurídico, mas, da mesma forma, na possibilidade desse conhecimento, que é resultado da consciência das situações que lastreiam o perigo. Por exemplo, soltar um cachorro agressivo é uma ação culposa, mesmo que o agente não pense que o resultado lesivo possa ocorrer, mesmo porque a estrutura social atual determina que exista membros capazes de distinguir e de conter os perigos que criam⁶⁵.

Por seu turno, a culpa consciente é a representação de uma possível lesão do risco permitido ou do dever de cuidado, além da absoluta confiança na inevitabilidade do resultado, por subestimar o perigo ou por superestimar a sua capacidade pessoal⁶⁶.

A doutrina não é consentânea sobre o nível de intensidade da representação da possibilidade de resultado do fato típico. Há quem sustente pela representação mínima, posição majoritária. Jescheck e Weigend exigem a representação do perigo concreto. Já

⁶³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6ª edição. Curitiba: ICPC. Lumen Juris. 2014. p. 180.

⁶⁴ *ibid*, p. 180.

⁶⁵ *ibid*. p. 181.

⁶⁶ *ibid*. p. 182.

Roxin, estabelece que a representação de perigo deve ser juridicamente relevante, em grau superior ao risco permitido⁶⁷.

A importância em definir as bases da culpa consciente serve para estabelecer um método diferenciador em relação ao dolo eventual. Esses dois conceitos são excludentes e complementares a um só tempo, sendo que a diferenciação entre eles é uma das questões mais nebulosas na seara jurídico-penal⁶⁸.

A complementariedade e a natureza excludente entre esses conceitos se baseia no fato de que o agente que confia na ausência do resultado típico possível, ao mesmo tempo, não pode conformar-se com a sua produção. Ou seja, quem aceita o resultado possível não pode, concomitantemente, confiar que ele não ocorrerá⁶⁹.

Em linhas gerais, o dolo é uma decisão de lesão ao bem jurídico protegido no tipo. A culpa consciente, em sentido oposto, é a irresponsável confiança na não ocorrência do resultado.

No âmbito dos efeitos acessórios representados como possíveis pelo agente reside o liame comum entre os dois institutos, que irão se diferenciar nas searas intelectual e emocional. No sentido intelectual, a culpa consciente é representação da possibilidade de produção do resultado, ao passo que no aspecto emocional é a insensata confiança na falta ou exclusão do evento danoso, seja por habilidade, atenção, etc. O dolo eventual, na sua dimensão intelectual, considera possível a ocorrência do resultado, sendo que, no sentido emocional, há uma conformação do agente com a eventual produção do resultado lesivo⁷⁰.

Graduando-se a intensidade dos níveis emocional e intelectual, é possível constatar todas as formas subjetivas de realização de comportamentos típicos, passando do nível de maior de intensidade psíquica (dolo direto de primeiro grau), até o nível de menor intensidade psíquica (culpa inconsciente). Assim, se B é ferido por A, que cumprimenta, segurando uma faca na mão, o primeiro, é possível graduar subjetivamente essa ação por várias vertentes. Se houver intenção de ferir (dolo direto), se houver conformação com o

⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6ª edição. Curitiba: ICPC. Lumen Juris. 2014. p. 182.

⁶⁸ *ibid.* p. 182.

⁶⁹ *ibid.* p. 183.

⁷⁰ *ibid.* p. 183.

advento do resultado tido como possível (dolo eventual), se houver confiança na falta do resultado tido como possível (culpa consciente), se houver, apenas, a ausência de representação dos efeitos colaterais tidos como possíveis (culpa inconsciente)⁷¹.

Não obstante, é possível graduar, também, a culpa consciente e inconsciente pela intensidade da lesão do risco permitido ou do dever de cuidado. A leviandade seria ou grau mais intenso, formada pela grosseira desatenção na materialização de atitudes socialmente perigosas, justificando, eventualmente, numa maior aspereza repressiva, sempre cingida nos limites na culpa, nunca se confundindo com o dolo eventual, o qual jamais pode ser definido de maneira abstrata⁷².

Nesse contexto, para que se configure o dolo eventual é imprescindível que haja um fato concreto objetivamente comprovado que permeie a mente do autor pelos meios perceptivos (conhecimento) e, em razão dessa circunstância objetivamente concreta concebida, a conformação no agente de um comportamento interior consistente no consentimento ou aceitação do resultado tido como provável ou possível⁷³.

A menor graduação de intensidade de lesão do risco permitido ou do dever de cuidado, para fins de aferir a gravidade da culpa consciente e inconsciente, é a pequena culpa ou pequena imprudência, que seriam os pequenos deslizes realizados pelos cidadãos prudentes, sendo inerentes à sociedade. Para tanto, basta a utilização de instrumentos da seara civil, como meio de compensação de eventuais condutas danosas⁷⁴.

1.2.2 O homem médio e sua relação com a conduta culposa

A doutrina, em sua maioria, ao se referir a uma conduta culposa, busca encontrar padrões gerais de comportamento, os quais tangenciam a interpretação de uma ação negligente (culpa). Explicando, se o autor empreende uma conduta abaixo do que o cuidado exige, tem-se uma conduta negligente; se o cuidado é equivalente ou superior, não há que se falar em responsabilização penal.

⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6ª edição. Curitiba: ICPC. Lumen Juris. 2014. p. 184.

⁷² *ibid.* p. 185.

⁷³ *ibid.* p. 185.

⁷⁴ *ibid.*, p. 185.

Contudo, esse critério pode ser considerado inapropriado, haja vista a flagrante dissonância com o princípio da estrita legalidade, gerando preocupante insegurança jurídica, pois não há como definir o que venha a ser um homem razoável, sob um ponto de vista objetivo.

Sobre esse particular, afirma Fábio Roberto D'ávila:

A relevância da questão é crucial: a dogmática dá vida a um paradigma que chama de homem médio para funcionar como o mínimo em termos de exigência comportamental, e, não apenas não o coloca mais afastado daquilo que somos, pelo simples fato de não haver qualquer liame entre a sua existência e o ser para o qual fora criado como modelo. Este aterrador cenário surrealista não proporcionaria, nem ao menos, uma pequena margem de dissidência. Na verdade, a violência parece ser humana demais para ser delegada a apenas um único campo do conhecimento. Seria, até mesmo, questionável, se o tal princípio do risco permitido estar-se-ia referindo apenas à máquina e mecanismos. Será que, em nenhum momento, o doutrinador, por um 'ato falho' em sua concepção freudiana, não estaria a referir-se sobre uma dissidência tolerável? Não seria esta uma ponte entre o 'real' e o imaginário?⁷⁵

Não há outra conclusão senão a que conduz ao abandono desse conceito jurídico indeterminado (homem médio) no exame contextual do crime culposos, devendo-se, por conseguinte, analisar as condições e situações inerentes ao fato, bem como a de salvaguardar determinado bem jurídico, valendo-se de normas orientadores de profissões, ofícios e atividades em geral.

Torna-se relevante, na análise do fato típico culposos, os aspectos objetivos e subjetivos, mormente na individualização da capacidade do agente. Para tanto, nasceram algumas correntes para explicar esse fenômeno⁷⁶.

A Teoria da Dupla Posição, majoritária, propugna uma avaliação eminentemente objetiva, eximindo a totalidade dos aspectos subjetivos, inerentes à capacidade individual do autor em sujeitar-se à norma, para a aferição da culpabilidade.

A Teoria da Individualização da Capacidade do Agente determina que tanto os aspectos objetivos como os subjetivos são relevantes para examinar um fato típico.

⁷⁵ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposos e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 94.

⁷⁶ *ibid.* p. 94-95.

A Teoria Mista de Roxin, por outro lado, seria um meio termo entre as duas correntes já citadas, dispondo que se deve observar a capacidade individual do agente apenas na situação de ser esta superior ao padrão objetivo, ao passo que, sendo ela inferior, continua o padrão objetivo, transpassando a avaliação individualizada para a esfera da culpabilidade⁷⁷.

As distinções entre a Teoria da Dupla Posição e a Teoria da Individualização da Capacidade do Agente são duas: a) Se as capacidades do autor estiverem abaixo do dever objetivo exigido, a primeira teoria dispõe que a culpabilidade poderá ser descartada, ao passo que a segunda teoria delimita que a tipicidade será excluída. Porém, em ambas, o autor não será responsabilizado na esfera criminal; b) Se as condições do sujeito estiverem superiores ao dever objetivo exigido, a Dupla Posição retrata que o indivíduo não responderá pelo crime, sendo que, em sentido contrário, de acordo com a Individualização da Capacidade do Agente, ao autor poderá ser o resultado imputável, dado que os fundamentos de verificação da culpa são individualizados⁷⁸.

1.2.3 Breves apontamentos críticos aos conceitos relativos aos crimes culposos:

Segundo a doutrina clássica, o fato típico de imprudência alcançaria seu perfazimento na presença de uma gama de características tradicionalmente demonstradas pela: conduta do ser humano, não observância do dever objetivo de cuidado, cognoscibilidade, previsibilidade objetiva, evitabilidade, resultado, nexos causal e tipicidade⁷⁹.

Na verdade, admitem-se variações entre as características acima citadas, em razão dos critérios lacunosos utilizados pelo nosso sistema jurídico na constituição dos elementos do crime culposo. O legislador não se preocupou em delinear mais taxativamente o conceito de culpa, limitando-se a relacioná-los às considerações sobre a imprudência, que, de acordo com Magalhães Noronha, são essas⁸⁰: negligência: estaria relacionada a uma conduta negativa do agente, isto é, uma não atuação, inércia, uma passividade material e subjetiva; imprudência: em via contrária da negligência, estaria vinculada a uma atuação ativa atuação afoita, afobada, sem cautela e com precipitação; imperícia: supõe-se, no ofício de

⁷⁷ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 94-95.

⁷⁸ *ibid.* p. 96.

⁷⁹ *ibid.* p. 80.

⁸⁰ *ibid.* p. 80.

uma arte ou profissão, uma incapacidade, em virtude do não conhecimento e inabilitação do exercício desse mister, podendo ser originada da ausência de prática ou da falta de conhecimentos teóricos e técnicos para a consecução desse ofício⁸¹.

Todavia, tais conceituações não somente levam em conta parâmetros de julgamento evidentemente arriscados, como são razões de perturbação na determinação de sua regular aplicação. A diferenciação entre negligência e imprudência, pela clássica ação comissiva ou omissiva, não acarreta solução segura. Não obstante, tal distinção mostra-se efetivamente inútil, visto que a própria avaliação do que venha a ser negligência é ampla o bastante para abarcar o conteúdo das duas características⁸².

Noutro giro, só devemos falar em negligência, esta em seu sentido *lato*, que abrange também as situações de imprudência e imperícia, se o autor do fato típico realmente infringir um dever de cuidado inerente a sua conduta. A conduta simplesmente arriscada nem sempre resulta em uma infração do dever geral de cuidado exigido a todos, uma vez que, além das normas de diligência impostas pela vida em sociedade, será imprescindível que a ação descuidada tenha transpassado os limites do perigo recomendáveis pelo convívio social⁸³.

Nessa medida, deverão ser respeitados os padrões médios gerais, dentro de uma constatação eminentemente objetiva, com base nos critérios inerentes a um homem médio que convive em sociedade.

Primeiramente, conforme proclama Dâmasio de Jesus⁸⁴:

Devemos examinar qual o cuidado exigível de uma pessoa prudente e de discernimento diante da situação concreta do sujeito. Encontramos o cuidado objetivo necessário, fundado na previsibilidade objetiva. Vamos comparar esse cuidado genérico com a conduta do sujeito, a conduta imposta pelo dever genérico de cuidado com o comportamento do sujeito. Se ele não conduziu da forma imposta pelo cuidado no tráfego, o fato é típico.

⁸¹ NORONHA, Magalhães. **Do crime culposo**. 2ª edição. São Paulo. Saraiva. 1966. p. 90 a 96 apud D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 80.

⁸² D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 81.

⁸³ *ibid.* p. 81.

⁸⁴ JESUS, Dâmasio de. **Direito Penal**. 20ª edição, São Paulo. Saraiva. 1997. volume I. p. 291.

Malgrado exista tal posicionamento, é visível a impropriedade de tal conceituação, em diametral afronta aos princípios gerais do direito e à legalidade estrita⁸⁵.

Assim, a análise da tipicidade da conduta não se deve, por consequência, em momento algum, ter por alicerce a figura do agente prudente e cuidadoso, o qual a conduta deveria ser comparada a do agente no caso concreto. Ao invés de utilizar o homem médio ou qualquer outra aferição abstrata, o julgamento da ação cuidadosa deve ser analisado pelas condições concretas, contemporâneas ao momento do fato, e da necessidade objetiva, naquele momento, de salvaguardar o bem jurídico⁸⁶.

Embora a análise acima não seja consentânea com a teoria da individualização da capacidade do agente, percebe-se uma nítida preocupação para que a utilização do conceito abstrato de homem médio seja descartada, ainda que pautado na posição e papel real do autor e ligado a um critério de previsibilidade objetiva, referente à uma profissão, às circunstâncias da vida cotidiana, etc. Assim, iríamos inferir características individualizantes intrínsecas à culpabilidade. Em outro momento, estaríamos a referir um molde abstrato em dissonância com o tipo negligente, bem como com o princípio da legalidade, inseparável ao direito penal⁸⁷.

Contudo, antes de analisarmos a validade ou não da objetividade exclusiva como base criteriosa na apreciação da culpa, é imperioso avaliar a necessidade dos próprios elementos balizadores do fato típico culposo, mormente em relação às premissas da teoria da imputação objetiva do resultado⁸⁸.

Nesse contexto, os estudiosos assumem os mais diferentes posicionamentos, sobressaindo-se, todavia, as sistemáticas de Jescheck e Roxin.

Para Jescheck, a tipicidade será separada em injusto da ação, constituído pela inobservância do dever de cuidado, e injusto do resultado, nascido pela produção, previsibilidade e causalidade do resultado, baseada em critérios de imputação objetiva. Já

⁸⁵ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 82.

⁸⁶ TAVARES, Juarez. **Direito penal da negligência**. São Paulo: RT. 1985. p. 137.

⁸⁷ *ibid.* p. 137.

⁸⁸ *ibid.* p. 137.

Roxin, irá afugentar os elementos da análise típica para o âmbito interno do próprio conceito de imputação⁸⁹.

Com efeito, Roxin aduz que somente ocorrerá a imputação objetiva, se presente a caracterização de uma negligência na conduta, visto que por trás da infração de um dever de cuidado, escondem-se elementos diferenciadores da imputação, que caracterizam os pressupostos da imprudência de uma maneira mais precisa que uma eventual cláusula geral⁹⁰.

Por outro lado, não haverá em todas as ocasiões um dever geral de cuidado a ser acatado pelo agente, não devendo, assim, falar-se em inobservância desse dever, a título de exemplo, segundo Jakobs, no uso de facas, não há com receitar o seu manejo diligente, mas, em verdade, o seu manejo descuidado, visto que não há, no caso em análise, um dever de manejar⁹¹.

Conquanto existam aqueles prelecionam que a simples desobediência do cuidado exigido, somada a um resultado típico, já acarretaria na produção de um crime, é cristalino que, tendo em vista a ausência de ligação entre o descumprimento do cuidado e a lesão, a responsabilidade penal do autor deverá inexistir⁹².

No que toca a teoria da imputação objetiva, em outra via, a análise é feita pela não ocorrência do risco não permitido realizado pela conduta do autor. Isto é, a lesividade jurídica não resulta do risco não permitido atribuído à ação do agente, visto que, mesmo na sua falta, o dano permaneceria intacto, podendo-se vislumbrar, nos casos em que ação do agente nem ao menos transcenda o risco permitido, a exclusão da imputação. A não imputação estaria consumada sem que houvesse necessidade de adentrar nos elementos da evitabilidade, previsibilidade, desobediência de um dever geral de cuidado, cognoscibilidade, dentre outros⁹³.

Não obstante, é importante analisar que a valorização extremada da característica da inobservância do dever de cuidado pode induzir o intérprete a erro,

⁸⁹ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 83.

⁹⁰ *ibid.* p. 84.

⁹¹ *ibid.* p. 84.

⁹² *ibid.* p. 86.

⁹³ *ibid.* p. 86.

conduzindo-o a uma confusão entre os delitos de negligência e os crimes de omissão, colocando-os em uma mesma balança. Essa comparação é evidentemente equivocada, pois “o que está proibido nos delitos culposos não é a conduta que omite o dever de cuidado (...), mas, sim, a criação de um risco não permitido, abarcado pelo fim de proteção da norma, que tenha se realizado no resultado típico”⁹⁴.

Essa interpretação equivocada pode ser estendida aos crimes de perigo abstrato. A mera conduta relapsa não é típica. A incidência da norma penal exige que ocorra um resultado típico, ou seja, uma lesão a um bem jurídico penalmente tutelado que possa ser direcionado a um autor. Não se admite a possibilidade de criação de tipos culposos de perigo abstrato, visto que, nesse particular, não haveria o que responsabilizar o agente, isto é, não haveria perigo concreto⁹⁵.

Desse modo, o resultado está vinculado à avaliação do tipo culposo, sendo que aquele, por alguns estudiosos, é visto como verdadeira condição objetiva de punibilidade, punindo-se a ação e não o resultado, restringindo-se explicitamente do estudo típico ao desvalor da ação⁹⁶.

Conforme já explicitamos, Welzel posiciona-se de forma diferente. Ele diz que o resultado é um elemento limitador do tipo penal, não havendo que se falar em delito culposo se não ocorreu nenhum resultado da ação que descumpriu o dever de cuidado. Essa análise leva em conta o desvalor da ação e o desvalor do resultado⁹⁷.

Embora a omissão, por outro lado, não se confunda com a culpa, é possível que ela ocorra nos crimes culposos, visto que esses conceitos não se excluem. Para tanto, a doutrina estabeleceu alguns critérios balizadores, quais sejam o desprendimento de energia, a causalidade e o ponto de gravidade da estrutura normativa⁹⁸.

O desprendimento de energia cinge-se no exame da ação do autor. Ocorrerá uma ação positiva quando houver um desprendimento de energia na consecução do resultado

⁹⁴ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 87.

⁹⁵ *ibid.* p. 88.

⁹⁶ *ibid.* p. 88.

⁹⁷ *ibid.* p. 89.

⁹⁸ *ibid.* p. 89.

típico. Esse critério, contudo, não consegue solucionar satisfatoriamente os casos que estão a sua volta; a causalidade incorre em imperfeições da mesma forma que o primeiro parâmetro; o ponto de gravidade da estrutura normativa, extremamente atualizado e disseminado no mundo jurídico, aduz que haverá ação (comissão) se a norma reguladora for determinativa⁹⁹.

Desse modo, esses critérios buscam delimitar uma melhor sistemática para o entendimento dos institutos acima citados, apesar de, muitas das vezes, não conseguirem explicar todas as situações de maneira satisfatória.

É forçoso consignar, portanto, que os parâmetros teóricos corriqueiramente utilizados para o entendimento da ação culposa não estão imunes de críticas, sendo que estas servem como combustível para que se estabeleçam mecanismos cada vez mais confiáveis para a compreensão desse tema.

⁹⁹ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposos e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 89.

2. IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A dogmática penal tradicional, confeccionada no fim do século XIX e início do século XX, preconizava o tipo penal no panorama da causalidade, ou seja, o crime se realizava sempre que o agente elaborava uma condição para o resultado nele previsto, confirmando o que dizia a teoria da equivalência dos antecedentes. Dessa forma, o tipo penal era abrangido por uma extensão enorme, visto que, nessa visão, por exemplo, o fato típico “matar alguém” é atribuído não somente para o agente que dispara o tiro fatal, mas a todos aqueles que auxiliaram o resultado: o fabricante da arma, o vendedor das munições, os ascendentes do criminoso, etc. Assim, eventuais restrições à responsabilização penal deveriam ser realizadas na antijuridicidade ou, na maioria das vezes, na culpabilidade, local onde se inseriam os elementos subjetivos do crime¹⁰⁰.

Por volta de 1930, a teoria finalista da ação, já vista anteriormente, amparada pelos ensinamentos de Welzel, contrapôs a teoria da equivalência dos antecedentes. Essa nova concepção determinava que o cerne da ação humana não estaria puramente no fenômeno da causação, mas no direcionamento finalístico dado pela vontade do agente, evitando-se, por consequência, o regresso ao infinito da teoria causal da ação, uma vez que, naquele caso, o dolo era analisado como elemento subjetivo do tipo penal¹⁰¹.

Nesse contexto, a maior contribuição trazida pela teoria finalista da ação é limitada ao tipo subjetivo, tendo em vista que, para a realização do tipo objetivo, ela considera satisfatória a simples relação de causalidade, ainda sobre o manto da teoria da equivalência. O tipo penal, pois, ainda continuava bastante extenso¹⁰².

Assim, a teoria da imputação objetiva tenta resolver desdobramentos causais não abarcados pela teoria finalista da ação, dispondo que um resultado realizado pelo autor só por ser imputado a ele; bem como preencher os requisitos do tipo objetivo quando o comportamento do agente cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco é realizado no plano concreto e quando o resultado é incluído no alcance do tipo.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal/Claus Roxin**: tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 101.

¹⁰¹ *ibid.* p. 102.

¹⁰² *ibid.* p. 102.

2.1) A criação de um risco não permitido

A título de exemplo, considere que A quer matar B. Assim, A o convence a fazer uma viagem à Florida, pois viu em algum lugar que, nos últimos tempos, vários turistas têm sido vítimas de homicídio; B, que nada teve notícia sobre os fatos anteriormente relatados, faz a viagem de férias à Flórida, sendo efetivamente assassinado. Pergunta-se: deve A ser punido por esse homicídio? Ao reduzir-se o tipo objetivo ao nexos causal, a resposta seria positiva, visto que A causou, por via de seu conselho, o assassinato de B, e, além disso, almejava que isso acontecesse¹⁰³.

Ora, instigar uma pessoa a fazer uma viagem, ainda que, no plano objetivo, constitua a razão de uma morte, e, no âmbito subjetivo, tenha como fim a morte da vítima, não pode ser considerada como uma ação de homicídio, uma vez que tal atitude não criou ou incrementou um perigo de morte que seja relevante sob o ponto de vista jurídico. O resultado morte de B não pode ser imputado a A, pois sequer houve subsunção formal ao tipo objetivo do crime de homicídio, ao passo que não há que se considerar nem se houve dolo ou não¹⁰⁴.

Nesse mesmo sentido, imagine que alguém com aparência suspeita vá a uma loja para comprar um punhal. O vendedor pensa consigo que talvez aquela pessoa possa matar alguém com esse instrumento, mas, mesmo assim, vende o objeto, pois eventual ação delituosa é indiferente a ele. Pergunta-se: na hipótese de o comprador efetivamente apunhalar alguém, deve o vendedor ser punido por homicídio na modalidade dolo eventual? Objetivamente, sob o ângulo da teoria finalista da ação e da teoria da antecedência dos equivalentes causais, o vendedor interferiu no curso causal, contribuindo para a morte da vítima, e, no aspecto subjetivo, assumiu o risco para que esse resultado se efetivasse¹⁰⁵.

Na situação acima exposta, admite-se que haja a existência de um risco, mas este risco é permitido pela lei. O equilíbrio no convívio social só é possível se as pessoas puderem confiar que umas não praticarão condutas dolosas contra as outras. Se pensarmos de forma diversa, não somente os punhais não poderiam ser vendidos, mas também produtos inflamáveis, machados, enxadas, etc. É possível atingir o coração de uma pessoa com uma

¹⁰³ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal/Claus Roxin**: tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 102-103.

¹⁰⁴ *ibid.* p. 104-105.

¹⁰⁵ *ibid.* p. 103.

faca de cozinha, mas o risco de uma suposta destinação abusiva do objeto é permitido pelo Estado, porque a sociedade não pode subsistir sem bens passíveis de abuso¹⁰⁶.

Nesse diapasão, vigora no nosso sistema jurídico o princípio da confiança, isto é, os integrantes de uma sociedade devem confiar que os seus semelhantes se comportarão conforme o direito, enquanto não sobrevierem situações que indiquem o contrário, não se podendo afirmar que uma mera aparência suspeita de um objeto ou de alguém, dada a fragilidade e a vagueza desse critério, seja suficiente para influenciar no curso da causalidade¹⁰⁷.

Pelo contrário, na análise do nexo causal nos crimes, o estudo deve ser balizado em aspectos concretos, em uma reconhecível inclinação para o fato. Essa inclinação pode ser aferida, por exemplo, se, no ato de estar ocorrendo uma rixa dentro da loja, o vendedor entregasse um punhal a um dos participantes. Nessa hipótese, se alguém fosse morto com esse objeto, o vendedor deveria ser punido por homicídio culposo ou como participante do homicídio, dado o seu conhecimento da situação em questão¹⁰⁸.

Portanto, para Roxin, o que alicerça a imputação objetiva é a criação ou o incremento do risco por parte do autor, ultrapassando os limites permitidos pela norma. O resultado deve ser atribuído ao agente do comportamento delitivo ainda que não seja certo, bastando que seja provável ou possível que a efetuação da ação segundo a norma o evitasse. Dessa maneira, a imputação se apoia na criação de um perigo proibido de cunho juridicamente relevante, mesmo que não se tenha firmeza da causação do fato pelo comportamento¹⁰⁹.

Malgrado essa Teoria venha ganhando relevância ao longo dos anos, as críticas não lhe são imunes à luz do nosso ordenamento jurídico, senão vejamos:

a) É evidente a violação do princípio constitucional da presunção de inocência, porquanto converte uma simples possibilidade em juízo de certeza, base

¹⁰⁶ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal/Claus Roxin**: tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 105.

¹⁰⁷ *ibid.* p. 105.

¹⁰⁸ *ibid.* p. 106.

¹⁰⁹ FILHO, Antônio Carlos Santoro. **Teoria da Imputação Objetiva: Apontamentos Críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37.

imprescindível à procedência da persecução penal. Conforme expõe Hirsch, o que se olvida a teoria do aumento do risco é que o âmagô ainda que seja do delito culposo de resultado solicita que a imprudência do sujeito se haja revelado no resultado, devendo essa manifestação ser provada em desfavor do agente¹¹⁰.

b) Ao prestigiar a criação de um risco, desabona o desvalor do resultado, tendo em vista que, apesar de indispensável a sua constituição para a imputação, o juízo de atribuição (imputação) passa a não evidenciar a comprovação cabal da ligação entre o comportamento e o fato criminoso. O corolário dessa situação é a consumação antecipada dos crimes de resultado, visto que, para a sua formação, é suficiente a certificação do perigo ao bem jurídico, vulnerando-se a segurança jurídica e a tipicidade penal¹¹¹.

c) Não obstante o não contentamento como o nexô causal eminentemente físico para a imputação, o Código Penal Brasileiro obriga, como limite interpretativo, a existência e a comprovação do juízo de imputação. Destarte, se um simples juízo de probabilidade de existência de ligação entre um comportamento e uma lesão pode ser defendido no sistema normativo alemão – prestigia o desvalor que atinge o ato em detrimento do resultado -, não se pode dizer o mesmo do nosso ordenamento jurídico, porquanto, nos crimes de resultado, o nexô de causalidade tem relevância substancial à formação da tipicidade¹¹².

d) Ao cabo, a teoria da elevação do risco, mesmo que por via indireta, termina por elencar a culpa pelo descumprimento de normas e regulamentos, desdobrando-se em verdadeira responsabilidade objetiva, uma vez que, tratando-se de crime de resultado, tal elemento passa a ser dispensável. Nesse aspecto, Juarez Tavares leciona: “o importante é, assim, o que deveria ser concretamente realizado para se evitar o perigo e não a infração abstrata da norma de trânsito ou regulamento destinado a traçar técnicas de profissão, arte ou ofício”¹¹³.

¹¹⁰ FILHO, Antônio Carlos Santoro. **Teoria da Imputação Objetiva: Apontamentos Críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 38.

¹¹¹ *ibid.* p. 38.

¹¹² *ibid.* p. 39.

¹¹³ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**. São Paulo: RT. 1985. p. 147.

Conquanto seja de grande valia para aferição da imputação do resultado, o princípio da elevação do risco não exaure todo o problema da causalidade do resultado¹¹⁴.

2.2) A diminuição do risco permitido

Sabendo-se que um dos requisitos que consubstanciam a Teoria da Imputação Objetiva é a criação ou incremento de um risco não permitido, tem-se que a conduta que visa mudar o curso causal de maneira a reduzir a situação de perigo preexistente não pode ser imputada ao resultado, visto que a ação não vilipendia o bem jurídico, mas, sim, busca defendê-lo¹¹⁵.

No direito penal brasileiro o dolo não se restringe somente à vontade de efetivação da conduta, sem que haja qualquer juízo valorativo. Em verdade, nosso ordenamento jurídico obriga que o dolo tenha vontade consciente de realização dos elementos do tipo e o menosprezo ao bem jurídico tutelado pela lei penal¹¹⁶.

Ora, a ação humana tem como âmago uma característica valorativa, sendo que seu comportamento visa obter um sentido, não apenas o resultado, mas, sim, o valor ou desvalor que este revela. A conduta dolosa, assim, orienta-se por um desvalor social, ou a menos um menosprezo a esse valor. Portanto, se a conduta for pautada por um valor relevante à sociedade, o dolo da conduta restará desconfigurado¹¹⁷.

Em síntese, embora, na seara causal, haja aptidão para que determinada conduta seja significativa para a produção do resultado, possibilitando formalmente eventual imputação, não haverá subsunção ao delito por falta de elemento subjetivo¹¹⁸.

Com efeito, a tipicidade penal não possui uma dimensão estritamente prescritiva, mas é imperativa por ser valorativa e finalística. A proibição da norma penal não se exaure em si mesma, ao contrário, ela possui uma finalidade específica, que busca impedir

¹¹⁴ FILHO, Antônio Carlos Santoro. **Teoria da Imputação Objetiva: Apontamentos Críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 41.

¹¹⁵ *ibid.* p. 43.

¹¹⁶ *ibid.* p. 43.

¹¹⁷ *ibid.* p. 44.

¹¹⁸ *ibid.* p. 44.

que os bens jurídicos sejam apresentados em risco ou em situações socialmente desqualificadas¹¹⁹.

Welzel foi quem elaborou o princípio da adequação social, consistente em excluir das garras do sistema penal atitudes que, apesar de pertencerem ao dia-a-dia da sociedade e considerados adequados por ela, integram-se, aparentemente, a alguns tipos penais¹²⁰.

Roxin, por outro lado, entende que o princípio da adequação social não apresenta fundamentação segura para que o intérprete aplique a lei, recorrendo, por substituição, a critérios mais específicos e objetivos, mormente os dispostos na Teoria da Imputação Objetiva¹²¹. Isso significa que, apesar de vigorar em determinados ordenamentos jurídicos, esse princípio ainda é objeto de resistência por alguns doutrinadores.

2.3) A realização do risco não permitido

Agora considere que A efetua um tiro contra B, querendo matá-lo, mas somente o fere. B é carregado por uma ambulância para um hospital, vindo, porém, o veículo a capotar, ceifando a vida da vítima. Pergunta-se: A praticou homicídio consumado contra B? Para os adeptos da teoria da equivalência dos antecedentes, ele tanto causou a morte como também a almejou.

No âmbito da Teoria da Imputação Objetiva, o resultado não poderá ser imputado, no caso exemplificado, àquele que efetuou os disparos, mesmo que ele o tenha causado e almejado. Não se pretende olvidar que, mediante o disparo, o autor criou um perigo imediato de vida, o qual permite a punição por tentativa. Entretanto, o perigo não permitido não se perfectibilizou, tendo em vista que a vítima não faleceu em virtude dos ferimentos, mas sim de um acidente automobilístico. O risco de morrer em um acidente de trânsito não cresceu pelo transporte na ambulância, ou seja, ele não é superior ao risco de acidentar-se quando se passeia de outras formas, faltando, portanto, a realização do risco criado pelo tiro, sendo que o

¹¹⁹ FILHO, Antônio Carlos Santoro. **Teoria da Imputação Objetiva: Apontamentos Críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 45.

¹²⁰ *ibid.* p. 46.

¹²¹ *ibid.* p. 46.

resultado naturalístico não pode ser direcionado àquele que atirou contra a vítima. O autor deve responder somente pela tentativa de homicídio¹²².

Nesse prisma, antes da confecção da Teoria da Imputação Objetiva, a punição a título de tentativa de homicídio representava a opinião da maioria dos doutrinadores. Entretanto, os motivos que fundamentavam essas opiniões eram divergentes. Considerava-se o caso acima explicitado sob o enfoque do desvio causal, criando-se o argumento de que o dolo deveria abarcar o desdobramento causal em seus aspectos gerais. Se fosse o caso de um desvio essencial, o dolo era excluído. Em verdade, a análise de que se trata de um problema de dolo é uma solução paliativa, visto que a resposta decisiva e fundamental do problema é aferir se existe ou não desvio essencial, o qual se baseia em critérios estritamente objetivos¹²³.

Apesar de o conceito “essencialidade” depender de um preenchimento com algum conteúdo, se conseguirmos preenchê-lo, concluiremos que um desvio é essencial quando nele não se materializa o risco contido na ação tentada¹²⁴.

Isto quer significar, que a problemática da doutrina do dolo faz simplesmente uma roupagem subjetiva à questão de imputação objetiva, escondendo a solução do problema, mediante a utilização de artifícios frágeis de conteúdo como a “essencialidade”¹²⁵.

2.4) O alcance do tipo e o princípio da auto-responsabilidade

Nesse elemento, podemos utilizar o exemplo rotineiro da venda de tóxicos. Considere que B compre heroína vendida por A. Ambos têm consciência de que a ingestão de certa quantidade de droga pode gerar um perigo de vida, mas assumem o risco desse perigo. Por um lado, A assume o risco por almejar o lucro com a venda de tóxicos, e B assume o risco por estar viciado em entorpecentes. Pergunta-se: Deve A ser incurso em homicídio na forma de dolo eventual, na hipótese de B sofrer uma overdose e morrer em virtude da ingestão das drogas vendidas por A? Sob a perspectiva da teoria da *conditio sine qua non* a resposta será

¹²² ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal/Claus Roxin**: tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 106.

¹²³ *ibid.* p. 107.

¹²⁴ *ibid.* p. 107.

¹²⁵ *ibid.* p. 107.

positiva. A causalidade de A para a morte de B e do dolo eventual daquele para este são incontestes. Ao entendermos que a causalidade foi suficiente para a ocorrência do tipo penal objetivo, concluiremos pela punição do agente¹²⁶.

Na hipótese assinalada, a venda de entorpecentes constitui uma criação de risco não permitido, bem como proibido pelo ordenamento jurídico penal. No mais, o risco não permitido se materializou, visto que aquele que recebeu a droga morreu em razão da ingestão da droga. Todavia, mesmo que o traficante tenha assumido o risco de produzir esse resultado (dolo eventual), não há que se falar em homicídio, pois não é punível a autocolocação em perigo por parte da vítima quando ela tiver uma completa visão do risco. O efeito protetivo da norma penal tem como um de seus limites o princípio da alteridade e auto-responsabilidade da vítima¹²⁷.

Roxin relata que, na Alemanha, esse entendimento não era unânime e foi consolidado há pouco tempo:

Inicialmente, o *Bundersgerichtshof (BGH)* punia, em casos desta espécie, o traficante por homicídio, mesmo que só se conseguisse provar a culpa, como na maior parte dos casos. Somente em 1984, numa espetacular mudança jurisprudencial, é que negou o Tribunal a existência de um delito de homicídio, decidindo: ‘Autocolocações em perigo, desejadas e realizadas de modo responsável, não estão compreendidas no tipo dos delitos de homicídio ou lesões corporais, ainda que o risco que se assumiu conscientemente se realize. Aquele que instiga, possibilita ou auxilia tal autocolocação em perigo não é punível por homicídio ou por lesões corporais¹²⁸’.

Nesse contexto, por conseguinte, a autocolocação da vítima em situação de perigo deve ser analisado de forma detida para que se encontre uma solução consentânea e justa na relação de causalidade entre conduta e crime.

2.5) A visão de Jakobs sobre a Imputação Objetiva:

Jakobs, no que diz respeito a essa teoria, tenta aumentar a envergadura do estudo para além dos crimes de resultado, entendendo-a como uma sistemática que contribui não somente para a resolução de problemas causais, mas uma teoria global de ação típica com a aplicação em todos os injustos penais. Ou seja, mesmo nos delitos de mera atividade não é

¹²⁶ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal/Claus Roxin**: tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 102.

¹²⁷ *ibid.* p. 108.

¹²⁸ *ibid.* p. 109.

suficiente a simples subsunção da ação ao aspecto formal do tipo. Além disso, para abranger casos em que não há desvinculação entre o resultado e ação, os fundamentos de imputação não podem se lastrear na constatação do risco de lesão ao bem jurídico tutelado – situações que somente se justificam nos crimes de resultado¹²⁹.

Com efeito, o autor busca determinar características objetivas e globais de um comportamento imputável, postulando que a ação punível é um subsídio comunicativo, isto é, não se tem como a realização corporal de um comportamento nem como a lesão material a bens jurídicos, mas, sim, como uma demonstração de sentido que entra em contradição com a norma jurídica. Ele busca, em resumo, determinar a imputação baseando-se na efetiva contrariedade da conduta do agente com o sistema normativo¹³⁰.

Para tanto, ele sintetiza seus ideais sobre o assunto dizendo:

Numa sociedade complexa, é impossível que todos se ocupem de tudo e numa sociedade que possibilita contatos anônimos entre as pessoas, não é suficiente e tampouco razoável que os âmbitos de responsabilidade se dividam caso a caso, tendo em conta para isso as peculiaridades e circunstâncias existentes em cada momento. Pelo contrário, é necessário que existam regras fixas para determinar a quem compete a realização de quais tarefas. No terreno das ações empreendidas por uma pessoa, são as regras de imputação objetiva, em sua configuração de modelos de determinação das modalidades de conduta não permitidas, as que regem a fixação de âmbitos de competência¹³¹.

Assim, tendo em vista a complexidade do mundo moderno e sob pena de estagnar a sociedade, torna-se muito difícil pretender que a totalidade da população considere todas as decorrências possíveis de suas ações a partir de uma análise cognitiva e que evitem todas lesões possíveis resultantes de seus comportamentos¹³².

Exemplificando: o comerciante de armas não deve fiscalizar cada comprador, com vistas a garantir que o objeto não seja utilizado ilícitamente, sendo que, eventual utilização ilícita da arma pelo consumidor, não lhe acarretará responsabilização penal. Sua irresponsabilidade penal decorre do fato de que suas incumbências em relação à

¹²⁹ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. volume I. tomo I. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2008 (Série Clássicos Jurídicos: Direito, Desenvolvimento, Justiça). p. 318.

¹³⁰ *ibid.* p. 319.

¹³¹ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. São Paulo: RT. 2000. p. 7.

¹³² GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. volume I. tomo I. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2008 (Série Clássicos Jurídicos: Direito, Desenvolvimento, Justiça). p. 319.

venda do artefato são dispostas somente pelas normas que lhe são inerentes. Tais normas distribuem o alcance de sua responsabilidade, desprendidas de análises cognitivas da causalidade e da intenção. Isto é, ele deve se preocupar em cumprir as normas relativas à comercialização e registro de armas delineadas para sua área, desonerando-se de qualquer fiscalização posterior à venda do objeto¹³³.

Nessa direção, o doutrinador alemão apoia-se na ideia de responsabilidades ordenadas à determinados membros da sociedade que ocupam posições no contexto social. Essas responsabilidades ou encargos devem ser cumpridos da maneira mais intensa possível, caracterizando-se como um papel social definido por leis. As regras de imputação, por conseguinte, estão imbricadas somente nas leis que formam um papel social determinado, não se perquirindo as condições e capacidades íntimas dos envolvidos, mas, sobretudo, as condições e capacidades do papel social em que figuram sob a perspectiva da ação em análise¹³⁴.

O papel social, portanto, não tem natureza sociológica ou antropológica, mas, sim, normativa, que modela e orienta a aplicação das normas jurídicas aos acontecimentos, sem que se avaliem dados naturais, psicológicos e, até, individuais sobre o que a própria pessoa acha sobre seu ato¹³⁵.

Para tanto, ele se apoia em alguns fundamentos: a) risco permitido; b) princípio da confiança; c) proibição de regresso; d) capacidade da vítima.

O primeiro elemento preconiza a existência de um limite de risco permitido pelas próprias leis – resquícios de condutas lícitas – que estão afastadas de uma possível imputação, não fazendo parte do papel social de nenhum membro da sociedade erradicar todo o risco de lesão de outro, valendo-se, assim, de uma concepção eminentemente normativa¹³⁶.

Ao contrário de Claus Roxin, ele diz que não existe momento anterior à valoração jurídica, na qual se deveria constatar se a conduta cria ou incrementa o risco de lesão ao bem jurídico tutelado. E, mais, Jakobs, não dispõe qualquer mecanismo de

¹³³ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, volume I. tomo I. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2008 (Série Clássicos Jurídicos: Direito, Desenvolvimento, Justiça). p. 319.

¹³⁴ *ibid.* p. 320.

¹³⁵ *ibid.* p. 320.

¹³⁶ *ibid.* p. 320.

ponderação político-criminal para solucionar a imputação do fato concreto. O aparelho normativo e as convenções sociais são as bases sobre as quais se decide entre o que é permitido ou proibido¹³⁷.

As convenções sociais, para o autor, permitem que se tenha a ideia de que o critério para designar os limites dos papéis e do alcance do risco permitido puramente em normas jurídicas nem sempre é possível. Nos campos em que não há normas de nenhum tipo, a edificação do papel social tem como referência o padrão de ação do sujeito prudente pertencente a esse campo social. Tal conclusão, para ele, seria insatisfatória, visto que constituiria determinações de limites pouco precisos¹³⁸.

As normas que delimitam o alcance do risco permitido, de qualquer forma, buscam construir padrões predeterminados de comportamentos na sociedade, de maneira que o juízo valorativo em relação às pessoas abarcadas no caso concreto será objetivo, tomando como partida uma gama de características – generalizáveis - próprias ao seu papel social. O risco permitido, portanto, tem como seu limite o papel que cada pessoa ocupa na sociedade, não variando, de forma alguma, entre cidadãos que figuram no mesmo papel em razão dos conhecimentos e características individuais¹³⁹.

Eis um exemplo que elucida esse requisito:

Garçom que tem conhecimentos avançados em biologia e, não obstante reconhecer um fruto venenoso na salada, a serve ao cliente, é resolvido por Jakobs a partir dessa fórmula. Não há responsabilidade; não há violação do papel social, já que ninguém espera que um garçom tenha conhecimento de biologia. Esse tipo de conhecimento especial, que o portador de determinado papel não tem nenhuma obrigação de adquirir ou manter, é ‘pura subjetividade’ sem valor jurídico penal. O papel deve ser obtido por meio de uma generalização de faculdades das que dispõem as pessoas das quais se espera que participem na atividade em questão¹⁴⁰.

Com outra perspectiva, o princípio da confiança seria uma exposição do conjunto geral do papel social, ou seja, “não faz parte do papel do cidadão controlar de

¹³⁷ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, volume I. tomo I. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2008 (Série Clássicos Jurídicos: Direito, Desenvolvimento, Justiça). p. 320.

¹³⁸ *ibid.*, p. 321.

¹³⁹ *ibid.*, p. 321.

¹⁴⁰ *ibid.*, p. 321.

maneira permanente a todos os demais; de outro modo não seria possível a divisão do trabalho”¹⁴¹.

A confiança admite que consideremos que os deveres e direitos no meio social serão cumpridos. Por conseguinte, os integrantes da sociedade não devem se prestar a vigiar indefinidamente as ações dos outros cidadãos, tendo em vista que a distribuição de encargos conforme os papéis sociais são avaliados pelos integrantes das interações sociais, que confiam que o outro integrante agirá da mesma forma que ele. Desta forma, quando se prega a confiança lícita no papel dos outros membros sociais, está-se influenciando também no campo do risco permitido¹⁴².

Por outro lado, a proibição do regresso, quem assume com outro uma relação considerada inofensiva não viola seu papel de membro social, mesmo que essa relação seja integrada a um comportamento não permitido e ainda que o agente conheça que o vai se suceder após a sua ação lícita. Ora, se o terceiro assume ante o agente uma ação circunscrita em seu próprio papel, não pode ser aferido como parte de eventual crime¹⁴³.

Em se tratando de um mundo moderno com inúmeras relações sociais as quais são cada dia mais complexas não se permite exigir que, por exemplo, os fornecedores e prestadores de serviço supervisionem as ações de seus clientes.¹⁴⁴

Nesse diapasão, o comerciante ou fabricante de arma de fogo não pode ser considerado como parte na sistemática causal de um crime praticado pelo consumidor da arma produzida pelo fabricante ou comerciante.

Por fim, o quarto requisito diz respeito à capacidade da vítima, em que se busca aferir se o ofendido “desempenhou papel de vítima ou, precisamente o papel de alguém que configura tal situação, é dizer, quem atua com o próprio risco”. Isso significa que o

¹⁴¹ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. São Paulo: RT. 2000. p. 26.

¹⁴² GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. volume.I. tomo I. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008 (Série Clássicos Jurídicos: Direito, Desenvolvimento, Justiça). p. 322.

¹⁴³ *ibid.* p. 322.

¹⁴⁴ *ibid.* p. 322.

ofendido também atua na formação de um contato social, podendo estar meramente em uma colocação que lhe fez suscetível a um algum tipo de infortúnio por vontade própria¹⁴⁵.

Ele finaliza dizendo que:

os danos que de modo planejado são evitáveis e que aparecem como consequência de um comportamento não permitido são devidos a esse comportamento não permitido e podem, portanto, ser explicados por meio deste. Os danos que não são evitáveis de modo planejado e que aparecem como consequência de um comportamento não permitido devem-se a uma variação socialmente irrelevante do risco que traz a vida e não podem ser explicados por meio desse comportamento não permitido; podem dever-se a um outro comportamento não permitido, ou a uma infração dos deveres de autoproteção da vítima ou, finalmente, simplesmente a uma situação desafortunada¹⁴⁶.

Entende-se, portanto, que Jakobs perseguiu uma solução normativa, desvinculada de qualquer aspecto causal ou empírico. Seu pensamento preconizava que a sociedade somente produz fatos, só cabendo atribuir a alguém o que é acessível à formação racional do mundo em eventual sociedade. Isto quer significar que a conexão de um resultado a uma ação não permitida depende de uma caracterização social do que é ou não totalmente evitável¹⁴⁷.

2.6) A utilização da Teoria da Imputação Objetiva na análise moderna do estudo do tipo penal

A Teoria da Imputação Objetiva dá ao tipo penal objetivo uma relevância superior a que ele tinha anteriormente nos modelos causais e teleológicos.

A teoria causal da ação diminuiu a ilicitude dos delitos ao nexos causalidade, falhando na delimitação do tipo penal objetivo, dando ensejo ao regresso ao infinito que inviabiliza a correta responsabilização penal¹⁴⁸.

Já a Teoria da Imputação Objetiva, estipula normas genéricas a respeito de quais causações são idôneas a serem utilizadas no tipo penal objetivo e quais não são, possibilitando, além da descrição objetiva de cada fato típico, a solução de alguns problemas

¹⁴⁵ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. São Paulo: RT. 2000. p. 31.

¹⁴⁶ *ibid.* p. 84.

¹⁴⁷ *ibid.* p. 81.

¹⁴⁸ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal/Claus Roxin**: tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 115.

relativos à punibilidade. No mais, ela serve como importante ferramenta de política criminal, esquivando-se de eventuais responsabilizações objetivas, incongruentes com o nosso ordenamento jurídico¹⁴⁹.

Em comparação com o finalismo de Welzel, a Teoria da Imputação Objetiva dá maior relevo ao tipo objetivo, deixando em plano mais coadjuvante o tipo penal subjetivo. Isso não quer dizer que não haja compatibilidade entre a culpa e dolo no âmbito do tipo penal subjetivo e a Teoria da Imputação Objetiva. A diferença, contudo, reside no que venha a ser uma ação típica¹⁵⁰.

Os finalistas têm como ação somente aquele direcionamento consciente do curso causal no sentido de realizar o resultado. A Imputação Objetiva advoga que toda causação objetivamente imputável, por exemplo, de uma morte, será uma ação de matar, mesmo que ela não seja dolosa. O dolo não origina a ação de ceifar a vida alguém, mas é algo que existe ou não na ação.

Enquanto os finalistas não defendem o homicídio culposo como uma ação de matar, apesar de puni-lo, a Imputação Objetiva diz que são “justamente o homicídio, a lesão, etc. culposo que constituem o protótipo da ação de homicídio ou de lesão. Só por causa disso, o ponto de gravidade do delito já se desloca para a face objetiva do tipo”¹⁵¹.

Noutro contexto, até aqueles que, num primeiro momento, compactuaram com a Teoria da Imputação Objetiva, pouco reconheceram a possibilidade de pela primeira vez criar um preceito do ilícito culposo. Seguindo essa teoria, será culposo aquilo que, segundo os preceitos anteriormente dispostos, possa ser imputado ao tipo penal objetivo¹⁵².

Os tradicionais conceitos elencados pela dogmática à culpa – reconhecibilidade, previsibilidade, violação do dever de cuidado e evitabilidade – são bastante

¹⁴⁹ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal/Claus Roxin**: tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 115.

¹⁵⁰ *ibid.* p. 115.

¹⁵¹ *ibid.* p. 116.

¹⁵² *ibid.* p. 116.

rasos e, se possível, devem ser descartados, vez que aquilo que se busca argumentar por meio deles pode ser assinalado de maneira mais precisa pelos critérios da Imputação Objetiva¹⁵³.

É verdade, embora muitas vezes impreciso, que a causação de resultados imprevisíveis não origina culpa. A alusão à imprevisibilidade, muitas vezes, obscurece o problema, porquanto todos os desdobramentos causais possíveis naturalmente são previsíveis. O fator decisivo, na análise, é, segundo parâmetros normativos, se o agente é obrigado ou não a prever¹⁵⁴.

Acontece o mesmo com a evitabilidade, visto que quando se fala em inevitáveis e, assim, crimes não culposos, por exemplo, temos as colisões de trânsito, ainda que respeitadas todos os ditames da legislação. Entretanto, não há uma fórmula jurídica exata. Ora, é evidente que os riscos inerentes ao tráfego de automóveis podem ser evitados, bastando-se, para tanto, não transitar em veículos, andando-se a pé. Portanto, mais uma vez, o que determina a existência ou não de culpa é a realização ou não de um risco permitido¹⁵⁵.

Quanto à violação do dever de cuidado, que tradicionalmente é cunhada como uma denominação que abrange em si os pressupostos que, se implementados, levam à criação de um risco juridicamente não permitido. Todavia, uma caracterização desses elementos não consegue firmar uma estrutura confiável. Essa caracterização só pode ser adquirida através de parâmetros normativos¹⁵⁶.

O descumprimento de um cuidado exigido é, na sua gênese semântica, substancialmente imprópria, pois motiva a errônea impressão de que o crime culposos consiste em uma omissão. Assim, Roxin exemplifica: “Se alguém provoca um incêndio em virtude de um manejo pouco cuidadoso de fósforos, a culpa se localiza em um agir positivo, a saber, na criação de um perigo não permitido, e não na omissão de medidas de cuidado”. Isto é, no que toca a os crimes comissivos, não se demanda do agente, no exemplo, uma utilização

¹⁵³ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal/Claus Roxin**: tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 116.

¹⁵⁴ *ibid*, p. 117.

¹⁵⁵ *ibid*. p. 117.

¹⁵⁶ *ibid*, p. 117.

cuidadosa de fósforos, mas se coíbe um uso não cuidadoso, incorrendo, por conseguinte, um dever de uso¹⁵⁷.

No que diz respeito aos ilícitos dolosos, por outra via, a imputação objetiva também demonstra relevância, visto que a vontade de materialização do resultado pelo autor, por si só, não basta para a configuração do crime. A falta do dolo resulta da negação do tipo objetivo, sendo que a Teoria em estudo acaba, de forma indireta, por limitar o campo de atuação do dolo.

Nesse aspecto, mesmo no cerne dos delitos dolosos, não é possível simplificar a imputação objetiva, por meio da negação do dolo em casos que sejam estimados como não merecedores de sanção. Essa conclusão corrobora com o que já foi dito, ou seja, a Teoria em comento desloca o ponto de gravidade para o tipo objetivo, ainda que dolosos¹⁵⁸.

Lado outro, a análise da imputação objetiva também deve ser realizada sob um enfoque subjetivo. A criação ou incremento não permitido de um risco, para fins de observação, deve ser tirada de um perceptor prudente antes do implemento da ação, adicionando-se a esse personagem os conhecimentos especificantes do autor concreto.

Dessa forma, não ocorre criação não permitida de perigos quando uma pessoa aconselha outra a fazer uma viagem, em que, posteriormente, o avião vem a cair. Por outra via, se o agente induz outrem à viagem, tendo informações privilegiadas de que o avião irá cair em razão de um atentado terrorista, torna-se punível, culposamente ou dolosamente, a depender da situação. O dado subjetivo concernente ao autor, nesse caso, fundamenta uma criação do perigo e, portanto, a imputação ao tipo objetivo¹⁵⁹.

Roxin, citando um autor alemão, adverte:

Struensee chegou mesmo a desenvolver a tese segundo a qual o delito culposamente sempre pressuporia um tipo subjetivo, consistindo este no conhecimento e na realização finalista de fatores fundamentadores do risco. Aquele que, por exemplo, sabe que está dirigindo pelo cruzamento com o sinal vermelho, ou que está ultrapassando em uma curva sem visibilidade, realiza de modo culposamente o acidente que daí decorre. *Struensee* engana-se,

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal/Claus Roxin**: tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 118.

¹⁵⁸ *ibid.* p. 120.

¹⁵⁹ *ibid.* p. 121.

contudo, ao considerar o conhecimento dos fatos fundamentadores do risco um pressuposto necessário da culpa: quem for tão desatento a ponto de sequer notar o sinal vermelho ou a curva, também cria um risco não permitido e age culposamente. Mas ainda assim correto que o conhecimento das circunstâncias fundamentadoras do risco seja um fator relevante para imputação ao tipo objetivo¹⁶⁰.

Todavia, essa argumentação não se contrapõe à imputação objetiva, comprova-se, somente, que elementos subjetivos podem apresentar papel importante na Teoria. Ora, ela é chamada assim não porque fatores subjetivos não sejam importantes, mas porquanto a ação típica realizada pela imputação é objetiva, ao qual só depois, eventualmente, aprecia-se o dolo, no âmbito subjetivo.

O aspecto subjetivo elenca somente elementos subjetivos, tal como o dolo e os fatores individuais do crime. Informações relativas à consciência não dispostas nas elementares do tipo penal, mas que têm relevo para o juízo de perigo ou para a responsabilização penal são conteúdos atinentes à imputação ao tipo objetivo¹⁶¹.

No mais, deve-se estabelecer que a Imputação Objetiva sofre influência de fatores subjetivos. Há um liame de encontro entre momentos subjetivos e objetivos no que diz respeito às ações humanas e ações típicas¹⁶².

¹⁶⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal/Claus Roxin**: tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 122.

¹⁶¹ *ibid.* p. 122.

¹⁶² *ibid.* p. 122.

3) O TIPO PENAL CULPOSO E A SUA RELAÇÃO COM A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A sistemática penal brasileira, na maioria das vezes, procura punir os crimes dolosos, ao passo que, somente quando existir disposição legal, pune-se os crimes culposos, sendo que o comportamento culposos se mostrou como verdadeiro mecanismo limitador à utilização do causalismo – a culpa figurava no plano da culpabilidade material - e do finalismo – culpa transportada para dentro do tipo penal¹⁶³.

A Teoria da Imputação Objetiva, diferentemente da teoria finalista de Welzel, dispõe que a culpa pertence ao tipo penal objetivo. O finalismo teve dificuldades para empreender o conceito de ação final aos comportamentos culposos. Já a imputação objetiva, principalmente nos moldes de Roxin, constitui a teoria do crime com o intuito de estruturar a existência de crimes culposos no âmbito objetivo do tipo penal, uma vez que o risco permitido servirá como verdadeira restrição à imputação, sendo que a eventual transposição deste risco acarretará num responsabilização por uma ação imprudente¹⁶⁴.

Logo, Roxin entende que os critérios doutrinários tradicionais para que os crimes sejam identificados são extremamente frágeis, tais como a previsibilidade e a cognoscibilidade. Ele preconiza que as balizas dispostas pela imputação objetiva seriam bastantes para classificar um crime como culposos, utilizando-se, para tanto, da criação de um risco não permitido para a responsabilização por uma infração culposa¹⁶⁵.

Por isso, os elementos tradicionais para o reconhecimento da conduta culposa seriam trocados por outros, tais como as normas jurídicas e o princípio da confiança. O primeiro requisito diz respeito a normas jurídicas derivadas do Estado que buscam regulamentar determinados setores da sociedade, por exemplo, a proibição de trafegar em uma via pública acima do limite de velocidade previsto. Assim, esse movimento restritivo do risco permitido acontece sempre que uma lei não permite a efetuação do comportamento, bem como propugna que a sua realização leve em conta algumas características de segurança,

¹⁶³ PERREIRA, Eduardo Augusto Alves José Ferioli. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal: um olhar sobre os delitos de trânsito**. Disponível em: www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/202-Artigos. acesso em: 05/01/2017.

¹⁶⁴ *ibid.*

¹⁶⁵ *ibid.*

fazendo, mesmo que indiretamente, com que sejam delimitadas algumas condutas tidas como socialmente adequadas, e, por consequência, com que o risco produzido seja socialmente permitido¹⁶⁶.

Nesse particular, o descumprimento de um dever de cuidado demonstra a transposição de um risco permitido. O exemplo dado é o do motorista que, quando avança o farol vermelho e com isso efetua um acidente, cria um risco não permitido pela norma jurídica. Ora, a sinalização tem como objetivo ordenar o tráfego de veículos nas vias, visando impedir que acidentes ocorram, além de permitir que uma atividade perigosa consiga ser útil à sociedade, uma vez que o próprio ato de transitar com veículos já é, por si só, uma ação tida como perigosa¹⁶⁷.

Não obstante, utilizando ainda o exemplo citado, os sinais de trânsito admitem o estabelecimento de mecanismos de permissão e proibição no cruzamento de vias, objetivando a redução das colisões e atropelamentos no tráfego. Logo, se o sujeito atravessa a via com sinal vermelho, ele aumenta o risco de acidente, podendo, por isso, ser responsabilizado penalmente¹⁶⁸. Porém, Roxin destaca que: “se reconhece que a infração de preceitos sobre circulação é efetivamente um indício de uma criação de perigo proibido, mas não necessariamente a fundamentação. Pois o que pode ser perigoso em abstrato pode não ser perigoso no caso concreto”¹⁶⁹.

Outrossim, a lei agirá como um mecanismo de identificação de um risco não admitido, mas sua inobservância não delimita um crime culposos, isto é, o descumprimento de normas regulamentares não realiza, por si só, a produção de um risco não admitido, tendo, apenas, um caráter para esse mister. Assim sendo, no caso de não realização do resultado que a lei visa resguardar, é inadmissível o prosseguimento da imputação de um crime culposos¹⁷⁰.

Com outro viés, o princípio da confiança, conforme já mencionado anteriormente, de maneira bem resumida, advoga que os membros da sociedade podem achar

¹⁶⁶ PERREIRA, Eduardo Augusto Alves José Ferioli. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal: um olhar sobre os delitos de trânsito**. Disponível em: www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/202-Artigos. acesso em: 05/01/2017.

¹⁶⁷ *ibid.*

¹⁶⁸ *ibid.*

¹⁶⁹ *ibid.*

¹⁷⁰ *ibid.*

e, portanto, confiar que os outros membros agirão conforme o direito. A confiança é indispensável para o bom funcionamento do organismo social, tendo importância sobrepujante nas relações de tráfego de veículos.

No exemplo da doutrina, por exemplo:

quem tem prioridade de passagem em um cruzamento não precisa reduzir sua velocidade ao trafegar por ele, com receio que algum condutor irá desrespeitar a norma que estabelece prioridade. Deve-se partir da ideia de que os condutores respeitarão as regras de prioridade na passagem. No caso de haver um desrespeito à norma resultando em uma colisão, a culpa recairá exclusivamente sobre aquele que desrespeitou a norma, não observando o direito de preferência no cruzamento¹⁷¹.

Em outro contexto, é preciso confrontar outra situação importante no que toca a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva: a atuação da vítima nos crimes culposos, tendo em vista que a autocolocação do ofendido em situação de perigo faz com que o resultado não seja imputado ao agente.

Imagine que em cruzamento o motorista A desrespeita a faixa preferencial, colidindo com o motorista B que cruzou o caminho de acordo com a sua preferência. Entretanto, o motorista B não estava utilizando o cinto de segurança, sendo projetado para fora do carro, vindo a morrer em razão do impacto. Nesse caso, em que o autor cria um risco não admitido e esse se apresenta no resultado, mas a vítima também interferiu no resultado morte por desrespeitar as normas de segurança determinadas pelas normas de trânsito, uma vez que o uso de cinto de segurança visa reduzir o risco produzido em algumas atividades¹⁷².

Se, por um ângulo, deve-se ultrapassar um risco permitido, criando-se um nexó jurídico entre o risco e o resultado, o que de fato ocorreu na conduta do motorista A, por outro, em se tratando de crimes culposos, somente pode ser configurado como autor aquele que tem contra si a imputação dos fatos. Os fatos imputáveis ao autor que fogem a sua esfera

¹⁷¹ PERREIRA, Eduardo Augusto Alves José Ferioli. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal: um olhar sobre os delitos de trânsito**. Disponível em: www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/202-Artigos. acesso em: 05/01/2017.

¹⁷² *ibid.*

de domínio pertencem, em verdade, à esfera de domínio, do risco aceitável e tolerável, à vítima¹⁷³.

Ademais, alguns doutrinadores, em casos como esses, admitem a existência de concorrência de culpas, que acarretaria na redução de responsabilidade penal do autor, isto é, negar-se-ia a relação de resultado com o descumprimento de um dever de cuidado pelo sujeito delitivo¹⁷⁴.

Com efeito, os defensores dessa ideia propugnam que a imputação objetiva deve agir de forma restrita à conduta do agente. No momento que o ofendido, com sua ação, descumpra normas de segurança, aumentando o risco originado pelo comportamento do autor, deve ele responder a sua própria sorte. Isto é, ao agente não deve ser imputado o resultado se a vítima infringiu o dever de cuidado, criando, assim, um risco não tolerado para o bem jurídico¹⁷⁵.

Segundo essa vertente, não existe pena sem culpa, sendo errôneo, da mesma forma, punir alguém por culpa de terceiro. Logo, quanto aos delitos culposos, o resultado da criação de um risco não admitido deve ser atribuído objetivamente à conduta culposa, devendo o agente ser responsabilizado por seu comportamento culposo. Sendo dessa forma, se o ofendido atua de maneira imprudente, ampliando o risco preexistente e causando um resultado danoso ao bem jurídico através de sua ação ou omissão do dever de cuidado, o resultado não deve ser imputado ao agente, mas, sim, à vítima¹⁷⁶.

Em sentido diverso, há doutrinadores que recusam a possibilidade compensação de culpas, mesmo no caso de a vítima se autocolocar em situações de perigo. Eles consignam se o autor atua com uma culpa juridicamente relevante e o resultado se perfaz mediante essa culpa, o resultado deve ser imputado ao agente, não importando o comportamento de terceiros¹⁷⁷.

¹⁷³ PERREIRA, Eduardo Augusto Alves José Ferioli. Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal: um olhar sobre os delitos de trânsito. Disponível em: www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/202-Artigos. acesso em: 05/01/2017.

¹⁷⁴ *ibid.*

¹⁷⁵ *ibid.*

¹⁷⁶ *ibid.*

¹⁷⁷ *ibid.*

Conforme esse entendimento, a culpa tem índole tem caráter pessoal, ao passo que não pode ser agravada e nem atenuada por condutas de terceiros, mesmo que o ofendido aja de forma imprudente no curso causal do resultado. Defende-se, ainda, que a concorrência culposa não determina uma sistematização razoável para a eliminação da imputação ao tipo objetivo¹⁷⁸.

Por fim, deve-se entender pela inadmissão da compensação de culpas, pois todos os requisitos reivindicados pela imputação objetiva se apresentam na ação do agente. Não obstante, se a vítima age de forma culposa em conjunto à conduta culposa do agente, agravando o resultado, a culpabilidade da conduta do agente deve ser diminuída, dada a redução da reprovabilidade de seu comportamento¹⁷⁹.

De outra sorte, tratando-se da causação do resultado e a sua relação com a imputação objetiva, tem-se que a inobservância de um dever de cuidado precisa ter como resultado a efetiva lesão ou a exposição ao perigo de um bem jurídico penalmente relevante. Assim, é imperioso que o resultado tenha se realizado através de um descumprimento de uma norma de cuidado e que possa objetivamente imputável a essa inobservância¹⁸⁰.

Ademais, se alguém ultrapassa em velocidade acima do limite permitido um sinal vermelho, causando um acidente de trânsito, tem-se uma criação de um risco não permitido pela norma. Da mesma forma, aquele que faz a mesma conduta, mas não ocasiona uma colisão, não observa um dever geral de cuidado imposto pelas normas de trânsito, podendo ser ainda mais imprudente se estivermos de um diante de um horário de tráfego intenso de veículos. Portanto, vislumbra-se que, nos dois casos, a culpa estava presente, mas por “azar” o resultado só pode ser atribuído àquele que descumpriu o dever de cuidado e ocasionou um resultado lesivo¹⁸¹.

Nesse sentido, criou-se um entendimento de que a culpa seria simplesmente uma condição objetiva de punibilidade, a margem da tipicidade e da culpabilidade. Welzel foi

¹⁷⁸ PERREIRA, Eduardo Augusto Alves José Ferioli. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal: um olhar sobre os delitos de trânsito**. Disponível em: www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/202-Artigos. acesso em: 05/01/2017.

¹⁷⁹ *ibid.*

¹⁸⁰ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**; tradução: Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 250.

¹⁸¹ *ibid.* p. 250.

um dos precursores dessa compreensão, e dizia que a gravidade infração de uma norma de cuidado não aumentaria nem reduziria com a presença ou não do resultado lesivo. Contudo, outra parte da doutrina, prescrevia que isso não simboliza que a gravidade da culpa não necessita do bem jurídico a que se refere. Ora, o poder legislativo não pode punir da mesma maneira uma infração de um dever de cuidado perante a vida e outro, de mesma intensidade, no que diz respeito a algo de valor insignificante, isto é, a culpa pode ser mais grave se relacionada a determinados bem jurídicos em comparação com outros de importância reduzida: o nível de gravidade da culpa necessita do bem jurídico a que pertence, mas não depende de sua real lesão¹⁸².

A exigência de uma efetiva lesão acaba por limitar a responsabilidade dos agentes, tendo em vista que a imputação pode ser excluída ou mantida em situações similarmente imprudentes, bastando, para tanto, que o resultado aconteça ou não. Esse viés de responsabilizar somente as condutas que vierem a efetivamente causar lesões funciona como um mecanismo de política-criminal. Contudo, a não materialização do resultado pode indicar ao agente culposo que a sua conduta não foi tão perigosa como ele ou as outras pessoas imaginavam; nem sempre isso vai acontecer, uma vez que a não ocorrência de um determinado resultado de uma conduta culposa pode ter sido fruto da sorte ou do azar e não pelo fato de a ação possuir uma periculosidade reduzida¹⁸³.

Com efeito, nas condutas culposas a função indiciária do resultado pode ter relevância maior do que nas ações dolosas. É imperioso salientar que as ações culposas – aquelas que não acarretam um resultado – não constituem a mesma certeza lesiva como os comportamentos dolosos. As condutas culposas possuem, muitas vezes, indícios exteriores que inviabilizam o conhecimento de situações decisivas, tais como o modo de vida do sujeito, suas características individuais, seu conhecimento da situação, os motivos pelos quais ele achava ou não que a sua conduta estavam sob controle¹⁸⁴.

É imprescindível, nesse sentido, em benefício da máxima do *in dubio pro libertate*, que o fato culposo não seja punível até que se afira a base indiciária do resultado, situação que demonstre que alguma coisa fugiu da administração dos atos do agente. Para

¹⁸² MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**; tradução: Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 251.

¹⁸³ *ibid.* p. 252.

¹⁸⁴ *ibid.* p. 252.

tanto, utiliza-se, mais uma vez, o que preconiza o princípio da confiança, tendo em vista que o agente culposo não quer produzir a lesão, diversamente do que acontece com os crimes dolosos, em que o autor ostenta a vontade de lesionar o bem jurídico, vigorando-se, portanto, o princípio da desconfiança, o qual, por exemplo, tende a punir a tentativa¹⁸⁵.

Para que o resultado seja imputado à conduta culposa, exige-se que exista uma relação de causalidade entre a ação e o resultado, bem como que a causação do resultado não seja diferente da finalidade de proteção da norma de cuidado descumprida. Partindo desse pressuposto, a imputação objetiva exige, normalmente, a criação de um risco típico, qual seja o descumprimento de uma norma de cuidado. Necessita-se, assim, que o resultado originado seja a realização do risco criado pela inobservância da norma de cuidado. É preciso, portanto, não só a relação de causalidade, mas que a causação do resultado esteja dentro da finalidade proteção da norma de cuidado vilipendiada¹⁸⁶. Isso não ocorrerá nos seguintes casos:

a) No momento em que, apesar do risco realizado, não era previsível que o resultado ocorresse no plano concreto. Isso acontece quando, por exemplo, eram previsíveis algumas lesões leves, mas não a morte do ofendido. No caso em espécie, a finalidade da norma de cuidado descumprida não era impedir a morte, mas, sim, as lesões, visto que não é possível regular a imprevisibilidade das coisas¹⁸⁷.

b) No caso de o resultado não guardar nenhuma relação com a conduta praticada.

Podemos citar como exemplo a situação do sujeito que conduz seu veículo com velocidade superior ao limite permitido e que vem a atropelar um pedestre suicida que se jogou para cima do carro. Ora, a finalidade da norma consiste em proibir que se dirija com velocidade excessiva, não em evitar o atropelamento de um pedestre suicida. Apesar de imprudente a conduta do motorista, pois conduzia o veículo fora dos parâmetros exigidos pelas leis de trânsito, o resultado lesivo não pode ser imputado a ele¹⁸⁸.

c) Se o resultado causado pela conduta culposa ocorresse, da mesma maneira, por outra ação não culposa – hipótese comportamento alternativo correto.

¹⁸⁵ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**; tradução: Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 253.

¹⁸⁶ *ibid.* p. 254.

¹⁸⁷ *ibid.* p. 254.

¹⁸⁸ *ibid.* p. 254.

Pense no caso de um paciente que falece em meio a um procedimento cirúrgico, em virtude da ingestão de medicamento diverso do que deveria ser ministrado, mas que teria da mesma forma falecido, ainda que a substância certa fosse aplicada¹⁸⁹.

Entretanto, nesse último caso, deve-se consignar alguns comentários para melhor elucidação da problemática. No âmbito da causalidade, o posicionamento acima citado deve ser entendido da seguinte maneira: não se pode responsabilizar uma conduta culposa baseada num resultado que se realizaria na mesma medida, mesmo que afastado o comportamento imprudente¹⁹⁰.

Nessa situação, é possível argumentar que a culpa não fundamenta uma característica da ação delituosa tão relevante quanto o seu papel causal relativamente ao resultado. Por exemplo, se alguma pessoa distribui um veneno em uma bebida que será servida cinco minutos mais tarde, é desnecessária, no que diz respeito à morte, a circunstância de que se tome o veneno nesse tempo e não em um momento anterior ou posterior. Por outro lado, isso não quer dizer que o comportamento que ostente tal circunstância não se caracterize como causa do resultado. Ou seja, se mesmo sem a conduta culposa, o resultado, ainda assim, ocorresse, é possível sustentar que a culpa não foi a causa do resultado¹⁹¹.

Se recorrermos ao que dispõe a Teoria da Imputação Objetiva, deve-se impedir a imputação do resultado ao agente se ficar aparente que o produto da ação não configura a realização do risco criado pela conduta culposa. No exemplo citado acima, se o remédio ministrado erroneamente não causou o falecimento pela impropriedade tóxica que a tornava contra-indicada, mas por uma circunstância inesperada, sendo que, mesmo que o medicamento certo fosse ministrado, a morte permaneceria como o resultado¹⁹².

Saliente-se, contudo, que essa construção teórica autoriza que a responsabilidade penal ocorra em situações que, mesmo se comprovando que o resultado correspondente se realizaria sem a culpa, eventual conduta culposa se mostra relevante para a criação de um risco não permitido. Isto é, utilizando o exemplo anteriormente proposto, se o medicamento errado causasse a morte, mesmo que a substância certa fosse ministrada e

¹⁸⁹ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**; tradução: Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 254-255.

¹⁹⁰ *ibid.* p. 256.

¹⁹¹ *ibid.* p. 256.

¹⁹² *ibid.* p. 257.

também causasse o óbito, haveria responsabilização penal para aquele que forneceu a substância equivocada de forma culposa¹⁹³.

Nos casos explicitados, exige-se, para que a imputação se materialize que o resultado seja certo ou quase que certo – probabilidade aproximada da certeza. Para um setor minoritário da doutrina, é suficiente que a culpa aumente significativamente o risco para que a imputação aconteça – teoria do aumento do risco¹⁹⁴.

Aliás, outra questão que merece relevo no que toca às situações de conduta correta alternativa é a incerteza se o resultado é criação do risco não permitido ou, ao contrário, se ele decorre de uma circunstância imprevisível. Se, na situação em análise, não estiver comprovada a produção do crime culposos (que exige que o resultado derive de uma conduta culposa), o princípio do *in dubio pro reo* ganhará relevância, levando a não responsabilização penal do autor. Por outro lado, não se pode confundir esse contexto com aquele em que, antes da conduta, era incerto se o cumprimento das precauções exigidas acarretaria a não ocorrência do resultado. Nesse último caso, o dever de cuidado é obrigatório, visto que o não acolhimento das normas de cuidado torna certo o aumento do risco de produção do resultado.

Por fim, conclui-se que não somente é possível a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva nos crimes culposos, mas também necessária em alguns casos, uma vez que ela permite que ocorram algumas soluções mais justas no procedimento causal de uma conduta. Os elementos do comportamento culposos – inobservância de um dever objetivo de cuidado, previsibilidade, etc. – são incluídos dentro do conceito de imputação objetiva, proporcionando uma análise mais correta desses elementos. A solidez dos critérios apresentados pela Teoria da Imputação Objetiva, geralmente, no que toca aos crimes culposos, diminui a discricionariedade do intérprete, pois é baseada em critérios normativos¹⁹⁵.

¹⁹³ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**; tradução: Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 257.

¹⁹⁴ *ibid.* p. 255.

¹⁹⁵ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposos e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 136-138.

CONCLUSÃO

Conforme já ressaltamos, a Teoria da Imputação Objetiva visa, dentre outras coisas, estabelecer critérios normativos de imputação, em busca de aprimorar os mecanismos de aferição do nexo de causalidade, sendo que o crime só pode ser imputado ao autor: a) se este criar ou incrementar um risco proibido com relevância, do contrário, se o risco não permitido não for relevante, é possível a utilização do princípio da insignificância, afastando-se, por consequência, a imputação; b) a eventual lesão ao bem jurídico deve decorrer diretamente desse risco produzido; c) o resultado dessa ação deve estar abarcado pelo âmbito de proteção de determinada norma legal.

O que significa dizer que o resultado está no âmbito de proteção da norma? Significa postular que o risco produzido tem de ser verificado no resultado concreto, devendo a lesão ao bem jurídico estar abrangida pelo aspecto finalístico da norma. Em outras palavras, a norma de proteção ao bem jurídico deve estar orientada a proteger determinado fato que efetivamente foi objeto de violação, sendo que se a lesão for direcionada para um objeto distinto daquele que é o âmbito de proteção da norma, não haverá imputação.

É importante salientar, todavia, que a imputação objetiva do resultado só será aferida após a verificação da existência de uma causalidade natural, estruturada em fundamentos mecânicos e naturais. Posteriormente a esse exercício, a conduta será analisada mediante parâmetros estritamente normativos.

Desta forma, seguindo os padrões listados pela Teoria da Imputação Objetiva, o fato típico seria configurado da seguinte maneira: comportamento humano voluntário – doloso ou culposos -, resultado, nexo causal, tipicidade e imputação objetiva. Se um destes elementos estiver ausente, o fato será atípico.

Sendo assim, relacionando esse critério de imputação com os crimes culposos, é possível argumentar que a culpa fundamenta-se na realização de um comportamento que cria um risco não permitido do qual decorre um previsível dano ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado. Assim, o descumprimento de uma norma de cuidado – elemento basilar da ação culposa – corresponde à produção de um risco não permitido pela norma, ao passo que os dois conceitos imbricam-se entre si.

Dito de outro modo, para que ocorra a imputação objetiva nos crimes culposos é necessário que haja a produção de um risco juridicamente relevante e não permitido, ao passo que esse risco deve transformar-se, no plano concreto, em um resultado

jurídico. Dessa maneira, na inobservância de um dever de cuidado imposto pela norma tem-se uma criação de um risco não permitido pelo ordenamento jurídico.

Consoante ficou demonstrado no decorrer do estudo, os requisitos que determinam a imputação objetiva abarcam os tradicionais aspectos subjetivos (previsibilidade do resultado) e aspectos objetivos (descumprimento de um dever cuidado) dos crimes culposos, sendo que, verificados os elementos da imputação objetiva no comportamento lesivo de determinado agente, será prescindível a verificação dos elementos da culpa.

Ademais, os elementos da ação culposa são colocados dentro do conceito de imputação objetiva do resultado, que, por sua vez, permitirá não somente uma utilização mais exata dos elementos do tipo culposos, mas eventuais correções no processo causal delimitado pela causalidade natural¹⁹⁶.

O descumprimento de uma norma objetiva de cuidado, como já dissemos, pode ser entendido em alguns momentos como a criação de um risco não permitido. Esse risco, para ser permitido, deve estar consubstanciado no entendimento do perigo relativo à algumas atividades realizadas em sociedade, ao passo que o comportamento culposos somente terá importância para o sistema penal se ele ultrapassar os limites delimitados pelo risco permitido.

Além disso, é preciso ressaltar que alguns termos utilizados pela doutrina tradicional podem gerar consequências jurídicas indesejáveis. Cite-se o exemplo do ostensivamente utilizado “homem médio”¹⁹⁷. A caracterização de um conceito de “homem médio” está totalmente desvinculada dos princípios da legalidade penal estrita, dada a subjetivação que o termo, por si só, carrega. Uma das consequências graves seria a distorção desse conceito, ficando o julgador livre para decidir o que viria a ser esse sujeito. Essa discricionariedade é perniciososa, vez que os bens jurídicos envolvidos nesse processo interpretativo são extremamente importantes a um Estado Democrático de Direito, em que o Direito Penal tem como ponto de partida, dentre outros, a legalidade e anterioridade de seus preceitos normativos.

A Teoria da Imputação Objetiva, por sua vez, visa contribuir com o ordenamento jurídico penal brasileiro, pois ela, mediante seus instrumentos, consegue corrigir alguns desvios causais que eram solucionados de maneira equivocada pela *conditio sine qua non*. Esta última proposição teórica continua servindo como base para a análise do nexos

¹⁹⁶ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposos e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 138.

¹⁹⁷ *ibid.* p. 138.

causalidade das condutas. Contudo, ela não é suficiente para explicar todos os eventos, precisando se socorrer nos parâmetros da imputação objetiva. A causalidade natural, portanto, seria um primeiro filtro na apuração de uma eventual conduta criminosa.

Por fim, a compreensão das particularidades desses dois institutos do Direito Penal, um que já foi objeto de inúmeras mudanças paradigmáticas ao longo dos anos (a culpa) e outro mais incipiente (Teoria da Imputação Objetiva), é extremamente relevante para o bom desenvolvimento da ciência penal, uma vez que baseados em soluções eminentemente normativas, o que gera maior estabilidade jurídica e social para os jurisdicionados, ao passo que, conquanto não sejam infalíveis e imunes a eventuais erros, esses critérios externam respostas mais próximas de um sentido de justiça e consentâneos com os ditames de uma apropriada política-criminal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- D'ÁVILA, Fábio Roberto, **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Direito Penal: questões fundamentais. A doutrina geral do crime (apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal – 3º ano)**. Coimbra: Coimbra ed. 2001.
- FILHO, Antônio Carlos Santoro. **Teoria da Imputação Objetiva: Apontamentos Críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2007.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2008 (Série Clássicos Jurídicos: Direito, Desenvolvimento, Justiça). volume I. tomo I.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18ª edição. Rio de Janeiro: Impetus. 2016.
- JAKOBS, Gunther. **A imputação objetiva no direito penal**. São Paulo: RT. 2000.
- JESUS, Dâmasio de. **Direito Penal**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva. 1997. volume I.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal: la culpabilidad**. 3ª edição. BuenosAires: Losada, 1976. v.5.
- MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**; tradução: Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.
- NORONHA, Magalhães. **Do crime culposo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 1966.
- PERREIRA, Eduardo Augusto Alves José Ferioli. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal: um olhar sobre os delitos de trânsito**. Disponível em: www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/202-Artigos. acesso em: 05/01/2017.
- ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**/Claus Roxin; tradução de Luis Greco – Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

SANTANA, Selma Pereira de, **A culpa temerária: contributo para uma construção do direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6ª edição. Curitiba: ICPC. Lumen Juris. 2014.

TAVARES, Juarez. **Direito penal da negligência**, São Paulo: RT. 1985.

WELZEL, Hans, **Derecho penal – Parte general**. Trad: Carlos Fontán Balestra, col. Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma. 1956.