

Trata-se de uma releitura do nexu de causalidade entre a conduta do agente e o resultado por ela produzido, com base na noção de risco juridicamente permitido, tendo, portanto, especial relevância na análise da tipicidade.

RESUMO:

O presente artigo aborda a Teoria da Imputação Objetiva, desde seus desdobramentos iniciais até sua adesão pelas cortes europeias e ampla repercussão no meio acadêmico, inclusive por um crescente número de renomados doutrinadores brasileiros. Trata-se de uma releitura do nexu de causalidade entre a conduta do agente e o resultado por ela produzido, com base na noção de risco juridicamente permitido, tendo, portanto, especial relevância na análise da tipicidade. Aqui se apresenta um dos pontos mais controversos da moderna dogmática jurídico-penal, especialmente no que diz com os delitos culposos, adquirindo pontuais consequências práticas. Por essas razões, o debate do tema é imprescindível para a atualização da ciência penal brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: "Teoria da Imputação Objetiva". "Nexu de Causalidade". "Tipicidade". "Delitos Culposos". "Risco Permitido". "Princípio da Confiança".

ABSTRACT:

This article discusses the Theory of Objective Imputation, since its initial development until its adhesion by the European courts and wide consequences in the academic environment, including a growing number of renowned scholars. It is a reinterpretation of the causal nexu between the conduct of the agent and the result produced by it, based on the concept of legally permitted risk, therefore having a special relevance for the analysis of vagueness. Here is one of the most controversial topics of the modern criminal dogmatic, especially concerning negligent crimes, acquiring specific practical consequences. For these reasons, the discussion is essential for an update of the Brazilian criminal science.

KEY WORDS: "Theory of Objective Imputation". "Casual Nexu". "Vagueness". "Negligent crimes". "Permitted Risk". "Principle of Trust".

I. As origens da Teoria da Imputação Objetiva e sua repercussão acadêmica e jurisprudencial

A teoria da imputação objetiva é fruto de uma ampla discussão doutrinária e jurisprudencial que vem ganhando força na Europa e na América Latina, sobretudo a partir da década de 80, quando surgem os primeiros casos concretos em que houve sua aplicação nos tribunais da Alemanha e da Espanha [01].

Textos relacionados

■Ensaio filosófico-penal: uma aproximação da Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, com o Finalismo Penal de Hans Welzel

■Particularidades da denúncia nos crimes econômicos

■A associação para o tráfico de drogas. Equívocos hermêuticos e conceituais ou política criminal subjetiva?

■Aprovado o banco de perfis genéticos: Lombroso ainda não morreu

■Do concurso de pessoas nos crimes dolosos contra a vida

O desenvolvimento social e tecnológico foi determinante para um avanço significativo das ciências sociais, o que irremediavelmente resultou na análise dos efeitos desta complexidade social no âmbito do Direito Penal.

No séc. XIX, a teoria da causalidade, oriunda do pensamento positivo-naturalista, dava a certeza da existência de um fato, através de um resultado naturalístico produzido por uma ação. Isso inegavelmente representou um grande avanço para a imputação de um resultado ao seu verdadeiro autor.

Na teoria causal da ação, desenvolvida por Liszt e Beling, considerava-se realizado o tipo penal toda vez que alguém constituía uma condição para o resultado nele previsto (*conditio sine qua non*). Nessa perspectiva, todo aquele que causasse o resultado seria responsabilizado por ele (*regressus ad infinitum*), com restrições apenas a nível de antijuridicidade e de culpabilidade [02].

Com o advento da teoria finalista de Welzel, passou a vigorar o entendimento de que a essência da ação humana concentra-se no seu direcionamento (finalidade), guiado pela vontade humana. O dolo passa a ser analisado como elemento subjetivo do tipo penal, deixando de compor o plano da culpabilidade.

Até os anos 70 do séc. XX, os seguidores do finalismo tinham na adequação social a resolução dos problemas relativos à tipicidade. Contudo, a despeito do avanço no plano subjetivo, para o elemento objetivo do tipo penal continuou sendo insuficiente a mera relação de causalidade.

Assim que a complexidade dos fatos sociais demandou uma releitura desse posicionamento. É nesse contexto que exsurge o funcionalismo (pós-finalismo), com nítido caráter normativista [03], e passa-se a admitir que a dogmática jurídico-penal seja orientada por critérios teleológicos de política criminal na concreção do Direito Penal [04].

Dessa forma, a partir dos estudos de Larenz (1927) e Honig (1930), que remontam a Hegel, Roxin [05](funcionalismo dualista),e posteriormente Jakobs [06](funcionalismo monista), estabeleceram a noção de risco juridicamente relevante como indispensável para uma lesão típica ao bem jurídico. Também para Schünemann [07] e Rudolphi, ambos discípulos de Roxin, o risco permitido ou a diminuição de um risco [08] passaram a não revelar a imputação objetiva de um tipo penal.

Buscou-se, então, reavaliar a amplitude do nexos causal, um dos elementos da tipicidade, responsabilizando-se apenas condutas juridicamente relevantes, pela perspectiva da criação ou incremento de riscos, dentre outros critérios de inclusão e exclusão da imputação [09].

Damásio de Jesus, um dos grandes defensores da teoria no país, menciona [10] que a imputação objetiva é objeto recorrente de investigação científica das modernas escolas penais [11], como a Escola de Munich (Claus Roxin), a Nova Escola de Bonn (Günther Jakobs) e os estudos de Jescheck e Wolfgang Frisch, em "Freiburg e Eberhard Struensee", em Münster. Na Espanha, conta com as notáveis contribuições de Manuel Cancio Meliá, Enrique Gimbernat Ordeig, Francisco Muñoz Conde, Juan Bustos Ramírez, Enrique Bacigalupo, Diego Luzon Peña, Jesús María Silva Sánchez, Angel Torío López, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Paz M. de la Cuesta Aguado, Elena Pijoan Larrauri, Enrique Peñaranda Ramos, Margarita Martínez Escamilla; na Argentina, de Marcelo Ferrante, Marcelo A. Sancinetti, Maximiliano A. Rusconi e Mario Magariños; na Itália, de Andrea A. Castaldo; na Colômbia, de Cláudia López Díaz; na Venezuela, de Yesid Reyes Alvarado, além de centenas de excelentes trabalhos de notáveis cultores da doutrina do crime..

No Brasil, ainda é tímida a adesão doutrinária e jurisprudencial à teoria da imputação objetiva [12]. Precisamente por essa razão, diversos novos pesquisadores e mesmo renomados penalistas vêm aprofundando seus estudos na área, no intuito de diminuir um pouco a disparidade evolutiva de nossa ciência penal em detrimento da europeia, que já discute o tema há quase 50 anos.

II. No que consiste a Teoria da Imputação Objetiva

Na realidade, a teoria da imputação objetiva preconiza uma exigência geral de realização típica, a partir da adoção de critérios essencialmente normativos [13], de modo que sua verificação constitui uma questão de tipicidade, e não de antijuridicidade, prévia e prejudicial à imputação do tipo subjetivo (dolo e culpa) [14].

A despeito de sua denominação, a teoria não se refere à imputação do resultado, mas sim à delimitação do alcance do tipo objetivo [15]. Logo, é mais uma teoria da "não-imputação", do que propriamente uma teoria "da imputação" [16].

De qualquer maneira, a imputação "objetiva" também é fortemente influenciada por critérios subjetivos. O próprio Roxin alerta:

A imputação objetiva se chama "objetiva" não porque circunstâncias subjetivas lhe sejam irrelevantes, mas porque a ação típica constituída pela imputação – o homicídio, as lesões, o dano etc. – é algo objetivo, ao qual só posteriormente, se for o caso, se acrescenta o dolo, no tipo subjetivo [17].

Para os seus adeptos, o resultado de uma ação humana só pode ser objetivamente imputado a seu autor quando sua atuação tenha criado, em relação ao bem jurídico protegido, uma situação de risco (ou perigo) juridicamente proibido, e que tal risco tenha se materializado num resultado típico concreto [18]. Nessa ótica, a imputação do tipo pressupõe que o resultado tenha sido causado pelo risco não permitido criado pelo autor [19]. Destarte, estando o risco produzido dentro do socialmente tolerável, não caberá a imputação objetiva do tipo, ainda quando se trate de uma ação dolosa e que cause lesão a um bem jurídico.

A imputação do tipo objetivo também pressupõe um perigo criado pelo autor e não coberto por um risco permitido dentro do alcance do tipo [20]. Logo, sensata é a conclusão de Luzón Peña, para quem um determinado resultado lesivo só pode ser juridicamente (teleológico-valorativamente) atribuído a uma ação como obra sua, e não como obra do azar [21]. Se permitido o risco (socialmente tolerado), não caberá a imputação; se não permitido, porém, como regra, terá lugar a imputação objetiva do tipo [22].

A imputação objetiva tem por finalidade analisar um resultado (crimes materiais), que caracteriza a existência empírica de um fato (doloso ou culposos), ou ainda, o que decorre de um agir comunicativo, ligado a uma ação (crimes formais), que modificou o mundo exterior [23].

Em nosso sistema, este fato continua demonstrado pela relação de causalidade, através da teoria da equivalência das condições (art. 13 do Código Penal) [24]. Ocorre que a constatação do nexo causal, per se, não implica a caracterização de um tipo penal atribuível, de plano, a seu autor.

A aplicação da teoria da imputação objetiva se dá, então, após a verificação do nexo causal, como método de análise do fato típico que, ao visar à aplicação da lei penal, irá responsabilizar, pela violação dos valores vigentes, aquele que é indicado como elemento de certeza, o que justifica a intervenção do Direito Penal no agir social [25].

Roxin estabelece os seguintes critérios para sua aplicação [26]:

a) Determinação de risco: é necessário verificar se entre a exteriorização da ação e o resultado constatado existe um risco não permitido, ou se o agente, na sua voluntariedade de agir, direcionou sua ação à criação ou incremento de um risco não admitido.

b) Âmbito de proteção da norma: a norma penal tem um âmbito de proteção, isto é, abrange os fatos específicos que recorrem de sua análise valorativa, limitando sua esfera de proteção aos danos diretos ocasionados. Trata-se de um critério de definição do risco [27], pois a norma não pode eliminá-los, mas somente proibi-los. Além do risco, há necessidade dos demais elementos para a imputação objetiva do fato ao agente [28].

c) Cursos causais hipotéticos: são aqueles que, mesmo excluídos hipoteticamente, determinariam o resultado final, que aconteceria de qualquer modo. Embora não elimine a imputação de forma total, estes cursos causais podem, diversamente da teoria da *conditio sine qua non*, permitir melhor análise da responsabilidade pelo intérprete [29].

d) Proibição de regresso: intervenção, no curso causal doloso, de uma condição imprudente de terceiro, para a produção do resultado [30].

Antonio Luís Chaves Camargo, estudioso do tema no Brasil, constata que a aplicação da teoria pressupõe: (a) a existência de uma ação que determinou um resultado, e a existência de um fato de acordo com a teoria da equivalência das condições; (b) a presença de um risco não permitido pelo sistema social; e (c) que o fato tenha característica de um tipo penal, na forma do ordenamento jurídico [31].

III. A noção de Risco Permitido

O conceito de "sociedade de risco" foi desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck e divide a modernização reflexiva da sociedade industrial em função de dois eixos argumentativos: por um lado, em relação à lógica da distribuição do risco e, por outro, com base na teoria da individualização.

A la base de esto se encuentra la idea de que somos testigos (sujeto e objeto) de una fractura dentro de la modernidad, la cual se desprende de los contornos de la sociedad industrial clásica y acuña una nueva figura, a la que aquí llamamos "sociedad (industrial) del riesgo". Esto requiere un difícil equilibrio entre las contradicciones de continuidad y censura en la modernidad, que se reflejan a su vez en el contraste entre modernidad y sociedad industrial, entre sociedad industrial y sociedad del riesgo [32].

O processo de individualização, para Ulrich Beck, é o produto da reflexão na qual o processo de modernização, garantido pelo estado de bem estar, "destradicionaliza" as formas de vida originadas pela sociedade industrial [33].

A distinção entre sociedade industrial e sociedade de risco não coincide com a diferença entre lógica da produção e distribuição da riqueza e lógica da produção e distribuição de risco, mas se funda no fato de que muda a relação de prioridade. A noção de sociedade industrial pressupõe o domínio da lógica da riqueza e admite como compatível a distribuição do risco, enquanto a noção de "sociedade de risco" considera incompatíveis a distribuição de riqueza e de risco e aceita a rivalidade entre suas lógicas [34].

Os riscos que hoje irrompem se diferenciam por seu alcance capaz de influir socialmente e por sua constituição científica específica [35]. "Modernización se refiere a los impulsos tecnológicos de racionalización y a la transformación del trabajo y de La organización" [36].

Mientras que em la sociedad industrial la "lógica" de la producción de riqueza domina a la "lógica" de la producción de riesgos, em la sociedad del riesgo se invierte esta relación. Las fuerzas productivas han perdido su inocência em la reflexividad de los procesos de modernización. La ganancia de poder del "progreso" técnico-económico se ve eclipsada cada vez más por la producción de riesgos. Éstos se pueden legitimar como "efectos secundarios latentes" sol em um estadio temprano. Con su universalización, crítica pública e investigación (anti)científica, se quitan el velo de la latencia y ganan um significado nuevo y central em las discusiones sociales y políticas. Esta "lógica" de la producción y reparto de riesgos la desarrollaré em comparación con la "lógica" del reparto de la riqueza, que há determinado hasta ahora el pensamiento de la teoría social. Em el centro figuran riesgos y consecuencias de la modernización que se plasman em amenazas irreversibles a la vida de las plantas, de los animales y de los seres humanos. [37]

À medida que aumenta a sensibilidade pública ante os riscos, urge uma necessidade política de investigação tranquilizante. Naqueles aspectos em que os riscos são reconhecidos socialmente e se reclama a ajuda responsável politicamente, é evidente a impotência imposta pela política [38].

Em la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica [39].

Mário Luís Lirio Cipriani bem observa que a chamada "sociedade de risco", que caracteriza a sociedade pós-industrial em que se vive, aliada à crise da busca do bem-estar pessoal e coletivo, levou o direito penal ao fenômeno da expansão (neocriminalização), que se traduz na criação de novos bens jurídico-penais, a ampliação de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios jurídico-criminais de garantia [40].

Conforme Salo de Carvalho [41], a incorporação contemporânea da ideia de risco pelas instituições maximizou as formas de intervenção político-criminal, produzindo, no plano dogmático, a "administrativização" do direito e do processo penal [42].

É certo que apenas as condutas que efetivamente gerem um risco devem ser proibidas. Contudo, há que se ter em mente que nem todo perigo deve ser proibido. Isso porque, o risco, além de inerente a todas as sociedades é, muitas vezes, desejável ao desenvolvimento sócio-econômico [43].

Quando o ordenamento jurídico permite e regula a construção de uma ponte, um automóvel, um avião, um navio, uma arma de fogo etc., o legislador tem consciência de que a utilização desses bens, ainda que de forma normal, carrega riscos a objetos que ele mesmo pretende proteger. Assim, a direção de um automóvel, mesmo que de acordo com as regras regulamentares, traz riscos a terceiros e a todos que se utilizam desse meio de transporte. A não ser assim, seria quase impossível a convivência social com a utilização das modernas fontes de energia (eletricidade, gás, reações nucleares, etc.), a extração de minerais, a produção industrial e agrícola, o emprego dos aparelhos que o progresso nos traz, o transporte, a manipulação de alimentos e medicamentos, etc.

O perigo de um dano é inerente a toda atividade humana. Andar nas calçadas, por exemplo, não se pode dizer que seja um comportamento isento de riscos. E há outros, como submeter-se a uma cirurgia, levar uma criança ao parque de diversões, viajar de avião, de automóvel ou de navio, fazer esportes, caçar, pescar, alimentar-se, etc. Trata-se de um risco permitido pela ordem jurídica [44].

Roxin afirma que risco permitido deve ser entendido como uma conduta que cria um risco juridicamente relevante, mas que de um modo geral (independentemente do caso concreto) está permitida e, por isso, à diferença das causas de justificação, exclui a imputação do tipo objetivo [45].

Sempre que, em virtude de sua preponderante utilidade social, ações perigosas forem permitidas pelo legislador - em certos casos, sob a condição de que se respeitem determinados preceitos de segurança - e, mesmo assim, ocorra um resultado de dano, esta causação não deve ser imputada ao tipo objetivo. Isto vale em especial para o tráfego de veículos. Aquele que respeita as regras de trânsito e, ainda assim, acaba envolvendo-se em um acidente, como consequência de lesões a bens jurídicos, não praticou ação de homicídio, lesões corporais ou dano; pois as lesões aos bens jurídicos não decorreram de um risco proibido, e sim de um risco tolerado pela lei [46].

Em síntese, a imputação objetiva do tipo, tendo por pressuposto a criação de um risco não permitido, fica excluída quando o agente atua dentro do risco socialmente tolerado. A doutrina identifica três hipóteses em que isso ocorre [47]:

a) Não realização do perigo: embora criado um risco não permitido, o resultado, decorre não do perigo criado, mas de uma outra causa imprevisível. Na lição de Roxin [48], é preciso perguntar se a conduta do agente aumentou o perigo de causar o resultado de modo

juridicamente mensurável. Não se trata, assim, de analisar o dolo do agente, pois o perigo é prévio [49].

b) Não realização do perigo proibido (não permitido): se a imputabilidade pressupõe a criação de um risco não permitido, impõe-se que o resultado lesivo tenha decorrido, precisamente, da criação desse risco proibido [50].

c) Realização de perigo não coberto pelo fim de proteção da norma: a impossibilidade de imputação se dá em função da inexigibilidade de conduta [51].

Na tentativa de contribuir para a distinção entre risco permitido e risco proibido, o Ministro do STJ Gilson Dipp já afirmou que

"o risco permitido pode ser entendido como aquele constante nas ações perigosas autorizadas pelo legislador, seja pela sua utilidade social, seja pela inevitabilidade do risco ou em face da necessidade advinda dos avanços tecnológicos ou científicos; bem como no comportamento conforme o Direito com base no que se denomina de princípio da confiança; ou quando o resultado danoso não depender exclusivamente da vontade do agente." [52]

IV. A autocolocação da vítima em perigo ou risco

Na história do Direito Penal, à vítima sempre coube um papel passivo, como mera parte ofendida, que suportava os danos causados pelas lesões típicas [53]. A doutrina moderna, no entanto, vem gradualmente reforçando a necessidade de se atribuir um maior destaque ao seu comportamento, que passa a ser encarado de forma dinâmica, baseado em um agir comunicativo (dinamismo em sua posição quanto aos delitos).

A tese da autocolocação da vítima em perigo ou risco [54], que encontra na Corte Constitucional Alemã seus primeiros precedentes, foi inicialmente desenvolvida e aplicada nas seguintes hipóteses: (a) drogados que compartilham seringas de modo que um deles venha a óbito; (b) participação em suicídio; e (c) transmissão de AIDS por via sexual.

Antonio Luís Chaves Camargo aponta outras situações que ensejariam, em tese, a aplicação da autocolocação da vítima em perigo: a pessoa que observa outra se afogar e tentar salvar-lhe, mas acaba por morrer; a vítima de atropelamento que se nega a receber auxílio; o torcedor de um clube de futebol que invade espaço territorial da torcida adversária e é agredido [55].

Tratam-se, aqui, de hipóteses que excluiriam a tipicidade do delito, ou, quando muito, diminuiriam a responsabilidade do autor, já que se considera que as vítimas criaram o perigo (desnecessário) para si mesmas. Por isso, a "autocolocação" é uma forma de atribuir ao autor de uma conduta típica uma culpabilidade exacerbada, pois a vítima concorreu com a realização do risco e do delito.

É nesse sentido que diversos autores de expressão passaram a considerar que a contribuição (consentimento) do ofendido na prática do fato, naquelas hipóteses em que o tipo não contém o dissentimento como elementar, deve produzir efeito no plano da tipicidade, excluindo-a, e não mais na área da ilicitude, como excludente supralegal [56].

Nesses casos em que o titular do bem jurídico consente em que o objeto material seja lesado [57], a doutrina clássica não encontrou meios de excluir a responsabilidade penal do autor do plano da tipicidade, tendo em vista a presença indisfarçável da conduta dolosa, resultado, nexos de causalidade material e adequação aos tipos incriminadores.

Textos relacionados

■Ensaio filosófico-penal: uma aproximação da Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, com o Finalismo Penal de Hans Welzel

■Particularidades da denúncia nos crimes econômicos

■A associação para o tráfico de drogas. Equívocos hermêuticos e conceituais ou política criminal subjetiva?

■Aprovado o banco de perfis genéticos: Lombroso ainda não morreu

■Do concurso de pessoas nos crimes dolosos contra a vida

Os principais critérios indicados pela doutrina para a aplicação do instituto são [58]: (a) que a vítima tenha sob seu controle o desenvolvimento da situação perigosa; (b) que a vítima possa calcular a dimensão do risco, sendo este conhecido ou cognoscível; e (c) que o terceiro que preste auxílio não esteja numa posição de garante.

Logo, a vítima, outrora não considerada na análise do tipo penal, assume, na teoria da imputação objetiva, papel relevante, até porque o agir comunicativo exige um ator e um ouvinte, que invertem suas posições no correr da argumentação. Desta forma, quando a vítima assume, conscientemente, o risco permitido, não se pode atribuir ao agente a responsabilidade pelas consequências danosas do fato [59].

V. A Atribuição ao Âmbito de Responsabilidade de Terceiros

Pela teoria da imputação objetiva o tipo não pode ser atribuído ao agente que não tem previsão de que o resultado final possa vir a ocorrer. Roxin exemplifica com o caso de uma pessoa que colide seu carro contra uma árvore, por imprudência, sendo que um dos passageiros fratura o quadril. No hospital, esse mesmo passageiro morre em razão de uma infecção [60].

A fratura, por si só, não gerou um perigo de morte; este foi criado unicamente pelo comportamento dos médicos. Assim, como o primeiro causador não pode vigiar esse comportamento, não deve responder por ele. Isso se aplicaria a qualquer erro médico que se encontre fora do risco típico de lesão. "Esses erros, mesmo que previsíveis, já não se encontram no âmbito de responsabilidade do primeiro causador, não sendo, portanto, alcançados pelo tipo" [61].

Analisemos um caso em que o Superior Tribunal de Justiça aplicou a Teoria da Imputação Objetiva [62]: os membros da comissão de formatura de uma determinada faculdade organizaram uma festa para cerca de 700 pessoas, onde circulou livremente entre os participantes grande quantidade de bebidas alcoólicas, assim como substâncias ilícitas, entorpecentes e psicotrópicas.

Em um dado momento, um dos participantes foi atirado dentro de uma piscina e, em razão de sua embriaguez (eis que a perícia técnica concluiu que considerando-se a profundidade, altura e o biotipo da vítima, a piscina não apresentava riscos para uma pessoa em condições normais, independentemente de saber ou não nadar), acabou se afogando. O Ministério Público denunciou todos os integrantes da comissão de formatura por homicídio culposo, pois teriam dado causa ao resultado por imprudência e negligência.

Neste caso, entendeu o Tribunal que houve consentimento do ofendido na ingestão de substâncias psicotrópicas, o que, em casos tais, determina a exclusão da responsabilidade, pois se trata de autocolocação em risco [63].

Desse modo, o fato de a vítima ter vindo a óbito em razão da ingestão de substâncias psicotrópicas não teria relação direta com a conduta dos acusados. Ainda que se admitisse a existência de relação de causalidade entre a conduta destes e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, o que, segundo a Corte, não ocorreu na hipótese, uma vez que seria inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa.

Ademais, uma eventual falta de atendimento aos pressupostos necessários para a organização da festa por parte da Comissão de Formatura estaria fora dos limites do que a doutrina denomina de risco juridicamente relevante, caracterizando um risco permitido (risco geral da vida), pois "é fato corriqueiro, de todos sabido, que há uso e abuso de substâncias entorpecentes nas festas promovidas por jovens, inclusive e principalmente no âmbito universitário, em todo o país".

No caso concreto, entendeu a Corte que não poderia a Comissão de Formatura prever o comportamento da vítima, que somente veio a afogar-se acidentalmente em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se de forma contrária ao direito.

VI. O Princípio da Confiança

O chamado Princípio da Confiança, comumente invocado nos delitos de trânsito, mas aplicável a uma ampla gama de crimes, refere-se à confiabilidade que um indivíduo tem de que os demais se portarão conforme o direito, enquanto não existirem pontos de apoio concretos em sentido contrário.

Na concepção de Roxin, apenas uma reconhecível inclinação, ou disposição [64], para o fato punível afastaria tal princípio. Portanto, no caso de um vendedor que vende um punhal a um dos contendores que participam de uma rixa em frente a sua loja, vindo alguém a ser morto, entende-se que o vendedor não criou o perigo proibido, de sorte que independentemente da causação ou de seu substrato psíquico, nem a venda do punhal, nem o resultado morte daí decorrente, lhe podem ser imputados como ações de homicídio [65].

Em outras palavras, o princípio assenta que as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, enquanto não existirem pontos de apoio concretos em sentido contrário, os quais não seriam de afirmar-se diante de uma aparência suspeita (pois se trata de um critério vago, passível de aleatórias interpretações), mas só diante de uma reconhecível inclinação para o fato [66].

VII. Breves Críticas à Teoria da Imputação Objetiva

Um dos grandes críticos da teoria da imputação objetiva é o catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri Enrique Gimbernat Ordeig. Gimbernat, sustenta que, em relação aos crimes culposos, se o agente se mantém dentro do risco permitido, não há imputação objetiva, já que, em tais casos, simplesmente não existe culpa. Dessa forma, atuando dentro do risco socialmente tolerado, o autor não infringe o dever objetivo de cuidado, sendo desprovido recorrer-se à imputação objetiva [67].

Na Alemanha, a Teoria da Imputação Objetiva encontra grande aceitação doutrinária, porém nos Tribunais não é adotada na sua integralidade. Seus principais opositores compõem o círculo dos finalistas, como Kaufmann, Struensee, Hirsch e Küpper, que desejam manter a preponderância do elemento subjetivo do tipo [68].

No Brasil, um dos mais ferrenhos críticos da imputação objetiva foi Paulo de Souza Queiroz, que chegou a afirmar que o surrealismo dos exemplos citados pelos defensores da teoria da imputação objetiva põe de manifesto que seu âmbito de aplicação é reduzidíssimo (se é que existe mesmo), de sorte que em razão do seu excessivo grau de abstração, constitui, em boa parte, uma pura especulação teórica desprovida de interesse prático.

Contudo, influenciado por Juarez Tavares, Luis Greco, Fábio Roberto D'Ávila, Fernando Galvão e Damásio de Jesus, o professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) reescreveu sua obra "Direito Penal - Parte Geral" aderindo à moderna teoria, porém mantendo certas restrições.

A exemplo de Greco [69], reconhece que a imputação objetiva e seus conceitos básicos nada mais são do que a própria teoria do crime culposos, porém com denominações e alcances diversos [70]. Assim, a violação do dever objetivo de cuidado, no seio da imputação objetiva

refere-se à criação de um risco juridicamente desaprovado; bem assim, o nexo de antijuridicidade passa a chamar-se realização do risco [71].

Queiroz considera, ainda, que "a moderna teoria da imputação é, em verdade, ao menos se se pretende garantista, uma teoria, em verdade, da 'não-imputação'". E mais: "não uma teoria absolutamente objetiva, pois, em muitos casos, é indispensável, como o reconhecem seus principais defensores, o aspecto subjetivo, isto é, o dolo" [72].

Outrossim, o penalista assevera que, apesar de suas imperfeições, essa moderna teoria pretende responder a uma exigência constitucional garantista, conforme os princípios da legalidade, personalidade e proporcionalidade, razão pela qual passou a adotar essa "nova linguagem" [73].

VIII. Considerações Finais

A função da dogmática penal é proporcionar ao juiz critérios seguros e precisos na distribuição da justiça. Apurando-se os pressupostos para que se concretize um tipo criminal, é possível distinguir uma figura delituosa de outra e, conseqüentemente, evitar a arbitrariedade e a improvisação, no intuito de facilitar a aplicação do Direito Penal [74].

Pela teoria da imputação objetiva, haverá imputação "objetiva" do resultado quando a conduta do sujeito produziu, criou, materialmente um risco juridicamente reprovável, proibido, e relevante [75]. De outro lado, inexistirá a imputação "objetiva" quando faltar essa criação de perigo [76].

Nessas premissas, é possível evidenciar um limite político-criminalmente plausível ao arbítrio do julgador e à atividade abusiva dos acusadores, o que, nas palavras de Damásio de Jesus, enriquece a Justiça, porquanto fornece instrumentos modernos à acusação, como a teoria do incremento do risco, e à defesa, como a exigência no tipo incriminador de um novo elemento normativo, qual seja, a própria imputação objetiva [77].

Para Juarez Tavares, ela não é uma teoria para atribuir, senão para restringir a incidência da proibição sobre determinado sujeito, de sorte que, na medida em que puder cumprir semelhante função, sua adoção é válida e louvável [78].

Uma de suas consequências perceptíveis é a antecipação para o plano da tipicidade da exclusão de certas condutas e resultados do campo penal, solução que as doutrinas clássicas só admitem na esfera da ilicitude [79]. Assim, a atribuição do efeito de atipicidade ao consenso válido, impede a persecução criminal, atendendo a reclamos de um Direito penal democrático e garantista [80].

É evidente que não há consenso sobre o tema na doutrina [81]. José Carlos Pagliuca atesta que o pragmatismo dominante em nosso sistema penal, trazendo conceitos apriorísticos já arraigados e fechados numa determinada proposição legal (a norma jurídica) impede, de certa forma, a liberdade de alcançarmos outra interpretação, senão aquela determinada no comando normativo em testilha quando do evento naturalístico real [82].

O argumento de Roxin para defender essa teoria nos remete à proteção dos bens jurídico-penais:

Quem deseja proteger jurídico-penalmente bens que não podem ser protegidos de outra forma, deve tornar a criação e a realização de um risco não permitido para estes bens o critério central de imputação, mas deve também utilizar o risco permitido, o fim de proteção da norma de cuidado bem como a auto-responsabilidade da vítima e a esfera de responsabilidade de terceiros, para uma limitar a responsabilidade, o que é necessário em razão do bem comum e da liberdade individual [83].

As colocações aqui invocadas só comprovam a necessidade da ampliação do estudo na doutrina brasileira, a fim de se averiguar se a vasta base teórica verificada satisfaz nossas exigências político-criminais.

Certo é que esse desenvolvimento está atrelado à superação de uma cultura formalista e de relativismo valorativo, que enaltece uma jurisprudência com pretensão vinculante e o conhecido argumento de autoridade, arraigado de preconceitos que retraem a natural evolução das ciências criminais, a despeito do pluralismo ideológico preconizado pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. Vol. 1. 11 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.9, n.107, p. 7-9, out. 2001.

_____. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel. "La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (imputación de la víctima)", in: Estudios Sobre la Imputación Objetiva. Buenos Aires, Ad-hoc, 1998.

CARVALHO, Salo. Antimanual de criminologia. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito penal econômico e legitimação da intervenção estatal – Algumas linhas para a legitimação ou não-intervenção penal no domínio econômico à luz da função da pena e da política criminal. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto;

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Coord.). Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CRESPINO, Marcelo Xavier de Freitas. A "brincadeira do desmaio" e a teoria da imputação objetiva. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 185, p. 12, abr. 2008.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Crime Culposos e a Teoria da Imputação Objetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FELDENS, Luciano; SCHIMIDT, Andrei Zenkner. O crime de evasão de divisas: a tutela penal do Sistema Financeiro Nacional na perspectiva da política cambial brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin., 80 anos. Revista Liberdades. São Paulo, n. 7, pp. 97-123, mai./ago. 2011.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal: parte general. 5ª ed. Granada: ED. Comares, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. Imputação Objetiva. São Paulo: Edições Paloma, 1999.

Textos relacionados

■Ensaio filosófico-penal: uma aproximação da Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, com o Finalismo Penal de Hans Welzel

■Particularidades da denúncia nos crimes econômicos

■A associação para o tráfico de drogas. Equívocos hermêuticos e conceituais ou política criminal subjetiva?

■Aprovado o banco de perfis genéticos: Lombroso ainda não morreu

■Do concurso de pessoas nos crimes dolosos contra a vida

_____. Imputação objetiva: o fugu assassino e o carrasco frustrado. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.7, n.86, p. 13, jan. 2000.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de derecho penal: parte general. Madrid: Universitas, 1996.

PEDRO GRECO, Alessandra Orcesi. A Autocolocação da Vítima em Risco. São Paulo: RT, 2004.

PUIG, Mir. Derecho Penal. 8ª ed. Montevideo: Editorial B De F, 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. A teoria da imputação objetiva. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.9, n.103, p. 06-08, jun 2001.

RAMÍREZ, Bustos. Manual de Derecho Penal, Ariel: Barcelona, 1996.

ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Reflexões Sobre a Problemática da Imputação em Direito Penal, In: Problemas Fundamentais de Direito Penal, tradução de Ana Paula S. L. Natscheradetz, Lisboa: Veja, 1979.

_____. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Pena et. al. Barcelona: Editorial Civitas, 1997.

_____. Teoria da Imputação Objetiva. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano nº 9, abril-junho de 2002, Ed. Revista dos Tribunais, pp. 11-31.

SANTOS, Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones Sobre la Imputación Objetiva. Buenos Aires: Adhoc, 1998.

TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. Ed. Del-Rey: Belo Horizonte, 2000.
