

# A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA<sup>1</sup>

## I. Problemas do tipo na teoria causai e final da ação

O sistema jurídico-penal "clássico" alemão, desenvolvido na virada do século principalmente por *Liszt* e *Beling*, fundamentava o tipo no conceito de causalidade. Considerava-se realizado o tipo toda vez em que alguém constituía uma condição para o resultado nele previsto, ou seja, toda vez em que alguém o causava, no sentido da teoria da equivalência dos antecedentes. Acabava o tipo, assim, com uma grande extensão, pois, nesta perspectiva, praticou uma ação de matar não só aquele que disparou o tiro mortífero, mas todos os que contribuíram para o resultado com uma *condictio sine qua non*: o fabricante e o vendedor do revólver e da munição, aqueles que ocasionaram a desavença da qual resultou o tiro, até mesmo os pais e outros ascendentes do criminoso. As necessárias restrições à responsabilização jurídico-penal daí resultantes teriam de ser realizadas em outros níveis do sistema: na antijuridicidade ou, princí-

1 Este estudo (*Die Lehre von der objektiven Zurechnung*), foi originalmente publicado em *Chengchi Law Review*, vol. 50, maio de 1994, p. 219 ess.

palmente, na esfera da culpabilidade, onde se localizavam todos os elementos subjetivos do delito.

Contra este sistema levantou-se, por volta da década de 1930, a teoria finalista da ação, fundada principalmente por *Welzel*, que vê a essência da ação humana não no puro fenômeno natural da causação, e sim no direcionamento, guiado pela vontade humana, de um curso causai no sentido de um determinado fim antes tomado em vista. Esta compreensão da conduta como um ato finalístico, orientado a um objetivo, evita consideravelmente o *regressus ad infinitum* da teoria causai da ação, eis que, ao contrário dela, já analisa o dolo no nível do tipo, como a parte subjetiva deste. Em virtude disso, o posicionamento do dolo no tipo é aceito quase unanimemente pela ciência jurídica alemã.

O grande progresso que trouxe a teoria finalista da ação limita-se, porém, ao tipo subjetivo. Para a realização do tipo objetivo, considera ela suficiente a mera relação de causalidade, no sentido da teoria da equivalência. Com isso, o tipo continua demasiado extenso. Esclarecerei o que tenho em mente através de três grupos de casos, à guisa de introdução:

1. Consideremos, agora, que A deseje provocar a morte de B! A o aconselha a fazer uma viagem à Flórida, pois leu que lá, ultimamente, vários turistas têm sido assassinados; A planeja que também B tenha esse destino. B, que nada ouviu dos casos de assassinato na Flórida, faz a viagem de férias, e de fato é vítima de um delito de homicídio. Deve A ser punido por homicídio doloso? Se reduzirmos o tipo objetivo ao nexa de causalidade, esta seria a conclusão. Afinal, A causou, através de seu conselho, a morte de B, e almejava esse resultado.

Ou pensemos no caso do homem de aparência suspeita que vai comprar um punhal afiado em uma loja<sup>1</sup>. O vende-

dor (V) pensa consigo: "Talvez ele queira matar alguém com o punhal. Mas isto deve ser-me indiferente." Tem V de ser punido por homicídio praticado com dolo eventual, na hipótese de o comprador, realmente, apunhalar alguém? Objetivamente, V constituiu uma causa para a morte da vítima, e subjetivamente assumiu o risco de que tal resultado ocorresse.

2. Problemas similares ocorrem nas hipóteses de grande relevância prática que são as de desvios na causalidade. Limito-me ao conhecido exemplo escolar, em que A atira em B com intenção de matá-lo, mas somente o fere. O ferido é levado por uma ambulância a uma clínica; mas ocorre um acidente de trânsito, vindo B a falecer. Cometeu A um delito consumado de homicídio? Ele certamente causou a morte de B no sentido da teoria da equivalência, e também a almejou. Se ainda assim não deve haver um delito consumado de homicídio, isto é difícil de fundamentar do ponto de vista de uma compreensão causal do tipo objetivo.

3. Como exemplo do terceiro grupo de casos quero lembrar a hipótese extraordinariamente comum da entrega de tóxicos. Imaginemos que A venda heroína a B. Os dois sabem que a injeção de certa quantidade de tóxico gera perigo de vida, mas assumem o risco de que a morte ocorra; A o faz, porque o que lhe interessa é principalmente o dinheiro, e B, por considerar a sua vida já estragada e só suportável sob estado de entorpecimento. Deve A ser punido por homicídio cometido com dolo eventual, na hipótese de B realmente injetar em si o tóxico e, em decorrência disso, morrer? A causalidade de A para a morte de B, bem como seu dolo eventual, encontram-se fora de dúvida. Se considerarmos a causalidade suficiente para a realização do tipo objetivo, teremos que concluir pela punição.

## II. Linhas mestras da teoria da imputação objetiva

A teoria da imputação objetiva tenta resolver os problemas que decorrem destes e de outros grupos de casos, ainda a serem examinados. Em sua forma mais simplificada, diz ela: um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3)<sup>2</sup>.

### 1. A criação de um risco não permitido

O primeiro grupo de casos por mim mencionado refere-se à criação de um risco não permitido. Instigar alguém a uma viagem à Flórida, ainda que, em seu aspecto objetivo, constitua a causa de uma morte, e, subjetivamente, tenha por finalidade a morte da vítima, *não pode sequer objetivamente constituir uma ação de homicídio*, porque tal conduta não criou um perigo de morte juridicamente relevante, e não elevou de modo mensurável o risco geral de vida. É duvidoso que uma viagem à Flórida tenha aumentado o pequeno risco de ser vítima de um delito de homicídio existente em qualquer país. Ainda assim, enquanto não imperar o caos em determinado Estado, a ponto de que o países de onde saem os visitantes desaconselhem, em razão do perigo, uma viagem para lá, um eventual aumento de risco será juridicamente irrelevante, tendo em vista os m

2 Mais detalhadamente, com minuciosas referências, *Roxin*, *Strech* — *Allgemeiner Teil (AT)*, Vol. I, 1992, § 11, nm. 36 e ss. (Funcionalismo, § 11, nm. 39 e ss.).

lhões de turistas que voltam para casa ilesos. A morte do viajante não pode ser portanto imputada ao provocador da viagem como ação de homicídio. Isto significa que sequer o tipo objetivo do homicídio está preenchido, de modo que a pergunta a respeito do dolo sequer se coloca.

Em meu outro exemplo, o da venda de um punhal a uma pessoa de aparência suspeita, ter-se-á de admitir a existência de um certo risco. Mas este risco é permitido. Afinal, uma vida ordenada em sociedade só é possível se o indivíduo, em princípio, puder confiar em que as pessoas com quem interage não cometerão delitos dolosos. Do contrário, além de punhais, igualmente não poderiam ser vendidos ou emprestados materiais inflamáveis, fósforos, machados, enxadas. Por exemplo, é possível partir o crânio de alguém com um caneco de cerveja bávaro. Mas o risco de tal utilização abusiva é permitido pelo Estado, pois a sociedade não pode funcionar sem bens passíveis de abuso.

Vigora aqui o *princípio da confiança?*, conhecido do direito penal de trânsito: pode-se confiar em que os outros se comportarão conforme ao 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* [*erkennbare Tatgeneigtheit*]<sup>4</sup>. Tal inclinação existiria, p. ex., se, no momento em que estivesse ocorrendo uma perigosa rixa diante da loja, o vendedor entregasse

3 Veja-se, mais aprofundadamente, *Roxin*, Bemerkungen zum Regressverbot, Tröndle-FS, 1989, p. 177 e ss.; o mesmo, AT, vol. I, 1992, § 24, nm. 26 e ss.

4 (N. do. T.) *Cirino Dos Santos*, em sua *A moderna teoria do fato punível*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2000, p. 109, prefere traduzir a *erkennbare Tatgeneigtheit* por "reconhecível disposição para o fato".

o punhal a um dos contendores. Na hipótese de que alguém fosse morto com o punhal, o vendedor deveria ser punido por homicídio culposo ou por cumplicidade no homicídio, de acordo com o seu conhecimento da situação. No exemplo acima dado, porém, o princípio da confiança permanece em vigor. O vendedor não criou um perigo proibido, de modo 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.

## **2. A realização do risco não permitido**

Em meu segundo grupo de casos, no exemplo do sujeito que, ferido por alguém com dolo de homicídio, vem a morrer em um acidente de ambulância, o resultado igualmente não poderá imputar-se àquele que atirou, apesar de ter sido causado e almejado. É verdade que, através do tiro, criou o autor um perigo imediato de vida, o que é suficiente para a punição por tentativa. Mas este perigo não permitido não se realizou, pois a vítima não morreu em razão dos ferimentos, e sim de um acidente de trânsito. O risco de morrer em um acidente não foi elevado pelo transporte na ambulância; ele não é maior do que o risco de acidentar-se quando se passeia a pé, ou com o próprio automóvel. Falta, portanto, a realização do risco criado pelo tiro, de modo que o resultado morte não pode ser imputado àquele que efetuou o disparo como sua obra. Ele não cometeu uma ação de homicídio, mas somente uma ação de tentativa de homicídio.

Também antes do desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, a punição só por tentativa de homicídio correspondia à opinião francamente dominante na Alemanha.

Mas esta opinião era — e em parte ainda é — fundamentada de um modo completamente distinto. Analisava-se o caso sob o aspecto do desvio no curso causai, tendo-se criado a tese de que o dolo deveria abranger o curso causai em suas "linhas gerais". Em se tratando de um "desvio essencial", dever-se-ia excluir o dolo. Assim, enquanto a teoria da imputação objetiva considera já o tipo não preenchido, a teoria mais antiga, que também é defendida pela jurisprudência, exclui somente o dolo. Na verdade, a consideração de que aqui se trata de um problema de dolo é uma solução aparente, pois o decisivo é justamente se existe ou não um desvio essencial, e isto é um critério objetivo. De fato, trata-se de um ponto de vista bastante vago, pois o conceito de "essencialidade" ainda precisa ser preenchido com algum conteúdo. Mas se tentarmos concretizá-lo, chegaremos à conclusão de que um desvio é essencial, quando nele não se realiza o risco contido na ação de tentativa. Daí se vê que o deslocamento do problema para a doutrina do dolo não faz mais que dar uma roupagem subjetiva a uma questão de imputação objetiva, obscurecendo, além disso, a solução, através do uso de elementos pobres de conteúdo como a "essencialidade".

### **3. O alcance do tipo e o princípio da auto-responsabilidade**

Em meu terceiro grupo de casos, que caracterizei através do exemplo da entrega de heroína, o ato de entregar a droga constitui uma criação de um risco não permitido. A criação de tal risco é proibida, pois a entrega do tóxico, por si só, já é punível com uma pena grave segundo o direito alemão [§ 29, I, 1, Lei de Tóxicos [*Betäubungsmittelgesetz*]]. Além disso, o risco não permitido se realizou, pois

aquele que recebeu a droga faleceu graças à injeção de heroína. E, ainda assim, a causação de uma morte com dolo eventual — que é o que podemos constatar no traficante — não é uma ação de homicídio. Afinal, de acordo com o direito alemão, sequer a participação dolosa em um suicídio, ou seja, no ato doloso de matar-se a si próprio, é punível. Ura simples *argumentum a maiore ad minus* chega ao resultado de que também não poderá ser punível a participação em uma autocolocação em perigo, quando houver por parte da vítima uma completa visão do risco, como no nosso caso, em que existe um suicídio praticado com dolo eventual. O alcance do tipo (*Reichweite des Tatbestands*) não abrange esta hipótese; pois, como demonstra a impunidade da participação em suicídio, o efeito protetivo da norma encontra seu limite na auto-responsabilidade da vítima<sup>5,6</sup>.

Inicialmente, o *Bundesgerichtshof* (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 juris-

5 Veja-se, com referências — também da jurisprudência — *Roxin*, AT, vol. I, 1992, § 11, nm. 86 e ss.

6 (N. T.) Como é sabido, o direito brasileiro, ao contrário do alemão, pune a participação em suicídio, de modo que os argumentos expendidos pelo autor não são válidos em face de nosso ordenamento. Porém, isto não implica que, automaticamente, se deva optar pela punibilidade daquele que participa em uma autocolocação em perigo, mas tão-só que, qualquer que seja a solução defendida, ela precisará basear-se em outros fundamentos. Para uma exposição do problema e destes possíveis fundamentos em ordenamentos jurídicos que punem a participação em suicídio, vejam-se *Cancio Meliá*, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1998, p. 42 e ss., e *Costa Andrade*, Consentimento e acordo em direito penal, Coimbra Editora,-Coimbra, 1991, pp. 281/283, autores que se mostram de acordo com a solução da impunidade.

prudencial (aliás, sob a imediata influência de um precedente de *Schünemann*<sup>7</sup>), é que negou o Tribunal a existência de um delito de homicídio, decidindo (BGHSt 32, p. 2fi2): "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 corporais". Esta decisão é o principal sucesso que a teoria da imputação objetiva conseguiu até hoje na prática jurisprudencial alemã.

### III. Outras consequências da teoria da imputação objetiva

Meus exemplos introdutórios abrangem unicamente uma pequena parcela da multiplicidade de problemas que se podem solucionar através da teoria da imputação objetiva. Alguns outros (mas não todos) campos de aplicação desta doutrina serão, ao menos, esboçados.

#### 1. A diminuição do risco<sup>8</sup>

Ações que diminuam riscos não são imputáveis ao tipo objetivo, apesar de serem causa do resultado em sua forma concreta e de estarem abrangidas pela consciência do sujeito. Quem convence o ladrão a furtar não 1.000, mas somente 100 marcos alemães, não é punível por participação

7 *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?*, NStZ 1982, p. 60.

8 Mais profundamente, *Roxin*, AT, vol. I, 1992, § 11, nm. 43 e ss.

no furto, pois sua conduta não elevou, mas diminuiu o risco de lesão. O mesmo vale para a redução de lesões corporais em rixas, bem como para vários casos análogos.

## 2. O risco permitido<sup>9</sup>

A importância do risco permitido vai bastante além do caso do princípio da confiança, referido. 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 se envolvendo em um acidente com conseqüência 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.

Este ponto de vista possui grande relevância também para os riscos advindos de modernos complexos industriais. Acidentes que ocorram apesar do respeito aos padrões legais de segurança sequer objetivamente constituem ações de lesões corporais. O fato de que, possivelmente, eles tenham sido calculados, bem como o de que o risco de sua ocorrência tenha sido assumido, não é o bastante para fundamentar um dolo de lesões corporais, pois sequer o tipo objetivo, a que o dolo deve referir-se, está preenchido. Nestes casos, é o legislador quem suporta os riscos. Se, por outro lado, o risco permitido for ultrapassado, através, p. ex., de desrespeito às normas de segurança, a causação de

<sup>9</sup> Mais aprofundadamente, *Roxin*, AT, vol. I, 1992, § 11, nm. 55 e ss.

um resultado de lesões corporais decorrente desta violação representará uma ação de lesões corporais, que será punível a título de dolo ou culpa, a depender da disposição psíquica do responsável.

### **3. O fim de proteção da norma de cuidado<sup>10</sup> em seu significado para o critério da realização do perigo**

A teoria da imputação objetiva desenvolveu critérios de imputação ainda mais precisos: para o preenchimento do tipo objetivo não basta que haja um nexó entre o resultado e o risco não permitido criado pelo causador. É preciso, além disso, que o resultado esteja abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado. Veja-se o caso julgado pelo Tribunal do Reich (RGSt 63, p. 392):

Dois ciclistas passeiam um atrás do outro, no escuro, sem estarem com as bicicletas iluminadas. Em virtude da inexistência de iluminação, o ciclista que vai à frente colide com outro ciclista, vindo da direção oposta. O resultado teria sido evitado, se o ciclista que vinha atrás tivesse ligado a iluminação de sua bicicleta.

Aqui está claro que o ciclista que vem à frente deve ser punido por lesões corporais culposas. Afinal, o dever de utilizar o farol tem por fim evitar colisões. O primeiro ciclista, ao dirigir sem iluminação, criou o perigo não permitido de uma colisão, e este perigo também se realizou. Mas deve-se imputar o resultado também ao ciclista de trás, de

10 (N. T.J A palavra alemã é *Gefahrvermeidungsvorschrift*, que, literalmente, se traduziria por "dispositivo de evitação do perigo". Dei preferência, porém, a uma fórmula mais simples e clara.

maneira que ele tenha de ser punido por lesões corporais culposas? Leve-se em conta que também ele criou o perigo de que o primeiro ciclista provocasse uma colisão. Afinal, a simples iluminação da segunda bicicleta teria evitado o acidente com o primeiro ciclista; e este perigo se realizou da mesma forma que o criado pelo outro ciclista. Mas, e é neste ponto que se encontra a diferença decisiva: a finalidade do dever de iluminação é evitar colisões próprias, não alheias<sup>1</sup>. O resultado deveria ser imputado ao segundo ciclista somente se fosse ele a colidir com um terceiro. O seu dever de iluminar não tinha de impedir que outro ciclista colidisse com um terceiro. O segundo ciclista não realizou o risco não permitido que a lei queria evitar através de seu comando, podendo ele, portanto, ser acusado pela falta de iluminação, mas não punido por lesões corporais culposas.

Acontecimentos nos quais o fim de proteção da norma de cuidado desempenha um papel decisivo são bastante freqüentes. Desta multiplicidade de exemplos tomarei somente os casos em que um motorista ultrapassa a outrem de modo contrário ao dever, vindo o condutor do carro ultrapassado a morrer, por causa de um infarto provocado pelo susto (OLG Stuttgart, NJW 1959, p. 2320), ou porque, em virtude de um irreconhecível defeito material, se quebra a roda do carro ultrapassante, daí decorrendo uma colisão (BGHSt 12, p. 79). A ultrapassagem contrária à norma de cuidado representa um risco não permitido e também está causalmente vinculada ao resultado. Mas a proibição de ultrapassagem tem unicamente a finalidade de evitar colisões resultantes do processo perigoso de ultrapassagem em si próprio. O impedimento de uma parada cardíaca ou da quebra de uma roda não estão compreendidos no fim das normas sobre a ultrapassagem. Daí porque se deva negar, em ambos os casos, um homicídio culposos.

#### 4. A atribuição ao âmbito de responsabilidade de terceiros (*Zuordnung zutn Verantwortungsbereich anderer*)

O critério do alcance do tipo, que, inicialmente, expliquei através do princípio da auto-responsabilidade — o caso da entrega de droga — será agora esclarecido, se me permitirem os senhores, através de um segundo exemplo, que versa sobre a delimitação de âmbitos de responsabilidade. Escolherei um caso julgado pelo OLG de Celle (NJW 1958, p. 271):

A bate seu carro contra uma árvore, por desatenção. Um passageiro fratura o quadril esquerdo. No hospital, morre ele por causa de uma sepsemia (envenenamento do sangue)<sup>11</sup>, decorrente de desatenção médica.

Também em casos desta ordem costumam nossos tribunais condenar o primeiro causador por homicídio culposo. Eles partem da premissa segundo a qual se deva sempre contar com erros leves ou de gravidade média da parte dos médicos, de modo que seus efeitos ainda representariam uma realização do risco do acidente. Isto pode ser verdadeiro. Contudo, a jurisprudência ainda não percebeu que a pergunta a ser formulada é, muito mais, a seguinte: não deverá o médico sozinho responder por estes erros? E a resposta é afirmativa. Afinal, a partir do transporte para o hospital, o tratamento do paciente se torna problema exclusivo dos mé-

11 (N. T.) No original, a palavra é *Sepsis*. Porém, em nosso idioma, o termo "seps" não significa envenenamento do sangue, e sim "intoxicação causada pelos produtos de um processo putrefativo" (*R. Paciornik*, Dicionário Médico, 3ª edição, Guanabara-Koogan, Rio de Janeiro, 1992). Daí porque, orientado pelo prof. Dr. *Talvane de Moraes*, preferi o termo "sepsemia", que designa um quadro patológico típico, causado pela disseminação de microrganismos patogênicos e toxinas circulantes do sangue, através da corrente sanguínea.

dicos. Se não conseguirem eles impedir a morte, deve-se punir o primeiro causador por homicídio culposo, já que os médicos não criaram um perigo de morte, mas somente não puderam eliminar um perigo já existente. Em nosso caso a situação é diversa. A fratura da perna não gera perigo de vida. Tal perigo foi, isso sim, criado e realizado unicamente pelo comportamento dos médicos. Como o primeiro causador não pode vigiar o comportamento dos médicos, não deve ele também responder por aquilo que eles façam. O alcance do tipo não compreende uma imputação tão extensa.

Isto se aplica genericamente a todo erro médico que se encontre fora do risco típico de lesão<sup>12</sup>. Se o paciente morre não por seu ferimento, mas por um erro na narcose, cometido pelo anestesista, o primeiro causador não será responsabilizado por homicídio culposo. Tais erros, mesmo que previsíveis, já não se encontram no âmbito de responsabilidade do primeiro causador, não sendo, portanto, alcançados pelo tipo<sup>13</sup>.

#### **IV. A importância da imputação objetiva para a moderna teoria do tipo. Sobre a "confusão entre o objetivo e o subjetivo"**

##### **1. O deslocamento do centro de gravidade para o tipo objetivo**

A teoria da imputação objetiva confere ao tipo objetivo uma importância muito maior da que ele até então tinha, tanto na concepção causai, como na final.

12 Veja-se, a respeito, *Schünemann*, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, p. 719.

13 Veja-se, para outros problemas de imputação no comportamento médico, *Roxin*, AT, Vol. I, § 11, nm. 108 e ss.

a) A teoria causai da ação reduziu o ilícito dos delitos cli-resultado ao nexu de causalidade. Numa aplicação consequente, isto conduz ao conhecido *regressus ad infinitum*, do qual falei inicialmente. É claro que, p. ex., dar à luz o assassino é uma *condictio sine qua non* para a morte da posterior vítima, mas ainda não representa uma ação de matar. A teoria causai da ação e do tipo falha por completo diante do problema de delimitar o tipo de delito (*Deliktstyp*) do respectivo crime<sup>14</sup>. É exatamente esta tarefa que a teoria da imputação objetiva procura resolver. Ela fornece regras genéricas a respeito de quais causações de uma morte, de lesões corporais ou de um dano constituem ações de matar, lesar ou danificar, e quais não. Com isto ela possibilita não só uma descrição plástica da face objetiva de cada ilícito típico, mas também soluciona, como demonstraram meus exemplos, inúmeros problemas concretos de punibilidade. Acima de tudo, ela possibilita uma limitação político-criminalmente plausível da responsabilidade por culpa, que foi demasiado extendida pela jurisprudência alemã, nas trilhas do pensamento causai.

b) Através da moderna teoria da imputação, o tipo objetivo aumenta em importância também em relação àquilo que lhe conferia a teoria finalista, e isto à custa do tipo subjetivo. É verdade que o posicionamento do dolo no tipo subjetivo é plenamente compatível com a teoria da imputação objetiva. Mas a concepção da ação típica é bem diferen-

14 (N. T.) A palavra *Deliktstyp* significa aqui que o tipo não é concebido de maneira formal, como conjunto de elementares desconexas unidas unicamente pela vontade de um legislador, e sim como a individualização de uma conduta ilícita, compreendendo as elementares que a caracterizam como conduta proibida diversa das demais (veja-se *Roxin*, AT, Vol. I, § 10, nm. 19). Critica-se a teoria causai justamente porque, ao considerar típica toda *conditio sine qua non* do resultado, não consegue ela construir o tipo como *Deliktstyp*.

te. Enquanto os finalistas consideram ação de matar unicamente o direcionamento consciente do curso causai no sentido da morte, de acordo com a concepção aqui defendida, toda causação objetivamente imputável de uma morte será uma ação de matar, e isto também quando ela não for dolosa. O dolo não é algo que cria a ação de matar, mas algo que pode nela existir ou estar ausente. Enquanto os finalistas não consideram o homicídio culposo uma ação de matar — apesar de uma causação punível de uma morte —, para a teoria da imputação objetiva são justamente o homicídio, a lesão etc. culposos 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<sup>15</sup>.

## 2. A reestruturação do ilícito culposo

Mesmo entre aqueles que em princípio seguem a teoria da imputação objetiva, ainda pouco foi reconhecido que ela permite, pela primeira vez, construir um sistema do ilícito culposo. De acordo com esta visão, será culposo aquilo que, de acordo com os princípios acima expostos, possa ser imputado ao tipo objetivo. Os conceitos com os quais a dogmática tradicional tentou apreender a culpa — violação do dever de cuidado, previsibilidade, reconhecibilidade, evitabilidade — são supérfluos e podem ser abandonados, pois aquilo que se deseja dizer através deles pode ser descrito de modo bem mais preciso pelos critérios de imputação por mim expostos.

É certo, apesar de meio impreciso, que a causação de resultados e de cursos causais imprevisíveis — pense-se em meus exemplos da viagem à Flórida e da morte pelo aciden-

15 A respeito de um outro aspecto desse deslocamento do centro de gravidade, veja-se, a seguir, IV, 3.

te com a ambulância! — não gera qualquer culpa. Mas isto se explica melhor através da consideração de que, no primeiro caso, não foi criado perigo não permitido e de que, no segundo, o perigo criado não se realizou. A referência à imprevisibilidade acaba por esconder o problema, pois, teoricamente, todos os cursos causais possíveis segundo uma lei natural são previsíveis. O decisivo é aquilo que, de acordo com parâmetros jurídicos, se é obrigado a prever — e é exatamente isto que é determinado pelos critérios de imputação.

O mesmo ocorre com a evitabilidade. Quando se dizem inevitáveis e, portanto, não culposos, os acidentes de trânsito ocorridos, apesar do respeito a todos os dispositivos legais, isto corresponde à linguagem cotidiana; porém, não se trata de uma expressão juridicamente exata. Afinal, é claro que os riscos ligados ao trânsito de veículos são evitáveis, bastando que nele não se participe, e se ande a pé. A razão decisiva para inexistir culpa está em que, em tais acidentes, o que se realiza é um risco permitido. A argumentação através da inevitabilidade é completamente supérflua.

E, por fim, fazendo referência só mais a este conceito central do arsenal da antiga dogmática do delito culposos, diga-se que também o critério da "violação do dever de cuidado" nada mais é que uma denominação que compreende em si os pressupostos cuja existência leva à criação de um risco juridicamente desaprovado. Mas uma caracterização destes pressupostos já não consegue ele fornecer. Ela só pode ser obtida através de parâmetros, como as normas jurídicas, normas de trânsito, o princípio da confiança, a figura comparativa diferenciada<sup>16</sup> etc, que descrevi mais

I (i) (N. T.) A palavra alemã é *differenzierte Massfigur*, e designa aquilo que entre nós se costuma chamar de "modelo do homem prudente e

detalhadamente noutra sede<sup>17</sup>. Quanto à chamada omissão do cuidado devido, esta expressão, além de não dizer nada, é também substancialmente incorreta, pois gera a falsa impressão de que o ilícito da ação culposa consista em uma omissão. Se, p. ex., 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. Com acerto diz *Jakobs*<sup>18</sup>: "No âmbito da comissão, não se comanda um uso cuidadoso de fósforos, mas se proíbe o uso sem cuidado, inexistindo dever de uso".

A teoria da imputação objetiva cria, portanto, uma dogmática do ilícito culposamente nova. Este fenômeno ainda foi pouco reconhecido. Se abrirmos nossos comentários e manuais, veremos que os antigos critérios do delito culposamente ainda são utilizados de modo irregular<sup>19</sup>, simultaneamente às regras de imputação acima desenvolvidas, não ficando esclarecida qual a relação entre eles. Ao invés disso, deveria consolidar-se o conhecimento de que a imputação da culpa na esfera do tipo é determinada unicamente pelos critérios da imputação objetiva<sup>20</sup>.

consciencioso" (*Cirino dos Santos*, A moderna teoria do fato punível, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2000, p. 104).

17 *Roxin*, AT, vol. I, 1992, § 24, nm. 14 e ss.

18 AT, 2ª edição, 1991, 9/6.

19 Vejam-se as referências em *Roxin*, AT, vol. I, 1992, § 24, nm. 8 e ss.

20 Neste sentido também *Yamanaka*, Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, ZStW 102 (1990), p. 928 e ss. (p. 944): "A contrariedade ao cuidado objetivo não deveria ter qualquer significado autônomo dentro do conceito de culpa, mas ser absorvida no critério da imputação objetiva".

### 3. A importância da imputação objetiva para os delitos dolosos

A teoria da imputação objetiva tem maior relevância prática na determinação do ilícito culposo, embora também nos delitos dolosos mostre ela sua importância. Meus exemplos introdutórios já o devem ter comprovado (o caso da Flórida, da ambulância, da venda do punhal e da entrega de heroína), pois todos foram construídos de modo que a ocorrência do resultado morte fosse desejada ou, pelo menos, aceita pelo autor. Se nesses casos não há como falar em homicídio doloso, isto se deve a que o tipo objetivo não está preenchido; assim, a vontade de realização do autor não está direcionada a um objeto com relevância jurídico-penal. A ausência do dolo decorre da negação do tipo objetivo, de modo que a teoria da imputação objetiva também acaba, mediatamente, por estreitar o campo do dolo. Se considerássemos o tipo objetivo realizado, teríamos que aceitar o dolo nesses casos, e assim o problema seria erroneamente solucionado no sentido da punibilidade.

Isto é questionado por aqueles que tentam eliminar acontecimentos não imputáveis através da negação do dolo, entre os quais se encontram principalmente os finalistas. Voltaremos a este ponto logo adiante, ao nos enfrentarmos com as mais novas críticas à imputação objetiva (V, 3, a, b). Demonstrei através do exemplo da ambulância (II, 2) que, nos desvios causais, está fadada ao insucesso a tentativa de considerar o tipo objetivo preenchido, negando-se o dolo sob o fundamento de que o autor não previu de modo suficientemente exato o curso causal.

A mesma coisa deve ser esclarecida à luz do "risco permitido". *Armin Kaufmann*<sup>21</sup> construiu o seguinte exemplo:

21 Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, Jescheck-FS, 1985, p. 251 e ss.

o motorista M inicia, de modo cuidadoso, a ultrapassagem de um automóvel e da motocicleta que está logo atrás deste, na consciência de que o motociclista X, subitamente, "sem se certificar da situação ou tampouco sinalizar", poderia também tentar a ultrapassagem, provocando uma colisão com M que teria conseqüências mortais para X. Se considerarmos que M se arrisca e que realmente ocorre o caso previsto, não se pode punir M por um homicídio, a não ser que o comportamento errôneo de X fosse reconhecível já no início da ultrapassagem. Afinal, o desenrolar do acontecimento se encontra no âmbito do risco permitido, e não preenche, portanto, o tipo objetivo do delito de homicídio. Se afirmássemos sua realização com base unicamente na causação da morte, recusando a teoria da imputação objetiva, não escaparíamos da punição. Afinal, haveria dolo<sup>22</sup>.

Chega-se à conclusão de que também nos delitos dolosos não é possível tornar a teoria da imputação objetiva supérflua, através da negação do dolo em casos que sejam intuídos como não merecedores de pena. Neste aspecto, a teoria da imputação objetiva provoca um deslocamento do ponto de gravidade para o tipo objetivo também nos dolosos.

#### 4. O subjetivo na imputação objetiva

A imputação objetiva — e isto é mais um capítulo na "confusão entre o objetivo e o subjetivo"<sup>23</sup> — depende não só

22 Isto também é admitido por *Armin Kaufmann*, que chega ao mesmo resultado através de uma interpretação restritiva da elementar "matar" (como a nota 21, pp. 267/268).

23 (N. do. T.) *Roxin* se refere à crítica comumente feita pelos finalistas, de que a teoria da imputação objetiva, ao resolver casos de desvios causais, *dolus generalis*, e ao levar em consideração conhecimentos es-

de fatores objetivos, como também de subjetivos. No exame da pergunta quanto a se existe uma criação não permitida de um risco, é decisivo o ponto de vista que teria tomado um observador prudente (*einsichtig*) antes da prática do ato; mas a este observador devem-se acrescentar os conhecimentos especiais do autor concreto. Por isso inexiste criação não permitida de perigos quando alguém convence outrem a fazer uma viagem, na qual o avião cai. Se aquele que induz à viagem tiver, porém, informações de que está planejado um atentado ao avião, torna-se ele *ceteris paribus* punível pelo ato culposos (e também pelo doloso, a depender da disposição de sua vontade). O conhecimento especial do autor, ou seja, um dado subjetivo, fundamenta aqui a criação do perigo e, assim, a imputação ao tipo objetivo!

Fatores subjetivos desempenham comumente um papel decisivo também no alcance do tipo. Assim é que, no caso da entrega de heroína (II, 3), coloquei que a imputação ao tipo objetivo encontra seus limites na auto-responsabilidade da vítima. Quando, porém, o fornecedor da droga conhecer a periculosidade do material bem melhor que o comprador, o vendedor será o responsável, de maneira que também aqui o conhecimento do autor se torna importante para a imputação ao tipo objetivo.

*Struensee*<sup>24</sup> chegou mesmo a desenvolver a tese segundo a qual o delito culposos sempre pressuporia um tipo subjetivo, consistindo este no conhecimento e na realização finalista de fatores fundamentadores do risco. Aquele que,

peciais do autor, estaria, na verdade, etiquetando de objetivos problemas do tipo subjetivo, numa inaceitável confusão entre os dois lados do tipo, tão meticulosamente separados um do outro pelo finalismo (assim, p. ex., *Armin Kaufmann*, nota 21, p. 260 e ss.).

24 Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, p. 53 e ss.

p. ex.; sabe que está dirigindo pelo cruzamento com o sinal vermelho, ou que está ultrapassando em uma curva sem visibilidade, realiza de modo culposo o acidente que daí decorre. *Struensee* engana-se, contudo, ao considerar o conhecimento dos fatores fundamentadores do risco um pressuposto necessário da culpa<sup>25</sup>: 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 é ainda assim correto que o conhecimento das circunstâncias fundamentadoras do risco seja um fator relevante para a imputação ao tipo objetivo.

Nada disso, contudo, é um argumento válido contra a teoria da imputação objetiva. Fica provado, unicamente, que também fatores subjetivos podem desempenhar um papel na imputação objetiva. 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. Ao tipo subjetivo pertencem somente elementos subjetivos do tipo, como o dolo e os elementos subjetivos do injusto. Conteúdos de consciência que não são elementares do tipo, mas que têm importância unicamente para o juízo de perigo ou para a distribuição da responsabilidade entre os diversos participantes, dizem respeito à imputação ao tipo objetivo<sup>26</sup>. De qualquer maneira, deve-se ter em mente que a imputação objetiva também é influenciada por critérios subjetivos. Ações humanas, e também ações típicas, consistem sempre em um entrelaçamento de momentos objetivos e subjetivos.

25 Quanto a isto *Roxin*, *Finalität und objektive Zurechnung*, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 237 e ss. (p. 249 e ss.).

26 Mais detalhes em *Roxin*, como a nota anterior, p. 250 e ss.

## V. O desenvolvimento da teoria da imputação objetiva e seus atuais opositores

### 1. O surgimento e a consolidação da moderna teoria da imputação

A teoria da imputação objetiva, tal como ela hoje se desenvolveu, surgiu aproximadamente em 1970. A idéia do risco, que acima esbocei em diversos âmbitos de aplicação, foi desenvolvida por mim anteriormente<sup>27</sup>, enquanto meus alunos *Rudolph*<sup>28</sup> e *Schünemann*<sup>29</sup> deram contribuições essenciais para a fundamentação da idéia do fim de proteção e para a definição do alcance do tipo<sup>30,31</sup>. A teoria

27 Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-Festschrift, 1970, p. 133 e ss. (também in: Strafrechtliche Grundlagentheorie, 1973, p. 123 e ss.) A teoria do aumento do risco, por mim criada, de que não trato neste estudo, surgiu já no ano de 1962 | *Roxin*, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW, Vol. 74, 1962, p. 411 e ss.; também em Strafrechtliche Grundlagentheorie, 1973, p. 147 e ss.]\*

\* (N. T.) Ambos os estudos encontram-se traduzidos para o português, no vol. Problemas Fundamentais de Direito Penal, 2ª edição, Vega I Universidade, Lisboa, 1993, trad. *Ana Paula Natscheradetz*.

28 Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969, p. 549 e ss.

29 Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, p. 575 e ss., p. 715 e ss.

(i) Veja-se também *Roxin*, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-FS, 1973, p. 241 e ss.\*

(N. T.) Este estudo também está traduzido para o português, encontrando-se na coletânea citada na última nota do tradutor.

(ii) Veja-se, sobre estas questões histórico-dogmáticas, o apartado sobre a evolução histórica da teoria da imputação objetiva em *Toepel*, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Er-

da imputação objetiva é hoje aceita de modo quase geral na literatura de manuais e comentários<sup>32</sup>, e tem sido levada adiante em seu desenvolvimento por grandes monografias<sup>33</sup>. Entre os seus defensores existem, obviamente, opiniões diversas a respeito de vários problemas individuais. Em suas linhas mestras metódicas e substanciais, contudo, a teoria da imputação objetiva consolidou-se na literatura alemã.

## 2. Sobre a antiga história dogmática da teoria da imputação

As raízes históricas espirituais da teoria da imputação objetiva remontam até a filosofia jurídica de *Hegel*. Dela é que *Larenz*, no ano de 1927<sup>34</sup>, extraiu uma concepção da imputação objetiva, que logo depois foi aplicada por *Honig*,<sup>35</sup> especificamente, na dogmática jurídico-penal. Foi a *Honig* (e, é claro, também a *Larenz*) que me referi ao de-

folgsdelikt, 1992, p. 136 e ss. *Hirsch*, em sua crítica, refere-se à "teoria da imputação objetiva... introduzida por *Roxin*" [Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, p. 403 ess.].

32 Vejam-se unicamente as referências em *Roxin*, AT, vol. I, 1992, § 11, nm. 41, nota de rodapé 62.

33 *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Erfolg in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *W. Frisch*, Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988.

34 *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927.

35 *Kausalität und objektive Zurechnung*, Festgabe für Frank, vol. I, 1930, p. 174 ess.

envolver em 1970 aquilo que denominei de princípio do risco<sup>36</sup>, que desde então tem feito uma carreira repleta de sucessos. Alguns<sup>37</sup> vêm duvidando, ultimamente, se esta correlação entre a concepção moderna e a antiga é justificada.

De fato, em *Larenz e Honig* pode-se encontrar não mais que um ponto de partida, que não dá idéia alguma do desenvolvimento ulterior da concepção. Diz *Larenz*<sup>38</sup>: "A imputação (...) tem a ver com a pergunta quanto ao que se deve adscrever a um sujeito como sua ação, pela qual deve ele ser feito responsável". Isto corresponde exatamente à concepção atual. Mas o autor restringe a importância prática da idéia à exclusão do caso fortuito<sup>39</sup>: "A imputação não é outra coisa que não a tentativa de distinguir o próprio ato de acontecimentos casuais". O critério de *Honig*, da "dirigibilidade objetiva a um fim"<sup>40</sup> fundamenta-se sobre a mesma idéia<sup>41</sup>: "É imputável aquele resultado que pode considerado posto de modo final". Com isso, exclui-se da imputação, novamente, nada mais do que o caso fortuito, que não pode ser objetivamente "finalizável".

Enquanto isso, a nova teoria da imputação se ocupa, é verdade, de excluir os acontecimentos fortuitos do tipo,

36 Cf. *Roxin*, *Honig-FS*, p. 135.

37 Veja-se *Toepel*, *Kausalität...*, p. 140 e ss.

38 *Zurechnungslehre...*, p. 51.

39 Como a nota 34, p. 61; com palavras quase idênticas, p. 75, p. 84.

40 (N. T.) O termo alemão, só dificilmente passível de tradução para nossa língua, é *objektive Zweckhaftigkeit*. *Elena Larrauri*, *Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva*, *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n. 41, 1988, p. 715 e ss. (p. 739), o traduz de modo a meu ver excessivamente simplificador: "objetiva linalidad".

41 Como a nota 34, p. 184.

como deveriam mostrar os casos da Flórida e da ambulância (II, 1,2). Mas os resultados que ocorrem por ocasião de uma diminuição do risco ou de um risco permitido, bem como aqueles que se encontram fora do fim de proteção da norma de cuidado ou fora do alcance do tipo, não são fortuitos, e ainda assim não são imputados. A moderna teoria da imputação possui, portanto, um campo de aplicação bem mais extenso que em seus primórdios, com *Larenz* e *Honig*. Os resultados da teoria antiga limitavam-se, em essência, àquilo que já à época se podia obter através da teoria da adequação ou da relevância<sup>42</sup>.

### 3. Opositores atuais da teoria da imputação objetiva

A jurisprudência alemã até agora "não acolheu de modo expresso a teoria da imputação objetiva", mas dela se aproximou reiteradamente<sup>43</sup>, aceitando-a em algumas partes; já expus isso no que se refere ao princípio da auto-responsabilidade (II, 3). De qualquer forma, uma posição decididamente contrária não é tomada pela jurisprudência. Uma recusa, em princípio, à imputação objetiva encontra-se hoje somente entre o muito reduzido círculo dos finalistas, os quais não desejam levar a cabo a exposta mudança do ponto de gravidade dogmático para o tipo objetivo, e sim manter a dominância do lado subjetivo do tipo, favorecido pela teoria finalista da ação. As mais ambiciosas tentativas

42 Veja-se, sobre a teoria da adequação e da relevância, *Roxin*, AT, vol. I, 1992, § 11, nm. 31 e ss.

43 Neste sentido, o juiz federal *Goydke*, Probleme der Zurechnung und Schuldfähigkeit im Strafverfahren, in: Verkehrsstrafverfahren usw., Deutscher Anwaltverlag, 1992, p. 8.

neste sentido partiram de *Armin Kaufmann*<sup>44</sup> e *Struensee*<sup>45</sup>. Já as discuti de modo crítico em outro local, a que faço agora referência<sup>46</sup>. Hoje aparecem principalmente *Hirsch*<sup>47</sup> e seu discípulo, *Küpper*<sup>48</sup>, como defensores das antigas posições. Seja-me permitido dizer algumas palavras a este respeito.

#### a) Sobre o problema da criação do perigo

*Hirsch*<sup>49</sup> ocupa-se principalmente de hipóteses em que falta a criação de um risco, que explicitarei através do caso da Flórida (II, 1). Ele deseja considerar preenchido o tipo objetivo, negando, porém, o dolo. Afinal, a representação do autor se refere "unicamente ao risco comum e geral da vida social, que é o de tornar-se vítima de um acidente, e não a um acontecimento lesivo concreto. Trata-se, portanto, de não mais que um desejo, nunca de uma vontade direcionadora." O que aqui se diz sobre o dolo está, em si, correto, mas na verdade isto acaba confirmando a teoria da imputação objetiva. Porque o dolo está ausente, se escutarmos mesmo a formulação de *Hirsch*, só por lhe faltar qualquer ponto de referência objetivo, já que esta espécie de causa-

44 "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, Jescheck-FS, 1985, p. 251 e ss.

45 Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, p. 53 e ss.

46 Finalität und objektive Zurechnung, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, p. 237 e ss.

47 Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, p. 403 e ss.

48 Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, p. 83 e ss.

i) Entwicklung..., p. 405.

ção de um resultado não pode ser considerada um "acontecimento lesivo" (isto é, uma realização de um risco não permitido). Se o assassinato do turista fosse um homicídio objetivamente imputável ao provocador da viagem, de modo que o tipo objetivo estivesse preenchido, o dolo também teria de ser afirmado, porque o homem de trás almejava exatamente aquilo que objetivamente ocorreu.

*Küpper*<sup>50</sup> argumenta de outra maneira, negando o "domínio do fato" do causador em todos os casos de ausência de criação de perigo. É autor "aquele que, conhecendo as circunstâncias fundamentadoras do domínio do fato realiza um tipo penal (...) como obra sua. Daí decorre que (...) sob a perspectiva da teoria finalista da ação, não sobra lugar para um juízo objetivo de imputação." Também este argumento apoia, em verdade, a teoria da imputação objetiva, que se empenha exatamente em determinar aquilo que o autor "realiza como obra sua". Claro que é correto que aquele que não cria perigo não domine o curso causai objetivamente causador do resultado. Mas a falta de dominabilidade é um critério objetivo, para a qual fins e representações subjetivos do autor são completamente irrelevantes. E ao declarar: "A imputação objetiva integra o conceito de ação", isto só está correto porque aquilo que objetivamente se considera uma ação de homicídio, lesões etc, é determinado pelos critérios de imputação. Mas nada disso tem algo a ver com a finalidade.

## **b) Sobre o problema dos desvios causais**

Quanto aos desvios causais, que foram exemplificados através do caso da ambulância (II, 2), *Hirsch*<sup>51</sup> ainda pensa

50 Grenzen..., pp. 92/93 (p. 93).

51 Entwicklung..., p. 404.

que se trate de "um caso em que o resultado ocorre de maneira diversa da *representada* pelo autor (...) O deslocamento da questão para o tipo objetivo parece errôneo"<sup>52</sup>. Mas como já foi colocado, o decisivo não é que o curso causai desvie da representação do autor (pois desvios que se mantiverem no âmbito do risco criado não impedem a imputação). Importa, isso sim, se o desvio é "essencial", e tal essencialidade só pode ser definida à luz dos critérios da imputação objetiva, como foi colocado (II, 2).

*Küpper*<sup>53</sup>, ao contrário de *Hirsch*, reconhece que nos desvios causais "é introduzido um elemento objetivizante na apreciação do lado subjetivo": "o juízo de adequação" (que, até aqui, é idêntico à idéia da realização do risco). Ainda assim, persiste ele em sustentar que se trata de um problema de finalidade: "O controle<sup>54</sup> voluntário da causalidade pressupõe o critério da adequação. Aquilo que o ultrapassa (...) não é mais finalmente direcionável e, por isso, não pode ser objetivamente imputável. Assim, o juízo objetivo de adequação é realizado psicologicamente." Claro que ninguém pode "controlar" um curso causai inadequado. Mas a imputação fracassa unicamente por uma falha na realização objetiva do perigo (por inexistir a adequação do curso causai), e é completamente irrelevante o que o autor "realiza psicologicamente" com isso. Não haverá homicídio consumado nem mesmo se ele acolhe em sua von-

52 (N. T.) *Hirsch* utiliza a palavra *sachwidrig*, que, literalmente, se traduziria por "contrário à coisa". Esta expressão é bastante corrente dentro do finalismo ortodoxo, ontologista, que procura adequar a valoração jurídica à "natureza da coisa".  
M. Grenzen..., pp. 96/97.

53 (N. T.) A palavra original é *Indienststellen*, verbo substantivizado cujo significado é "colocação em serviço", "colocação à disposição". Creio que "controle" dê uma idéia mais exata daquilo de que se está a falar.

tade a circunstância de que o ferido morra no caminho para o hospital em um acidente de trânsito.

### c) Sobre a unidade temática da imputação objetiva

Por último, não se pode desconhecer que *Hirsch* e *Küpper* sequer questionam as soluções essenciais da teoria da imputação objetiva para os delitos culposos, somente voltando-se contra a sistematização destas soluções em uma teoria da imputação. *Hirsch*<sup>55</sup> pensa que "por baixo da etiqueta de imputação objetiva são reunidos problemas das mais diversas espécies, que também são levados em consideração sem esta teoria, e de maneira mais precisa". (Ocorre que ele não menciona quais sejam essas maneiras supostamente mais precisas de considerar os problemas.) E *Küpper*<sup>56</sup> questiona se, nos delitos culposos e qualificados pelo resultado, "sua natureza peculiar já exige critérios especiais, que posteriormente serão posicionados sob o largo teto da assim chamada imputação".

Quanto a isto é necessário mais uma palavra. É correto que a teoria da imputação objetiva não consegue mais reduzir-se a um único ponto de vista, como ocorria com *Larenz* e *Honig*, aos quais interessava unicamente a exclusão do acaso. Criação de risco e superação do risco permitido, diminuição do risco e fim de proteção da norma de cuidado, os princípios da responsabilidade da vítima e de terceiros caracterizam, cada qual, aspectos diversos de imputação. Mas isso não faz deles um conglomerado arbitrário de perspectivas heterogêneas de solução de problemas, eis que tais critérios dizem, em seu conjunto, que características deve ter o vínculo entre o comportamento e o resultado, para

55 Entwicklung..., p. 407.

56 Grenzen..., p. 91.

que se esteja diante de uma ação de matar, lesionar ou danificar que realize o tipo objetivo.

Estes pontos de vista, que ainda poderiam ser complementados por outros, não resultam do acaso, mas fundam-se nos princípios político-criminais de uma proteção de bens jurídicos dentro dos limites do estado de direito, que é aquilo para que serve o nosso direito penal. 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.

A teoria da imputação objetiva possui, portanto, uma vasta base teórica e satisfaz perfeitamente as exigências de uma sistemática fundada sobre finalidades político-criminais. De qualquer maneira, a teoria está bem longe de constituir unicamente uma etiqueta para uma série de problemas diversos e desconexos, como pensa *Hirsch*. Ao contrário da opinião defendida por *Hirsch*, parece-me que é exatamente a teoria da imputação objetiva que também está a demonstrar que a moderna dogmática jurídico-penal não pode ficar parada nos conhecimentos obtidos por *Welzel* e pelo finalismo.