

FUNDAMENTOS E CRITÉRIOS DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO À AÇÃO DE ROXIN

Daniel Leonhardt dos Santos¹

Leticia Bürgel²

Sumário: 1. Introdução; 2. A teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*) como forma de apuração do nexo de causalidade. Análise crítica de seus fundamentos; 3. Breve histórico do desenvolvimento da imputação objetiva no Direito Penal; 4. A moderna teoria da imputação objetiva (*objektive Zurechnung*) de Roxin. Fundamentos e Critérios de imputação; 5. Hipóteses de exclusão de imputação objetiva do resultado; 5.1. Exclusão da imputação na hipótese de diminuição do risco; 5.2. Exclusão da imputação na hipótese de risco permitido; 5.3. Exclusão da imputação no caso de não realização do risco não permitido; 5.4. A contribuição a uma autocolocação dolosa em perigo; 5.5. A heterocolocação em perigo consentida; 6. Conclusões; 7. Referências.

Palavras-Chave: teoria da imputação objetiva; hipóteses de exclusão da imputação; crimes culposos.

Resumo: Busca-se, no presente artigo, verificar a forma pela qual o resultado é imputado nos crimes culposos, por meio da utilização dos critérios normativos da *teoria da imputação objetiva*, desenvolvida por ROXIN. A proposta consiste, pri-

¹ Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS; especialista em Ciências Penais e graduado em Direito pela PUCRS. Bolsista integral CAPES.

² Graduanda em Direito pela PUCRS. Bolsista de iniciação científica PIBIC/CNPq. Sob a orientação do Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila. Estudante.

meiramente, na realização de um panorama histórico a respeito do surgimento da teoria da imputação objetiva, verificando como se deu sua inclusão no âmbito penal, bem como na análise dos fundamentos da *moderna teoria da imputação objetiva*, por meio dos critérios desenvolvidos por ROXIN, verificando, também, as hipóteses de exclusão da imputação do resultado.

1. INTRODUÇÃO



presente artigo tem por objetivo analisar a forma pela qual o resultado é imputado nos delitos culposos, através de utilização dos critérios normativos desenvolvidos por ROXIN na sua *teoria de imputação objetiva (objektive Zurechnung)*. Nesse trabalho, procuramos fazer um panorama histórico da *teoria da imputação objetiva*, tratando, em um primeiro momento, do surgimento da teoria fora do âmbito penal, analisando a forma que foi trazida para dentro do âmbito penal.

A partir disso, buscamos verificar os critérios desenvolvidos por ROXIN a fim de fundamentar a imputação do resultado, bem como as hipóteses de exclusão da imputação. A escolha da temática se deu em razão da grande discussão dogmática acerca da *teoria da imputação objetiva*, a qual tem sido objeto de estudo de inúmeros doutrinadores, tanto em nível nacional, como em internacional.

Segundo a *teoria da imputação objetiva*, desenvolvida por ROXIN em 1970, o resultado deve ser imputado ao autor quando ele ultrapassar o risco permitido, criando um perigo não permitido, e esse perigo se concretizar em um resultado que esteja fora do âmbito de proteção da norma. De acordo com ROXIN, para que o agente seja responsabilizado pelo dano, não basta apenas a existência do nexo de causalidade, como propõe a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), é necessário, para além disso, a existência de um

nexo de aumento do risco, o qual seria apurado através dos critérios por ele desenvolvido na *teoria da imputação objetiva*.

Em que pese os fundamentos desenvolvidos por ROXIN, essa teoria tem sofrido inúmeras críticas, sendo objeto, constantemente, de novas proposições. Diante disso, pretende-se, com este trabalho, realizar um estudo minucioso da *teoria da imputação objetiva* de ROXIN, analisando os seus fundamentos basilares, através de um estudo comprometido com a dogmática penal.

2. A TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES (CONDITIO SINE QUA NON) COMO FORMA DE APU- RAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. ANÁLISE CRÍTICA DE SEUS FUNDAMENTOS

Nos delitos de dano, para que se possa constatar a consumação do crime, é necessário a concretização de um resultado típico. Assim, a ação e o resultado não podem estar desconnectados entre si, devendo demonstrar uma relação suficiente que permita atribuir ao autor o resultado como obra de sua ação. Dessa forma, para que possamos falar em imputação do resultado, devemos, primeiramente, apurar a relação de causalidade existente entre a conduta do agente e o dano. Essa relação é apurada através do nexo de causalidade, de modo que, nos casos em que esse vínculo não existe, o resultado não poderá ser imputado ao agente, pois não haveria comprovação que foi ele quem produziu o evento danoso.³ Para MEZGER, o conceito de nexo de causalidade é algo lógico, e não apenas jurídico, na medida em que se mostra como uma forma de conhecimento, podendo ser entendido através da compreensão do

³ALMEIDA, Felipe Lima de. *Causalidade e imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 63.

mundo sensível.⁴

Embora o nexo de causalidade assuma um papel de suma importância no âmbito dos delitos em que há um resultado naturalístico, nem toda a causação terá relevância para o direito penal, afinal, para falarmos em imputação deve estar presente uma série de outros requisitos de ordem normativa.⁵ A fim de determinar o nexo de causalidade, o ordenamento jurídico-penal brasileiro propõe, em seu artigo 13, *caput*, do Código Penal, a adoção da teoria da equivalência das condições. Assim refere o diploma penal: “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

A teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), foi elaborada no século XIX por GLASER, para o Direito Austríaco, sendo introduzida na Alemanha por VON BURI.⁶ Essa teoria tinha como intuito libertar o direito penal dos resquícios medievais do estabelecimento da imputação

⁴ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. p. 224.

⁵Sobre isso, importa referir SOLER: “Poucos temas tem apresentado tanta dificuldade para a doutrina quanto a causalidade. Com ela se pretende dar resposta à seguinte pergunta: Quando o resultado pode ser aferido a atuação voluntária de um sujeito? Essa questão deve cuidadosamente ser distinguida da seguinte: Quando deve o sujeito responder juridicamente pelo resultado? A explicação desse problema esclarece, em certa medida, um debate tradicional, pois esquecemo-nos, frequentemente, que aqui não se trata do problema filosófico da relação de causalidade, se não do problema prático de saber até onde o direito quer que os homens respondam por seus atos. Assim, não podemos nos surpreendermos se a solução jurídica concreta de tal questão se detenha, às vezes, em um ponto determinado, situado em um nível inferior de onde iria o exame físico de uma série causal, e se desinteresse pelas causas anteriores. Outras vezes, contudo, vai mais além da causação física e faz surgir a responsabilidade de uma relação causal hipotética, baseada precisamente na omissão de uma causa, como sucede nos delitos de comissão por omissão.” (tradução nossa) SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo I. Primera reimpression. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1951. v. 1. p. 302s.

⁶ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.p.21.

através de práticas mágicas e supersticiosas.⁷ Assim, a sua premissa básica consiste em considerar causa, para o direito penal, “toda condição de um resultado que não pode ser mentalmente eliminada sem que o resultado também o seja em sua manifestação concreta.”⁸ De acordo com VON BURI, não é possível distinguir entre condições essenciais e não essenciais à produção do resultado, considerando-se sua causa todas as forças que, de alguma forma, tenham cooperado para a sua produção.⁹

Assim, todas as condições que, de alguma forma, tenham contribuído na produção do resultado devem ser consideradas causais em relação a ele, sendo avaliadas em pé de igualdade, uma vez que o resultado é indivisível.¹⁰ De acordo com a teoria da equivalência das condições, toda a ação que ponha uma condição dessa índole (*conditio sine qua non*), cumpriria o tipo objetivo, no que tange aos delitos de resultado, sem ter em mente, contudo, que outras condições foram necessárias para a produção do dano.¹¹

A teoria da equivalência das condições propõe a utilização de um juízo hipotético de eliminação, através do qual o julgador suprime a ação do agente constatando ou não a permanência do resultado. Se concluirmos que o resultado teria ocorrido mesmo com a supressão da conduta, não haveria, portanto, nenhuma relação de causa e efeito entre eles. No entanto, se eliminarmos mentalmente a ação e constatarmos que o resul-

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p.324.

⁸ WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Aspectos fundamentais. Tradução do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 40.

⁹ ALMEIDA, Felipe Lima de. *Causalidade e imputação no Direito Penal*: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 69.

¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p.324.

¹¹ STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte General I. El hecho punible. Tradución de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A Sancinetti. Thomson, Civitas, 2000. p. 129.

tado não teria sido produzido, é possível concluir que ela é condição indispensável para a ocorrência do dano, sendo, portanto, sua causa.¹²

Contudo, a teoria da equivalência das condições não se mostra como a forma mais adequada para determinar a imputação do resultado, tendo em vista os diversos equívocos em que acaba incorrendo.¹³ EDUARDO CORREIA afirma que, de acordo com o raciocínio proposto pela teoria, não é possível pensar o resultado concreto sem a totalidade de condições que o determinam, uma vez que ele é exposto como algo uno, indivisível. Segundo o autor, trata-se do princípio *causa causae est causa causati*, no qual “qualquer condição produz todo o efeito na medida em que torna causais todas as restantes condições”.¹⁴

De acordo com D’AVILA, para que possamos aplicá-la, é necessário que saibamos, de antemão, a natureza causal do elemento de análise, ou seja, justamente o que se procura descobrir.¹⁵ Ademais, ao considerarmos como causa qualquer

¹² D’ÁVILA, Fabio Roberto. op. cit. p.22.

¹³ Sobre os equívocos da teoria da equivalência das condições, ROXIN afirma que para essa teoria se considerava realizado o tipo quando alguém tenha criado uma condição para o resultado típico, sendo esta causal em relação ao resultado. No entanto, essa concepção acaba ampliando a extensão dos tipos. De acordo com a teoria da equivalência das condições, um homicídio não é causado apenas por quem desferiu o tiro mortal, mas pode todos aqueles que tenham criado uma *conditio sine qua non* que contribuiu para a realização do resultado, por exemplo, o fabricante e o vendedor do revólver e da munição, aqueles que ocasionaram a discussão da qual se originou o disparo, incluindo os pais e os antepassados do sujeito. Consequentemente, as restrições necessárias da responsabilidade tiveram de ser buscadas em outros níveis do sistema jurídico-penal: na antijuridicidade e, sobretudo, no âmbito da culpa, a qual se atribuíram todos os elementos subjetivos do delito. (ROXIN, Claus. La problemática de la imputación objetiva. In: *Cuadernos de Política criminal*, n. 39, 1989. p. 749.)

¹⁴ CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 253.

¹⁵ Nesse sentido refere D’Avila: “Se é desejado saber se o uso de determinado sonífero, utilizando durante a gravidez, causou a má-formação do recém nascido, de nada serve suprimir-se mentalmente o uso do sonífero e perguntar-se se o resultado ainda assim ocorreria, na medida em que a resposta depende de sabermos se o sonífero é causa da má-formação do recém nascido; e, se isto é conhecido, não há razão

condição que influenciou na produção do resultado, abarca-se uma infinidade de fatores irrelevantes ao âmbito do direito penal, estendendo-se numa cadeia causal ilimitada.¹⁶ Nesse sentido ilustra ROXIN:

Se um condutor que conduz bêbado não pode dominar seu veículo e invade o outro lado da estrada, onde ocorre um choque com outro carro que vinha de frente, o fato de ele ter consumido álcool é causal em relação ao acidente, pois se o suprimirmos mentalmente, o condutor do veículo continuaria transitando pelo lado correto da estrada e não teria ocorrido o acidente. Porém, também é causal a vítima do acidente, já que se suprimirmos mentalmente o fato de estar dirigindo, da mesma forma não teria dado origem ao acidente. E segundo essa mesma fórmula, também são causa os fabricantes de ambos os carros, e, além disso, outras pessoas que tenham motivado a condução de ambos, assim como o acúmulo de ulteriores circunstâncias que tenham influenciado o evento (por exemplo, a construção da estrada, a invenção do motor, etc).¹⁷

Além disso, o critério apresenta dificuldades nas hipóteses em que não é possível determinar se a ação foi realmente condição *sine qua non* de um resultado. Tal situação é cada vez mais frequente no seio da “sociedade do risco”, nos casos, como por exemplo, de atentados ao meio ambiente,¹⁸ da manipulação genética, das dificuldades especiais de comprovação

para a pergunta.” (D’ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.p.23s.)

¹⁶ D’ÁVILA, Fabio Roberto. op. cit. p.25.

¹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria Del delito.Madrid: Civitas, 1997.p.347s.

¹⁸ No âmbito do meio ambiente, é possível constatar a debilidade da teoria da equivalência das condições principalmente nos delitos de acumulação. Nesse sentido refere D’ÁVILA: “O direito penal ambiental, entretanto, parece tomar uma outra direção. Impulsionado, de um lado, pela pretensão de oferecer uma ampla tutela aos bens jurídicos ambientais e, de outro, por dificuldades dogmáticas, muitas vezes insuperáveis, de verificação causal dos danos que, não raramente, se perde na multiplicidade e cumulatividade de fatores, no tempo diferido, na incerteza sobre a própria relação causa-efeito (...)”. (D’ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e ilícito penal ambiental*. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 107.).

quando se trate de responsabilização de entes coletivos ou mesmo apenas na divisão da responsabilidade no seio de uma direção empresarial, de uma equipe médica, cirúrgica etc.¹⁹ De acordo com JAKOBS, a fórmula utilizada pela teoria da equivalência das condições, se mostra supérflua, pois não é capaz de determinar o que é a causalidade.²⁰

Nos termos em que essa teoria é concebida, resulta, necessariamente, para cada resultado um leque extremamente amplo de causas, o que obriga correções mais exigentes do que aquelas que decorrem da causalidade natural. Isso demonstra que a causalidade aferida segundo o critério de equivalência não pode arvorar-se, por si só, em critério de imputação objetiva, o que não significa que, para além dessa causalidade, seja ainda legítimo imputar normativamente ao agente o resultado de sua ação.²¹

3. BREVE HISTÓRICO DO DESENVOLVIMENTO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL

O conceito de imputação objetiva foi trazido, pela primeira vez, para as ciências jurídicas pelo civilista alemão LARENZ, em 1927, em sua tese de doutoramento intitulada “A

¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p.325.

²⁰ Algumas das críticas feitas à teoria da equivalência das condições foram refutadas por SPENDEL e, posteriormente, por WELZEL, ao mostrarem que a teoria da equivalência trabalha somente com condições concretamente realizadas. Nesses casos, o resultado é o produto concreto de condições reais, e não de condições hipotéticas possíveis ou prováveis, que não são ações reais, nem integram processos históricos concretos; além disso, a alteração de qualquer condição implicaria mudança do resultado concreto, que jamais seria igual. Segundo WELZEL a fórmula utilizada resolve o problema das causalidades alternativas, pois se o resultado não desaparece com a exclusão alternativa, mas desaparece com a exclusão cumulativa das condições, então ambas condições são causa do resultado. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4 ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005. p. 51s.)

²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p.324s.

teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva” (*Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*).²² LARENZ baseou sua discussão na teoria da imputação dos estudos do HEGEL, segundo o qual somente seria possível a imputação diante de um evento naturalístico realizado pelo próprio autor do fato.²³

Para LARENZ, a possibilidade de previsão do resultado deve ser analisada através de um ponto de vista objetivo, levando-se em consideração não apenas o autor em concreto, mas sim a pessoa, o ser racional, que deve estar em condições de prever um determinado acontecimento.²⁴ Nessa concepção, a imputação nada mais é do que uma tentativa de delimitação entre fatos próprios do agente e acontecimentos puramente acidentais. O resultado não se mostra apenas como uma sucessão de causa e efeitos, mas sim como um todo, cuja configuração (realização) está a cargo do agente, podendo ser a ele imputado.²⁵

Contudo, é em 1930 que o conceito de imputação objetiva é trazido para o âmbito do Direito Penal pelo jurista chamado HONIG, em sua obra “Causalidade e imputação objetiva” (*Kausalität und objektive Zurechnung*). Segundo a concepção de HONIG, o direito não pode considerar suficiente para a imputação do resultado à ação a apuração do nexos causal, é necessário, para além disso, a apuração de um nexos normativo, o qual deve ser construído tendo por base critérios fornecidos pelo ordenamento jurídico. Assim, não se trata apenas de aferir

²² MARTINELLI, João Paulo Orsini. A teoria da imputação objetiva e o código penal brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas. In: *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. p. 209.

²³ ALMEIDA, Felipe Lima de. *Causalidade e imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 132.

²⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. op. cit. p. 209.

²⁵ PRADO, Luiz Regis. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. In: *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v. 3, Jul, 2005.

a causalidade, mas sim de valorá-la.²⁶

A fim de ilustrar, HONIG utiliza o famoso “caso da tormenta”, em que o sobrinho convence o tio a ir ao bosque com altas árvores, durante uma tormenta, na esperança de que ele seja atingido por um raio, e morra, o que efetivamente vem a ocorrer. Nesse caso, segundo o autor, a intenção de provocar a morte mediante a queda de um raio não cria um risco mensurável de lesão ao bem jurídico, pois faltaria a possibilidade objetiva de perseguir o resultado. A conduta humana causadora do resultado só seria juridicamente relevante se pudesse ser concebida como disposta finalisticamente com a produção ou evitação do resultado.²⁷

Em 1970, ROXIN elabora uma teoria geral da imputação, tendo como base o princípio do risco. Ele fundamenta a sua teoria em quatro critérios basilares, na diminuição do risco, nos riscos juridicamente irrelevantes, no aumento do risco, e no fim de proteção da norma,²⁸ os quais serão tratados individualmente nos próximos pontos.

4. A MODERNA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA (*OBJEKTIVE ZURECHNUNG*) DE ROXIN. FUNDAMENTOS E CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO

Para que se possa considerar determinado fato objetivamente típico, não basta que estejam presentes os elementos ação, causalidade e resultado. É necessário, além disso, um conjunto de determinados requisitos, os quais fazem parte de uma determinada causação, chamada imputação objetiva.²⁹

²⁶ ALMEIDA, Felipe Lima de. op. cit. p. 133s.

²⁷ ALMEIDA, Felipe Lima de. *Causalidade e imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 135.

²⁸ ALMEIDA, Felipe Lima de. op. cit. p. 141.

²⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *A teoria da imputação objetiva e o direito penal brasileiro*. In:

Dessa forma, devemos individualizar o processo causal e verificar, por fim, se o evento danoso pode ser ainda atribuído ao sujeito.³⁰

Segundo ROXIN, o resultado somente será imputável ao agente quando “sua conduta tiver criado um perigo para um bem jurídico não coberto pelo risco permitido, e esse perigo se realizar em um resultado concreto que esteja dentro do âmbito da norma”³¹ Para que possamos imputar o resultado, deve-se analisar, primeiramente, a existência de causalidade natural; e, em seguida, caso esteja presente o vínculo causal, parte-se para um segundo momento, no qual utilizar-se-á critérios eminentemente normativos.^{32 33}

No entanto, antes de verificarmos se o risco é proibido ou permitido, devemos saber se ele realmente existe, e se, de fato, foi criado pelo agente.³⁴ A doutrina, a fim de determinar

<http://ww3.lfg.com.br/artigos/A_teor%C3%ADa_da_imputacao_objetiva.pdf>. Acesso em 30 de set. de 2014.

³⁰ Para que possamos chegar a um termo final dessa demonstração, são utilizados diversos critérios, não apenas meros juízos de constatação empírica acerca da causalidade, mas sim ponderações de ordem normativa, que delimitam, consoante os pressupostos dos princípios de necessidade e danosidade. Só, então, o resultado será imputável ao agente. Essa exigência de critérios normativos funda-se na ideia de que o direito penal não é apenas um recepcionista do real, mas uma ordem de normas, com finalidade social específica, a proteção de lesão ou perigo de lesão a determinados bens jurídicos. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.206s.

³¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria Del delito. Madrid: Civitas, 1997.p.363s.

³² D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.p.41.

³³ RIGHI afirma que a teoria da imputação objetiva foi explicada, em suas primeiras formulações, como um modelo que ‘antecipa’ juízos de antijuridicidade, ou seja, valorações normativas. O autor argumenta não ser possível resolver de outra forma os problemas que existem no juízo de adequação típica, pois não se encontravam soluções adequadas em uma sistemática tradicional, a qual delimita a subsunção ao sistema da equivalência das condições, utilizando como corretivos o dolo e o domínio do fato. (tradução nossa) (RIGHI, Esteban. Causalidad natural e imputación objetiva. In: *Dogmatica y ley penal*: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. p. 789.)

³⁴ Para que fique claro ao leitor, faz-se necessário esclarecer que, da mesma forma que faz Roxin, utilizamos risco e perigo como sinônimos. Nesse sentido: GRECO,

quando estamos diante de uma ação perigosa, utiliza como critério a prognose póstuma objetiva. Trata-se de um juízo formulado por uma perspectiva *ex ante*, levando em conta apenas dados conhecidos no momento da prática da ação, por um observador objetivo, um homem prudente – e não um homem médio –, pertencente ao círculo social que se encontra o autor. Essa prognose é póstuma, pois é realizada pelo juiz após a prática do fato.³⁵

Assim, se o juiz, levando em conta os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática da ação, afirmar que a conduta do sujeito gera uma possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico,³⁶ ela será, portanto, conside-

Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.31. Sobre isso refere ZAFFARONI: “Cabe observar que não existe uma explicação do conceito de risco dentro dessa teoria, em geral, em todo o desenvolvimento de todas as teorias de imputação objetiva. Tomam como equivalentes risco e perigo e sempre são concebidos *ex ante*, sempre remetindo ao futuro, com o compromisso que isso importa para o princípio da lesividade, o que em ROXIN é menos evidente do que nos outros autores que desprezam a regra da realização do risco no resultado. Por outro lado, o risco (de risco, barco que encalha) nem sempre é considerado sinônimo de perigo. Na sociologia tem-se distinguido risco como um perigo que é calculado para diminuí-lo, e perigo, o que pode o não ser calculável. Dessa perspectiva, seria uma contradição afirmar que há aumento de risco: somente há aumento do perigo.” (tradução nossa) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Panorama de los Esfuerzos Teóricos para Establecer Criterios de Imputación Objetiva*. In: *Estudios em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro :Lumen Juris. p. 202.

³⁵ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.34s.

³⁶ ROXIN refere que o risco criado pelo autor deve ser juridicamente relevante, de modo que a conduta praticada pelo agente faz esperar o resultado como consequência não improvável. Assim, considera-se uma conduta adequada para produção o resultado quando ela coloca determinado bem jurídico em perigo; enquanto a conduta inadequada traz consigo apenas casualmente o resultado, não sendo perigosa em relação ao resultado. Na esfera dos crimes negligentes, o critério da previsibilidade objetiva serve para impedir a imputação de lesões a bens jurídicos que se produziram acidentalmente nos casos de condutas que não comportavam um risco juridicamente relevante de produção de um resultado. (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004. p. 149s.)

rada perigosa.³⁷ A problemática da utilização do método da prognose póstuma objetiva se dá nos casos em que o sujeito possui um conhecimento especial. Nesses casos, a doutrina majoritária exige a inclusão dos conhecimentos especiais na prognose póstuma objetiva, devendo o juiz considerá-los na análise dos casos concretos.³⁸

Constatada, então, a criação, ou aumento, de um risco não permitido, deve-se analisar se este risco se realizou em um resultado concreto. Essa determinação constitui uma tarefa de alta dificuldade e, em certos casos – especialmente nos casos em que há concurso de riscos –, de tratamento que continua a ser tão duvidoso que, quanto a ele, se mantêm sensivelmente divididas a doutrina e jurisprudência.³⁹ Tomemos como exemplo o “caso do pêlo de cabra”.⁴⁰ Neste caso, o perigo criado pelo autor não teve influência na produção do resultado em sua forma concreta, portanto, não deve o agente ser punido, pois o dever por ele violado não tinha utilidade alguma, de modo que se tivesse permanecido dentro do âmbito do risco permitido, o

³⁷ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.35.

³⁸ Referimos aqui o exemplo ilustrado por GRECO em que um sujeito, amigo de um terrorista, com quem costuma jogar futebol aos sábados, sabe que uma organização radical colocará uma bomba em determinado voo e convence a criança a viajar neste voo específico. Nesse caso, se não considerássemos o conhecimento especial que o autor possui, não poderíamos afirmar que houve a criação de um risco, pois um homem prudente não teria razão alguma para considerar perigosa a conduta de mandar alguém pegar um avião. Assim, o agente não responderia pelo resultado danoso. (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 35s.)

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 336.

⁴⁰ “O gerente de uma fábrica de pincéis entrega a suas trabalhadoras pêlos de cabra chineses, sem tomar as devidas medidas de desinfecção. Quatro trabalhadoras são infectadas pelo bacilo antrácico (Miltzbrandbazillen) e falecem. Uma investigação posterior concluiu que os meios de desinfecção prescritos seriam ineficazes em face do bacilo, até então desconhecido na Europa.” (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 332.)

resultado teria ocorrido da mesma forma.⁴¹

Ocorre que, muitas vezes, apesar de o agente ter criado um risco não permitido, e esse risco ter se verificado em um resultado concreto, o evento lesivo não está coberto pelo fim de proteção da norma de cuidado, ou seja, a norma de cuidado está direcionada a acautelar fato ou objeto diverso do efetivamente lesado, de modo que, nesta hipótese, não haverá imputação.⁴² Um caso que comumente se resolve com o critério do fim de proteção da norma é o do sujeito que dirige seu automóvel em excesso de velocidade e depois, quando volta a dirigir na velocidade permitida, vem a atropelar um pedestre que atravessava a rua sem tomar o devido cuidado. Nesse caso, se o motorista não tivesse ultrapassado a velocidade máxima permitida, ele não chegaria ao local do acidente no momento em que o pedestre atravessava a rua e, portanto, não o teria atropelado.⁴³

Contudo, o resultado se encontra fora do fim de proteção da norma que define a velocidade máxima, pois essa objetiva evitar colisões enquanto se está na velocidade não permitida e não em momento posterior. Assim, não poderíamos proibir a ação de dirigir em excesso de velocidade com o propósito de evitar que uma pessoa que se encontre em um outro local seja atropelada, afinal, sob esse aspecto, a conduta sequer pode ser considerada criadora de um risco, pois tal ação não geraria uma possibilidade real de atropelar alguém em momento posterior.⁴⁴

Dessa forma, se preenchidos todos os requisitos propostos por ROXIN – a criação de um risco não permitido, a verificação do risco em um resultado concreto, abrangido pelo âmbi-

⁴¹ Ibid. p. 332.

⁴² D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.66.

⁴³ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.102s.

⁴⁴ GRECO, Luís. op. cit. p.103.

to da norma – poderemos falar em imputação do resultado. No entanto, caso não seja possível verificar a existência de um desses critérios, o resultado não deverá ser imputado autor.

5. HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO

5.1. EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO NA HIPÓTESE DE DIMINUIÇÃO DO RISCO

Segundo ROXIN, não haverá a criação de um risco e, portanto, a imputação, nos casos em que o agente modifica um curso causal, diminuindo a situação de perigo a que se encontra exposto determinado bem jurídico.⁴⁵ De acordo com o autor, esses casos não poderiam ser resolvidos com base na teoria da adequação, pois o curso causal modificador do resultado é pre-

⁴⁵ Sobre os casos de diminuição de risco, KAUFMANN apresenta uma nova problemática, assim trazida por ROXIN: “Ele diferencia que alguém desvie um disparo ou um golpe da cabeça para o ombro, de forma que se a desviação do perigo para o ombro fora necessária para salvar a cabeça da vítima, então a ‘justificação permaneceria no fundo’ e se reduziria a problemática do tipo. O caso se converteria em interessante e conflictivo se o sujeito tivesse a possibilidade de dirigir o curso causal de forma que não afetasse a vítima, tendo elegido a lesão do ombro intencionalmente como lição que, em relação a iminente lesão da cabeça, é menos perigosa. KAUFMANN deixa de solucionar o caso, porém sustenta a opinião de que se trata de um problema de interpretação do tipo concreto (aqui, o tipo de lesões) e não de imputação objetiva no âmbito da parte geral. Se o perigo que foi desviado da cabeça tivesse conduzido à morte da vítima, então talvez poder-se-ia dizer, segundo ele, ‘como a vida, por tanto, a base da saúde tem sido conservada, a esperança de saúde definitivamente aumentou’. Assim, pois, ele rejeita um tipo de lesões ou admite de todas as formas uma solução. Porém, com isto, na realidade, segue a teoria da imputação objetiva. Porque a ‘esperança de saúde aumentada’ referida para rejeitar a lesão corporal é totalmente idêntica com a ‘diminuição do risco para a saúde’ que aqui se toma como base. E se esta (esperança de saúde aumentada), na variante de KAUFMANN, conduz a exclusão do tipo, naturalmente tem que se realizar, mais do que nunca (e não uma simples causa de justificação), quando não existir outra possibilidade que a de desviar o perigo da cabeça para o ombro.” (tradução nossa) (ROXIN, Claus. La problemática de la imputación objetiva. In: *Cuadernos de Política criminal*, n. 39, 1989. p. 755s.)

visto pelo agente, e, muitas vezes, por ele desejado, de modo que a imputação deve ser excluída, pois seria irracional punir ações que não pioram a situação de um bem jurídico, mas a melhoram.⁴⁶

Dessa forma, o resultado não é imputado ao autor porque ele orienta sua conduta no sentido de proteger o bem jurídico diante de um dano de maior gravidade. No entanto, importa mencionar, que, para fins de exclusão da imputação, não é necessário que o agente tenha salvado, efetivamente, o bem jurídico, bastando apenas que ele tenha evitado a concretização de um dano maior, pois se reconhece que ele atuou na medida de suas possibilidades.⁴⁷

Contudo, nos casos em que há uma substituição do perigo preexistente por outro, cuja realização se traduz em um resultado menos nocivo do que aquele que era pressuposto no perigo original, há a realização de uma ação típica, a qual deve ser imputada ao agente como a realização do tipo. Não obstante, devemos analisar se há o consentimento da vítima, e se não há uma causa de justificação que acoberte o comportamento do autor.⁴⁸

Segundo MENDES, o que ROXIN propõe é a aplicação do critério da diminuição do risco nos casos em que o contributo causal de um agente tiver apenas modificado um risco pre-

⁴⁶ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 313s.

⁴⁷ A fim de ilustrar o exposto TAVARES traz a hipótese de um objeto que cai em direção a vítima, sendo ele afastado pelo agente, de modo que, ao invés de golpear a vítima mortalmente na cabeça, vem a golpeá-la no ombro, causando-lhe uma lesão. Nesse caso, se o agente não atuasse, a vítima morreria. (TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p.338.)

⁴⁸ Esse tipo de problema ROXIN ilustra da seguinte forma: “alguém joga uma criança pela janela da casa que pega fogo, lesionando-a gravemente, mas com isso a salva da morte nas chamas; ou alguém tranca a outrem, sem poder esclarecer-lhe o motivo, porque nas circunstâncias inexistente outro meio de “tirá-lo de circulação” e salvá-lo de um seqüestro.” (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 314s.)

xistente, mas nunca nos casos em que a ação causal tiver substituído um risco por outro.⁴⁹ Para o autor, o critério de diminuição do risco, nos moldes em que foi construído por ROXIN, é um critério relativo, na medida em que há a necessidade de cotejar a situação real e o rumo hipotético que os acontecimentos teriam tomado se eliminássemos a intervenção do agente. Essa comparação somente permitiria concluir que, graças à intervenção de um terceiro, houve a mitigação do risco quando também ocorre a mitigação da gravidade da lesão.⁵⁰

5.2. EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO NA HIPÓTESE DE RISCO PERMITIDO

De acordo com ROXIN, o risco permitido representa um perigo a um bem jurídico, o qual, no entanto, é autorizado pela ordem jurídica, em razão de interesses predominantes da

⁴⁹ De acordo com MENDES, modificação do risco e substituição do risco podem parecer, à primeira vista, noções independentes do critério que distingue entre modificação e substituição de processos causais. No entanto, não se descortina de que modo o risco poderia valer como uma entidade independente do processo causal que lhe dá substância. Segundo ele, a possibilidade de distinguir entre a modificação do risco e a substituição de um risco por outro dependerá dos mesmos termos em que se apóia a distinção entre modificação e substituição de processos causais. (MENDES, Paulo de Souza. Crítica à ideia de diminuição do risco de Roxin. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, v. 4. p. 106s.)

⁵⁰ Para MENDES, ROXIN constrói uma designação enganosa de diminuição do risco, pois o que realmente se procura averiguar, em uma perspectiva *ex post*, é se o perigo propendia, de fato, para a consumação de um evento juspenalmente mais grave do que aquele que se realizou, ou então de esse perigo tendia à produção antecipada de um evento da mesma gravidade. Assim, de acordo com MENDES, a diminuição do risco somente valeria como critério negativo de imputação objetiva quando encontrasse tradução prática numa lesão menos gravosa do que aquela que teria ocorrido sem a intervenção do sujeito agente, cuja ação modificou um processo causal em curso. Nessa linha, segundo ele, o critério decisivo para determinar a imputação do resultado não é a diminuição do risco, mas a menor gravidade da lesão. (MENDES, Paulo de Souza. Crítica à ideia de diminuição do risco de ROXIN. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, v. 4. p. 110s.)

sociedade, sendo regulamentado por uma norma de cuidado.⁵¹ Nesses casos, ainda que o agente tenha criado um risco juridicamente relevante para um bem jurídico, a imputação será excluída se este risco for permitido.⁵²

O ponto essencial para que possamos identificar a existência de um risco permitido, e, por conseguinte, a diferença entre o risco permitido e a não criação de um perigo relevante, consiste na existência de normas de cuidado, as quais são criadas para regulamentar determinadas atividades que gerem um determinado risco (como, exemplo, normas trânsito, regras para instalações técnicas, prática de esportes perigosos etc). Assim, estaremos diante de uma hipótese de risco permitido quando existir uma norma de cuidado que regulamente um comportamento.⁵³

Para FRISCH, o risco existente, nestes casos, é residual, sendo um risco básico do âmbito vital de um subsistema, de modo que, materialmente, o âmbito das condutas que criam um risco, que não ultrapassa o risco permitido, coincide naturalmente, em grande medida, com o círculo de condutas que se apresentam como ações com observância das regras desse subsistema.⁵⁴ No entanto, para que um risco possa ser considerado

⁵¹ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p.352.

⁵² ROXIN refere como um protótipo do risco permitido o trânsito de veículos dentro das normas de trânsito estabelecidas. Segundo ele, não se pode negar que o trânsito gere riscos relevantes para a vida, saúde e patrimônio, o que é comprovado de modo irrefutável pela estatística de acidentes. Ainda assim, permite o legislador o trânsito de veículos (desde que seguidas determinadas regras de cuidado), por exigência do bem comum, que é aqui um interesse preponderante. Há aqui uma ponderação global, que impede a realização do próprio tipo do delito. (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 325.)

⁵³ ALMEIDA, Felipe Lima de. *Causalidade e imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 157.

⁵⁴ FRISCH sustenta que o determinante não é a observação da regra, pois a conduta que observa a regra, mas ultrapassa claramente o risco básico, deve ser qualificada como criação de um risco desaprovado, com base em uma cláusula geral que prescreve que devemos evitar os perigos evitáveis. (FRISCH, Wolf-

permitido não basta apenas que a atividade apresente consideráveis benefícios sociais frente ao mínimo de perigosidade, mas também é indispensável a absoluta impossibilidade de determinação de suas potenciais vítimas, pois se fosse possível, de forma antecipada, individualizar as vítimas de uma atividade perigosa, tal atividade deveria ser proibida, afinal sua ocorrência não poderia prevalecer frente à iminente lesão de um indivíduo.⁵⁵

Quanto à localização do risco permitido na estrutura dogmática, nos posicionamos no mesmo sentido que D'AVILA, ao considerar o risco permitido como elemento do fato típico e não como causa justificante. Segundo D'AVILA, não podemos confundir o risco socialmente permitido, excludente do tipo penal, com o perigo especial gerado por uma ação em condições desafortunadas, pois um não se confunde com o outro. O perigo especial será, evidentemente, causa de exclusão da ilicitude, na medida em que o agente atua na busca de um interesse específico, ao passo que, o que irá fundamentar o risco permitido, será a liberdade de ação.⁵⁶

gang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004. p. 108.)

⁵⁵ De acordo com REYES ALVARADO, pode-se dizer que o trânsito de veículos é uma atividade perigosa socialmente tolerada. No entanto, ainda que seja possível, de antemão, calcular a magnitude de lesões e de mortes decorrentes do tráfego de veículos automotores, a individualização prévia das vítimas não é possível, porém, nos casos em que for possível, o risco deveria ser proibido. Como, por exemplo, no caso em que um pára-quadista é arrastado por uma corrente de ar, de modo que, ao invés de descer no local previsto, o terá de fazê-lo em uma pista de corrida. As autoridades policiais, ciente de tal fato, proibem a circulação de veículos na pista, em razão da existência de um perigo para uma pessoa determinada. (REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 97.)

⁵⁶ Segundo com D'AVILA, é muito diferente a conduta de um motorista de ambulância que trafega normalmente, sem atender a nenhum chamado de urgência, daquela praticada por um motorista de ambulância que, para salvar uma vida, infringe normas regulamentares. Apesar de ambas condutas, indubitavelmente perigosas, estarem permitidas pelo direito, geram consequências diversas na estrutura do delito: no primeiro exemplo, o motorista age dentro do risco socialmente aceito para aquela atividade (condução de veículos automotores em vias públicas), não ultrapassando

5.3. EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO NO CASO DE NÃO REALIZAÇÃO DO RISCO NÃO PERMITIDO

Para que o resultado possa ser imputado ao agente é necessário que ele se apresente como a realização do risco que o autor criou. Assim, nos casos em que o agente cria um risco não permitido para um bem jurídico protegido, e o resultado não é consequência desse perigo, não haverá imputação, em razão da não concretização do risco não permitido em um dano.⁵⁷

Segundo D'AVILA, se o perigo que advém da ação que ultrapassa os limites do risco permitido, poderá haver imputação do resultado, no entanto, ela dependerá, necessariamente, de um outro requisito, a realização do risco não permitido. Assim, mesmo nos casos de risco não permitido, o resultado somente será imputado ao autor se sua ocorrência consistir na realização do perigo proibido, ou seja, apenas na hipótese do resultado advir especificamente da ultrapassagem dos limites de autorização.⁵⁸

Em alguns casos, a violação do dever superadora do risco permitido chega a ser a causa do resultado, mas o risco da sua ocorrência não foi aumentado pela violação.⁵⁹ Como, por exemplo, no caso em que um motorista ultrapassa um sinal vermelho e, sem realizar mais nenhuma ação não permitida, acaba atropelando, um quilômetro depois, um pedestre que sai

os limites do risco permitido e, por sua vez, agindo de forma atípica. No segundo exemplo, o agente ultrapassa os limites do risco permitido, não observando inúmeras normas regulamentares, porém, sua ação atende a um interesse específico, socialmente valioso, o que acarretará a sua permissão mediante a exclusão da ilicitude. (D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 49.)

⁵⁷ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 327.

⁵⁸ D'ÁVILA, Fabio Roberto. op. cit. p. 56.

⁵⁹ ROXIN, Claus. op. cit. p. 333.

repentinamente da calçada. Se o agente não tivesse ultrapassado o sinal vermelho, não estaria no local do impacto no momento em que o pedestre saiu da calçada.

Nesse caso, o atropelamento não resulta apenas da condução do automóvel, a qual constitui um risco permitido, mas do fato de haver sido passado o sinal fechado, afinal, se o motorista não tivesse passado o sinal vermelho, não estaria no local em que o choque ocorreu, no exato momento em que o pedestre atravessou a rua. Contudo, é facilmente perceptível que não foi a inobservância do semáforo que gerou o perigo que se materializou no acidente, pois a proibição de passar um semáforo fechado não tem como intuito proibir que veículos se encontrem em determinado local e em certo momento, de modo que a causalidade não implica, por si só, um vínculo entre o risco não permitido e o resultado.⁶⁰

5.4. A CONTRIBUIÇÃO A UMA AUTOCOLOCAÇÃO DOLOSA EM PERIGO

Na história do Direito Penal, a vítima sempre ocupou um papel passivo, como uma mera parte ofendida. No entanto, a doutrina moderna vem, gradualmente, reforçando a necessidade de se atribuir um maior destaque ao seu comportamento, o qual passa a ser encarado de forma dinâmica, baseado em um agir comunicativo.⁶¹

Nessa linha, em alguns casos, ainda que o agente tenha contribuído causalmente para o resultado, este não lhe será imputado nas hipóteses em que, deliberadamente, se colocou em perigo ou se autolesionou. Assim, se duas pessoas resolvem participar, cada uma com seu veículo, de uma corrida de carros

⁶⁰ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 57s.

⁶¹ MASI, Carlo Velho. A teoria da imputação objetiva e a sua influência na moderna dogmática jurídico-penal. In: *Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal*, n. 42, v. 7, 2011, p. 49.

em zona urbana, a responsabilidade pelos efeitos danosos que advenham de suas condutas não poderá ser estendida à outra, salvo se esta, efetivamente, tenha provocado diretamente o acidente.⁶²

Trata-se de hipóteses em que haveria a exclusão da tipicidade do delito, uma vez que a as próprias vítimas criam um perigo (desnecessário) para si mesmas.⁶³ Aqui vigora o princípio que, nos limites do tipo, não podem ser abarcados eventos nos quais a vítima tenha contribuído para a realização do resultado, de forma voluntária e decisiva. Contudo, para que seja excluída a imputação não basta apenas que a vítima tenha se exposto a um perigo, pois sua contribuição para o evento deve ser, no cômputo geral, suficiente para a sua ocorrência.⁶⁴

Dessa forma, um traficante que entrega a um usuário substância entorpecente para consumo, estando ambos conscientes do risco a que estão submetidos, e o usuário que faz uso da substância, vindo a falecer em razão de uma overdose, não acarreta, necessariamente, a imputação do resultado ao traficante. Afinal, apesar de ele conhecer a toxicidade da substância, saber do perigo em que consiste a sua ingestão, o usuário é capaz, tendo potencial conhecimento da ilicitude e poder de determinar-se conforme seu entendimento, de modo que ele pode responder por seus próprios atos independentemente da contribuição de outrem, pois ele escolheu se expor a um determinado perigo.⁶⁵

No exemplo acima referido, nota-se que a vítima não participou da criação do risco, contudo, ao livremente aplicar-se a substância entorpecente, chamou para si a responsabilidade dos possíveis desdobramentos da sua ação, desincumbindo

⁶² TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p.344.

⁶³ MASI, Carlo Velho. op. cit. p. 49.

⁶⁴ TAVARES, Juarez. op. cit. p.344.

⁶⁵ MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 225.

da norma o efeito protetivo que normalmente lhe deve advir. Segundo MASCARENHAS JÚNIOR, nos casos de autolesão não há que se falar em relevância jurídica para a conduta do partícipe, uma vez que a autolesão não se reveste de tipicidade, pois aquele que sofre o dano é o último que criou a condição necessária pra a produção do resultado.⁶⁶

O cerne da questão reside, na verdade, em investigar se, com a atuação da vítima, a conduta do terceiro de mostra irrelevante na produção do resultado, a ponto de justificar a exclusão da imputação. De acordo com GRECO, para que a imputação do resultado seja excluída nos casos de autocolocação em perigo é necessária a observância de dois critérios. O primeiro é que a própria vítima se coloque em perigo, e não o autor, ou seja, que ela tenha o domínio do fato. A doutrina majoritária afirma que será o autor quem terá o domínio sobre o fato quando ele tiver conhecimentos superiores aos que a vítima precisa para avaliar o risco em que incorre.⁶⁷ O segundo requisito é que a vítima seja responsável, tenha capacidade suficiente para determinar-se de acordo com a sua própria vontade.⁶⁸

No direito brasileiro, não se pune a autolesão e o suicídio, mas em relação a este último, há a previsão de uma pena para o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, contudo,

⁶⁶ Ibid. p. 226.

⁶⁷ Em que pese a posição sustentada pela doutrina majoritária, REYES ALVARADO se posiciona de forma diferente. Para REYES ALVARADO o problema da autolesão não se resolve em favor ou contra quem possua maiores conhecimentos, pois o fator determinante, para o autor, é a competência. Assim, que não é competente para evitar um dano não tem a obrigação de impedi-lo mesmo quando tenha um conhecimento superior ou capacidade de fazê-lo. Assim, quando a competência de evitar o dano recair sobre o titular do bem jurídico em perigo, somente ele será o responsável pelos danos que, como consequência de sua conduta, se produzam. (REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 175.)

⁶⁸ O segundo critério para exclusão da imputação nos casos de autolesão é objeto de inúmeras controvérsias, pois se discute se os critérios a ser utilizados dever ser os da capacidade para consentir ou os da culpabilidade. (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.69s.)

unicamente na modalidade dolosa, sendo excluída a responsabilidade do colaborador na hipótese de ter agido com culpa. Assim, à luz da legislação brasileira, quem entrega dolosamente a outrem uma droga para que com ela se suicide, cometerá apenas o delito previsto no artigo 122 do Código Penal,⁶⁹ e não homicídio. Contudo, se a entrega não for vinculada dolosamente ao suicídio, mas ao simples uso, ainda que gere riscos à vítima, o cedente responderá apenas pelo crime de tráfico.⁷⁰

No âmbito da jurisprudência brasileira se tem notícia do processo em que a vítima faleceu após cair da carroceria de uma camionete. Em primeira instância, houve condenação fundamentada unicamente nonexo de causalidade entre a ação do motorista em conduzir a vítima em situação precária e o resultado morte, sem indagação da imputação objetiva. Em segunda instância, foi corrigida a omissão, tendo ressaltado o juiz revisor que o motorista não estava sob o efeito de bebidas alcoólicas, dirigia em velocidade normal e obedecia todas as regras de circulação, exceto uma: a de transportar passageiros sem a devida segurança, o que, no entanto, foi objeto de advertência do motorista que teria imposto como condição para o transporte a necessidade de os passageiros permanecerem sentados durante todo o trajeto, não tendo sido atendido pela vítima, motivo pelo qual o comportamento da vítima foi o que determinou a ocorrência do resultado lesivo, e não a conduta do motorista. Assim, não houve, nesse caso, criação de uma situação de risco não permitida por parte do motorista, mas apenas uma partici-

⁶⁹ Assim prevê o Código Penal em seu artigo 122: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.” (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 de dezembro de 1940. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 30 de setembro de 2014.)

⁷⁰ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p.346.

pação na conduta perigosa da vítima.⁷¹

5.5. A HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA

Há hipóteses em que não é a própria pessoa quem se coloca dolosamente em perigo, mas se deixa colocar por outrem, tendo consciência dos riscos a que está submetida.⁷² Nesses casos, a realização do risco criado se dá por outra pessoa que não a vítima, contudo, é a motivação da vítima que anima o nexo de causalidade entre o agente e o resultado.⁷³

Esta hipótese se diferencia da autocolocação em risco, pois aqui é o próprio agente quem executa a ação perigosa, contando, apenas, com a contribuição da vítima, enquanto na autocolocação em perigo a conduta lesiva é praticada pela própria vítima com a contribuição do agente. Segundo Tavares, nesses casos, não haverá imputação do resultado “quando o ponto de gravidade da ocorrência do dano se situa na dependência da ação da vítima.”⁷⁴

A doutrina majoritária, bem como a jurisprudência, pretende resolver os problemas da heterocolocação em perigo consentida por meio da figura do consentimento do ofendido.⁷⁵

⁷¹ MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 229.

⁷² Roxin exemplifica as hipóteses de heterocolocação em perigo consentida com o seguinte exemplo: “Apesar da tempestade, o freguês quer que o condutor de um barco faça com ele a travessia do Rio Memel. O condutor desaconselha a que se proceda a travessia, apontando para os perigos nela envolvidos. O freguês insiste, o condutor acaba correndo o risco, o bargo afunda-se e o freguês afoga-se.” (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 367.)

⁷³ MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. op. cit. p. 234.

⁷⁴ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p.348.

⁷⁵ No que diz respeito ao consentimento do ofendido nos crimes culposos, nos posicionamos no mesmo sentido que D’AVILA. Segundo o autor, o consentimento do ofendido, nos delitos culposos, não deve se condicionar à disponibilidade do resultado produzido, restringindo-se enfaticamente à conduta perigosa, sem qualquer vínculo psicológico com o resultado. D’AVILA afirma que nos delitos culposos, os

Contudo, segundo ROXIN, não é este o caminho mais viável, pois o consentimento no resultado raramente existe, tendo em vista que aquele que se expõe a um risco costuma confiar que tudo terminará bem.⁷⁶ Assim, o fato de a vítima ter aceito que outro participe de uma conduta perigosa e a exponha a perigo não significa, necessariamente, que ela tenha consentido na produção do resultado.⁷⁷

De acordo com ROXIN, para que seja possível a exclusão da imputação objetiva do resultado na hipótese de heterocolocação em perigo consentida, a relação entre o autor e a vítima deve ser equivalente a uma autocolocação em perigo. Essa equivalência dependeria dos seguintes pressupostos: primeiramente, o dano deveria surgir como a consequência da ação e do risco consentidos, e não de outros erros adicionais, não previstos. Além disso, a vítima deve ter o mesmo controle sobre o acontecimento que o autor, de modo que o resultado se encontre em uma esfera chamada de competência da vítima, havendo uma “organização conjunta” entre ela e o agente.⁷⁸

A jurisprudência brasileira já se pronunciou sobre o tema em um acórdão do Tribunal de Minas Gerais, em que um delegado insistiu que seu subordinado (detetive) o levasse de viagem para Carandaí/MG, mesmo advertido que o carro da polícia não tinha condições, por estar “puxando”, conforme

efeitos do consentimento da vítima não podem estar vinculados à disponibilidade ou indisponibilidade do bem lesado, pois este não se encontra na órbita da vontade ou anuência da vítima ou do agente. Nesses casos, não possui relevância se se trata de culpa consciente ou inconsciente, na medida em que o consentimento se dá, especificamente, em relação ao risco, e nunca ao resultado provável ou previsível, devendo o risco ser visto sempre como um elemento da órbita de disponibilidade da vítima. (D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 74s.)

⁷⁶ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 368.

⁷⁷ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.69s.

⁷⁸ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.73.

mecânicos afirmaram. Durante a viagem, o carro perdeu o controle, invadiu a contramão e colidiu com um caminhão, o que ocasionou a morte do delegado que estava no banco do passageiro. Em primeira instância, o detetive foi condenado pelo artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro, nos moldes da doutrina tradicional. Contudo, no julgamento pelo Tribunal foi absolvido, pois a própria vítima, por livre e espontânea vontade, se colocou em situação de risco ao ordenar a seu subordinado que a conduzisse em um veículo desprovido de condições de segurança, das quais ela tinha sido advertida. Assim, o Tribunal reconheceu que o evento decorrente do comportamento imprudente não poderia ser atribuído ao autor, excluindo a imputação do resultado.⁷⁹

6. CONCLUSÕES

Por todo o exposto, concluímos que a *teoria da imputação objetiva* desenvolvida por ROXIN desempenha um papel fundamental no âmbito do ilícito-típico culposo, uma vez que estabelece um nexó normativo entre o *desvalor da ação* e o *desvalor do resultado*. Ao nosso ver, para que seja possível imputar determinado evento ao agente faz-se necessário verificar, em um primeiro momento, a existência de um nexó causal naturalístico, o qual a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*) pretende apurar. No entanto, tal nexó não se mostra suficiente em determinados casos, sendo necessário utilizarmos outros critérios de ordem normativa.

Assim, a nosso ver, a *teoria da imputação objetiva* representa um avanço dogmático, na medida em que procura estabelecer critérios normativos para a imputação, não a deixando a cargo apenas da causalidade natural. As categorias trabalhadas por ROXIN, quais sejam, a do risco permitido, da

⁷⁹ MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 236.

concretização do risco não permitido no resultado típico e o fim de proteção da norma, mostram-se, no momento, como a melhor solução para apurar a responsabilidade do agente no âmbito da tipicidade objetiva.

Esses critérios não apenas contribuem para a dogmática penal por delimitarem a tipicidade, mas também por apontarem, com maior clareza, as condutas que são irrelevantes para o direito penal (elencadas como risco permitido). Assim, com o auxílio da *teoria da imputação objetiva*, muitas condutas que seriam, com base na teoria da equivalência das condições, consideradas como típicas, tendo a imputação excluída no âmbito da ilicitude ou da culpabilidade, seriam, de pronto, reconhecidas como atípicas.

Em que pese os inúmeros estudos, e as inúmeras críticas feitas à *teoria da imputação objetiva* de ROXIN, não há, atualmente, nenhuma teoria que tenha conseguido superá-la, apesar de terem sido desenvolvidas inúmeras teorias com esse propósito. Diante disso, entendemos que a teoria de ROXIN se mostra, até então, como a melhor solução para os problemas trazidos ao longo desse trabalho, na medida em que traça com maior clareza os limites da tipicidade objetiva.



7. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Felipe Lima de. *Causalidade e imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. 302 p.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848. *Código Penal*. Diário Oficial

da União, Brasília, DF, 7 de dezembro de 1940. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 30 de setembro de 2014.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. 4 ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005. 369p.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 147 p.

_____. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 127 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. 1061 p.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004. 698p.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 173 p.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *A teoria da imputação objetiva e o direito penal brasileiro*. In: <http://ww3.lfg.com.br/artigos/A_teor%C3%ADa_da_imputacao_objetiva.pdf>. Acesso em 30 de set. de 2014.

_____. A teoria da imputação objetiva e o código penal brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas. In: *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*.p. 200-228.

MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria

- Fabris, 2008. 373 p.
- MASI, Carlo Velho. A teoria da imputação objetiva e a sua influência na moderna dogmática jurídico-penal. In: *Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal*, n. 42, v. 7, 2011. P. 39-56.
- MENDES, Paulo de Souza. Crítica à ideia de diminuição do risco de Roxin. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, v. 4. p. 102-118.
- MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. 490p.
- PRADO, Luiz Regis. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. In: *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v. 3, Jul, 2005. p 81-110.
- REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed. rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. 431p.
- RIGHI, Esteban. Causalidad natural e imputación objetiva. In: *Dogmatica y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. p.781-794.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997. 1071 p.
- _____. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 383 p.
- _____. La problemática de la imputación objetiva. In: *Cuadernos de Política Criminal*, n. 39, 1989. p. 749-769.
- SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo I. Primera reimpression. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1951. v. 1. 448p.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte General I. El hecho punible. Traducción
- TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. 475 p.
- WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Aspectos fundamentais.

Tradução do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. 205 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Panorama de los Esfuerzos Teóricos para Establecer Criterios de Imputación Objetiva. In: *Estudos em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 187-215.