

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO INCREMENTO DO RISCO NOS CRIMES CULPOSOS

Daniel Leonhardt dos Santos¹

Letícia Burgel²

Sumário: 1. Introdução; 2. A *teoria do incremento do risco* de Roxin (Risikoerhöhungstheorie); 3. Fundamentos da *teoria do incremento do risco* (Risikoerhöhungstheorie) de Roxin; 4. Apontamentos críticos à *teoria do incremento do risco*; 5. A impossibilidade de recepção da *teoria do incremento do risco* pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro; 6. Os elementos estruturantes do ilícito-típico culposos; 7. Conclusões; 8. Referências.

Palavras-chave: Teoria do incremento do risco; crimes culposos; princípio da confiança.

Resumo: Busca-se, no presente artigo, verificar a forma pela qual o resultado é imputado nos crimes culposos, por meio da utilização de critérios normativos da *teoria do incremento do risco*, desenvolvida por ROXIN. A proposta consiste na análise dos fundamentos e da possibilidade de recepção da *teoria do incremento do risco* ao ordenamento jurídico-penal brasileiro, questionando a possibilidade de imputação do resultado nos casos em que não é certo, mas apenas provável ou possível, que o comportamento alternativo conforme o direito evitaria o resultado.

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

² Graduando em Direito pela PUCRS. Bolsista de iniciação científica PIBIC/CNPq. Estudante.

Keywords: increased risk theory; negligent crimes; trust principle.

Abstract: This article has as its goal analyze how the result is imputed in the negligent crimes through the normative criteria of the “Risikoerhöhungstheorie”, developed for Roxin. The proposal consists in the review of the fundamentals of the theory, and also to analyze the possibility of reception of this theory by the Brazilian criminal law, questioning the possibility of imputation of the result when it is not secure, but just possible, that an alternative behavior according to the law would avoid the damage.

1. INTRODUÇÃO.



A presente pesquisa tem por objetivo analisar a forma pela qual o resultado é imputado nos crimes culposos, através da utilização dos critérios normativos da *teoria do incremento do risco* (*Risikoerhöhungstheorie*), desenvolvida por ROXIN. A delimitação do problema centrou-se na busca dos possíveis equívocos dogmáticos da *teoria do incremento do risco*, bem como nas consequências de sua aplicação, procurando analisar a possibilidade de sua recepção pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro, verificando a (in)existência de conformidade entre eles.

A escolha da temática se deu em razão da grande discussão dogmática acerca da *teoria do incremento do risco*, a qual tem sido objeto de inúmeras críticas de renomados doutrinadores. Diante do exíguo número de estudos realizados a respeito desse tema em nosso país, mostrou-se academicamente interessante o desenvolvimento de um estudo mais aprofundado a respeito do tema, especialmente no que tange a sua recepção pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro.

A *teoria do incremento do risco* (*Risikoerhöhungstheorie*) foi desenvolvida por ROXIN através de estudo de casos julgados pelo Supremo Tribunal alemão (*Bundesgerichtshof*). De acordo com essa teoria, nos casos em que não for possível determinar, com probabilidade próxima a certeza, que o risco criado pelo autor acarretou o resultado, ele deverá ser responsabilizado na hipótese de que um comportamento alternativo conforme ao direito poderia, possível ou provavelmente, ter evitado a ocorrência do evento. Nesses casos, o agente é responsabilizado pelo resultado apenas pelo fato de ter ultrapassado o risco permitido, aumentando a possibilidade de sua concreção, não sendo necessário verificar se a ação foi decisiva para a sua produção.³

A partir do estudo *da teoria do incremento do risco*, surgiram diversos questionamentos, dentre eles, se deve ser imputado ao agente, um resultado que, mediante uma conduta conforme o direito haveria sido evitado, não com segurança, mas possível ou provavelmente.⁴ Diante desse questionamento, outros se sucederam no que tange aos aspectos dogmáticos da teoria do incremento do risco.

2. A TEORIA DO INCREMENTO DO RISCO DE ROXIN (RISIKOERHÖHUNGSTHEORIE)

O paradigmático “caso do ciclista”,⁵ julgado pelo Su-

³D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 60.

⁴D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 59.

⁵Nesse sentido refere ROXIN: “O motorista de um caminhão deseja ultrapassar um ciclista, mas o faz a 75 cm de distância, não respeitando a distância mínima ordenada. Durante a ultrapassagem, o ciclista, que está bastante bêbado, em virtude uma reação de curto circuito decorrente da alcoolização, move a bicicleta para a esquerda, caindo sob os pneus traseiros da carga do caminhão. Verifica-se que o resultado também teria provavelmente (variante: possivelmente) ocorrido, ainda que tivesse sido respeitada a distância mínima exigida pela Ordenação de Trânsito (Strassenver-

premo Tribunal alemão (*Bundesgerichtshof*) em 1957, criou a possibilidade de se auferir responsabilidade penal mediante o emprego de cursos causais hipotéticos. Assim, surgiu o critério da “conduta alternativa conforme o direito”, como uma tentativa de delimitar a utilização de cursos causais hipotéticos.⁶

Esse critério é utilizado pela doutrina como um mecanismo para verificar a existência de uma relação específica entre a conduta e o resultado, a qual é chamada de nexó de causalidade da infração de dever. Busca-se verificar, através de um juízo hipotético, a possibilidade de causação do mesmo dano mediante uma conduta alternativa correta. Assim, questiona-se, ante uma ação imprudente, se o agente deverá responder ainda que a lesão não teria, possível ou provavelmente, sido evitada caso ele tivesse se comportado corretamente.⁷

No âmbito da doutrina, ROXIN é o protagonista na discussão sobre esse tema nos últimos trinta anos. Para ele, há três circunstâncias que dão unidade a todos esses casos: o acusado não se comportou de forma correta; existe uma duvidosa relação de causalidade entre a ação e o resultado; e o dano também poderia ser produzido se o agente tivesse se comportado de forma correta.⁸

Contudo, é importante salientar que nem todo o cálculo

kehrordnung)” (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 338.)

⁶ CAVALCANTE DE SOUZA, Luylla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 82 e ss.

⁷ *Ibid.*, p. 84.

⁸ Para FEIJÓO SANCHEZ, os casos analisados através do juízo hipotético de um comportamento alternativo conforme o direito costumam se produzir no marco das atividades com riscos especiais permitidos (indústria, transporte viário, medicina) que possuem regras gerais de conduta, seja por meio de regras jurídicas (segurança e higiene do trabalho, transporte viário, atividades farmacêuticas) ou da *lex artis* (medicina). São exemplos em que há dúvidas se as regras gerais de cuidado teriam alguma utilidade na situação concreta. (FEIJÓOSÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomoli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 12.)

hipotético é relevante para o tipo, pois nem toda a conduta defeituosa hipotética de um terceiro, ou da própria vítima, tem utilidade para explicar a realização do risco. Assim, segundo FEJÓO SANCHEZ, somente será relevante para a imputação do resultado o cálculo hipotético relacionado com o cumprimento de certas normas de cuidado e com o risco permitido. De acordo com o autor, a conduta alternativa conforme o direito nada mais é que “a conduta efetivamente realizada sem considerar os dados que fundamentam a infração do dever de cuidado.”⁹

Para o autor, a raiz material do problema das condutas alternativas adequadas ao direito consiste na possibilidade de verificar se o resultado é a realização do risco não permitido (da infração do dever), não sendo coincidência o fato de os casos objetos de reflexão estejam no âmbito de subsistemas onde, ainda que o agente aja com o devido cuidado, sempre haverá um resquício de risco considerável, sendo, em algumas ocasiões, difícil delimitar em que ponto começa, de fato, o risco não permitido. Com o critério das condutas alternativas conforme o direito pretende-se, na verdade, combater a ideia de que o criador de um risco não permitido responde não somente pelo risco típico por ele desencadeado, mas também por outros riscos permitidos que tenha criado ou favorecido.¹⁰

Uma das críticas feitas à utilização de condutas alternativas de acordo com o direito como critério para determinar a realização do resultado é no sentido de que não é necessário acudir a nenhum comportamento hipotético que não tenha ocorrido na realidade para determinar se o risco não permitido se integralizou no resultado. Todos os casos que se tentou resolver por meio da aplicação desse método se solucionam da

⁹FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva*: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 15.

¹⁰ *Ibid.* p. 18.

mesma forma, pois, do ponto de vista do tipo, não há a realização do risco típico, mas de um risco permitido ou residual acompanhante, ou seja, o risco permitido, o que, por si só, explicaria a ocorrência do dano, independentemente da conduta transgressora do dever.¹¹

3. FUNDAMENTOS DA *TEORIA DO INCREMENTO DO RISCO* (RISIKOERHÖHUNGSTHEORIE) DE ROXIN

Em 1962, tendo em consideração o julgamento pelo Superior Tribunal alemão (*Bundesgerichtshof*) do conhecido “caso do ciclista”, ROXIN desenvolveu a chamada *teoria do incremento do risco* (*Risikoerhöhungstheorie*). De acordo com essa teoria, nos casos em que não for possível determinar, com probabilidade próxima à certeza, que o risco criado pelo autor acarretou o resultado, ele deverá ser responsabilizado na hipótese de que um comportamento alternativo conforme ao direito teria, possível ou provavelmente, evitado a concretização do dano. Nesses casos, para que haja imputação, é necessário apenas que o agente ultrapasse o risco permitido e aumente a probabilidade de ocorrência do evento danoso, não sendo preciso verificar se o risco por ele criado foi determinante para a produção do resultado.¹²

Nas hipóteses de dúvida em que é possível, mas apenas possível, que o resultado seja produzido por meio de uma conduta conforme a prescrita pelo direito, o tratamento jurídico dessas situações não depende da relação de determinação entre o perigo e o dano, mas exclusivamente do fato de saber se uma conduta conforme o dever diminuiria, de modo relevante, o

¹¹FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva*: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 21.

¹²D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 60.

risco de produção do resultado.¹³ Assim, se fosse possível verificar com segurança que o resultado ocorreria da mesma forma, independentemente do autor atender ao dever de cuidado, não se poderia falar em imputação pela não realização do risco não permitido. No entanto, no “caso do ciclista” não há essa certeza.¹⁴ Nesse caso, não é possível verificar com certeza a permanência do resultado danoso (morte) na hipótese de um comportamento diverso conforme o direito por parte do caminhoneiro, e, assim sendo, segundo a *teoria do incremento do risco*, ele deverá responder pela morte do ciclista.¹⁵

De acordo com ROXIN, para que possamos reconhecer se uma violação do dever de cuidado, a qual segue uma morte, fundamenta ou não um homicídio negligente faz-se necessário “examinar qual a conduta que não poderia ser imputada ao agente como violação do dever, de acordo com os princípios do risco permitido, comparando-se a conduta conforme o direito à forma de atuar do autor.”¹⁶ Comprovando-se, então, que a ação

¹³ Nesses casos, ROXIN sustenta que essa dúvida deve ser solucionada através de avaliação pericial, tendo por base critérios científicos, não sendo necessária a utilização de processos causais hipotéticos. (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 259.)

¹⁴ Sobre o “caso do ciclista” assim refere ROXIN: “Se se puder constatar de modo geral que alguns ciclistas, quando embriagados, se lançam contra os camiões que os ultrapassam, devido a reacções anómalas provocadas pela bebida e se, além disso, se puder constatar que é totalmente irrelevante, quanto a essas reacções e suas consequências, que o condutor do camião mantenha uma distância de 75 cm, que é proibida, ou uma separação de 1m, que é permitida, não se poderá considerar como uma violação do dever de cuidado nos termos do § 222 do StGB a ultrapassagem feita deixando apenas 75 cm de distância, nem, portanto, como tendo existido negligência no respeitante a esse concreto resultado da morte.” (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 258.)

¹⁵ D’ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 59 e ss.

¹⁶ SPENDEL e Eb. SCHMIDT propõe uma solução diferente da de ROXIN. Para eles, estaríamos diante de um homicídio negligente, quando o autor provocou o resultado, e a sua conduta, a qual ocasionou a morte, infringia todos os deveres legais de cuidado, pois nesse caso não faltaria nem a previsibilidade objetiva, nem a subjetiva do processo causal. ROXIN, no entanto, tem essa solução como pouco satisfatória, pois, de acordo com ele, faltaria, ainda, provar que a conjugação da

do agente aumentou a probabilidade de produção do resultado, ele deverá ser punido a título de crime negligente. Afinal, segundo ROXIN, seria completamente errado supor que a produção de um resultado mediante uma ação que implica um risco maior, não permitido, ficaria impune apenas porque o resultado seria produzido na hipótese de uma ação cuidadosa.¹⁷

Como nos demais casos de realização do risco, a sua valoração se dá sob uma perspectiva *ex post*, pois corresponde ao *desvalor* do resultado. Assim, devem ser levadas em conta todas as circunstâncias fáticas, mesmo as que somente posteriormente venham a ser conhecidas. Haverá imputação objetiva, portanto, quando, *ex post*, o risco real for maior que o permitido, pois, na concepção de ROXIN, mostra-se político-criminalmente conveniente exigir apenas que a infração de dever do cuidado tenha aumentado o risco já existente de produção do resultado.¹⁸

ULSENHEIMER, um dos autores que tem aprofundado seus estudos sobre essa teoria, afirma que os deveres de diligência têm, como finalidade preponderante, evitar a ocorrência de resultados típicos. Assim, se demonstrado que no caso concreto, ainda que respeitada a norma, o resultado produzir-se-ia da mesma forma, então está claro que a norma, neste caso, não cumpre nenhum efeito protetor. Dessa forma, segundo o autor alemão, quando, “diante das circunstâncias especiais do caso concreto, a norma não estiver cumprindo o seu efeito protetor,

infração do dever legal de cuidado com um resultado típico produziria, necessariamente, um crime negligente. Aceitar essa conclusão seria regressar à antiga, e já superada, teoria da *versari in reillicita*, segundo a qual, se fazemos algo proibido, serão *eo ipso* imputadas como negligentes todas as consequências que daí advêm. (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 257.)

¹⁷ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3º ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 257 e ss.

¹⁸CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexos de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 97.

a lesão do dever de cuidado será irrelevante, não havendo a necessidade de imputar o dano ao autor.”¹⁹

4. APONTAMENTOS CRÍTICOS À *TEORIA DO INCREMENTO DO RISCO*

Em que pese os argumentos trazidos por ROXIN, a *teoria do incremento do risco* tem sido objeto de inúmeras críticas por renomados doutrinadores, enfrentando dificuldades de aceitação, inclusive, pelos tribunais alemães. Dentre seus maiores críticos, podemos citar FEIJÓO SANCHEZ. Segundo ele, a *teoria do incremento do risco* não passa de uma “manipulação dogmática” para poder punir certas “tentativas culposas”, na medida em que, com base nos critérios estabelecidos por ROXIN, não é necessário verificar se o perigo criado pelo sujeito efetivamente se concretizou no dano ao bem jurídico.²⁰

Para FEIJÓO SANCHEZ, a *teoria do incremento do risco* é inaceitável, pois não se pode converter toda e qualquer dúvida sobre a ocorrência de uma tentativa em um delito consumado apenas pelo fato do ordenamento jurídico-penal não prever uma punição na forma tentada. Tal manobra não respeita os limites dos tipos penais, acarretando uma interpretação extensiva, a fim de garantir uma maior punibilidade. Segundo ele, se o legislador decidiu não punir a tentativa culposa, essa decisão deve ser respeitada, assim, não devemos aceitar manipulações dogmáticas para atender a fins político-criminais, sob pena de violação do princípio da legalidade.²¹

De acordo com o doutrinador, a ideia de que tudo é

¹⁹ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente. In: *Cuaderno de doctrina y jurisprudência penal*, n. 3, v. 2, 1996, p. 63.

²⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 42 e ss.

²¹ *Ibid.* p. 41 e ss.

objetivamente previsível para quem infringe o dever objetivo de cuidado é responsabilidade objetiva pura, infringindo o princípio da culpabilidade. Não se deve conjecturar sobre o que teria acontecido se o agente não tivesse criado o risco proibido, senão determinar o que efetivamente aconteceu com o risco não permitido, e se houve consumação ou não em um resultado. Assim, não é necessário acudir a nenhum percurso lesivo hipotético que não tenha ocorrido na realidade para determinar se o risco não permitido se integralizou no resultado, basta apenas observar no caso concreto se o dano ocorreu em razão da ultrapassagem do risco permitido pelo agente.²²

Nosso posicionamento, no entanto, difere em parte do de FEIJÓO SANCHEZ. Da mesma forma que o doutrinador espanhol, entendemos que a *teoria do incremento do risco* é dogmaticamente inaceitável, contudo, por motivos diversos. A nosso ver, a *teoria do incremento do risco* equivoca-se na medida em que converte crimes de perigo em crimes de dano,²³ afinal, para que o agente seja responsabilizado, basta apenas que ele aumente o risco de produção do resultado. No entanto, nos crimes de lesão, é necessário algo mais do que o mero incremento do risco; é fundamental que o perigo criado se concretize no dano ao bem jurídico.²⁴ Segundo FRISCH, para que

²²FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 20 e ss.

²³No que tange a esta crítica, Santos entende que ela não resiste, pois, segundo ele, a imputação ao tipo objetivo sempre se produz apenas mediante uma colocação em perigo criada pelo autor. A diferença entre os delitos de lesão e os delitos de perigo, é que naquele o rico não permitido se realiza no resultado típico, enquanto neste o perigo se realiza em um resultado de colocação em perigo, o qual é determinado de acordo com diversas exigências. Nos casos de conduta alternativa conforme o direito, concorrendo um incremento do risco, se terá plasmado um risco proibido em um resultado lesivo. (SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 129.)

²⁴FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004, p. 572.

possamos falar em relação de causalidade entre o perigo proibido e o evento lesivo, deve ser possível observar no resultado a materialização do risco praticado pelo agente, de modo que, se tal nexu não for constatado, não deverá haver imputação.²⁵

JAKOBS sustenta que para a *teoria do incremento do risco* ser viável deveríamos prescindir da realização do risco e dos cursos causais hipotéticos, afinal, para que o agente responda por delito consumado, no tipo objetivo, é necessário apenas que ele tenha criado um risco de magnitude não permitida e que o resultado tenha sido produzido causalmente por meio da ação do autor. Assim, a relação de imputação estaria atrelada à ação, o resultado seria apenas uma condição objetiva da tipicidade penal. Com base nesse raciocínio, JAKOBS afirma que “os delitos de resultado deveriam ser entendidos como delitos de perigo condicionados pelo resultado.”²⁶

Diante disso, nota-se que ROXIN incorre em uma contradição, visto que a *teoria do incremento do risco* se mostra incompatível com a sua própria base, isto é, com a *teoria da imputação objetiva*. Segundo a *teoria da imputação objetiva*, o resultado somente será imputável ao agente quando a sua conduta tiver criado um perigo para um bem jurídico que tenha ultrapassado o risco permitido, e esse perigo se realizar em um resultado concreto coberto pelo âmbito da norma.²⁷ Dessa forma, para que houvesse compatibilidade entre essas teorias seria preciso abrir mão de um dos critérios de imputação estabelecido por ROXIN - a verificação do risco não permitido no resultado - pois para a *teoria do incremento do risco* importa apenas que o autor tenha criado um risco proibido que aumentou a

²⁵ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade Penal – Uma Análise Funcionalista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 113.

²⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., 1997, p. 285.

²⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 363 e ss.

probabilidade de ocorrência do dano, sendo irrelevante, para fins de imputação, a concretização do perigo no resultado.²⁸

Para KORIATH, a *teoria do incremento do risco* parte de uma ideia fundada em na fórmula “evite riscos”, criando uma espécie de “teoria dos imperativos”, alheia à essência das normas jurídico-penais. O autor afirma que é impossível utilizar essa teoria com exatidão, afinal, segundo ele, não se pode acreditar em análise *ex post* que propõe assumir um ponto de vista totalmente objetivo e neutro, pois “se estará muito facilmente inclinado a deduzir o aumento do risco da realização do resultado, havendo, desde já, a tendência a imputar o resultado ao agente.”²⁹

De acordo com FRISCH, conceitos como o do incremento notável do risco, em razão de não ter uma definição, abrem uma porta ao arbítrio, deixando para ele a tarefa de determinar a aplicação justa do direito, apenas pelo fato de que por notável cada um pode representar algo distinto. Assim, ele questiona se o limite da punibilidade poderia depender de um conceito tão difuso, especialmente se não é possível esclarecer detalhadamente o fato. Nesses casos, o requisito da relação de causalidade entre a ação e o resultado, em que é preciso verificar a realização do perigo no dano, perde, em definitivo, a sua funcionalidade para fins de imputação.³⁰

Para além disso, as conclusões obtidas por meio de uma operação com hipóteses são arbitrárias, pois, como regra geral, de dispõe de inúmeras modalidades alternativas de comportamento permitido, com suas respectivas e distintas consequên-

²⁸ Assim, através dos critérios da teoria da imputação objetiva, se o resultado fosse produzido de qualquer maneira, ainda que o sujeito houvesse empregado o cuidado requerido, não poderia haver imputação objetiva, uma vez que o resultado não é precisamente a concreção da lesão de cuidado. (BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal*: parte geral. 3. ed.aum. Barcelona: Ariel, 1989, p. 238.)

²⁹ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 343 e ss.

³⁰ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004, p. 576 e ss.

cias, de modo que o resultado pode ser manipulado através da seleção de um determinado comportamento pelo jogador. Dessa forma, a quantidade de comportamentos conforme o direito que teriam produzido do mesmo modo o resultado e a quantidade de comportamentos alternativos que o teriam evitado, estariam limitados apenas pela imaginação do intérprete da lei.³¹

A fim de ilustrar o problema que encerra a *teoria do incremento do risco* trazemos o exemplo clássico do condutor de um veículo que, trafegando em uma zona urbana a 53 km/h, cuja velocidade máxima permitida era de 50 km/h, atropela um pedestre. Embora não se possa atestar com grau de certeza que o atendimento à velocidade máxima permitida evitaria o acidente, mesmo assim, utilizando os critérios da *teoria do incremento do risco*, ele deverá responder pelo resultado, pois a desobediência à velocidade regulamentar representaria o limite máximo de tolerabilidade do risco, cujo excesso faz emergir a responsabilização do autor pela conduta.³² No entanto, deveria o agente responder pelo resultado mesmo quando o risco por ele criado aumentou minimamente as chances de produção?³³

No que concerne aos delitos culposos, PRADO, questiona se o critério do aumento do risco não seria, em realidade, um elemento integrante do tipo de injusto culposo, pois nesses

³¹ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La relevância del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente. In: *Cuaderno de doctrina y jurisprudência penal*, n. 3, v. 2, 1996, p. 66.

³² MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 176.

³³ O fato do autor ter ultrapassado o risco permitido em 3 km/h pode ser considerado um incremento do risco considerável? Segundo FEIJÓO SANCHEZ, nesses casos de infrações leves, em âmbitos bem regulamentados, como o tráfego viário, a *teoria do incremento do risco* converteria a imputação do resultado em algo automático, pois aquele que cria um risco não permitido pratica todos os atos que objetivamente deveriam produzir o resultado, mas não mata ou não causa uma lesão. (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 41 e ss.)

casos o resultado somente poderia ser imputado ao agente se fosse comprovado que a sua conduta negligente, em comparação com uma conduta que observa o devido cuidado, elevou ou incrementou o risco de produção do dano.³⁴ Nesse sentido também se posicional WELZEL, afirmando que o tipo de injusto dos delitos culposos não é observado pelo mero nexo de condição, mas somente por aquela causa do resultado que for evitável na aplicação da diligência objetivamente imposta. Se, contudo, o resultado não teria sido evitado, ainda que observada a diligência objetiva, então o tipo de injusto do delito culposo não está cumprido, já que a observância da norma imposta pelo direito tampouco teria modificado o resultado.³⁵

HERZBERG afirma que ao imputar objetivamente o resultado à ação nos casos em que mesmo com um comportamento alternativo conforme o direito o resultado típico teria seguramente ocorrido, significaria fazer funcionar a dúvida contra o agente e assim violar um dos princípios do processo penal, o *in dubio pro reo*.³⁶ ROXIN, ao propor a *teoria do incremento do risco*, pretende trazer para o âmbito da dogmática penal um problema que deve ser resolvido no âmbito do processo penal, através de utilização do princípio do *in dubio pro reo*. Nota-se que a presente teoria não possui utilidade dogmática, podendo, inclusive, induzir a erro, acarretando a imputação do resultado nos casos duvidosos, ao negar a aplicação do referido princípio com um intuito de evitar uma possível impunidade no âmbito dos delitos culposos.³⁷

Contudo, é importante esclarecer que existem dois as-

³⁴ PRADO, Luiz Regis. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. In: *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, n. 3. V. 2, 2005, p. 3.

³⁵ WELZEL, Hans. *Direito penal*. Campinas: Romana, 2003, p. 89.

³⁶ 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, 2004, p. 320.

³⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., 1997, p. 286.

pectos sobre os quais a dúvida pode pesar. Há casos em que a dúvida recai unicamente sobre a evitação do resultado, em que os adeptos da teoria sustentam que o que importa é a elevação do risco, e não saber se o resultado seria produzido da mesma forma por uma conduta alternativa conforme o direito. No entanto, muitas vezes, há dúvidas a respeito do próprio aumento do risco, o qual é o ponto nodal da *teoria do incremento do risco*. Assim, se a própria teoria pressupõe esse requisito (elevação do risco) para punição, o aplicador do direito não pode responsabilizar o agente quando não sabe se o elemento principal está presente, devendo absolver o autor com base no princípio *in dubio pro reo*.³⁸

Esses são apenas alguns dos equívocos dogmáticos que encerra a *teoria do incremento do risco*, a qual se funda em critérios de possibilidades, gerando, por conseguinte, uma enorme insegurança jurídica, na medida em que abre margem a um grau exagerado de subjetivismo judiciário, mormente quando analisado mediante critérios garantistas.³⁹

5. A IMPOSSIBILIDADE DE RECEPÇÃO DA *TEORIA DO INCREMENTO DO RISCO* PELO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

O ordenamento jurídico-penal brasileiro adota da teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*) para determinar a relação de causalidade.⁴⁰ Segundo o texto do *caput* do artigo 13 do Código Penal, “*considera-se causa a ação*

³⁸ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 104.

³⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 64.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 288.

ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.⁴¹ De acordo com essa teoria, “é causa toda a condição necessária para a produção do resultado”,⁴² ou seja, a conduta deve ser “a condição indispensável para a ocorrência do evento”.⁴³ Em outras palavras, para que possamos falar em imputação, a ação ou omissão deve ser a *conditio sine qua non* do resultado.⁴⁴

Ao nos depararmos com tal afirmação notamos que a recepção da *teoria do incremento do risco* pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro se mostra dogmaticamente impossível, pois para essa teoria, nos casos em que é possível, mas apenas possível, que o resultado seja produzido por uma conduta conforme à prescrita pelo direito, “o tratamento jurídico dessas situações não depende do que realmente tenha acontecido, mas exclusivamente do fato de saber se uma conduta conforme o dever diminuiria, de modo relevante, o perigo de produção do resultado”.⁴⁵ Para ROXIN, não possui relevância alguma determinar se a ação ou omissão do agente foi elementar para a produção do dano, basta apenas apurar que ele agiu sem a observância das normas de cuidado e que tal fato possa ter sido a razão da concretização do resultado.

Assim, observa-se que a *teoria do incremento do risco* não se encaixa ao nosso ordenamento jurídico-penal, na medida em que ele propõe uma relação de essencialidade entre a ação e o resultado, de modo que o dano não ocorreria se o agente não tivesse praticado a conduta descuidada. Enquanto a

⁴¹ 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 controversos*. p. 223.

⁴² 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

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 289.

⁴⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Introdução e parte geral. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 121.

⁴⁵ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 259.

teoria do incremento do risco exige apenas o nexo de aumento do risco, ou seja, que “a infração do dever de cuidado do sujeito tenha aumentado o risco já existente de produção do resultado”.⁴⁶

Além disso, segundo GRECO, a teoria do incremento do risco não se mostra sequer necessária para o ordenamento jurídico-penal brasileiro, nem mesmo em um viés político-criminal, ao passo que em nosso ordenamento há o crime previsto no artigo 132 do diploma penal, em que é cominada uma pena à exposição da vida ou da saúde de outrem em perigo.⁴⁷ Tal norma não existe no Direito Penal Alemão, assim, as lacunas existentes na *teoria da evitabilidade*⁴⁸ não seriam demasiado amplas no âmbito do Direito Penal Brasileiro em razão do dispositivo previsto em nosso Código Penal.⁴⁹

A relevância da causalidade para o crime culposos não reside na sua utilidade para a determinação da tipicidade objetiva, mas apenas na sua delimitação, tendo em vista que a conduta daquele que viola o dever objetivo de cuidado é tão causal como a daquele que age com a sua observância. Assim, se dois

⁴⁶ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 97.

⁴⁷ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 123.

⁴⁸ A *teoria da evitabilidade* defende que não se pode imputar um resultado quando a lesão é inevitável mediante uma conduta alternativa conforme o direito (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 13). Segundo essa teoria, aquele que provoca um resultado imprudente não deverá responder quando não for possível provar, com uma probabilidade próxima à certeza, que o dano não teria sido produzido se o agente esteve dentro do risco permitido. Ou seja, o autor somente será punido se houver certeza de que o comportamento correto correspondente salvaria o bem jurídico afetado (CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 90).

⁴⁹ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 123.

veículos colidem em um cruzamento, avançando um pela direita quando atravessava o outro que não tinha a preferencial, de imediato diremos que a conduta culposa é a de quem não tinha a prioridade de passagem, pois não respeitou a preferência do outro. Contudo, o fato de o agente ter violado um dever de cuidado não significa que ele tenha causado a colisão, ou seja, embora o motorista tenha criado um perigo não permitido, tal fato não é suficiente para imputá-lo o resultado, é necessário comprovar, por meio da causalidade, que o risco por ele criado se concretizou no dano (colisão).⁵⁰

É através da causalidade que se pode concluir se o fazer ou não fazer do agente foi o que ocasionou a ocorrência típica. Esse é o problema inicial de toda a investigação que tenha por fim incluir o agente no acontecer punível e fixar a sua responsabilidade penal. Assim, nos moldes da teoria da equivalência das condições, faz-se mister verificar que, sem essa condição (a conduta descuidada do autor), o resultado não aconteceria da forma que ocorreu, de modo que, se eliminada mentalmente o perigo criado pelo agente, desapareceria, do mesmo modo, o dano.⁵¹

Pelo exposto, podemos concluir que a *teoria do incremento do risco* se mostra incompatível com o ordenamento jurídico-penal brasileiro, na medida em que propõe a responsabilização do agente pelo mero incremento do risco, não sendo necessário apurar a relação de essencialidade entre a ação e o resultado. Ao passo, que no sistema jurídico-penal brasileiro, a ação deve se mostrar determinante na produção do resultado, de modo que sem ela, este não ocorreria, tendo em vista que no âmbito dos crimes culposos, o *desvalor* da ação (conduta negligente) não é, por si só, suficiente para determinar a imputação. É preciso, ademais, que seja possível associá-lo ao *desva-*

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. 4. ed.rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 510 e ss.

⁵¹ BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: introdução, norma penal, fato punível. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 199 e ss.

lor do resultado (dano).⁵²

6. OS ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO ILÍCITO-TÍPICO CULPOSO

A estrutura típica do ilícito culposo diferencia-se substancialmente da tradicional concepção do tipo doloso. Nos crimes culposos, não há a punição de uma ação dirigida a um fim ilícito, como o é nos crimes dolosos, porém há a punição da “conduta mal dirigida”, não importante, necessariamente, o fim específico da conduta em questão⁵³. A finalidade da ação prévia à consumação do resultado danoso diferencia-se da meta final proposta pelo agente,⁵⁴ ademais irrelevante para a análise do tipo culposo, importando imperativamente a forma ou meio utilizado pelo agente para chegar a esse fim.⁵⁵ A forma final da ação dirigida pelo agente corresponde a não observação da diligência devida, a inobservância do cuidado devido, materializada na lesão ou no perigo de lesão a um bem jurídico. A análise precípua do típico ilícito culposo não se adstringe à verificação do desvalor de resultado, entretanto, também, pela averiguação do desvalor da ação. Ausente esta, irrelevante para o Direito Penal aquela, visto alheio ao âmbito de tutela da norma penal.⁵⁶ P. ex., condutor de veículo que, respeitando as diretrizes de trânsito, atendendo ao cuidado devido, atropela, por uma fatalidade, um indivíduo. Há um desvalor de resultado, porém a ação é alheia à órbita do Direito Penal, pois o agente atendeu

⁵² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988, p. 75.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, volume 1: parte geral*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 280.

⁵⁴ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 135.

⁵⁵ CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general: II: teoria jurídica del delito*. 5ª Ed. Madri: Editorial Tecnos, 1997, p. 150.

⁵⁶ LUISI, Luiz. *O tipo penal e a teoria finalista da ação*. Porto Alegre: Gráfica Editora A Nação, s/a. p. 83.

ao dever objetivo de cuidado. Noutro exemplo, um agente, dirigindo um veículo imprudentemente em alta velocidade, vem a lesionar um transeunte, incorre em um ilícito culposo, pois ausente o dever objetivo de cuidado e presente a previsibilidade da possibilidade de ocorrência de um fato danoso. A conduta não diligente é uma condição necessária para a consubstanciação do crime culposo.⁵⁷

A exigência de cuidado esperado do agente é de natureza objetiva, em decorrência da necessidade de proteção dos bens jurídicos e exigida para a saudável condução da vida e sociedade. Trata-se de um “cuidado necesario para el desarrollo de una actividad social determinada: una persona que no pueda observarlo está obligada a abstenerse de su realización”.⁵⁸ É um conceito objetivo e normativo. É objetivo, pois “no interesa para establecerlo cuál es el cuidado que em el caso concreto há aplicado o podía aplicar el autor sino cuál es el cuidado requerido em la vida de relación social respecto a la realización”.⁵⁹ I.e., a análise factual da conduta delituosa do agente está adstrita ao que objetivamente se espera de um “homem médio”, inserido em uma determinada camada social e intelectual.⁶⁰ É normativa, pois “surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente em la situación del autor y la observada por el autor realmente”.⁶¹

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p.281.

⁵⁸ CERESO MIR, José. op. cit. p. 153.

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. op. cit. p. 302.

⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 864.

⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. op. cit. p. 302. Explica CERESO MIR que o cuidado devido é determinado por normativas de caráter administrativo e outras referências de caráter técnico proveniente de determinadas profissões. “El ejercicio de las actividades profesionales está sometido asimismo a ciertas reglas técnicas (*Lex artis*) que fijan el cuidado objetivamente debido em el desempeño de la profesión. Estas normas de cuidado, así como otras derivadas de La común experiencia, rigen, sin embargo, únicamente para las situaciones típicas em el desarrollo de una actividad social determinada”. Expõe o autor que nos casos de uma atividade sem regras ou padrões estabelecidos pela norma, atividade ou profis-

O que é, entretanto, o homem médio? Um dos elementos estruturantes do ilícito-típico culposo consiste na aferição da conduta efetivamente praticada pelo agente e a que se esperava dele em determinada circunstância. A análise desse cuidado é objetivo e tal verificação consiste no juízo de tipicidade.⁶² Como verificar, entretanto, qual o cuidado objetivo que se espera do agente em suas ações do cotidiano? A adoção de tal critério, segundo D'AVILA, seria inadmissível, pois impróprio e violador do princípio da legalidade lata e estrita.⁶³ Para TAVARES, não é possível a invocação das figuras do “homem prudente, consciencioso e diligente”, pois são figuras pertencentes à teoria causal que remetem ao conceito de *homo medius*. Para o autor, “a característica da conduta cuidadosa deve ser inferida das condições concretas, existentes no momento do fato, e da necessidade objetiva, naquele instante, de estabelecer os pressupostos do perigo e da lesão do bem jurídico”.⁶⁴

Dentro da esfera do cuidado objetivo devido situa-se o princípio da confiança, consagrado na Alemanha pelo Tribunal Supremo. Consiste esse princípio na ideia de consciência que um condutor de um veículo automotor pode ter com relação à atuação dos outros indivíduos inseridos naquele contexto, referente à observância do cuidado objetivo devido, desde que au-

são, deve-se averiguar, pelo caso concreto, como uma pessoa sensata e média deveria agir. CERESO MIR, José. op. cit. p. 159.

⁶² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 220.

⁶³ Para o autor, “o padrão em si é inalcançável, e, se o próprio padrão torna-se de impossível apreensão, como falarmos em segurança jurídica, decorrência primária da legalidade lata, quicá ambicionarmos a sua subsunção ao ideal de legalidade estrita? Tal conceito é, por natureza equivocado. Afinal, o que seria um homem razoável? O que seria um homem prudente? (...) Certamente o direito nunca o conheceu. Este homem, idealizado pela dogmática, apenas não está morto, porque nunca existiu. Ademais nossa própria identidade há muito parece haver-se desengnadado”. D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. Op. cit. p. 92-93

⁶⁴ TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposo*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 276.

sente alguma circunstância que, no caso concreto, possibilite pensar o contrário. Quem se comporta “de acordo com a norma de cuidado deve poder confiar que o mesmo sucederá com os outros; salvo se tiver razão concretamente fundada para pensar ou dever pensar de outro modo”.⁶⁵ Entende-se atualmente que o princípio da confiança, apesar de inicialmente aplicado apenas para circunstâncias que envolvessem relações de trânsito, pode ser invocado para diversos outros aspectos da vida social.⁶⁶ Exemplo contundente consiste na utilização do princípio da confiança nas relações de trabalho com divisão de tarefas, principalmente na área médica. P. ex., procedimento cirúrgico no qual há divisão das responsabilidades de cada médico e enfermeiro. Espera-se que cada profissional na relação proceda com o cuidado devido durante o procedimento, isentando eventual responsabilidade os demais, caso alguém cometa um erro. Situação peculiar ocorre, entretanto, no caso de interveniente

⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 882

⁶⁶ CERESO MIR, José. op. cit. p. 158-162. Expõe o autor acerca da possibilidade de aplicação do princípio da confiança nos casos não externos ao trânsito, como nas atividades exercida “por un equipo de personas, de acuerdo com el principio de división del trabajo, por ejemplo, las intervenciones quirúrgicas”. Pode-se aplicar, também, tal princípio nas condutas que “favorezcan la comisión de un delito doloso, mientras el sujeto no conociera o pudiera conocer la inclinación del autor a la comisión del delito. El que vende a otro un cuchillo, un hacha, una sustancia venenosa, no infringe el cuidado objetivamente debido si no conocía ni podía conocer la inclinación del comprador a la comisión de un delito.” p. 162. ROXIN, ao tratar do princípio da confiança nas relações envolvendo tráfego de veículos, expõe que “el principio de confianza hoy reconocido sobre todo en el Derecho penal de la circulación es un principio que sirve para la negación de un incremento del peligro inadmissible. En su forma más general afirma que quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario.” ROXIN, Claus. Op. cit. p. 1004. Nesse sentido também DIAS, que expõe: “como regra geral não se responde pela falta de cuidado alheio, antes o direito autoriza que se confie em que os outros cumprirão os deveres de cuidado” DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 882. Da mesma forma, TAVARES: “O princípio da confiança foi desenvolvido pela jurisprudência, especialmente no direito de trânsito. Hoje tem aplicação mais ampla, estendendo-se a todos os setores onde haja uma atuação conjunta, ou seja, atividades comunitárias ou em divisão de trabalho”. TAVARES, Juarez. op. cit. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 293.

que possui especial dever de vigilância durante o procedimento médico, como, p. ex., o médico que assiste o residente.⁶⁷ Em tal situação, como também em face do conhecimento ou da previsibilidade da ocorrência de “erro notório” dos outros membros da equipe, impossibilitar-se-ia a aplicação do princípio da confiança.⁶⁸

O princípio da confiança possui seu fundamento material no “princípio da auto-responsabilidade de terceiros”, i.e., os outros indivíduos na sociedade também são responsáveis por suas próprias ações – caso se comportem com descuido, tal conduta é de responsabilidade única, em princípio, a sua pessoa. Não pode o direito penal responsabilizar, em regra, um indivíduo pelo descuido de terceiro, pelo contrário, espera-se que os outros cidadãos comportem-se conforme os deveres de cuidado esperado. Nesse sentido, a demarcação do limite e âmbito de tal princípio estar-se-ia adstrito “em função da extensão da auto-responsabilidade de terceiro”.⁶⁹ Conforme anteriormente exposto, se um condutor de um veículo que, respeitando as regras de trânsito, atravessa uma via quando o semáforo lhe autoriza e, em decorrência da ação imprudente de terceiro, vem a colidir com este que atravessa na transversal, apenas poderíamos invocar o princípio da confiança caso o primeiro motorista estivesse agindo estritamente conforme as regras de cuidado

⁶⁷ ROXIN, Claus. op. cit. p. 1006

⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 884. Expõe TAVARES que esse critério de exclusão da aplicação do princípio da confiança é aplicado a toda circunstância que envolva a sua possível invocação. I.e., não é possível utilizar esse princípio em situações nas quais era possível/previsível, em “circunstâncias especiais, resultar absolutamente provável, segundo a experiência da vida diária, que a conduta de outrem lesará o dever de cuidado”. O exemplo que o autor traz consiste na hipótese de, “em localidades onde não se atende à preferência dos veículos vindos da direita”, como é o caso do Brasil, “é indispensável que o condutor cuidadoso não confie em que os outros motoristas executarão, também, condutas cuidadosas”. Outro exemplo exposto pelo autor refere-se ao médico-assistente que embriagado realiza um procedimento médico. Não pode, nesta hipótese, esperar o médico-chefe que o assiste realize os procedimentos com o devido cuidado. TAVARES, Juarez. op. cit. p. 295.

⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 882

objetivo - não poderia ser invocado tal princípio, entretanto, caso o condutor, p. ex., excedendo o limite de velocidade, ultrapassasse o semáforo quando proibido e colidisse com outro motorista na transversal.⁷⁰

TAVARES, apesar de adepto de corrente que expõe acerca da impossibilidade de aplicação do princípio da confiança nas hipóteses de desrespeito do cuidado objetivo devido, expõe que, apesar disso, tal entendimento não pode ser aplicado de forma absoluta. Para o autor, é necessário verificar quem efetivamente produziu o resultado, i.e., “se o resultado decorreu ou não da violação ao dever de cuidado”. Desta forma, no exemplo de um motorista que dirige embriagado, deve-se excluir “sua negligência se o acidente resultar, exclusivamente, do não atendimento do cuidado pelo outro condutor”. Para o autor, o fundamento da exclusão da responsabilidade deve-se ao “critério normativo suplementar de imputação”, que exclui a “negligência se o acidente não puder ser evitado, ainda que o motorista estivesse sóbrio”. O mesmo não poderia ser aplicado, entretanto, na hipótese de excesso de velocidade.⁷¹

Há uma peculiaridade, entretanto, nos chamados “riscos permitidos”. São condutas que, justificadas por seus fins lícitos, geram um risco inerente à própria atividade, como é o caso da condução de uma ambulância em alta velocidade para socorrer um paciente. Há a criação de um risco não permitido, ou a violação de um dever objetivo de cuidado, porém presente uma causa de justificação. Entretanto, conforme alerta MUÑOZ CONDE, tal atividade, mesmo que perigosa, deve observar a precaução e a diligência devida: “[...] ya que lo que excluye la responsabilidad em estos casos no es que la actividad peligrosa esté permitida, sino que *está permitida en la me-*

⁷⁰ Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p.283, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.223, REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*, vol 1. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.240 e TAVARES, Juarez. op. cit. p. 296.

⁷¹ TAVARES, Juarez. op. cit. p. 296-297.

didada en que se realiza con la diligencia debida".⁷²

Outra importante aplicação do princípio da confiança consiste no cometimento de delitos dolosos por terceiros em decorrência de ação culposa.⁷³ I.e., quando, por um ato culposos, torna-se possível que outrem cometa um ilícito doloso – “entre a actuação violadora de um dever de cuidado e a verificação do resultado típico se interponha uma actuação dolosa de outrem”.⁷⁴ Em outras palavras, apenas foi possível a perpetração de crime doloso em decorrência da ação culposa de um indivíduo. Podemos aplicar o princípio da confiança, p.e., quando A, com a intenção de cometer suicídio, deixa, por descuido, veneno na mesa de sua sala, com o qual B utiliza para matar dolosamente C. Não poderia ser invocado tal princípio, entretanto, no caso de o indivíduo A deixar, por imprudência, uma arma carregada à exposição em local no qual os indivíduos B e C brigam ferozmente - o indivíduo B, utilizando-se da arma deixada por A, mata C. Para DIAS, o critério de aplicação do princípio da confiança reside no reconhecimento da ação anterior em propiciar uma “especial aptidão para provocar o facto posterior doloso”, i.e., na criação de um “perigo intolerável de cometimento do facto doloso”⁷⁵. O fundamento de aplicação desse princípio consiste na chamada proibição de regresso, “según la cual la cooperación no dolosa em delitos dolosos es impune”,⁷⁶ i.e., não pode a responsabilidade jurídico-penal passar dos limites impostos pela atuação em conjunto dolosa de outrem para também responsabilizar terceiro que age culposamente.⁷⁷

Não é possível a aplicação do princípio da confiança nos chamados “deveres especiais de controle”. Em situações

⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. op. cit. p. 314.

⁷³ ROXIN, Claus. op. cit. p. 1006.

⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 885.

⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. Idem.

⁷⁶ ROXIN, Claus. op. cit. p. 1006

⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 886.

que envolvem, em função da especificidade, uma especial atenção de controle e cuidado do agente, não é possível a invocação desse princípio na hipótese de perpetração de uma conduta culposa de terceiro. É o caso, p. ex., do engenheiro “encarregado de supervisão de todos os trabalhos executados em uma obra” – não é possível se esperar que os supervisionados cumpram plenamente todos os seus deveres de cuidado, pois a supervisão do superior se estende também a verificação efetiva desse cumprimento.⁷⁸

Necessário, além da violação do cuidado objetivo devido, a produção de um resultado e o nexo causal, a previsibilidade objetiva do resultado. O cuidado objetivo devido apenas será considerado quando todas as consequências objetivamente previsíveis da ação estão presentes. I.e., por meio de um juízo *ex ante* é possível averiguar se determinada conduta possibilitará determinado resultado, se a consequência não é absolutamente improvável.⁷⁹ Se, entretanto, a conduta for imprevisível, não haverá crime.⁸⁰

ROXIN, por outro lado, explica que os elementos de inobservância do cuidado objetivo devido, produção de um resultado e previsibilidade objetiva do resultado, não são elementos necessários para a averiguação estrutural do ilícito-típico dos crimes culposos. Para o autor, basta a verificação dos elementos presentes no critério de aferição da imputação objetiva para a análise dos delitos culposos. Por esse critério, dessa forma, estaria mais cristalina a explicação da não consubstanciação do crime culposos, p. ex., o caso de um motorista que, respeitando todas as regras de trânsito, atropela um transeunte. Para o autor, a mera referência à observância do cuidado obje-

⁷⁸ TAVARES, Juarez. op. cit. p. 296.

⁷⁹ CEREZO MIR, José. op. cit. p. 158.

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 286. Para WELZEL, o “critério da previsibilidade objetiva é idêntico ao da causalidade adequada”. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 78.

tivo devido não é suficiente para a fundamentação exata da exclusão do crime, contrário ocorre, entretanto, com o conceito de criação de um risco não permitido. Assim, “para constatar la realizaci3n imprudente de un tipo no se precisa de criterios que se extiendan m3s all3 de la teor3a de la imputaci3n objetiva”.⁸¹

Podemos distinguir duas formas de especial apariç3o da culpa nos crimes culposas: culpa consciente e culpa inconsciente.⁸² N3o h3, entretanto, no C3digo Penal brasileiro distiñç3o entre as duas primeiras, apontando alguns autores aus3ncia de efetiva necessidade pr3tica para sua diferenciaç3o, tendo em vista a dificuldade de comprovaç3o da ocorr3ncia de uma hip3tese ou de outra.⁸³ Culpa consciente 3 a hip3tese de o agente representar a possibilidade de ocorr3ncia de um fato danoso, de colocaç3o em perigo de um bem jur3dico ou violaç3o de um dever objetivo de cuidado, entretanto confia plenamente na n3o ocorr3ncia do resultado representado.⁸⁴ Na culpa inconsciente, por outro lado, n3o h3 representaç3o da possibilidade de ocorr3ncia de um resultado lesivo. O agente, no caso concreto, n3o previu acerca da possibilidade de sua aç3o poder gerar um resultado lesivo pela n3o observaç3o do cuidado objetivo devido.

⁸¹ ROXIN, Claus. op. cit. p. 997-1001.

⁸² SANTOS utiliza a terminologia *imprud3ncia* consciente e *imprud3ncia* inconsciente na sua obra. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato pun3vel*. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2000, p. 120. BITENCOURT elenca uma terceira modalidade de culpa, chamada culpa impr3pria que, segundo o autor, ocorre quando o agente agiu em “erro culposo sobre a legitimidade da aç3o realizada”. N3o se confundindo, entretanto, erro culposo e crime culposo, pois a culpa impr3pria consistiria no “erro de tipo evit3vel nas discriminantes putativas ou do excesso nas causas de justificaç3o”. Explica o autor que nesse caso o “agente quer o resultado em raz3o de a sua vontade encontrar-se viciada por um erro que, com mais cuidado, poderia ser evitado”. BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 289

⁸³ Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 288. Para ROXIN, “La distiñci3n entre imprudencia consciente e inconsciente no posee en cambio gran relevancia, pues el legislador nunca vincula a ella diferentes consecuencias jur3dicas. Sin embargo la imprudencia consciente resulta, ceteris paribus, m3s merecedora de pena que la inconsciente, de modo que la diferencia repercutir3 en la medici3n de la pena.” ROXIN, Claus. op. cit. p. 1019.

⁸⁴ REALE J3NIOR, Miguel. op. cit. p. 243.

Imperativo, entretanto, verificar-se que, no caso concreto, era objetivamente possível a representação do resultado, pois, quando imprevisível, tratar-se-á de uma hipótese de caso fortuito ou força maior. A principal diferença da culpa consciente e inconsciente reside nesse vínculo de representatividade do agente com o resultado.⁸⁵

Essa distinção é de suma importância quando da análise da diferença entre culpa consciente e dolo eventual, tendo em vista a hercúlea tarefa probatória (ou retórica) nos casos concretos. Tal discussão acentua-se principalmente quando na seara dos acidentes de trânsito, cuja tendência é de aplicação de um Direito Penal máximo a atuante, de uma tentativa de paternalismo estatal por meio de uma pena rigorosa. Tanto na culpa consciente como no dolo eventual há a representação do resultado, entretanto nesta o agente anui com a possibilidade do resultado, “assumindo o risco de produzi-lo”, enquanto que naquele o agente “repele a hipótese de superveniência do resultado”, acreditando que este não ocorrerá.⁸⁶ A diferença entre ambas reside no vínculo psicológico entre o agente e o resultado, na anuência ou repúdio da possibilidade efetiva de ocorrência do resultado lesivo. Verifica-se, assim, por se tratar de apenas um vínculo subjetivo, a extrema dificuldade probatória.

Com relação às causas de justificação nos crimes culposos, expõe DIAS acerca da controvérsia existente com relação aos seus requisitos e a sua extensão. Segundo o autor, não há, entretanto, muitas vozes contrárias que advoguem contrariamente ao mesmo significado dogmático que as causas de justificação assumem nos crimes culposos em comparação aos dolosos. Para o autor, dada a menos gravidade que assumem os crimes culposos, está-se “a aceitar um campo mais lato de atuação de certas causas justificativas, mesmo em caso de igual gravidade externa do resultado típico”. Não há o requerimento,

⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 289.

⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 290.

da mesma forma, de “verificação de elementos subjetivos da justificação”, chamado de “conhecimento da situação justificante”. Assim, “ainda que se não dê no caso a existência de elementos subjetivos (gerais) de justificação, um desvalor de resultado não se verifica porque estão presentes os elementos objectivos da justificação”. “O desvalor de acção”, prossegue o autor, “poderá estar presente, mas ele não será em si mesmo, em princípio, punível, porque para tanto é em princípio necessária, na negligência, a verificação do resultado e do respectivo desvalor”.⁸⁷

7. CONCLUSÕES

Por todo o exposto, concluímos que a aplicação da *teoria do incremento do risco* é dogmaticamente inaceitável, uma vez que acaba por converter delitos de perigo em delitos de dano, ao sustentar a ideia de que para haver imputação é suficiente a constatação do nexo de aumento do risco, sendo desnecessária a verificação da realização do risco não permitido na lesão. Nosso posicionamento é no sentido de que para impuarmos um dano em um crime de resultado naturalístico é essencial constatar que o risco criado pelo agente foi o que determinou a sua ocorrência, na medida em que o nexo existente entre o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado é elementar para a verificação do ilícito-típico negligente.

A solução proposta por ROXIN com essa teoria se mostra, além de problemática, também desnecessária, uma vez que nos casos em que não for possível constatar com uma probabilidade próxima à certeza que um comportamento alternativo conforme o direito evitaria a ocorrência do resultado, o sujeito deve ser absolvido com base no princípio do *in dúbio pro reo*, já consagrado em nossa legislação. Assim, se o Estado, o qual possui o dever de comprovar que o agente cometeu o delito que

⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 888-889.

lhe está sendo imputado, não conseguiu produzir as provas necessárias para fazê-lo, não seria justo responsabilizar o sujeito pela ineficácia do papel do Estado na persecução criminal. Diante disso, nota-se que ROXIN procura oferecer uma solução no âmbito do direito penal, contudo, ela já existe na esfera do processo penal.

No que tange à possibilidade de recepção da *teoria do incremento do risco* pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro, esta tem como sua maior barreira o artigo 13, *caput*, do Código Penal, o qual consagra a teoria da equivalência das condições. Dessa forma, constatamos que a *teoria do incremento do risco* não poderá ser recepcionada pelo nosso ordenamento, na medida em que a teoria da equivalência das condições propõe a noção de essencialidade entre a o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado.



REFERÊNCIAS

- 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.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, volume 1: parte geral. 13^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 767 p.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, volume 1: parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 872 p.

- CAVALCANTE DE SOUZA, Luylla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007. p. 77-117.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte general. Tomo II. Teoría jurídica del delito. 5. ed. Madrid: Tecnos S.A., 1997. 233 p.
- D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 147 p.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. 178p.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *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.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. ed., rev. por Fernando Fragoso. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- 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.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997. 1113 p.
- LUIZI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1987. 139 p.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. A teoria da imputação obje-

- tiva e o código penal brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas. In: *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. p. 200-228.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte general*. 2. ed.rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. 654p.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Introdução e parte geral. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. 386p.
- PRADO, Luiz Regis. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v. 3, Jul, 2005. p 81-110.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*, vol 1. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 383 p.
- ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004. 361 p.
- RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente. *Cuaderno de doctrina y jurisprudência penal*, n. 3, v. 2, 1996. p. 62-68.
- SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*. Barueri, SP: Manoele, 2004. 191 p.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2000.
- TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. 475 p.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*

ro. 4. ed. rev. São Paulo: Editora.