

CRÍTICA À IDÉIA DE “DIMINUIÇÃO DO RISCO” DE ROXIN*

PAULO DE SOUSA MENDES

Sumário: 1. Aspecto do problema — 2. Evolução da “teoria de imputação objetiva” — 3. Conspecto das modernas “teorias do risco” — 4. Explicação da idéia de “diminuição do risco” — 5. Apreciação geral da idéia de “diminuição do risco” — 6. Crítica interna à idéia de “diminuição do risco” — 7. Rejeição da idéia de “diminuição do risco” como critério material — 8. Conclusões.

1. Aspecto do problema

Ofereça-se um caso, pouco importa que seja real ou construído, que é sempre a melhor forma de apresentar um problema jusdogmático: A aponta um revólver à cabeça de B, visando provocar-lhe a morte através do disparo de um projétil; no derradeiro instante, um golpe no braço de A, desviando deste modo a trajetória da bala para um ombro da vítima, que assim é salva da morte.

Qual é o problema?

Não fazemos tenção de escarpelizar, *hic et nunc*, as questões conexas com a determinação da responsabilidade criminal de A. Sumariamente, convenhamos que esse agente responderá, como autor (singular imediato), por um crime de tentativa de homicídio, não importan-

do agora saber qual o tipo de homicídio doloso aplicável, já porque o exemplo figurado não faculta, nem interessaria que facultasse, informação suficiente para a escolha dessa particular norma incriminadora. Tal tentativa, uma vez punível, prevaleceria sobre as ofensas corporais efectivamente provocadas. Esta é, *grossio modo*, a solução defendida pela maioria dos autores. Tal solução decorre da chamada “teoria da fase instrumental” (“*Durchgangstheorie*”), que se baseia no reconhecimento da *função instrumental* das ofensas corporais em relação ao homicídio, e consiste tão-só na aplicação das regras doutrinárias do concurso de normas.¹

* Texto publicado, originalmente, no livro comemorativo do “150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora”. Lisboa: Ministério da Justiça, 1995.

No ensejo desta republicação, renovo os meus agradecimentos ao Dr. Manuel Cortes Rosa pela sua leitura crítica de uma versão preliminar deste texto.

Agradeço ainda ao Prof. Doutor Juarez Tavares a oportunidade concedida para a publicação deste trabalho no Brasil.

⁽¹⁾ Em verdade se diga que a própria caracterização em género e espécie da relação de concurso entre as ofensas corporais e o homicídio, mormente quando este se queda pela forma imperfeita da tentativa, não pode ser eliminada do inumerável conjunto de *quaestiones disputatae*. Todavia, não cabe aqui a discussão do problema. Há diversa bibliografia relacionada com o assunto embora lhe tenham sido dedicadas escassas monografias (para referências, ct. Maurach/Schröder/Maiwald, *Strafrecht, Besonderer Teil*, tomo I, 7.ª ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1988, p. 101).

No presente contexto, interessa-nos de sobremaneira cuidar da determinação da responsabilidade criminal de C.

À primeira vista, não seria problemático remir C. de qualquer responsabilidade na produção daquela concreta ofensa, pois, se ele resgatou a vítima da morte certa, repugnaria sequer ponderar a hipótese de poder vir a merecer uma pena por ter praticado uma acção louvável, quer objectiva quer subjectivamente.

Mas, ao contrário das aparências, temos aqui um problema. Na perspectiva da dogmática, a razão por que não deve ser punido aquele que actuou em salvamento da vítima não é evidente. De facto, ele mesmo causou, aliás dolosamente, ofensas corporais na vítima.

Em atenção à construção dogmática da infracção criminal, cabe perguntar qual a sede própria para resolver o problema vertente e que solução lhe dar, de jeito que possa identificar-se uma constelação unitária de casos, construída em função de uma linha de força precisa. De resto, as alternativas de inserção sistemática do problema resumem-se num dilema: falta de preenchimento do tipo objectivo ou justificação do facto?

Não há razão para nos precataremos de esmiudar esta questão, porventura temendo que redunda em assunto platónico. Muito pelo contrário, seja porque há vantagem em desvendar as rotinas do nosso sentido de justiça primário seja porque casos deste género haverá em que as tais rotinas não sojem para nos fazer surpreender uma solução justa que lhes convenha, é importante reflectir sobre o problema.

Uma tentativa de resolver *ex professo* estes casos, que merece ser analisada com destaque, foi protagonizada por Roxin. Para este autor, na medida em que a actuação de C. reduzira o risco já existente, não se consubstanciaria sequer no preenchimento do tipo das

ofensas corporais. Portanto, a ideia de *diminuição do risco* ("*Risiko-verringering*") funcionaria como *critério negativo de imputação objectiva* nos crimes materiais de resultado.

Questão prejudicial para a exploração da ideia de *diminuição do risco* é, porém, o entendimento da *teoria da imputação objectiva*. Sob pena de não se poder, doutro modo, compreender o alcance da discussão, segue-se o exame, necessariamente sinóptico, do desenvolvimento da teoria da imputação objectiva.

2. Evolução da "teoria da imputação objectiva"

Em inúmeras vezes interessa à valoração contida em variados tipos legais de crimes a realização de um evento distinto da conduta humana e dela separável no espaço e no tempo, exigindo-se a sua produção para considerar o crime como consumado. A doutrina reserva a designação de *crimes materiais* para estas infracções, acrescentando-lhes o rótulo de *crimes de resultado* no caso de comissão por acção (*stricto sensu*).²

Nestes crimes, entre a conduta antecedente e o evento lesivo subsequente, o chamado *resultado típico*, tem de estabelecer-se uma certa relação objectiva, no mínimo uma *conexão de causalidade*.

Segundo a *teoria da equivalência das condições* ("*Bedingungstheorie*"), ainda hoje predominantemente aceite na ciência jurídica e na jurisprudência germânicas, causa seria qualquer condição sem a qual não se verificaria o resultado.

Todavia, a simples exigência de uma relação de causa-efeito (no sentido da teoria da equivalência das condições) é critério de apuramento da responsabi-

(2) Também são materiais os crimes omissivos impróprios ou impuros, mas não serão abordados no presente trabalho.

dade de malha muito larga, carecendo de restrições ainda em sede de subsunção do evento lesivo no tipo objectivo. Pois bem, entre essas restrições avulta a exigência de uma *relação de adequação* entre a acção e o resultado típico, por vezes impropriamente apelidada da relação de causalidade adequada.

A *teoria da adequação* ("Adäquanztheorie") foi inventada, quase findo o século passado, por um fisiólogo alemão, Johannes von Kries,³ mas só adquiriu uma formulação aceitável com Traeger,⁴ não obstante toda a controvérsia que ainda hoje rodeia a delimitação precisa da idéia que lhe subjaz. A economia da exposição não aconselha que derivemos pelos meandros desta questão, sendo suficiente referir que a teoria da adequação é, essencialmente, reconduzível a um juízo de *previsibilidade objectiva* (no momento da actuação) da ocorrência da lesão. Não sendo previsível a ocorrência da lesão, o sujeito agente, apesar de a ter causado (no sentido da teoria da equivalência das condições), não merece ser responsabilizado por uma consequência que não era susceptível de antevisão.

Inicialmente inserida na matéria da causalidade, a teoria da adequação só veio a conquistar, definitivamente, uma correcta inserção sistemática, desta feita como matéria de *imputação objectiva*, graças a Larenz.⁵

Por sua vez, foi Honig⁶ quem, baseado no contributo de Larenz, carregou para a doutrina juspenalista recente tal conceito de imputação objectiva, com o inerente conteúdo.

A despeito da ampla aceitação que a idéia de adequação tem merecido, tem sido sobejamente declarado, mesmo pelos seus defensores, que a mesma não fornece orientações seguras para a resolução de casos concretos.

Designadamente, a idéia de adequação é problemática porque a possibilidade de atribuir, caso a caso, o evento lesivo ao sujeito agente, como obra sua, aumenta à proporção inversa da pormenorização dos factos. Vale o mesmo dizer que, quanto mais vaga for a descrição dos factos feita pelo julgador, tanto mais este poderá concluir que a ocorrência do evento lesivo era previsível no momento da prática da acção, a ponto de se poder dizer que qualquer resultado descrito num tipo legal de crime é sempre previsível, caso não seja tomado em consideração, minimamente, o contexto da sua ocorrência. Mas não é solução exigir do julgador que miudeie, à *outrance*, todos os aspectos factuais, porque, no limite da máxima concretização, tudo se torna imprevisível. Todavia, no espaço que medeia entre as extremas da máxima abstracção e da máxima concretização, cabe uma imensa graduação para a descrição dos factos. Ora, há capricho em demasia quando os resultados da aplicação do juízo de previsibilidade objectiva variam consoante o rigor que lhe é imposto, no tocante ao grau de concretização usado na descrição dos factos relevantes, e esse rigor apenas depende do critério do aplicador.

(3) Apud Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed. refundida, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, p. 256.

(4) Cf. Ludwig Traeger, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 2.^a reimpr. da ed. de 1904, Marburg: Lippert & Co., 1929, p. 159.

(5) Cf. Karl Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung — Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der 'juristischen Kausalität'*, Leipzig: A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, 1927, *passim*.

(6) Cf. Richard Honig, "Kausalität und objektive Zurechnung", *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, tomo I, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, p. 174/201.

Quem mais contribuiu para dar resposta cabal ao problema do grau de concretização dos factos relevantes para a formulação do juízo de previsibilidade objectiva foi Engisch.⁷ Com efeito, este autor estabeleceu a distinção entre *dois* juízos de previsibilidade, um *abstracto* e outro *concreto*. O primeiro juízo, que se cinge ao resultado na sua configuração típica (*abstracta*), serve, no caso de resposta afirmativa, para qualificar como proibida, permitindo que se faça a subsunção dessa conduta no tipo de crime de que se trata, ao menos na forma da tentativa. O segundo juízo, que atende já às circunstâncias concretas da verificação do resultado descrito no tipo de crime, permite, no caso de resposta afirmativa, concluir pela responsabilidade do agente por crime consumado.

Porventura poderá admitir-se que este problema do grau de concretização dos factos tenha encontrado solução, mas subsistem muitos outros aspectos prejudiciais ao bom rendimento da teoria da adequação.⁸ No entanto, esta não é via que queiramos explorar. Antes interessa referir que, baseando-se na referida fluidez da teoria da adequação, há autores que defendem a necessidade de critérios

adicionais, mais seguros, de imputação objectiva.

Surgiram então as chamadas "*modernas teorias da imputação objectiva*", desenvolvidas por vários autores, com destaque especial para Roxin⁹ e Rudolphi,¹⁰ e, entretanto, amplamente divulgadas na dogmática jurídico-penal germânica. Melhor seria denominá-las de *teorias do risco*, pois que é nele que agora se fincam os múltiplos critérios de imputação objectiva.

Segundo Roxin, nos crimes materiais de resultado interessaria descobrir se a conduta do agente criou um risco mensurável de lesão de um bem jurídico,¹¹ risco esse que se teria de concre-

(7) Cf. Karl Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin: Scientia Verlag, 1930, p. 74 e ss.; também, cf. *Die Kausalität als Merkmal der Strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1931, p. 41 e ss.

(8) À parte as dificuldades inerentes ao desenho perfeito da teoria da adequação, convém ainda não deixar no esquecimento que há vozes que se opõem, radicalmente, à essência da adequação. De entre os detractores, ressalta Günther Jakobs (cf. *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1972, p. 89 ss.; também, cf. *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed. refundida, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1991, p. 7/29 e ss.).

(9) Os trabalhos essenciais de Claus Roxin, dedicados a este tema, são os seguintes: "Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten", *ZStW* 74 (1962), p. 411 e ss.; "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1970, p. 133/150; "Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten", *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1973, p. 241/259; *Die Zurechnung zum objektiven Tatbestand — Zur Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland*, texto da conferência proferida em Seul (cópia dactilografada), 1985; *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo I, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992, p. 215/265.

(10) Cf. Hans-Joachim Rudolphi, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, vol. I, 5.^a ed. refundida, Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1990, antes do § 1.^o n. m. 57 e ss.

(11) Cf. Claus Roxin, *Honig-Festschrift*, como na nota 9, p. 135.

Pela primeira vez, no Tratado (*Strafrecht, AT*, como na nota 9, § 11, n. m. 39), Roxin afirma que o *risco* se dirige contra o *objecto da acção* ("*Handlungsobjekt*") e não contra o próprio bem jurídico, se bem que não tenha tornado explícitas as suas razões para esta mudança de perspectiva. Somos de parecer que esta nova perspectiva

tizar no resultado lesivo para este poder ser imputado ao agente.

Roxin vai, pois, erguer esta dupla idéia de *criação* (averiguável *ex ante*) de um risco juridicamente relevante e *concretização* (averiguável *ex post*) desse risco no resultado, a qual já se encontra presente, embrionariamente, na teoria da adequação,¹² como ponto de partida para a sua teoria da imputação objectiva.

3. Conspecto das modernas “teorias do risco”

No contexto das chamadas modernas teorias da imputação objectiva, é conferido um papel diminuto à causalidade (no sentido da teoria da equivalência das condições), estando-lhe apenas reservada a função de *derradeiro limite indispensável* para a imputação,¹³ e mesmo esse papel mínimo nem sempre foi devidamente realçado. Assim, se tomássemos como ponto de referência apenas os primeiros passos, encetados por Roxin,¹⁴ em direção a uma teoria geral da imputação objectiva, ficaríamos certamente com a impressão de que o autor citado hesitava ainda com respeito à relevância que deveria ser atribuída à causalidade nos crimes materiais de resultado. Atente-se na seguinte passa-

gem: “[o princípio do risco] poderia permitir, no domínio dos delitos de resultado, a elaboração de uma teoria geral da imputação *completamente desligada do dogma causal*”.¹⁵

(15) Cf. Claus Roxin, *ibidem* (itálicos nossos). Segundo Hans-Joachim Rudolphi (*Systematischer Kommentar, AT*, como na nota 10, antes do § 1, n. m. 38), Otto ter-se-ia destacado da opinião dominante, que exige a verificação de uma conexão causal para se poder imputar o resultado à conduta do agente, e teria proposto a substituição da causalidade por um princípio amplo de aumento do risco. Não cremos, contudo, que esta interpretação do pensamento de Otto seja correcta. É certo que Otto critica o “dogma da causalidade”; no entanto, se prefere exigir uma “possibilidade de evitar o resultado” a reclamar, simplesmente, uma conexão causal entre acção e resultado, não deixa de reconhecer que, “[...] com a imposição do dever de evitar determinados resultados, o legislador dirige-se, através da norma jurídica, directamente à *capacidade de a pessoa dirigir um acontecimento causal de forma determinada* [...]” (Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 3.ª ed. refundida, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1988, § 6, p. 67, sublinhados no original), nem deixa de acrescentar também que o resultado é devido ao incumprimento do *dever de evitar o resultado* (“*Erfolgsvermeidspflicht*”) somente se o perigo criado ou ampliado em consequência da violação desse dever se *realizar* numa lesão do bem jurídico (cf. Harro Otto, *idem*, § 6, p. 68 e ss.). Portanto, para Otto, o dever de evitar o resultado estriba-se na causalidade.

Porém, já nos domínios da participação criminosa, mormente na teoria da cumplicidade, encontramos autores que, baseando-se na noção de risco, se opõem à opinião dominante segundo a qual o contributo do cúmplice deveria ser causal para o resultado lesivo concreto da acção principal. Assim, Schaffstein adaptou o princípio do aumento do risco (“*Risikoerhöhungsprinzip*”) de Roxin a dogmática da cumplicidade: mas, onde este empregava o referido princípio como critério limitador da responsabilidade acrescido ao da causalidade, aquele aplica-o como único critério em

é, de facto, preferível. Na verdade, não se vê como poderia um risco dirigir-se contra um valor social ideal (bem jurídico), inatingível por excelência. Só pode atacar-se um *objecto concreto* que constitua o suporte corpóreo de um bem jurídico e, só nessa medida, se pode dizer que o ataque também se dirige, alegoricamente, contra o bem jurídico.

(12) Esta idéia fora já defendida por Karl Engisch, *Die Kausalität...*, como na nota 7, p. 67, n. 1; também, cf. Hans-Heinrich Jescheck, como na nota 3, p. 256.

(13) Cf. Claus Roxin: *Strafrecht, AT*, como na nota 9, § 11, n. m. 10.

(14) Cf. Claus Roxin, *Honig-Festschrift*, como na nota 9, p. 135.

Os chamados modernos critérios de imputação objectiva foram sendo, paulatinamente, estruturados em torno de determinadas constelações de casos. No entanto, nota-se uma evolução no pensamento recente de Roxin, em ordem a imprimir organização a esses critérios, designadamente, derivando-os de duas idéias *estruturantes*,¹⁶ uma com valor de *regra geral*, outra com valor de *excepção*.

a) Um resultado lesivo causado pelo sujeito agente só deve ser subsumido no tipo objectivo quando a conduta criou um perigo (=risco) não permitido para o objecto da acção e esse perigo se concretizou efectivamente:

substituição da causalidade. Daí que Schaffstein defenda soluções completamente diferentes das que nos aparecem na doutrina dominante em duas constelações de casos: por um lado, defende a existência de cumplicidade punível sempre que o contribuinte do auxiliador tiver aumentado o perigo de lesão do bem jurídico, mesmo que a sua contribuição não tivesse sido causal para o resultado do facto principal (por exemplo, empréstimo de uma arma de fogo que não chega a ser utilizada na execução do crime) (cf. Friedrich Schaffstein. "Die Risikoerhöhung als objektive Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe", *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1970, p. 170); por outro lado recusa a existência de cumplicidade no caso inverso em que, apesar da causalidade do referido contributo, este não tivesse aumentado o risco de lesão do bem jurídico (casos em que um terceiro poderia ter facilitado uma acção que o próprio autor poderia ter realizado sozinho) (*idem*, p. 182). Segundo Schaffstein, quando a simples facilitação da acção do autor não tivesse aumentado as possibilidades de verificação do resultado, a punição só encontraria explicação num sistema de *direito penal da atitude interior* (*ibidem*).

⁽¹⁶⁾ Cf. Claus Roxin, *Strafrecht*, AT, como na nota 9, § 11, n.s. ms. 39 e 90.

b) Excepcionalmente, deve ser excluída a imputação objectiva quando o *alcance do tipo* ("*Reichweite des Tatbestandes*")¹⁷ não abranger o género de perigo criado pelo sujeito agente nem as conseqüências dele derivadas.

Nenhuma destas idéias constitui, em sentido próprio, uma inovação dogmática.

Quanto à *regra geral*, tal como foi demonstrado pelo próprio Roxin, representa uma noção subentendida na teoria da adequação.

Quanto à *excepção*, representa uma nova inserção sistemática, agora em sede de imputação objectiva, da noção de *espírito da lei* (*ratio legis*). Esta noção é, indispensavelmente, aplicável a *todos* os casos. De facto, por mais clara que seja a fonte, a tarefa do hermeneuta não se cinge, nem poderia alguma vez cingir-se, à simples redescrição do texto legal. Toda fonte procura transmitir um sentido (= norma), o qual só pode ser extraído e assimilado por *compreensão*, segundo as regras de interpretação e de descoberta da idéia fundamental que preside à regulamentação (*ratio legis*); mais fácil será também a sua aplicação ao caso. Obviamente, Roxin não se limita a aludir à necessidade de descobrir o espírito de cada regulamentação. O alerta para a teleologia imanente à lei serve, na sua aplicação a grupos especiais de casos, para a demonstração de que a regra geral necessita de uma *restrição* que a lei não formula. A excepção acima referida consiste, portanto, numa

⁽¹⁷⁾ Em trabalhos anteriores, Roxin preferia o emprego da expressão *fim de protecção da norma* ("*Schutzzweck der Norm*") àquela agora utilizada. A nova expressão tem o mérito de impedir que se confunda o conceito de *fim de protecção de cada norma incriminadora*, agora visado, com o conceito de *fim de protecção da(s) diversa(s) norma(s) de diligência*.

aplicação da idéia de *redução teleológica*, procedimento pelo qual se aduz o âmbito de aplicação demasiado amplo da regra contida na fonte, em ordem a respeitar o fim ou o contexto significativo da lei.¹⁸ A aplicação do procedimento de redução teleológica facultará, sem dúvida, a possibilidade de solucionar inúmeros grupos de *casos difíceis*.

Agora a partir destas idéias básicas, Roxin retorna à indicação de múltiplos critérios, especialmente orientados para a solução de variadas constelações de casos.

Mas será que, com este ensaio de construção de um *sistema* de imputação objectiva, Roxin consegue apartar a crítica, que pode fazer-se-lhe,¹⁹ de que teria concebido os múltiplos critérios de imputação objectiva de forma *problemática*, tão ao gosto do raciocínio tópic-retórico, revelando afinal falta de homogeneidade interna na edificação da própria teoria?

Convenhamos que, anteriormente, o procedimento de Roxin nesta matéria redundava numa desesperante casuística. Com efeito, dava aparência de fazer depender a solução diferenciada dos casos de puras intuições de política criminal, gerando assim, por via indutiva, uma plêiade de situações prototípicas, a cada uma das quais apunha o rótulo de

um critério. Suposto que a preferência por argumentos de política criminal fosse (seja) sinal de fina sensibilidade jurídica, tal modo de raciocinar lançava-nos, contudo, a inquietação de podermos ficar com uma porção de critérios avulsos, cuja manipulação roçava a arbitrariedade. Esta sensação de relativa liberdade na escolha dos critérios aplicáveis a cada situação, contanto que a solução aprovesse aos desígnios de política criminal, quais verdadeiros arcanos da argumentação, decorria não tanto de possíveis redundâncias entre eles mas, fundamentalmente, da sua aglomeração sem égide de qualquer directriz com dignidade material. Por vezes, só mesmo o recurso a uma qualquer mnemotecnica permitiria operar a subsunção do caso concreto no critério que lhe conviria.

Todavia, não fica provado que tais critérios de imputação objectiva sejam agora corolários daquelas idéias estruturantes, referidas *supra*, quer porque não decorrem, lógica e naturalmente, do *soi-disant* “princípio do risco”, quer porque nem sequer é trivial demonstrar que a tal princípio pertença a necessária dignidade material.

Mas não nos seria possível, sem sermos prosaicos, ceifar à foice larga todos aqueles critérios de imputação objectiva, nem isso caberia nos objectivos deste trabalho. Ao cabo e ao resto, apenas nos interessa a fórmula da *diminuição do risco* para análise de pormenor.

4. Explicação da idéia de “diminuição do risco”

Segundo a fórmula da *diminuição do risco*, deveria recusar-se a imputação objectiva quando um agente tivesse modificado um processo causal de modo a atenuar uma situação preexistente de perigo para o objecto da acção, quer esse perigo preexistente adviesse a uma acção de terceiro ou de um acontecimento fortuito.

⁽¹⁸⁾ Cf. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do Direito*, [trad. de J. de Souza e Brito e J. A. Veloso da 2.ª ed. (1969) do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*], Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 450/457. Sobre o mesmo tópico, com alterações de forma mas não de conteúdo essencial, cf. do mesmo autor, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.ª ed. [trad. de José Lamego da 5.ª ed. revista (1983) do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*], Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 473/480.

⁽¹⁹⁾ Seguindo a nossa crítica, cf. Margarita Martínez Escamilla, *La imputación objectiva del resultado*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992, p. 172.

Para ilustrar o seu pensamento, Roxin constrói alguns casos, dentre os quais já respigámos um, no começo. Recapitulando: A aponta um revólver à cabeça de B, visando dar-lhe a morte com um tiro; C, presenciando o perigo, golpeia o braço de A, desviando assim a direcção do disparo para um ombro da vítima.²⁰ Neste caso, a actuação de C, segundo a teoria da equivalência das condições, teria sido causal para a lesão do corpo (ombro) do ofendido; por outro lado, recorrendo a qualquer uma das fórmulas da teoria da adequação, também se concluiria, forçosamente, que aquela ofensa era previsível e, portanto, objectivamente imputável a C. Segundo as doutrinas tradicionais, a solução do problema seria então diferida para momento posterior da avaliação da responsabilidade de C, procedendo-se, com certeza, a uma isenção de responsabilidade com fundamento na verificação de uma causa de justificação.²¹ Para Roxin,

porém, na medida em que a actuação de C reduziria o risco já existente, não haveria sequer realização de uma acção típica de ofensas corporais.

Para referir outro exemplo, também não se consideraria como acção típica de homicídio a actuação do médico que, respeitando as *leges artis*, não conseguisse salvar a vida do moribundo, mas conseguisse prolongá-la por alguns dias, ainda que neste caso, tal como no anterior, se pudesse afirmar que o médico causara aquela morte concreta (no sentido da teoria da equivalência das condições) e que a mesma fora previsível.²²

do comportamento de C com base no consentimento presumido (no direito português: art. 39.º C.P.).

Esta causa de justificação do facto não se encontra regulada no StGB. Por isso, mantém-se viva a controvérsia na doutrina alemã acerca da questão de saber se o consentimento presumido deve revestir-se de uma eficácia autónoma como causa de justificação ou se deve ser apenas considerado como uma variante do estado de necessidade justificante. No entanto, ganha terreno a tese que defende que o consentimento presumido deve ser reconhecido como causa de justificação autónoma, mesmo sem consagração legal (neste sentido, cf. Claus Roxin, "Über die mutmaßliche Einwilligung", *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1974, p. 447/475, em especial p. 448).

Por outro lado, se se pudesse falar, neste caso, de ofensa corporal praticada por C sobre A (golpe no braço), outra causa de justificação entraria em jogo, a saber: a legítima defesa pessoal de terceiro. Há quem sustente que os actos de pura defesa praticados pelo defendente não devem assumir, regra geral, relevância típica (neste sentido, cf. Maurach/Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo I, 5.ª ed., Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1977, p. 383). Ainda que pudéssemos concordar com tal tese, não cremos que, no caso vertente, o golpe no braço do agressor valha como pura defesa.

(20) Cf. Claus Roxin, *Strafrecht, AT*, como na nota 9, § 11, n.s ms. 43/44.

(21) Quanto à justificação da ofensa corporal realizada por C sobre B, poder-se-ia considerar, como hipótese de trabalho, ter havido estado de necessidade justificante, nos termos do art. 34.º C.P. (no direito alemão: "rechtfertigender Notstand", § 34 StGB; antes da entrada em vigor, em 2 de janeiro de 1975, do novo texto do *Strafgesetzbuch* de 1871, a jurisprudência alemã construiu a figura de um estado de necessidade supra-legal — sentença do *Reichsgericht* de 11 de março de 1927 — socorrendo-se de um longo desenvolvimento doutrinário começado por Binding). No entanto, é discutível que o estado de necessidade justificante tenha aplicação ao caso acima referido, tanto mais que domina na doutrina a opinião de que este comporta apenas a lesão de interesses jurídicos não envolvidos na situação de perigo que é suposto esconjurar. No caso vertente, a salvaguarda da vida do ofendido foi conseguida à custa da lesão da sua integridade física. Por isso, parecer-nos-ia mais correcto fundamentar a exclusão da ilicitude

(22) Cf. Claus Roxin, *Strafrecht, AT*, como na nota 9, *ibidem*.

Seguindo ainda o pensamento deste autor, os casos acima referidos deveriam ser distinguidos daqueles em que o agente não diminui um risco anterior, mas substitui o risco já existente por um outro diferente, cuja realização acaba por se traduzir num resultado menos nocivo do que aquele que era pressuposto no perigo original. Por exemplo, seria o caso em que alguém lança uma criança pela janela de uma casa em chamas, causando-lhe ferimentos consideráveis, mas salvando-a de morrer queimada; também o caso em que alguém priva outra pessoa da sua liberdade, porque, naquelas circunstâncias, não tinha outro meio disponível para a salvar de um rapto iminente. Em ambas as situações o agente teria realizado acções típicas, mas ambos os factos estariam justificados através do consentimento presumido ou do estado de necessidade justificante.²³

Roxin afirma, pois, que o critério da diminuição do risco só deverá ter aplicação nos casos em que o contributo causal de um agente tiver apenas modificado um risco preexistente, mas nunca nos casos em que a acção causal de um agente tiver substituído um risco por outro de sua autoria.²⁴ Com esta delimitação, Roxin parece querer dizer que o critério da diminuição do risco só valeria nos casos em que a acção que,

supostamente, reduziu o risco preexistente tivesse concorrido causalmente com outras condições de um processo causal preexistente, embora diverso porque tendente para um evento lesivo mais gravoso, ou seja, nos casos ditos de concorrência efectiva de causas.

Roxin, no entanto, não nos fornece quaisquer indicações acerca do método utilizável para distinguir entre a simples *modificação* do mesmo perigo e a *substituição* de um perigo por outro reconhecendo mesmo a dificuldade prática de proceder a tal destrinça em casos isolados.

Modificação do risco (ou do perigo), por um lado, e substituição do risco (ou do perigo), por outro, poderão parecer, à primeira vista, noções independentes daquele outro 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. Portanto, em última análise, a possibilidade de distinguir entre a modificação do risco e a substituição de um risco por outro dependerá, inexoravelmente, dos mesmos termos em que se apoia a distinção entre modificação e substituição de processos causais. Se nada tivermos a opor à destrinça entre modificação e substituição da causalidade, tão-pouco havemos de contestar a distinção entre modificação e substituição do risco.

5. Apreciação geral da ideia de “diminuição do risco”

Pode dizer-se do critério da diminuição do risco que é *relativo*, porquanto acarreta, na sua aplicação, a necessidade de um cotejo entre a *situação real* e o *rumo hipotético* que os acontecimentos teriam tomado, se abstrássemos *in mente* da intervenção do sujeito agente. Agora, considerando os casos de diminuição do

(23) Ibidem.

(24) Na verdade, nos trabalhos anteriores ao Tratado, não era claro que Roxin viabilizasse a referida distinção entre *modificação* e *substituição* do risco, embora os casos exemplares escolhidos pudessem alimentar essa suspeita. Esta falta de explicitação do referido critério de imputação objectiva foi, aliás, objecto de referência crítica por parte de Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1972, p. 45. Todavia, no Tratado, Roxin confirma, com clareza, a aludida distinção.

risco apresentados pelo próprio Roxin, vemos que a comparação entre o rumo efectivo e o rumo hipotético dos acontecimentos só lhe permite concluir que, graças à intervenção do agente, neles tenha havido uma mitigação do próprio risco quando no final tiver ocorrido também uma *mitigação da gravidade da lesão* ou, pelo menos, uma *postergação da sua ocorrência*. Portanto, sob a designação enganosa de diminuição do risco, que deveria ser verificada *ex ante* (i.e., considerando o momento da acção), o que se procura é averiguar, numa perspectiva *ex post* (i.e., considerando o momento do resultado), se o perigo preexistente propendia, *de facto*, para a consumação de um evento juspenalmente mais grave do que aquele que se realizou efetivamente ou, então, se esse perigo tendia para a produção antecipada de um evento da mesma gravidade, o que também não é, convenhamos, juspenalmente irrelevante. Todavia, nada garante que uma acção *aparentemente* redutora do risco não venha por fim produzir, comparativamente, uma lesão de igual ou maior gravidade do que aquela para que parecia apontar o risco inicial. Mas Roxin não parece estar ciente disso, e esta é uma primeira crítica que lhe podemos endereçar. É uma crítica tanto mais grave quanto, na realidade, a tomada de consciência daquilo que está em jogo obrigaria a procurar outra fundamentação para a exclusão da imputação objectiva nestes casos, se porventura se continuasse a pretender ser essa a solução que lhes convinha. Em última análise, a diminuição do risco (*ex ante*) somente valeria como critério negativo de imputação objectiva quando encontrasse tradução prática (*ex post*) numa lesão menos grave (*lato sensu*) do que aquela que teria ocorrido sem a intervenção do sujeito agente, cuja acção modificou um processo causal em curso. Portanto, o critério decisivo não é a diminuição do

risco mas a *menor gravidade da lesão (lato sensu)*.

6. Crítica interna à idéia de “diminuição do risco”

Fundamental é, agora, apreciar a capacidade de rendimento do critério da diminuição do risco proposto por Roxin dentro dos limites em que este autor defende a sua aplicação. No aglomerado de casos de diminuição do risco construídos por Roxin, fere a vista de um leitor atento à persistência — que não é mera coincidência — de outro denominador comum para além daquele que expressamente justificaria o seu agrupamento. Em todos os casos referidos, a suposta diminuição do risco (que só é observável *ex post*) é conseguida através de uma *acção de salvamento* não apenas fortuita, mas intencional. Mas, se o critério tiver a pretensão de valer para todos os casos de mitigação da gravidade de sucessos danosos, haverá que testá-lo noutros casos em que a dita diminuição do risco também esteja presente, mas que não constituam acções de salvamento. Se este último aspecto não for um puro elemento accidental nos casos referidos até agora; se for, pelo contrário, um elemento fixo para a atribuição de relevância à aludida diminuição do risco no sentido de negar a imputação objectiva, então transforma-se no fulcro dissimulado do próprio critério.

Num dos exemplos de Roxin, se um médico tivesse prolongado por vários dias a vida insalvável do paciente, então teria diminuído o risco de morte, não devendo esta ser-lhe imputada. Roxin parece, portanto, perfilhar a opinião de que a modificação benéfica do risco de morte se realiza já com o adiamento da morte.²⁵

(25) O entendimento semântico-axiológico do verbo *matar* como *encurtamento da vida* de

Esta opinião é, por certo, contestável, mas dado que se trata de uma interpretação que o próprio Roxin faz do seu princípio da diminuição do risco, vamos tomá-la como ponto de partida para a construção de um exemplo: A aponta um revólver à cabeça de B, porém, antes de disparar o tiro mortal, um terceiro, C, sugere-lhe que atire sobre o estômago, para assim prolongar a agonia e aumentar o sofrimento da vítima. Considerando os factos, sempre se poderá afirmar que a vítima ganhou (?) algumas horas de vida, graças à intervenção de C.

Segundo a opinião tradicional, teríamos aqui uma instigação à prática de um crime mais grave (homicídio qualificado).²⁶ Esta posição não defronta, neste caso, quaisquer dificuldades: o conselho do instigador reflectiu-se na execução do facto típico pelo autor, tendo mesmo constituído um motivo para a prática do crime mais grave. Não nos demoraremos, pois, na explicação desta solução.

Será que o critério da diminuição do risco, coerentemente aplicado, levaria à mesma conclusão? Posto existir uma relação de concurso aparente entre o homicídio qualificado e o homicídio simples, mormente uma relação de especialidade (o homicídio qualificado incorpora todos os elementos caracterizadores do homicídio simples, todavia contém circunstâncias agravantes qualificativas especiais), então, para haver lugar à qualificação, também todos os elementos caracterizadores do tipo fundamental terão de estar presentes. Ora,

uma pessoa encontra-se, curiosamente, bastante difundido na doutrina alemã (neste sentido, cf. Erich Samson, como na nota 24, p. 97 e s.; também, cf. Armin Kaufmann, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?", *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 254/255).

(26) Nos termos do art. 132, n. 1 e n. 2, alínea b), C.P. (no direito alemão: § 211 StGB).

tendo Roxin defendido que o adiamento do evento lesivo, nos casos em que o agente modifica um processo causal em curso, comporta já uma mitigação do risco, na situação vertente não só não haveria instigação à prática de um crime mais grave, como nem sequer haveria responsabilidade penal de C na realização do homicídio consumado. A esta conclusão, Roxin não poderia opor o argumento de que este não seria um caso de modificação do risco preexistente, mas antes de um caso de substituição de risco. De facto, procurámos construir um exemplo semelhante na sua estrutura ao primeiro dos casos referidos por Roxin. Também no nosso exemplo já havia um processo causal em curso (neste caso, um começo de tentativa), tendo C conseguido, através do seu conselho, alterar apenas a direcção do disparo.²⁷ Restaria ainda a possibilidade de punir C por omissão de socorro,²⁸ se se conseguisse fundamentar a opinião de que não teria prestado o auxílio que estaria ao seu alcance. Mas, neste contexto, sem considerar quaisquer objecções, esta solução de recurso seria inaceitável.

Se construimos este exemplo foi porque quisemos partir de um caso semelhante àquele que foi citado por Roxin para ilustrar o critério da diminuição do risco. Mas é, seguramente, possível construir outras situações do mesmo género, que não envolvam problemas de participação criminosa.

(27) Roxin poderia opor o argumento de que o seu critério da diminuição do risco só deveria valer para os casos de autoria singular, nunca para os casos de co-autoria ou de participação criminosa. Todavia, sendo certo que o referido autor não testou a validade daquele critério à margem dos casos de autoria singular, não vemos que pudesse aventar e fundamentar tal objecção.

(28) Nos termos do art. 219, n. 1, C.P. (no direito alemão: "unterlassene Hilfeleistung", § 323 c. StGB).

Já secundamos a opinião de Roxin de que não realiza uma acção típica de homicídio o médico que prolongar, precariamente, a vida do paciente, insalvável com os meios que a ciência médica possui no estado actual, ainda que se possa dizer que a intervenção médica causou (segundo a teoria da equivalência) a morte retardada. Mas esta concordância pontual não advém do reconhecimento do mérito do critério da diminuição do risco. Defenderíamos a mesma solução em casos nos quais a intervenção médica poderia constituir um acréscimo de risco, reconhecível *ex ante*, para a vida ou para a integridade física do paciente, sendo apesar disso aconselhável de um ponto de vista clínico, sem prejuízo de esse risco se vir mesmo a realizar *ex post*.

Por hipótese, pensemos numa situação cardíaca extremamente grave, que levaria à morte em poucos meses se não se recorresse a uma transplantação. É sabido que, mesmo realizando todos os testes de compatibilidade entre os soros do dador involuntário e do receptor, mesmo empregando a mais eficaz das chamadas drogas imuno-supressoras (a ciclosporina), o risco de episódios de rejeição do novo órgão — em princípio, o organismo reage contra todos os corpos estranhos — e de infecções é particularmente elevado nos dias subseqüentes à transplantação. Pode, portanto, concluir-se que uma tal operação aumenta o risco de morte no prazo imediato, ainda que crie expectativas de vida a médio prazo que, de outra forma, seriam impensáveis. Mesmo se esse risco se realizasse numa eventual antecipação da morte, provocada pela rejeição do transplante, nem por isso poderia falar-se de uma acção típica de homicídio. Trata-se aqui de uma aplicação da idéia de *adequação social*, desenvolvida por Welzel. Com efeito, a essência dos tipos penais reflecte um juízo valorativo de cunho vincadamente social e histórico

acerca de condutas que são insuportáveis para a manutenção da vida social ordenada.²⁹ Pelo contrário, o exercício correcto da medicina é, desde sempre, um dos pilares da vida social.³⁰ Ou, se se preferir, trata-se de uma aplicação da idéia de *risco permitido*.

7. Rejeição da idéia de “diminuição do risco” como critério material

Estamos, finalmente, em condições de formular um juízo global sobre o critério da diminuição do risco.

Incorreríamos em desonestidade intelectual se pretendêssemos afirmar que a idéia de diminuição do risco nunca poderia caber uma delimitação correcta, de molde a poder expurgar do seu seio situações tais como o “caso do tiro no estômago”. Neste tocante, é suficiente proceder com cautela, tentando definir, com outro rigor, o âmbito da diminuição do risco. Provavelmente, a percepção fiel da diminuição do risco só se torna possível *no concreto*, porque não pode prescindir de uma *avaliação material* do objecto da acção no estado de repouso seqüente à concretização da lesão, por comparação com a situação hipotética em que o mesmo se encontraria, caso não tivesse havido a intervenção estranha ao processo causal em curso. No entanto, porque essa avaliação só releva *ex post*, deveria reconhecer-se que a dita comparação de riscos traduz-se, afinal, numa comparação de resultados.

Vistas as coisas por este prisma, vamos então assentar em que a discus-

(29) Cf. Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht, Eine Systematische Darstellung*, 11.^a ed., Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1969, p. 55 e ss.

(30) Entre nós, o problema não apresenta dificuldades, graças ao contratipo previsto no art. 150.^o, n. 1, C.P.. Diferentemente, no direito germânico não encontramos nenhuma previsão normativa de teor semelhante.

são tem a sua razão de ser limitada às acções que concorram para o salvamento, ainda que incompleto, do objecto da acção.

Há, fundamentalmente, *quatro* grupos de casos diferentes em que poderia ter sentido debater a eventual vantagem do critério da diminuição do risco no confronto com as posturas tradicionais. São os seguintes:

a) Em primeiro lugar, quando a intervenção salvadora de terceiro modifica uma cadeia causal orientada por outrem, mas, considerando as circunstâncias do caso, só consegue ter uma *eficácia relativa*. Isto é, o sucesso do salvamento implica a realização de uma ofensa de menor gravidade no mesmo objecto da acção.³¹

A lesão provocada é, portanto, *necessária* para evitar a outra. Os casos citados por Roxin cabem sempre neste grupo, mas, dado o cenário de uma causa de justificação inevitavelmente presente, o critério da diminuição do risco não apresenta aqui interesse prático. Além de que, se abrangesse só estas situações, significaria o seguinte: quando o agente, através de uma interferência no processo causal, diminui mas não evita o risco de lesão do objecto da acção, se a sua acção estiver justificada, então não é sequer uma acção típica. O paradoxo contido nesta afirmação apócrifa quase não carece de demonstração. Com efeito, se o tipo legal for definido como ilícito tipicizado, na análise de um comportamento é dogmaticamente correcto verificar, primeiro, se é subsumível num tipo e, só

depois, acrescentar a ilicitude, mas ambos os elementos constituem materialmente o tipo unitário de ilícito.³² Obviamente, isto não significa que tipicidade e ilicitude sejam conceitos similares. O tipo de ilícito é dado por uma norma imperativa (proibitiva ou preceptiva), portanto, a realização do tipo traduz-se numa contradição do comportamento com a norma. Diferentemente, a ilicitude é a contradição da realização do tipo com o ordenamento jurídico no seu conjunto. Por isso, a tipicidade contém apenas um *indício* de ilicitude, ou seja, quando a realização do tipo não encontra justificação numa norma permissiva, a violação da norma imperativa é também contraditória com o ordenamento jurídico no seu conjunto. Por outro lado, dada a relativa autonomia lógica entre as normas imperativas (tipos de ilícito) e as normas permissivas (causas de justificação), estas não excluem a tipicidade de uma conduta, mas antes a sua ilicitude. Estes desenvolvimentos vieram a propósito do interesse em demonstrar que, nos presentes casos, primeiramente há que investigar se constituem comportamentos jurídico-penalmente relevantes, ou seja, saber se realizam tipos de ilícito. E poderia sempre defender-se, contra a opinião de Roxin, que, mesmo que em todos estes casos fosse imprescindível a acção que produziu a lesão para evitar outra mais grave, tal não prejudicaria a aferição da tipicidade, antes diria respeito à verificação dos pressupostos da causa de justificação do facto. Assim, para que concorresse um estado de necessidade justificante, a acção típica levada a cabo para salvar o interesse merecedor de protecção tinha que constituir o *único* meio para a conservação do substrato material do bem jurídico ameaçado pelo perigo; caso contrário, não estaria justificada se o bem foi

(31) Repare-se que falamos do mesmo objecto da acção porque, tratando-se de outro (ainda que do mesmo titular), já não poderia falar-se em diminuição do risco. Por exemplo, caso alguém utilizasse um vaso valioso como arma, partindo-o na cabeça daquele que tentava estrangular a vítima, com relação ao dano não haveria qualquer diminuição do risco.

(32) Cf. Harro Otto, como na nota 15, § 6, p. 67.

sacrificado apesar de o agente dispor de outras medidas menos gravosas e igualmente eficazes.³³ Também, para que concorresse consentimento presumido, porque no desconhecimento da vontade real do ofendido deve adoptar-se um juízo hipotético objectivo fundado na previsão daquilo que seria razoável supor que o ofendido autorizaria se tivesse tido o conhecimento da situação — por isso, é irrelevante que, posteriormente, se venha a verificar que a vontade presumida não coincidia com a vontade real — não seria razoável supor que correspondesse ao interesse do ofendido a realização de uma ofensa quando outra solução menos prejudicial e igualmente eficaz era possível nas circunstâncias do caso.

b) Existe, todavia, um outro quadro de possibilidades semelhante ao anterior, salvo no tocante à representação que o agente tenha do benefício que poderia resultar da sua interferência com o processo causal em curso. Ou seja, o agente pode não ter tido consciência de que estaria a operar uma diminuição do risco, pode mesmo ter pretendido o inverso.

Caso fosse proposta a solução desta espécie de situações em sede de ilicitude, concluir-se-ia que, sem embargo de estarem verificados os pressupostos objectivos da causa de justificação do facto, faltava o elemento subjectivo da mesma. Em geral, quando o agente actua no desconhecimento da situação justificadora objectivamente existente, não beneficia de justificação para o seu comportamento, embora o castigo correspondente deva equivaler, tão-somente, à pena de tentativa.³⁴

Analisando o mesmo cenário à luz do critério da diminuição do risco, o qual não pode entrar em linha de conta com as representações do agente, sustentar-se-ia que havia interrupção do nexo de imputação objectiva. Mas, na sequência, nada se poderia opor à solução de punir o salvador involuntário como autor da tentativa inidónea que quadrasse com a lesão que quis cometer, contanto que não fosse manifesta a inidoneidade do procedimento utilizado, *i.e.*, que não fosse aparente que decorreria da sua acção uma diminuição do risco.

Portanto, no plano das consequências jurídicas, as doutrinas em confronto chegariam a soluções com o mesmo valor prático.

Neste contexto, Roxin poderia quicá bastar-se com reclamar para si o mérito de ter promovido uma mais correcta inserção sistemática do problema. Mas, no terreno da ciência jurídica, que é uma modalidade de razão prática, tal não seria ainda suficiente para impulsionar uma nova teoria.

c) Ora o critério da diminuição do risco, para conquistar alguma valia prática, não pode depender de considerações sobre a necessidade impreterível de escolha entre dois males. Tem de abranger outros casos em que essa necessidade não seja patente, a saber, aqueles em que a suposta diminuição do risco provocada pela intervenção salvadora do terceiro se realiza à custa de uma lesão menos intensa mas, ainda assim, *evitável* do objecto da acção.³⁵ À primei-

(33) Por todos, cf. Maurach/Zipf, como na nota 21, p. 398.

(34) No âmbito da *teoria do ilícito pessoal*, esta é a solução que reúne a maioria dos sufrágios (por todos, cf. Hans-Heinrich Jescheck, como na nota 3, p. 294/297).

(35) Constitui um problema a definição do momento próprio para aferir da necessidade *vs.* evitabilidade da lesão provocada para impedir um mal maior. Com efeito, se a questão for discutida em sede de justificação do facto, a evitabilidade da lesão menos intensa do objecto da acção deve ser apreciada *ex ante*, ou seja, considerando o momento da acção e abstraindo de todas as consequências que, segundo um juízo de mediania, não eram previsíveis. É que as

ra vista, neste terceiro grupo de casos, o critério assumiria já relevância prática, tanto mais que a sua refutação parece implicar o reconhecimento da realização do tipo, sem posterior exclusão da ilicitude do comportamento do agente. Sirva de exemplo o caso do golpe no braço, com a seguinte alteração: C, em vez de desviar o ângulo do tiro da cabeça para um ombro da vítima, teria podido realmente evitar o ferimento se empurrasse o braço do atirador noutra direcção.

Todavia, nestes casos o vector da diminuição do risco não constitui um

causas de exclusão da ilicitude, quais normas de conduta, não podem depender de testes empíricos de segurança. Na urgência requerida pela situação, que é pressuposto de facto de todas as causas de justificação, não pode o agente, temendo pelas consequências incognoscíveis do seu acto, sentir-se compelido à inacção. Deve dar-se por conta de fatalidade, sem prejudicar a eficiência da justificação, tudo quanto não pudesse inscrever-se no cálculo da acção. Porém, no domínio do apuramento da diminuição do risco, que, sumo rigor, é uma comparação de resultados, tal inevitabilidade deve ser averiguada em função dos elementos disponíveis no momento do julgamento dos factos.

Tal discrepância pode comprometer, em certos casos, o cotejo das soluções decorrentes da aplicação das duas doutrinas, posto que introduz alguma flutuação nos bastidores da discussão. Mas não é grave, porquanto ocasiona apenas uma diversa arrumação de uma mão-cheia de casos concretos nas famílias de situações que vimos apresentando, consoante o ponto de vista correspondente à doutrina adoptada, seguindo-se depois o percurso traçado para as mesmas.

Este problema não deve ser confundido, a esmo, com aqueloutro da inevitabilidade da lesão, considerada em si mesma (sobre a discutível relevância de um juízo relativo à inevitabilidade da lesão como condição da realização da tipicidade, cf. Hans Jürgen Kahr, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, Hamburg: Cram, 1968, *passim*).

argumento material, o qual pudesse servir de explicação para impor uma solução diversa das posturas tradicionais. Ao fim e ao cabo, o que impede que se possa falar aqui de realização por C da acção típica correspondente ao resultado que se verificou são considerações de equidade. Com efeito, se, num caso em que o agente simplesmente não tivesse actuado — não sendo garante do bem jurídico — só poderia responder por omissão de socorro (art. 219, n. 1, C.P.),⁽³⁶⁾ seria inaceitável pretender que, no caso em que prestou um auxílio imperfeito, estando ao seu alcance a prestação do auxílio necessário, a ilicitude material deste socorro imperfeito pudesse exceder a da pura omissão de socorro. As dificuldades de construção dogmática desta solução não são intransponíveis, sobretudo se nos socorrermos da figura da *omissão através de acção*, desenvolvida por Roxin noutro contexto.⁽³⁷⁾ Se é certo que, num plano naturalístico, logo pré-jurídico, se pode distinguir entre *agir e não agir* com o simples critério do “emprego de energia numa direcção determinada”, no primeiro caso, e “não emprego de energia numa direcção determinada”,⁽³⁸⁾ no segundo, já a subsunção nos tipos comissivos ou omissivos depende de critérios normativos e não necessariamente do aspecto naturalístico do comportamento. Assim, num caso de prestação insuficiente de socorro, de um ponto de vista jurídico, o agente não pode ser responsabilizado por aquilo que fez, mas por aquilo que poderia ter

(36) No direito alemão: § 323 c. StGB.

(37) Cf. Claus Roxin, *Problemas fundamentais de Direito Penal* (trad. de Ana Paula Natscheradetz e outros), Lisboa: Vega, 1986, pp. 169/195.

(38) Cf. Karl Engisch, *Vom Weltbild des Juristen*, 2.^a ed. (1.^a ed., 1950), Heidelberg: Carl Winter, Universitätsverlag, 1965, p. 38, n. 70.

feito e não fez. Claro, só se for demonstrado, *primo*, que a prestação do socorro não teria implicado grave risco para a vida ou integridade física daquele que estivesse em situação de o poder prestar (art. 219, n. 3, C.P.), e é razoável supor que, havendo uma agressão em curso, aquele que se aprestasse a socorrer a vítima enfrentaria a possibilidade de uma agressão contra si próprio; *secundo*, que teria havido dolo (pois que tal crime só existe na forma dolosa, *ex vi* art. 13, C.P.) na omissão do auxílio necessário (desde logo, faltaria o elemento intelectual do dolo se, no embargo da situação concreta, o inábil socorrista não houvesse tomado consciência da possibilidade de remover, na íntegra, o perigo que ameaçava a vítima). Raciocínio idêntico deve aplicar-se, também, quando o agente estava investido numa posição de garante, com a diferença de que responderá aqui por comissão por omissão do respectivo crime material.

De todo o modo, ponto é que, com esta argumentação, nos intrometemos no perímetro da tipicidade, demonstrando com isso, finalmente, que há necessidade prática de sacrificar as posturas tradicionais.

d) Resta referir o quarto grupo de casos abrangíveis pela formulação corrigida da diminuição do risco. São os casos em que o agente diminui o risco criado por uma cadeia causal natural. Também aqui, se essa diminuição do risco foi realizada à custa de uma lesão menos intensa mas, ainda assim, evitável do objecto da acção, são as mesmas considerações de equidade que foram desenvolvidas para o grupo de casos anterior que impedem que se possa falar aqui de comissão por acção do delito de lesão correspondente ao resultado que se verificou.

8. Conclusões

Em conclusão, vemos que há um quadro de situações, circunscrito às acções que acarretam a lesão menos intensa de *unum et idem* objecto da acção, que parece merecer um tratamento unitário.

Apesar de essas situações serem, aparentemente, credoras de tratamento uniforme, sujeitá-las a sindicância através dos mecanismos da justificação do facto acarretaria o encontro de soluções diferenciadas. Este seria o desfecho natural do problema, equacionado no espaço da dogmática tradicional.

Caso se mantivesse a intuição da carência de tratamento uniforme para essas situações, suposto que contraditada pelo crivo das causas de justificação do facto, a mesma redundaria em pura obstinação, se não houvera razões ponderosas, susceptíveis de verbalização à luz de argumentos de justiça material, que investissem noutro sentido.

Subjacente à lógica das causas de justificação do facto está, *grosso modo*, a ponderação entre dois prejuízos, devendo a ordem jurídica assentir no sacrifício do interesse menos valioso, salvaguardadas certas restrições. Também nas situações vertentes, consideradas *ad litteram*, há confrontação entre dois males. Porém, nestes casos dá-se a circunstância de os termos da sinistra alternativa onerarem uma só vítima, acrescendo que o fazem na direcção de um único objecto material, mesmo que neste possam espelhar-se diferentes bens jurídicos.

Neste contexto, evitar o pior, mesmo na hipótese em que todo o mal fosse evitável, nunca é sinónimo, segundo as valorações sociais correntes, de ser responsável directo por um prejuízo. É um ponto a favor da argumentação de Roxin. Trata-se, desde logo, de aquilatar da

relevância penal que convém ao facto, no plano da tipicidade, se porventura alguma lhe houver de convir.

Pode então dizer-se que, nas situações ditas de diminuição do risco, contanto que valham como prestação efectiva de socorro, a lesão provocada na esfera da vítima em função do desvio no processo causal introduzido pela intervenção daquele que prestou o auxílio, ainda que tivesse actuado sem essa intenção ou com inépcia, não deve ser atribuída à sua acção. Há, pois, interrupção do nexo de imputação objectiva.

Todavia, o cenário da diminuição do risco não fundamenta a própria interrupção do nexo de imputação objectiva. A diminuição do risco é, tão-somente, uma condição necessária para se poder chegar a tanto. Se quisermos, a fórmula da diminuição do risco, usada com cautela,

pode apenas desempenhar a função de mera heurística, qual sinal intuitivo para a busca das verdadeiras razões materiais que sirvam de arrimo à interrupção do nexo de imputação objectiva.

Tais razões resumem-se, fundamentalmente, num *princípio de proporcionalidade na aferição dos títulos de responsabilidade*. A enunciação do princípio, na contingência vertente, faz apelo à idéia de que não é justo que alguém possa, em virtude de ter evitado a consumação de maior mal para o ofendido, sofrer pena superior àquela que lhe caberia pela omissão da conduta devida, caso lhe coubesse o dever (geral ou pessoal) de agir.

Ademais, somos de parecer que este é *princípio geral*, cujo campo de aplicação supera, em larga medida, a constelação de casos de que nos ocupamos.