

2. DOCTRINA NACIONAL

2.3

A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL¹

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Criação de um risco não permitido: 2.1 Risco permitido; 2.2 Exclusão da imputação no caso da diminuição de risco; 2.3 A exclusão da imputação se falta a criação do perigo; 2.4 O princípio da confiança; 2.5 A proibição de regresso – 3. A realização do risco não permitido: 3.1 A exclusão da imputação se falta a realização do perigo; 3.2 A exclusão da imputação se falta a realização do risco não permitido; 3.3 A exclusão da imputação em caso de resultados que não estão cobertos pelo fim de proteção da norma de cuidado; 3.4 Conduta alternativa conforme ao direito e teoria do incremento de risco.

Resumo: Na evolução da ciência penal, questão de grande relevância é o estudo do nexa causal. As teorias que nos foram apresentadas, tanto no direito positivo como pela doutrina, não são suficientes para solucionar todos os problemas existentes.

É nesse sentido, com o objetivo de corrigir os vícios informados pela teoria da equivalência das condições (teoria da *conditio sine qua non*), que foi estabelecida a teoria da imputação objetiva, de grande repercussão, inicialmente, na Alemanha e, atualmente, em toda a Europa. Este é o objetivo deste pequeno ensaio, em que se apresenta a idéia básica dessa nova teoria a respeito do nexa causal.

Palavras-chave: Dogmática jurídico-penal – Tipicidade – Causalidade.

1. Introdução

A teoria da imputação objetiva impõe-se cada vez mais na doutrina estrangeira. Nesse pequeno trabalho, procuramos apenas demonstrar alguns pontos dessa teoria que, na Alemanha, segue em constante desenvolvimento. Teoria que conduz a um filtro objetivo para a imputação de um resultado. Como não existe

⁽¹⁾ O presente trabalho teve sua origem numa exposição apresentada pelo autor em janeiro de 1999 no curso de doutorado “La protección jurídico-penal del medio ambiente en el ordenamiento español, coordenado pelos Profs. Drs. Agustín Jorge Barreiro e Manuel Cancio Meliá, na Universidad Autónoma de Madrid. Não posso deixar de agradecer especialmente ao Prof. Cancio Meliá, responsável direto pela orientação.

acordo na doutrina, pretendemos, de modo simples, trazer alguns pontos fundamentais dessa teoria, sem aprofundá-los.

Segundo Roxin, a dogmática antiga partia da base de que com a causalidade da conduta do autor, a respeito do resultado, cumpria-se o tipo objetivo. E nos casos em que parecia inadequada a punição, tentava-se excluir a pena nos delitos comissivos dolosos, negando-se o dolo. Assim, podemos encontrar inclusive em Welzel o “exemplo freqüentemente utilizado” de que alguém, “ao começar uma tempestade, envia outro ao bosque com a esperança de que lhe mate um raio”. Se, contra toda a probabilidade se produz efetivamente esse resultado, segundo a teoria da equivalência não se pode duvidar que há causalidade naquele que deu o conselho; mas se com isso se considera realizado o tipo objetivo, somente se pode elidir o castigo negando o dolo. E isso é o que efetivamente faz Welzel, ao opinar que nesse caso, no sujeito “detrás”, há certamente uma esperança ou um desejo, mas não a vontade com poder de influência real no ocorrido que exige dolo. Entretanto, essa não é uma fundamentação convincente: pois é indiscutível que o autor subjetivamente queria exatamente aquilo que produziu objetivamente; e a planificação e o curso real coincidem entre si. Se apesar disso não consideramos correta a punição, isso se deve de modo primário ao caráter objetivamente causal do ocorrido. Se uma causação de morte é puramente causal, e não se discute já objetivamente como homicídio em sentido jurídico, é porque um dolo tendente a isso não é um dolo homicida, senão dirigido a algo impune.²

Algo similar ocorre no caso em manual de que “A” dispara contra “B” com dolo homicida e este só sofre uma lesão leve e vai a um hospital para receber tratamento, mas perece num incêndio que se produz no mesmo. Existe acordo unânime em que em constelações como essa só se pode aceitar uma tentativa de homicídio. Entretanto, quando a jurisprudência e a doutrina fundamentam o caso aduzindo que falta o dolo homicida, porque esse deve estender-se ao curso causal concreto, volta a passar sem razão o problema para a parte subjetiva; pois a morte pelo incêndio do hospital, já no plano objetivo, não se pode afirmar como obra de “A”, de modo que a consumação do fato não fracassa só pela falta de dolo. E como a tentativa, que em todo caso há que afirmar que ocorre, também pressupõe um dolo homicida, só se pode negar o dolo a respeito do concreto resultado homicida se a causação de morte, tal como se desenvolveu, já não se considera como uma “ação de matar” no sentido do tipo. Isso é uma questão de imputação objetiva e não um problema de dolo.³

A dogmática mais recente acolheu os pontos de vista que oferecem as teorias da adequação e da relevância para a restrição da responsabilidade jurídico-penal e, com ajuda de ulteriores argumentos, desenvolveu uma teoria da imputação objetiva, que, se bem todavia não foi formulada de forma acabada, já revela que

(2) ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Trad. y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madri : Civitas, 1997. t. I, p. 362.

(3) ROXIN, Claus. p. 362-363.

grupos de casos devem contemplar-se e que critérios devem guiar sua solução.⁴ O fundamento da teoria da imputação objetiva é a observação, deduzida da essência da norma jurídico-penal, que se encontra também na base da teoria da adequação: só é objetivamente imputável um resultado causado por uma ação humana (no sentido da teoria da condição), quando *dita ação criou um perigo juridicamente desaprovado que se realizou no resultado típico*.⁵

Essa teoria reconhece as suas origens na teoria da relevância, e seu ponto de partida é a substituição da relação de causalidade, como único fundamento da realização entre a ação e o resultado, por outra relação elaborada sobre a base de considerações jurídicas e não naturais. Nesse ponto, a verificação de causalidade natural será um limite mínimo, mas não suficiente para a atribuição de um resultado.⁶

Roxin, quem sem dúvida é o máximo representante de uma perspectiva da imputação objetiva vinculada ao “principio do risco”, sintetiza o estágio de evolução dessa teoria – e, ao mesmo tempo, o conteúdo desse princípio – do seguinte modo: “um resultado causado pelo sujeito que atua somente deve ser imputado ao causante como sua obra e somente cumpre o tipo objetivo quando o comportamento do autor criou um risco não permitido para o objeto da ação: 1) quando o risco se realizou no resultado concreto 2) e quando o resultado se encontra dentro do alcance do tipo 3).⁷ Cabe estimar que essa também é a perspectiva que adota a doutrina atualmente majoritária tanto na Alemanha como na Espanha:⁸ com efeito, a teoria da imputação objetiva se conecta habitualmente com a questão da atribuição de um resultado à conduta do autor.

(4) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Trad. de S. Mir Muig y F. Muñoz Conde, Barcelona : Bosch, v. I, p. 389.

(5) Idem, ibidem, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español – Parte general, nociones introductorias, teoría de delito* 1, 2. ed., Madrid : Civitas, p. 443 et seq.; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Bosch, 1998. p. 53 et seq.

(6) BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal – Parte general*. 4. ed., Akal, p. 188.

(7) ROXIN, Chengchi. “Law Review 59 (1994)”, p. 221 et seq. CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., p. 58.

(8) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal de la circulación*. p. 36 et seq.; CUELLO CONTRERAS, op. cit., p. 488 et seq., CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., p. 57 et seq., citando vários autores, traça uma panorâmica básica dos distintos elementos que foram utilizados para alcançar a definição da imputação objetiva de Roxin. Um dos primeiros âmbitos da aplicação da teoria da imputação objetiva se constituem nos chamados “comportamentos alternativos ajustados ao direito”, referidos a casos nos quais o resultado se produziria igualmente ainda que o autor adotasse um comportamento conforme ao dever. Gimbernat Ordeig propôs para a solução desses casos a utilização do critério do “fim de proteção da norma”. De acordo com o mesmo, se o resultado produzido pelo comportamento não é um dos que se queria evitar com o estabelecimento do dever derivado da norma de cuidado, o autor estará isento de responsabilidade. Roxin, pelo contrário, elaborou para esses casos a doutrina do “incremento do risco”, conforme a qual o decisivo é determinar se a conduta do autor gerou um risco acima do permitido.

Para Martínez Escamilla, o objeto da teoria da imputação objetiva é o nexo objetivo que deve existir entre a ação e o resultado para que se possa afirmar a responsabilidade do autor pela lesão do bem jurídico. A imputação objetiva

Mas além dessas constelações de casos, se propôs a utilizar como critério geral de imputação, no âmbito do delito imprudente, o critério do fim de proteção da norma antes mencionado. Esse operaria em substituição da idéia de previsibilidade objetiva. Sua aplicação pretendia evitar as dificuldades que apresenta o juízo de previsibilidade, e permitir determinar de modo mais correto se concorre a necessária relação de antijuridicidade entre a lesão do dever de cuidado e o resultado lesivo.

Essas primeiras aproximações cristalizaram-se numa construção de conjunto, levada a cabo sobretudo por Roxin e consistente na elaboração de uma série de critérios normativos situados num mesmo marco sistemático. O denominador comum desses critérios, desde essa perspectiva, no “princípio do risco” antes mencionado, de acordo com o qual, partindo do resultado, a questão estriba em determinar se a conduta do autor criou ou não um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico em relação com dito resultado. Sobre essa base, Roxin propôs os seguintes parâmetros concretos para determinar o juízo de imputação objetiva do resultado: a) a diminuição do risco; b) a criação ou não de um risco juridicamente relevante; c) o incremento ou falta de aumento do risco permitido e d) a esfera de proteção da norma. A idéia da diminuição de risco, válida segundo Roxin para todos os casos nos quais se modera pela conduta de um sujeito um acontecido que comportaria um dano mais grave, exige a exclusão da imputação apesar da relevância causal da intervenção. No âmbito da criação ou falta de criação de um risco juridicamente relevante, Roxin incluiu, por um lado, casos de irrelevância do risco, e, por outro, diversas constelações agrupadas em torno das chamadas “desviações do curso causal”. Roxin seguiu reservando o incremento do risco para a problemática dos comportamentos alternativos ajustados ao Direito, conforme os critérios por ele desenvolvidos já com anterioridade; por último, recorreu ao fim de proteção da norma, como critério destinado, basicamente, a abarcar casos de danos sobrevindos posteriormente, casos nos quais se produz um segundo dano, e, precisamente, casos de provocação de acidentes de salvamentos arriscados e de favorecimento de “autopuestas” em perigo.

Nesse contexto, a expressão “fim de proteção da norma” estava sendo utilizada com duas distintas acepções. Por uma parte, o critério vinha sendo referido ao alcance que tinha a “norma objetiva de cuidado” dos delitos imprudentes – sentido original no que a empregaram, por exemplo, Gimbernat Ordeig y Rudolphi –; por outra, o fim de proteção da norma fazia referência ao alcance da norma da correspondente figura delitiva. Inicialmente, Roxin a utilizou em ambos sentidos de forma indistinta. Mais recentemente, entretanto, para evitar confusões, recorre a expressão “alcance do tipo” quando utiliza o critério na sua segunda acepção; nesse sentido, no marco do “alcance do tipo”, apesar de concorrer a realização de um risco não permitido, “(...) a imputação todavia pode fracassar porque o alcance do tipo, o fim de proteção da norma típica (...) não abarca resultados das características que mostra o (resultado) que se produziu, porque o tipo não está destinado a evitar tais casos”.

Esses critérios propostos sobretudo por Roxin – menos o escalão do “alcance do tipo” – logo se cristalizaram na fórmula dominante citada ao princípio, segundo a qual para que um resultado seja objetivamente imputável a um comportamento causal em relação com dito resultado, é necessário que o comportamento incorpore um risco juridicamente desaprovado que seja o que se realiza no resultado.

dentro de uma perspectiva histórica, representa, em contrapartida, a situação existente sob o denominado “império do dogma causal”: a tipicidade dos delitos de resultado se esgotava na relação de causalidade, a ser decidido, segundo a teoria da equivalência das condições, de tal maneira que todo comportamento pelo simples fato de haver condicionado o resultado, ainda que de forma remota ou imprevisível, merecia o qualificativo de típico. Se bem o finalismo atenuou essa situação com a introdução do injusto pessoal deixa, entretanto, intacto o tipo objetivo. Para sua afirmação, seguia bastando a comprovação do nexa causal. Nesse contexto, a teoria da imputação objetiva aparece não somente com a intenção de dar solução aos problemas concretos que surgem no marco do mencionado nexa entre ação e resultado, senão que constitui a realização, no âmbito do injusto, da atual corrente da Ciência jurídico-penal, que se denominou funcionalismo ou pensamento teleológico-racional. Essa tendência afasta o método axiomático-dedutivo inspirado em verdades ontológicas próprias do finalismo e propugna a renormativização da teoria jurídica do delito, inspirada teleologicamente nos fins do Direito Penal. Conseqüentemente, com essa colocação se afasta de forma concreta que a relação de causalidade possa decidir por si mesma quando um acontecimento, já desde um ponto de vista objetivo, é ou não relevante para o Direito Penal, empreendendo o trabalho de definir o nexa entre a ação e o resultado sobre critérios eminentemente normativos”.⁹

Assim, conforme comprovada a causalidade natural, a imputação do resultado requer, ademais, verificar:¹⁰

1. Se a ação do autor criou um perigo juridicamente desaprovado para a produção do resultado;
2. Se o resultado produzido por dita ação é a realização do mesmo perigo (juridicamente desaprovado) criado pela ação.

Ambos juízos de partida são deduzidos da função do Direito Penal. Esse só tem por objeto ações que criam para o bem jurídico um risco maior que o autorizado e a produção de um resultado que se pudesse evitar. Disso, se pode deduzir critérios que permitem esclarecer, já no nível da tipicidade, comportamentos que são irrelevantes para o Direito Penal.¹¹

(9) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Edersa, 1992. p. XXIII y XXIV.

(10) Roxin, nesse sentido, afirma que: a) um resultado causado pelo agente somente se pode imputar ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo para o bem jurídico não coberto por um risco permitido e esse perigo também se realizou no resultado concreto; b) se o resultado se apresenta como realização de um perigo criado pelo autor, por regra geral, é imputável a este, de modo que se cumpre o tipo objetivo. Mas, não obstante, excepcionalmente pode desaparecer a imputação se o alcance do tipo não abarca a evitação de tais perigos e suas repercussões. ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madri: Civitas, 1997. t. I, p. 373.

(11) BACIGALUPO, Enrique, Op. cit., p. 188.

Como é certo, nem toda criação de um risco de resultado pode ser objeto de uma proibição do Direito Penal, pois isso significaria uma limitação intolerável da liberdade de ação. Por isso, existem *riscos permitidos*, que excluem a tipicidade da conduta que os cria, ainda que daqueles se possa derivar um resultado típico. Exemplo: o motorista que dirige seu carro dentro dos limites de velocidade e com respeito as regras de trânsito, ainda assim, cria um perigo, porém, permitido. Se, como consequência disso, atropela um pedestre que inesperadamente cruza por um lugar não autorizado e esse resulta com lesões (resultado do delito do art. 129, CP), não haverá dúvidas de que o motorista causou o resultado, pois se o motorista não tivesse circulado por esse lugar não haveria produzido o mesmo, mas, esse resultado não será objetivamente imputável ao motorista.¹²

Os princípios da imputação objetiva surgem em primeiro lugar do *fim do Direito Penal*, de garantir expectativas normativas. Desde esse ponto se deduz que as *condutas socialmente adequadas*, é dizer, que se desenvolvem dentro da ordem social,¹³ não podem ser alcançadas pelo tipo penal ou, com outras palavras, nunca serão típicas. Do fim do direito penal se deduzem especialmente os critérios do *risco permitido*, o *princípio da confiança*, a *proibição de regresso*, e a *comissão em posição de garante*.¹⁴ A outra fonte dos princípios da imputação objetiva concerne a realização do risco criado pela ação no resultado produzido e provém da estrutura dos tipos de resultado, que requerem, que só o resultado que seja a realização do perigo criado pela ação, dê lugar a consumação do delito.¹⁵

Assim, é necessário sublinhar que a seqüência da comprovação da imputação objetiva requer que em primeiro lugar se estabeleça uma relação de causalidade entre um resultado típico e uma determinada ação. Em seguida, deve-se verificar: 1.º) se esta ação *no momento de sua execução* constituía um perigo juridicamente desaprovado (se era socialmente inadequada) e 2.º) se esse perigo é o que se realizou no resultado típico produzido.¹⁶

(12) BACIGALUPO, Enrique, Op. cit., p. 189; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conduta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. J. M. Bosch Editor, 1998. p. 53.

(13) Nesse ponto, deve-se estudar a teoria da adequação social desenvolvida por Welzel, que difere da imputação objetiva. Para esse autor a adequação social é a "interpretação de sentido dos tipos", conforme a qual ficam excluídas do "conceito de injusto (...) todas as ações que se localizem funcionalmente dentro da ordem historicamente gerada". Tão só com a adequação social se entra "no âmbito do tipo, (...) nas regiões do injusto tipificado", WELZEL, Hans, "ZStW 58 (1939)", p. 259, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., p. 76.; Para aprofundar: CANCIO MELIÁ, Manuel, "La teoría de la adecuación social en Welzel", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, t. XLVI, fasc. II, mayo-agosto, 1993. p. 697 et seq.

(14) JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general – Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo, Marcial Pons, 1997. p. 243 et seq.; BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 189.

(15) JAKOBS, Günther, op. cit., p. 243 et seq.; REYES ALVARADO, Yesed, *Imputación objetiva*. Temis, 1994. p. 50 et seq.

(16) BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 189.

Portanto, passaremos a analisar algumas hipóteses que excluem a imputação objetiva.

2. Criação de um risco não permitido

2.1 Risco permitido

Compreende-se por risco permitido uma conduta que cria um risco juridicamente relevante, mas que de modo geral (independentemente do caso concreto) está permitida e, por isso, diferentemente das causas de justificação, exclui a imputação ao tipo objetivo.¹⁷ Assim, a imputação objetiva se exclui quando a ação que causalmente produziu o resultado não supera os limites do risco permitido. Jakobs afirma que não é possível uma sociedade sem riscos.¹⁸ Exemplo de risco permitido é a condução automobilística observando-se todas as regras de trânsito, pois, não se pode negar que o tráfego viário constitui um risco relevante para a vida, saúde e bens materiais, coisa que prova irrefutavelmente a estatística de acidentes.¹⁹ Não obstante, o legislador permite o tráfego viário (com determinadas regras de cuidado) porque os interesses preponderantes são nesse sentido. Portanto, nesse âmbito, também se inclui o tráfego aéreo, fluvial, o funcionamento de instalações industriais (especialmente perigosas), as intervenções médico-curativas dentro do marco da *lex artis*, as práticas esportivas que implicam risco etc.

Normalmente, o risco permitido está normativamente regulado (por exemplo: regras de trânsito, segurança do trabalho, etc.). As regras que estão nesses regulamentos são, de todos modos, critérios orientadores para a ponderação dos limites do risco autorizado. Em todo caso, a determinação do risco permitido quando não existe uma autorização legal expressa, provém de uma *ponderação de bens*, é dizer, de um juízo pelo qual “não só é calculável a magnitude do risco, senão também a utilidade ou dano como vantagem ou perda segundo critérios juridicamente relevantes.”²⁰

Questão fundamental posta pela doutrina é que o risco permitido exclui a tipicidade e não é causa de justificação. Um comportamento que gera um risco permitido considera-se socialmente normal, não porque no caso concreto esteja tolerado em virtude do contexto em que se encontra, senão porque nessa configuração é aceito de modo natural.²¹ Portanto, os comportamentos que criam ris-

(17) ROXIN, Claus, op. cit., p. 371; BUSTOS RAMÍREZ. *Manual de derecho penal – Parte general*. 4. ed., Barcelona: PPU, 1994. p. 320.

(18) JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá, AD-HOC, p. 44.

(19) ROXIN, Claus, p. 371/371; BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 189-190; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, op. cit., p. 125 *et seq.*

(20) JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. p. 243 *et seq.*

(21) JAKOBS, Günther. *Imputación*, p. 49. Nesse sentido, ROXIN, Claus, op. cit., p. 372.

cos permitidos não são comportamentos que devem ser justificados, pois não realizam tipo algum. Assim, aqueles comportamentos que geram riscos permitidos não têm porque estar inscritos num contexto especial para serem tolerados socialmente, senão que são tolerados de modo geral.²² A situação é distinta no âmbito da justificação; aqui é o contexto especial que permite que se tolerem comportamentos que *per se* são perturbadores.²³

2.2 Exclusão da imputação no caso da diminuição de risco

Já de início falta a criação de risco e, com isso, a possibilidade de imputação se o autor modifica um curso causal de tal maneira que reduz ou diminui o perigo já existente para a vítima, e, portanto, melhora a situação do objeto da ação.²⁴ Exemplo: quem vê como uma pedra voa perigosamente em direção a cabeça de outro e, ainda que não possa neutralizá-la, somente logra desviá-la a uma parte do corpo que é menos perigosa, apesar de sua causalidade, não comete uma lesão corporal, igualmente que tampouco comete o médico que, com suas medidas, somente pode retardar a inevitável morte de seu paciente.²⁵ Casos desse tipo, que não são raros, tampouco podem ser solucionados com a teoria da adequação, já que o curso causal que modifica o resultado é totalmente previsível para o autor e, muitas vezes, pretendido por ele. Entretanto, deve-se excluir a imputação do resultado porque seria absurdo proibir ações que não pioram, senão que melhoram o estado do bem jurídico protegido.²⁶ É certo que, segundo a doutrina tradicional, poderia solucionar-se os casos de redução ou diminuição de risco desde o ponto de vista da antijuridicidade, aceitando um estado de necessidade justificante. Mas isso pressupõe que se comece por considerar a redução do risco como lesão do bem jurídico típica de um delito e isso é precisamente o que falta.²⁷ Para Bacigalupo, aqueles autores que pensam que esses casos deveriam ser resolvidos no nível de justificação se vêem obrigados a estender o âmbito da tipicidade a

(22) JAKOBS, Günther. op. cit., p. 50.

(23) JAKOBS, Günther, op. cit., p. 50. Ademais, Jakobs coloca o seguinte exemplo: um motorista que dirige a uma velocidade de 69 quilômetros por hora por um lugar que está permitido e é adequado dirigir a 70 quilômetros por hora, não defrauda nenhuma expectativa, com independência da finalidade que persiga com sua viagem, mas o motorista de uma ambulância que circula pelo mesmo lugar a uma velocidade de 75 quilômetros por hora para dirigir-se ao lugar em que deve prestar seu serviço, necessita da situação de necessidade como contexto para que, de modo excepcional, seu comportamento seja tolerado (por causa do contexto).

(24) ROXIN, Claus. op. cit., p. 365; JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 389; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – Parte general*, 4. ed., PPU, 1996. p. 231 *et seq.*; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, p. 319.

(25) ROXIN, Claus. op. cit., p. 365.

(26) ROXIN, Claus. op. cit., p. 365-366.

(27) ROXIN, Claus. op. cit., p. 366; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, op. cit., p. 319.

extremos, formalmente possível, mas materialmente incompatível com o Direito Penal da liberdade.²⁸

2.3 A exclusão da imputação se falta a criação do perigo

Roxin diz que se deve afastar a imputação ao tipo objetivo quando o autor certamente não diminuiu o risco de lesão ao bem jurídico, mas tampouco o aumentou de modo juridicamente considerável.²⁹ Para que se entenda essa hipótese, a doutrina coloca freqüentemente o mesmo exemplo, ou seja, um sobrinho, no momento que inicia uma tormenta e com a intenção de receber a herança de seu tio, envia este a um bosque com a esperança de que lhe mate um raio.³⁰ Nesse caso, como em outros como qualquer incitação a realizar atividades normais e juridicamente irrelevantes como passear por uma grande cidade, subir escadas, banhar-se, subir montanhas etc., não se imputa objetivamente o resultado. Inclusive, ainda que tais condutas em situações excepcionais possam dar lugar a um acidente, o Direito não toma em conta os mínimos riscos socialmente adequados que vão unidos a elas, por isso, de início, não é imputável uma causação do resultado produzida pelas mesmas. Como a provocação de uma conduta socialmente normal e geralmente não perigosa não pode estar proibida, não haverá uma ação homicida tipicamente delitiva, ainda que excepcionalmente tal atuação seja causal a respeito de uma lesão de um bem jurídico.³¹

2.4 O princípio da confiança

De acordo com esse princípio, não se imputarão objetivamente os resultados produzidos por quem obrou confiando que outros se manterão dentro dos limites do perigo permitido.³² O princípio da confiança significa que, apesar da experiência de que outras pessoas cometem erros, se autoriza a confiar – numa medida ainda por determinar – em seu comportamento correto (entendendo-o não como acontecimento psíquico, senão como estar permitido confiar).³³ Exemplo: “A”, conduzindo o seu carro, atravessa um cruzamento com o semáforo verde, sem tomar medida alguma de precaução para o caso de que algum automóvel que

(28) Op. cit., p. 191.

(29) ROXIN. op. cit., p. 366.

(30) JESCHECK, Hans-Heinrich. op. cit., p. 390.

(31) ROXIN, Claus. op. cit., p. 366-367.

(32) BACIGALUPO, Enrique. op. cit., p. 191; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, op. cit., p. 333 *et seq.*; CANCIO MELIÁ, Manuel. “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”).” *Revista de derecho penal y criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2.ª época, n. 2, p. 49 *et seq.*

(33) JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. p. 253.

circule na outra direção não respeite o semáforo vermelho que proíbe sua passagem. “B” desrespeita o semáforo vermelho e colide com o carro de “A”, resultando a morte de “B”. Esse resultado não se imputa a “A” objetivamente pelo efeito do princípio da confiança. Isso é assim porque não se pode imaginar que todo motorista tenha que dirigir seu carro pensando continuamente que o resto dos participantes no trânsito podem cometer imprudências ou que existem crianças ou idosos frente aos quais se deve observar um maior cuidado, se fosse assim, as vantagens que o tráfego rodado nos oferece seriam bastantes escassas. Não obstante, ainda que desenvolvido para o trânsito, o princípio de confiança pode-se aplicar em todas aquelas atividades em que concorrem distintas condutas perigosas numa mesma situação. O princípio da confiança manifesta sua eficácia naqueles casos em que com a atuação infratora de um sujeito se misturam outros participantes na atividade de que se trate, que se encontram imersos no mesmo perigo criado pela infração.³⁴

2.5 A proibição de regresso

A teoria da proibição de regresso, de acordo com sua compreensão habitual, pretende recortar já no tipo objetivo (de autoria) as ampliações que a teoria da equivalência das condições introduziu no tipo objetivo dos delitos de resultado.³⁵ Conforme a teoria da proibição de regresso, deve-se renunciar aos resultados que se obtenham com a teoria da equivalência a respeito daquelas condições nas quais, para a produção do resultado, mediou a atuação dolosa e culpável de um terceiro. Ditas condições não cumprem nenhum tipo objetivo de autoria; por conseguinte, em caso de imprudência, sua criação é impune, e, havendo dolo, ficam abarcadas pelas ampliações do tipo de autoria: os preceitos relativos a participação.³⁶ Para que se entenda melhor, a teoria da proibição de regresso afirma que a intervenção culposa numa realização dolosa e plenamente responsável do tipo é impune: quem deixa um revólver carregado ou uma faca, não é responsável, segundo essa teoria, por homicídio culposo, se outra pessoa mata a um terceiro com esse elemento.³⁷ No Brasil, um sujeito que deixa ditos objetos, poderia responder como autor culposo do homicídio. A proibição de regresso é um critério para limitar a imputação de um resultado a certos comportamentos que podem ser causais, mas que estão fora do interesse do Direito Penal. Inicialmente sustentou-se que “não são causas as condições prévias de uma condição”.

(34) CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente – Criterios de imputación del resultado*. PPU, 1989. p. 327.

(35) JAKOBS, Günther. *La prohibición de regreso en derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá, Universidade Externado de Colombia, p. 102.

(36) JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 103-104.

(37) ROXIN, Claus. *Observaciones sobre la prohibición de regreso*. Trad. Marcelo Sancinetti. *La prohibición de regreso en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, p. 151.

Em sua versão moderna, a teoria da proibição de regresso já não se formula como uma negação do caráter *causal* das “pré-condições de uma condição”, dado que nesses casos a causalidade é inegável. Agora, trata-se de excluir a imputação naqueles casos em que a causa (ou a “pré-condição” no sentido de *Frank*) foi posta por alguém que não tem por que responder pelo resultado que produz diretamente um terceiro ou que é imputável a própria vítima.³⁸ Resumidamente, a teoria da proibição de regresso é um limite da participação criminal, ou seja, o comportamento doloso de um autor interromperia a imputação do resultado ao comportamento imprudente anterior unido causalmente com o resultado.

Os exemplos que surgem a respeito da proibição de regresso são os seguintes:

A imputação de um resultado exclui-se em relação as ações de um autor que são causais do mesmo por mediação de um terceiro *que não obra conjuntamente* com o autor. Exemplo: o vendedor legalmente autorizado de armas que vende ao autor o revólver que este utiliza para matar a outro, colocando uma condição do resultado sem a qual esse não se produziria (portanto, é causa do mesmo). Entretanto, na

(38) BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 192; para aprofundar, FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Límites de la participación criminal – Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en derecho penal?*, Comares, 1999; NAUCKE, Wolfgang. *La prohibición de regreso en derecho penal*. Trad. de Manuel Cancio Meliá, Universidade Externado de Colombia, p. 15 *et seq.*, começa explicando a teoria da proibição de regresso com o seguinte exemplo extraído do Tribunal Supremo do Reich alemão (RGSt, T. 64, p. 370): um sujeito havia envenenado dolosamente a sua esposa. Havia recebido o veneno de sua amante. No processo não se pode provar contra a amante que tivesse determinado dolosamente ao marido levar a cabo o homicídio nem que lhe houvesse ajudado dolosamente na realização do mesmo. Nesse caso, a problemática da proibição de regresso praticamente se coloca por seu próprio peso. O marido deve ser condenado como autor de um homicídio doloso; segundo a lei, isto é inequívoco. Pelo contrário, é de difícil contestação a questão sobre qual é o tratamento jurídico-penal que corresponde à amante. Ela não é partícipe no fato do marido, pois os preceitos do StGB relativos a participação exigem todos eles dolo do partícipe; ela, entretanto, não atua de modo doloso. O Tribunal condenou a amante como autora de um homicídio imprudente. Essa solução é acorde a da doutrina dominante. Uma opinião divergente, entretanto, pronuncia-se contra essa condenação. Fundamentalmente, essa postura sustenta o seguinte: o decisivo é o homicídio doloso cometido pelo marido; não se pode recorrer ao atuar imprudente da amante, ainda que fosse esta quem fizesse possível o fato do esposo. Essa opinião divergente pode caracterizar-se de modo prático e breve com a palavra “proibição de regresso” introduzida por Frank. Portanto NAUCKE afirma que se está limitado a um determinado grupo de casos: parte-se do pressuposto que um autor imputável que atua dolosamente produz diretamente um resultado juridicamente proibido, utilizando ou aproveitando o comportamento imprudente de outro. O problema geral que oferece esse grupo de casos é o seguinte: o comportamento consistente em fazer possível em forma imprudente um fato doloso não é punível a título de participação; pode-se castigar esse fazer possível de modo imprudente um fato doloso como autoria imprudente?

medida em que não incumbia ao vendedor custodiar que os compradores das armas, cuja venda está autorizada, não cometam com isso delitos, *não é garante* e não cabe a imputação do resultado diretamente ocasionado por terceiro.³⁹

Exemplo: alguém causa um acidente automobilístico por imprudência em que um terceiro resulta lesionado, de maneira que, no transcurso da cirurgia a que teve que se submeter, por negligência do cirurgião, morre a vítima. Aqui, ainda que o comportamento anterior seja imprudente, ficaria interrompida a imputação do resultado.⁴⁰

Essa teoria é muito discutida e não há acordo na doutrina para a sua utilização.

3. A realização do risco não permitido

O segundo nível em que se trata a questão da imputação objetiva é o da exigência de que o risco (não permitido) criado pela ação seja o que se realiza no resultado.⁴¹ Portanto, formam um segundo ponto essencial da discussão, característico da teoria atual da imputação, as questões em torno da realização do risco desaprovado.⁴² Para a imputação de resultados típicos não basta, segundo a teoria da imputação, que alguém tenha provocado os resultados típicos de modo causal e que tenha criado, mediante sua conduta, um risco desaprovado de produção de tais resultados.⁴³ É necessário, ainda, que esses resultados se configurem como a realização de um risco desaprovado pelo autor.⁴⁴

Nesse sentido, afirma Martínez Escamilla que, atualmente, praticamente toda doutrina afirma que para poder imputar um resultado a um autor não basta que sua conduta imprudente e o resultado estejam unidos por uma relação de causalidade, senão que deve existir um nexo específico entre ambos, de tal maneira que o resultado possa ser considerado a realização do risco penalmente relevante criado pelo autor, a realização que a norma infringida tinha por finalidade combater.⁴⁵

3.1 A exclusão da imputação se falta a realização do perigo

A imputação ao tipo objetivo pressupõe que no resultado se realize precisamente o risco não permitido criado pelo autor. Por isso, está excluída a imputa-

(39) BACIGALUPO, Enrique. op. cit., p. 192.

(40) CUELLO CONTRERAS, Joaquín. op. cit., p. 474.

(41) BACIGALUPO, Enrique. op. cit., p. 195.

(42) FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Trad. Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jáen Vallejo e Yesid Reyes Alvarado, Colex, 1995. p. 48-49.

(43) Idem, p. 49.

(44) Idem, p. 49.

(45) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. op. cit., p. 169.

ção, em primeiro lugar, se, ainda que o autor crie um perigo para o bem protegido, o resultado se produz não como efeito da realização desse perigo, senão só em conexão causal com o mesmo.⁴⁶ São os casos em que um delito doloso em um primeiro momento fica na fase da tentativa, mas, depois, acaba provocando o resultado como consequência de um curso causal imprevisível.⁴⁷ A doutrina coloca o seguinte exemplo: a vítima de uma tentativa de homicídio não morre no próprio atentado, mas num incêndio do hospital para o qual fora trasladada.⁴⁸ Nesse caso o autor criou certamente um perigo para a vida da vítima e também casou a sua morte; mas, como não se pode imputar a ele esse resultado porque esse não supõe a realização do perigo criado, só haverá cometido uma ação de tentativa de homicídio e não um homicídio consumado.⁴⁹ O exame de realização de perigo é prévio, de tal maneira que o curso dos fatos realmente produzido deve medir-se num segundo juízo de perigo que deve efetuar-se após a ação do autor. É dizer, que no caso do exemplo, devemos perguntar se o disparo efetuado pelo autor aumentou o perigo de uma morte num incêndio de modo juridicamente mensurável; e, a tal efeito, deve-se aplicar o mesmo critério que no primeiro juízo de perigo.⁵⁰ Pois bem, como a questão deve ser respondida negativamente – uma estância num hospital não fundamenta um perigo relevante de ser vítima de um incêndio acidental no mesmo –, deve negar-se a realização do perigo e a imputação do resultado.⁵¹

3.2 A exclusão da imputação se falta a realização do risco não permitido

Nos casos de risco permitido, a imputação ao tipo objetivo pressupõe que se ultrapasse o limite da autorização e com isso a criação de um perigo não permitido. Mas, assim como na criação usual de perigo, a consumação requer mais que a realização do perigo, e no caso de risco não permitido a imputabilidade do resultado depende adicionalmente de que no mesmo se realizou precisamente esse risco não permitido.⁵² O caso relativamente mais simples é o de que a superação do risco permitido simplesmente não repercute sobre o resultado em sua concreta configuração.

(46) ROXIN, Claus. op. cit., p. 373.

(47) Idem, ibidem.

(48) JAKOBS, Günther. *Derecho penal*, p. 274; ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 373.

(49) ROXIN, op. cit., p. 373.

(50) ROXIN, op. cit., p. 373-374. Para JAKOBS nesses casos a relação com o bem afetado é conforme ao Direito na medida que se expõe tais bens aos riscos usuais do tráfego viário ou da estância num edifício (hospital), pois tais riscos ou outros semelhantes não faltam inteiramente em nenhuma parte – salvo conservando os bens num museu.

(51) ROXIN, op. cit., p. 373.

(52) ROXIN, op. cit., p. 375.

Para Jakobs, tratam-se de casos em que um comportamento não é permitido sempre que não se ponha em marcha um curso causal prévio para diminuir o risco, ainda que esse curso causal não haveria surtido efeito no caso concreto.

Exemplo: o diretor de uma fábrica de pincéis subministra a suas trabalhadoras pelos de cabra chineses para a elaboração de pincéis, sem desinfetá-los previamente como estava previsto. Quatro trabalhadoras se infectam com bacilos de carbunco e morrem. Uma investigação posterior dá como resultado que o desinfetante prescrito seria ineficaz contra esse bacilo, não conhecido até esse momento na Europa.⁵³

Nesse caso o autor, ao omitir a desinfecção, num juízo *ex ante* criou um grande perigo, mas o mesmo, como se comprovou posteriormente, não se realizou. Se imputássemos o resultado ao autor, castigaríamos a este por uma infração de um dever, cujo cumprimento havia sido inútil. É isso proíbe o princípio da igualdade; pois se o curso dos fatos coincide totalmente com o que se produziu mantendo-se dentro do risco permitido, tampouco se pode manejar de modo distinto a imputação do resultado. Portanto, se o fabricante tivesse dolo homicida, somente poderia ser castigado por tentativa; e no caso mais verossímil de mera imprudência se produziria a impunidade.⁵⁴

Em outros casos, a infração do dever que ultrapassa o risco permitido certamente é causal para o resultado, mas o risco de produção do resultado não se aumentou pela superação ou excesso. Exemplo: o autor ultrapassa a velocidade máxima permitida, mas, pouco depois, volta a observar a velocidade prescrita. Então, atropela uma criança que saiu repentinamente detrás de um automóvel, colocando-se em frente ao seu carro; o acidente é objetivamente inevitável para o condutor.⁵⁵

Em considerações como essa o acidente foi causado não só pela (permitida) condução do automóvel em si mesma, senão precisamente também por ultrapassar a velocidade máxima; pois, sem ela, o veículo não estaria nesse lugar preciso ao cruzar a criança pela rua e não sucederia nada. Pese a isso, nesse caso tampouco se realizou o risco específico que é imanente ao excesso de velocidade. Pois, por uma condução demasiadamente rápida não se aumenta o risco de que se produza um acidente numa condução novamente regular; desse modo também se pode evitar um posterior atropelamento, porque o carro passou já longe pelo potencial local do acidente. A proibição do excesso de velocidade não quer impedir que os automóveis passem num determinado momento por um determinado lugar. Portanto, o haver experimentado o risco proibido só por causalidade deu lugar ao acidente, de modo que se exclui a imputação do resultado e, para isso, não é preciso uma classe especial de comprovação da causalidade, o que muitas vezes quer a jurisprudência.⁵⁶

O mesmo rege no caso de que se origine um acidente porque durante uma ultrapassagem proibida rompe-se uma roda do veículo que ultrapassava por cau-

(53) JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. p. 281; ROXIN, Claus. p. 375.

(54) ROXIN, Claus, op. cit., p. 375-376.

(55) ROXIN, Claus, op. cit., p. 376.

(56) ROXIN, Claus, p. 376.

sa de um defeito de material não conhecido (BGHSt 12, 79); pois nesse caso se realizou, não o perigo que radica na ultrapassagem proibida, senão uma circunstância fortuita (causal) para o motorista: ainda dirigindo corretamente, em qualquer momento a roda também poderia romper-se e causar um acidente.⁵⁷

3.3 A exclusão da imputação em caso de resultados que não estão cobertos pelo fim de proteção da norma de cuidado

Também há casos em que a superação do risco permitido inicialmente aumentou claramente o perigo de um curso do fato que logo se produziu, mas, em que pese isso, não pôde ter lugar a imputação do resultado.⁵⁸

Nesse passo, a imputação objetiva pode faltar, quando o *resultado fica fora do âmbito de proteção da norma* que o autor vulnerou mediante sua ação, já que em tal caso não se realiza no resultado o risco juridicamente desaprovado que criou o autor, senão outra classe de risco.⁵⁹ Afirmar Luzon que para a imputação objetiva é preciso, ademais, que o resultado concretamente causado encaixe no fim de proteção ou evitação da norma, é dizer, que coincida com o tipo de causação de resultados que precisamente pretende evitar a norma proibitiva direta ou a norma de cuidado infringida; trata-se, pois, de um critério de interpretação teleológica do tipo.⁶⁰

O critério do fim de proteção da norma pode configurar-se, em geral, como princípio regulador que pode operar em distintos níveis. Entretanto, encontra seu âmbito próprio de aplicação, como critério de imputação, na determinação da existência ou não da relação de risco.⁶¹ A função mediata, ou última, do critério do fim de proteção da norma é a comum a todos os critérios de imputação, de raiz essencialmente de política criminal.⁶² Trata-se de evitar que, pese a introdução no injusto da infração da norma de cuidado e pese a utilização de princípios reguladores, como o risco permitido, no juízo sobre o injusto típico, continuem existindo castigos que tenham claras conotações “versaristas”.⁶³

Jakobs menciona que são comportamentos sem procedimentos de segurança. São os casos em que o comportamento do autor não está permitido por haver

(57) ROXIN, Claus, p. 377.

(58) ROXIN, Claus, op. cit., p. 377.

(59) JESCHECK, Hans-Heinrich, op. cit., p. 390.

(60) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal – Parte general I*. Universitas, S.A., p. 382.

(61) CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente – criterios de imputación del resultado*, PPU, 1989. p. 571-572.

(62) Idem.

(63) Idem, ibidem.

omitido o processo de determinados procedimentos de segurança, quando, no caso concreto, sua adoção prévia não haveria incorporado, entretanto, segurança adicional alguma em razão de um defeito do próprio procedimento.⁶⁴

A doutrina, para explicar esse caso, costuma colocar o seguinte exemplo: um dentista aplica anestesia geral a um paciente sem submetê-lo previamente ao reconhecimento de um médico, o que claramente estava indicado; por não tolerar a anestesia geral, o paciente morre; se houvesse sido consultado o médico, este também não tinha como diagnosticar a incompatibilidade existente.⁶⁵ Nesse caso, desde o princípio era reconhecível que a intervenção de um médico como mínimo retardaria os riscos de uma intervenção. Contudo, não tem sentido a imputação do resultado: o dever de consultar um médico não tem a finalidade de provocar um retardamento da intervenção e desse modo prolongar ao menos a curto prazo a vida do paciente.⁶⁶ Por isso, não se realizou o perigo que queria prevenir o preceito de cuidado infringido e aí fracassa a imputação do resultado.⁶⁷

Roxin adverte que de todos os grupos de caso de falta de realização de risco não permitido ou, como também se formula, de falta de “nexo de risco” se pode inclusive dizer que o fim de proteção da norma não abarca a concreta forma de produção do resultado. Somente se deve ser consciente de que na realização do risco não permitido, trata-se sempre do *fim de proteção da norma de cuidado limitadora do risco permitido* (do mandato de iluminação, do dever de consultar um médico especialista etc.), e não do fim de proteção do tipo penal. Em compensação, os casos propriamente ditos de exclusão da imputação pelo fim de proteção do tipo são aqueles em que a norma típica (a proibição de matar, lesionar, danificar etc.) não abarca de antemão determinadas condutas e conseqüências. Esses casos, discutem-se aqui desde a perspectiva do “alcance do tipo”, e, contra o que majoritariamente se faz, não deveriam misturar-se com os casos em que a imputação se exclui já porque o fim de proteção dos mandados de cuidado não cobre o resultado produzido.⁶⁸

(64) JAKOBS, Günther. *Imputación*, p. 117.

(65) Idem, ibidem, ROXIN, Claus. *Derecho penal, com algumas modificações*, p. 377. Afirma-se, por exemplo, que as normas que proíbem aos condutores de automóveis executar perigosas manobras de ultrapassagem não tem como finalidade proteger aos demais condutores de infartos sofridos como conseqüência da alteração nervosa gerada por uma perigosa ultrapassagem; em conseqüência, ao condutor que de forma não regulamentar e perigosa ultrapassa a outro carro, não lhe é imputável a título de lesões pessoais o infarto que, pelo susto, sofre o condutor do veículo ultrapassado, cf. *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, volumen 2, München und Berlin, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1959. p. 2320 y 2321, REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, Temis, 1994. p. 204-205.

(66) ROXIN, Claus. p. 378.

(67) Idem, ibidem.

(68) ROXIN, Claus, op. cit., p. 378-379.

3.4 Conduta alternativa conforme ao direito e teoria do incremento do risco

Como recorda Reyes, as primeiras tentativas de trabalhar com cursos causais hipotéticos surgiram dentro da teoria da equivalência das condições por meio da fórmula da *conditio sine qua non*, mecanismo esse que foi criticado com razão, porque a multiplicidade de causas de sucessão que podiam hipoteticamente produzir o mesmo resultado, ainda quando a conduta do autor se suprimisse mentalmente, não permitiam obter resultados satisfatórios na maioria dos casos.⁶⁹ Entretanto, uma vez reconhecida amplamente a incapacidade da *conditio sine qua non*, e aceita a necessidade que o direito penal tem de diferenciar entre conceitos de causalidade e imputação, voltou a tomar importância a proposta de recorrer ao emprego de cursos causais hipotéticos, mas dessa vez como mecanismo de estabelecer se um risco desaprovado se realizou ou não no resultado; admitindo-se que não se trata já de indagar sobre um problema causal, propõe-se estabelecer uma limitação aos cursos causais hipotéticos que devem ser utilizados, de maneira tal que em lugar da conduta do acusado não teria que se incluir *qualquer outra forma* de comportamento, senão tão só aquela conduta que o autor deveria haver realizado de acordo com as exigências legais.⁷⁰

Para Roxin o problema mais discutido em conexão com a idéia de risco se refere a questão de que se devemos imputar um resultado, quando mediante uma conduta alternativa, conforme ao Direito o mesmo seria evitado, não com segurança, senão só provavelmente ou possivelmente.⁷¹

A doutrina colaciona o exemplo da sentença do Tribunal Supremo Federal da Alemanha: o motorista de um caminhão quer ultrapassar a um ciclista, mas, ao fazê-lo, não guarda a distância de separação lateral regular, por acercar-se a uns 75 cm do mesmo. Durante a ultrapassagem o ciclista, que ia fortemente alcoolizado, gira a bicicleta à esquerda, por uma reação de curto-circuito provocada pelo álcool e cai sob as rodas traseiras do caminhão. Se comprova que provavelmente (variante: possivelmente) o acidente também se produziria, ainda que se houvesse guardado uma distância de separação lateral suficiente segundo as normas de trânsito.⁷²

⁽⁶⁹⁾ REYES ALVARADO, Yesid, op. cit., p. 231.

⁽⁷⁰⁾ REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., p. 231-232; Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. op. cit., p. 451, "o problema que estabelecem as "condutas alternativas adequadas ao direito" está intimamente relacionado com a relevância penal que se dê a evitabilidade do resultado. Esses casos foram tratados, tradicionalmente, sob a denominação de *cursos causais hipotéticos*. Comum a todos eles é a existência de uma conduta do autor que infringe o dever objetivo de cuidado junto a constatação da existência de relação causal, no sentido da teoria da equivalência das condições, entre essa conduta e o resultado. A peculiaridade de esses casos se estriba em que, "*ex post*" se comprova que o resultado se produziria igualmente com uma conduta diligente do autor".

⁽⁷¹⁾ ROXIN, Claus. p. 379; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 391.

⁽⁷²⁾ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. p. 379; JAKOBS. *Imputación*. p. 121.

Está amplamente aclarada a questão de que se exclui a imputação se a conduta alternativa, conforme ao Direito, conduzisse com segurança ao mesmo resultado; pois então não se realizou a superação do risco permitido no curso real do acontecimento. Em compensação, no caso do exemplo, segundo a concepção mantida por Roxin, é obrigada a imputação, porque uma condução correta haveria salvado a vida do ciclista, certo que não com segurança, mas possivelmente, e, portanto, a superação do risco por não guardar a distância de separação lateral incrementou de modo juridicamente relevante a possibilidade de um acidente mortal.⁷³

Para referido autor, isso se baseia na seguinte reflexão: se, apesar de guardar a distância requerida, o ciclista morreu. Também se realizou nesse curso do fato um risco que sempre existe nas ultrapassagens; mas desse risco o motorista seria liberado pelo legislador que lhe autorizou (por guardar a distância requerida), por isso o resultado não lhe seria imputável. Se, ao contrário, o autor ultrapassa o risco permitido e se produz então o resultado como consequência do perigo existente na ultrapassagem, o mesmo é imputável como realização de um perigo proibido. Não existe nenhum motivo para liberar também aqui o autor do risco e absolvê-lo, pois o limite máximo de risco tolerável é traçado pela distância legal de separação lateral. E todo incremento desse risco faz recair as consequências sobre o autor.⁷⁴

(73) ROXIN, Claus. p. 379.

(74) ROXIN. p. 379-380. Roxin advoga que ainda quando a conduta exigível tampouco houvesse podido evitar o resultado, esse deve ser imputado ao autor porque criou um risco que não é equiparável ao permitido, senão que o excede (ZStW 74, 1962, p. 434), em REYES ALVARADO, Yesed. Op. cit., p. 248. Dessa maneira se pretenderam solucionar casos como o do médico que havendo cometido um grave erro no desenvolvimento de uma operação, quisera defender-se com o argumento de que dada a complexidade do procedimento o paciente quiçá não sobreviveria, ainda quando a operação estivesse livre de erros; nesses casos, a tese de Roxin conduziria a condenação do médico, posto que se bem a conduta conforme ao direito provavelmente não evitaria a morte do paciente, sua conduta gerou um risco que não pode ser equiparável ao que normalmente emerge de uma intervenção cirúrgica, cf. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., p. 248. Essa afirmação de Roxin deu lugar a uma reprovação à teoria da elevação do risco já que viola o princípio do *in dubio pro reo*, enquanto propõe que quando não esteja demonstrado se a conduta conforme ao direito evitaria ou não o resultado se condene o acusado por haver estendido um risco maior que o permitido; com esse procedimento, afirma-se, estaríamos resolvendo toda a dúvida contra o acusado, cf. REYES ALVARADO, Yesid. op. cit., p. 248. Contra esta objeção, contestou-se que a proposta da teoria da elevação do risco contém dois aspectos que devem ser claramente diferenciados: de uma parte, exige-se por parte do juiz o absoluto convencimento de que a conduta do autor gerou um risco superior ao que deveria derivar-se de uma conduta conforme ao direito, de maneira que quando o funcionário judicial não possua certeza sobre a elevação do risco, deve resolver a dúvida em favor do acusado; mas, de outra parte, há oportunidades em que, estando demonstrada a elevação do risco, não existe certeza sobre se a conduta conforme ao direito evitaria com absoluta segurança a produção

O fundamento da teoria do incremento do risco baseia-se na afirmação de que a finalidade de proteção da norma de cuidado existe para reduzir o perigo de lesão do bem jurídico, quando a conduta ultrapassou a medida do risco permitido.⁷⁵ Contanto que a conduta que infringe o cuidado não produza, no caso concreto, nenhum risco maior que o que produziria a conduta adequada, com base no princípio da igualdade, afirma-se a impunidade do comportamento. Ao contrário, no caso de que a conduta infratora da norma de cuidado, em comparação com a conduta alternativa adequada aumente o risco, essa elevação não é compatível com a finalidade da norma.⁷⁶ Em consequência, o resultado produzido tem que ser imputado, quando possivelmente com a conduta alternativa se produziria um menor risco. Em outras palavras, para a teoria do risco haverá imputação quando a conduta imprudente, em relação com a cuidadosa, produzir um aumento do perigo para o objeto da ação.⁷⁷ Essa perspectiva, para a imputação do resultado, é suficiente para que o autor tivesse uma “reale Chance” de evitar o resultado e não o fez⁷⁸.

do resultado, sendo casos nos quais não se deve resolver em favor do acusado porque sua conduta foi geradora de um risco superior ao que normalmente deveria produzir-se. Com essa distinção, afirma-se que a teoria da elevação do risco aplica corretamente o *in dubio pro reo* aos problemas de índole pessoal, mas sem empregá-lo em campos que como o direito material são por completo alheios a dito postulado, cf. REYES ALVARADO, Yesid, op. cit., p. 248-249. Com esta resposta, surgem inevitavelmente dúvidas sobre se a teoria da elevação do risco é uma tese que busca explicar em forma autônoma a imputação objetiva, ou se refere-se tão só ao um de seus elementos, vale dizer, a criação ou a realização de um risco desaprovado. Com efeito, quando se afirma que se deve sancionar ao autor pelo fato de haver elevado o risco, independentemente de se o resultado se pudesse ou não evitar com segurança mediante uma conduta alternativa conforme ao direito, se está referindo a teoria da elevação do risco a simples criação de riscos juridicamente desaprovados, com absoluta independência da criação do risco, cf. JAKOBS, Günther, Lehrbuch, Rd 7/99, em REYES ALVARADO, Yesid, op. cit., p. 248; sobre isso não pode caber dúvida alguma, posto que se sanciona ao autor, ainda quando sua conduta conforme ao direito causasse o mesmo resultado, se está sancionando uma pessoa sem estar seguro de que foi sua conduta irregular a que gerou o resultado nocivo. E se isso é assim, se está violando claramente o princípio *in dubio pro reo*, porque se estaria imputando a alguém um resultado pelo fato de que quicá sua conduta contrária ao direito pudesse evitá-lo, é dizer, porque talvez foi sua atuação a que produziu o resultado, cf. REYES ALVARADO, Yesid, p. 249-250.

(75) CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente – criterios de imputación del resultado*, PPU, 1989. p. 497.

(76) CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. op. cit., p. 497-498.

(77) ROXIN, ZStW 74, 1962. p. 411, em CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. op. cit., p. 498.

(78) CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. op. cit., p. 498; Cf. GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano. *Teoría del delito imprudente*, (Doctrina general y Regulación legal), Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1991. p. 94, “Com sua teoria

Porém, em que pese a argumentação exposta até o presente, uma parte da doutrina e da jurisprudência chega a outra conclusão. O Tribunal Supremo Federal (Alemanha) diz que: "Somente se pode aceitar que uma conduta infratora das regras de cuidado é causal a respeito de um resultado danoso se é seguro que com uma conduta correta no trânsito não se produziria o resultado". Em caso contrário, argumenta-se também na doutrina, "se não é seguro que se realizou o perigo não permitido e em virtude do princípio *in dubio pro reo* o autor deve ser absolvido".⁷⁹

Ao aplicar-se o princípio *in dubio pro reo* a decisão é cristalina: o motorista (caso do exemplo citado) que leva a cabo a ultrapassagem, ao não manter a suficiente distância lateral, gera com seu comportamento um risco não permitido, entretanto, tal risco não está numa relação planificável com o sobressalto que por causa do ruído sofrem os ciclista ébrios, e tampouco está com o fato de que estes resultem atropelados se realizam um movimento excessivo para um dos lados; pode ser provável que as coisas ocorressem de outro modo, mas isso não está provado.⁸⁰ Por conseguinte, o motorista do caminhão não haveria de responder pela consequência sobrevinda, é dizer, pelo homicídio. Em favor do caminhoneiro, haveria que partir da base de que o ciclista deveria atribuir o acidente a si mesmo como consequência da infração de seus deveres de autoproteção: participar no trânsito apesar de sua incapacidade para conduzir.⁸¹

Para Roxin, as argumentações são incorretas, já que não é lícito dividir um risco em uma parte permitida e outra não permitida e averiguar separadamente para cada uma a realização do perigo. Se o autor ultrapassa o risco permitido e com isso segue incrementando o risco que precisamente ainda era tolerável, cria um risco em conjunto simplesmente proibido. E esse risco proibido em sua totalidade também se realiza se se produz o resultado; disso não cabe a menor dúvida, portanto não há campo de aplicação para o princípio *in dubio pro reo*.⁸²

Para referido autor, não se pode descompor o risco num *quantum* permitido e outro proibido, e exigir uma comprovação da causalidade separada para cada um, pois é algo que se segue necessariamente do fim de proteção da norma de cuidado, que também é em outros casos tão importante para a questão de que se realizou um perigo não permitido. Com efeito, o legislador tem que insistir tam-

do incremento do risco Roxin acredita poder resolver o inconveniente que apresentava a doutrina contrária, consistente em ter que recorrer a processos causais hipotéticos (que levam em conta um comportamento alternativo correto), o que conduziria a impunidade na maioria dos delitos imprudentes, pois, com efeito, como resulta quase impossível averiguar com total segurança o que haveria ocorrido se o autor não houvesse realizado a ação contrária ao cuidado, aquele sempre poderia escudar-se em que quicá se haveria produzido em todo caso a morte da vítima e haveria que absolvê-lo em virtude do princípio *in dubio pro reo*.

(79) ROXIN, Claus. p. 380.

(80) JAKOBS, Günther. *Imputación*. p. 121.

(81) Idem, *ibidem*.

(82) ROXIN, Claus. p. 380.

bém no cumprimento da norma de cuidado precisamente ali onde sua observância aumenta claramente a possibilidade de salvaguarda do bem jurídico, mas não a garante com absoluta segurança.⁸³

Jakobs, criticando a teoria do incremento do risco, diz que é incorreta a tese fundamental segundo a qual não se pode fracionar um risco numa parte permitida e outra não permitida, senão que, ao contrário, o autor “cria um risco simplesmente proibido em seu conjunto” ao superar o risco permitido e “seguir incrementando o risco que justamente ainda era tolerável” (Roxin, AT, 11/74). Precisamente, essa perspectiva não é certa, e, se quiséssemos tomar como base, isso excluiria que se pudesse negar a responsabilidade do autor quando se provasse que foi o risco da vida que se realizou, pois se a superação do risco permitido criasse um “risco simplesmente proibido *em seu conjunto*”, junto a esse risco não existiria nenhum tipo de risco da vida: essa seria a idéia do *versari in re illicita*. Frente a isso, a graça da orientação social atual está precisamente em que há uma distinção entre as conseqüências planificáveis de um comportamento e os meros traspasses de riscos vitais que excluem o planejamento e nada aportam para a orientação.⁸⁴

Portanto, a conclusão de Jakobs é de que a necessária aplicação do princípio *in dubio pro reo* deve conduzir a absolvição inclusive nos casos limites de extrema falta de cuidado, sendo pouco provável a explicação por meio de outro risco; mas não porque não concorra um comportamento desaprovado, senão porque não está provado que o resultado possa ser atribuído ao comportamento.⁸⁵ Enquanto todas as tentativas culposas, ainda as extremamente descuidadas, permaneçam impunes, não há nenhuma razão de converter artificialmente esse âmbito em algo especial. O que pode resultar perturbador no âmbito da imprudência é a intensa dependência da punibilidade com o resultado, é dizer, com a consumação, mas essa dependência é um problema geral e não pode ser resolvida com um ponto de partida concreto; tendo em conta, ademais, que esse ponto de partida conduz simultaneamente, e de modo desbordante, a ter que castigar, inclusive em caso de ser mínima, a imprudência e provavelmente a explicação do resultado por meio de outro risco.⁸⁶

(83) ROXIN, Claus. p. 380-381.

(84) JAKOBS, Günther. *Imputación*. p. 124-125.

(85) JAKOBS, Günther. *Imputación*. p. 125. No mesmo sentido, GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano, op. cit., p. 95, quando afirma que “a teoria do incremento do risco é criticável, ademais das razões processuais, já que vulnera o princípio *in dubio pro reo*, por razões de direito material: Que grau de probabilidade se requer para falar de um aumento do risco, em relação com o processo causal em que não houvesse descuido? Em realidade, somente se pode eleger entre duas possibilidades relevantes: ou há certeza de que a conduta correta haveria evitado o resultado ou não há, e em caso de dúvida o critério de favorecer ao acusado parece decisivo.

(86) JAKOBS, Günther. *Imputación*. p. 125; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, op. cit., p. 386, com uma posição similar afirma que o critério do incremento do risco não parece correto, pois o decisivo deve ser se o resultado encaixa ou não no fim da norma por realizar o risco típico inicial – maior por certo que o permitido – da ação; e se o concreto resultado não guarda relação com essa perigosidade inicial, que é

Com esse breve estudo, procuramos desenvolver alguns pontos que seguem sendo discutidos e aplicados na doutrina estrangeira. Porém, como se pode extrair do texto, em vários deles, não há acordo na doutrina. De qualquer modo, fica lançada a semente para que se comece a pensar nos novos parâmetros a que conduz essa teoria.

o que ocorrerá na maioria dos casos desses cursos causais hipotéticos, não haverá imputação objetiva. Por certo que será preciso que haja segurança ou ao menos uma grande probabilidade de que o resultado também se produziria com a conduta correta para poder afirmar, com certeza ou em virtude do *in dubio pro reo*, que o resultado não é precisamente a realização do perigo inerente à ação incorreta sem que baste uma certa possibilidade de que também o causaria a conduta correta.