

VANESSA DA COSTA DE SOUZA

O Processo de Imputação Proposto por Roxin

Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

O PROCESSO DE IMPUTAÇÃO PROPOSTO POR ROXIN

Vanessa da Costa de Souza

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho analisa o processo de imputação proposto por Claus Roxin, com o fito de demonstrar a necessidade teórica da moderna teoria da imputação objetiva e revelar a repercussão do emprego de seus critérios na solução de casos concretos. Para melhor atender a esse escopo, dissecam-se o processo de imputação de Roxin que compreende duas etapas: a) aferição da presença do nexa causal entre conduta e resultado, a partir da teoria da equivalência das condições; e b) aplicação dos critérios da criação de um risco não permitido, da realização do risco no resultado concreto e da inserção do resultado no alcance do tipo. Em todo o trabalho compara-se a solução de diversos casos pelas teorias precursoras e pela moderna teoria da imputação objetiva, extraindo-se desse cotejo a relevância teórica e prática da teoria proposta por Roxin.

Palavras chave: Imputação objetiva; Nexa causal; Risco; Alcance do tipo.

Sumário: Introdução. 1– Generalidades. 2– Os critérios de imputação objetiva. 2.1– A criação de um risco não permitido. 2.1.1– A exclusão da imputação na diminuição do risco. 2.1.2– A exclusão da imputação na ausência de criação de perigo. 2.1.3– A exclusão da imputação nos casos de risco permitido. 2.1.4– Criação de perigo e cursos causais hipotéticos. 2.2– A realização do risco não permitido no resultado. 2.2.1– A ausência de realização do perigo. 2.2.2– A não realização do risco não permitido. 2.2.3– Os resultados não compreendidos no fim de proteção da norma de cuidado. 2.2.4– O comportamento alternativo conforme ao Direito. 2.3– O alcance do tipo. 2.3.1– A contribuição a uma autocolocação em perigo dolosa. 2.3.2– A altercolocação em perigo consentida. 2.3.3– A atribuição ao âmbito de responsabilidade alheio. 2.3.4– Os danos sobrevindos posteriormente. 2.3.5– Os casos em que se produz um segundo dano. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em 1970, Claus Roxin torna público, com seu artigo dedicado a Honig - Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal, seus esforços para a fundamentação de uma teoria jurídico-penal da imputação com lastro em novos parâmetros: a política criminal e a moderna teoria dos fins da pena. A partir desse marco a temática da imputação objetiva torna-se o centro das atenções em Direito Penal não só na Alemanha como, logo também, em todo o mundo.

Desde sua concepção a teoria da imputação objetiva é caracterizada pelo embate frontal com os adeptos da teoria finalista da ação que viram ameaçado o que edificavam há longos anos. Isso porque não sabiam como fazer frente a uma teoria que se propunha a marginalizar a finalidade, enaltecendo os fins do Direito Penal e a perspectiva preventista da pena; ou melhor, uma teoria que compartilhava das vantagens da teoria finalista e ousava resolver casos que esta ou não solucionava ou não o fazia a contento.

Pois bem, não poderia ser outro o rumo senão o de intensa controvérsia acerca da conveniência em se adotar teoria da imputação. E diante da função primordial que esta teoria desempenha na dogmática jurídico-penal recente, seu estudo se apresenta como uma necessidade premente.

O objetivo deste trabalho pode ser condensado em duas metas precípuas, a de demonstrar a necessidade teórica da denominada moderna teoria da imputação objetiva e a de revelar a repercussão do emprego de seus critérios na solução dos casos concretos - sobretudo pelo exame de julgados oriundos dos tribunais alemães.

Restará evidente que ademais que a teoria apresentada absorve o que há de significativo das teorias antecessoras tomando diversas noções como parâmetros essenciais no processo de imputação. São exemplos: o emprego da teoria da equivalência das condições na aferição da causalidade, como etapa prévia e vinculativa à aplicação dos critérios de imputação; o uso do método da prognose póstuma objetiva, originário da teoria da causalidade adequada, no exame da realização do risco; o apelo à interpretação dos tipos, decorrente da teoria da relevância, abrindo caminho para a introdução de considerações teleológicas também mais gerais, como a idéia dos fins do Direito Penal e da pena, que irão inspirar Roxin na formulação de seus critérios de imputação; e a análise do aspecto subjetivo do delito no próprio tipo, herança da teoria finalista.

Veja-se que o processo de imputação formulado por Roxin acentua a importância, mas não a suficiência, de verificar-se a presença do nexa causal entre a conduta do agente e o

resultado produzido para, apenas depois, aplicar os critérios de imputação. Esses critérios, como se verá, são de três ordens: criação de um risco não permitido; concretização do risco no resultado; e alcance do tipo.

O intuito será o de explicar, genericamente, em que consiste cada um deles e relevar a distinção entre eles, remarcando suas singularidades. E, para tanto, recorre-se ao auxílio de exemplos extraídos de julgados dos tribunais alemães, no mais das vezes capazes de simplificar a compreensão de enunciações densas e complexas que envolvem o tema da imputação.

Por fim, restará certo que a teoria da imputação, tal como formulada por Roxin, consiste em perquirir se há com o comportamento do agente a criação de um risco proibido, se este risco se materializa no resultado concreto e ainda se este resultado se insere no âmbito de proteção do tipo. E apenas quando preenchidas estas três premissas é que será possível atribuir o resultado ao agente.

1. GENERALIDADES

ROXIN, (2002b) inicia sua explanação ressaltando que “uma tal imputação objetiva, nos delitos comissivos, é de antemão impossível se o autor não causou o resultado”. Assim sintetiza que o processo de imputação, na sua concepção, desdobra-se em duas etapas. Primeiramente, há de se configurar a relação denexo de causalidade entre a conduta praticada pelo agente e o resultado produzido. Num momento posterior, sendo certo que presente o liame causal, e só então, passa-se ao exame dos critérios de imputação objetiva - a criação ou aumento de um risco desaprovado, sua realização no resultado e inserção no alcance do tipo.

A esse propósito é bem de lembrar que só faz sentido perquirir a relação de causalidade quando presente a integração na descrição típica de ação e resultado, ou seja, quando o crime é denominado de resultado.

Como sabido, o nexo causal é uma condição necessária, mas não suficiente para a imputação ao tipo objetivo. E isso autoriza Roxin a lançar mão da censurada teoria da equivalência das condições para aferir sua presença. Na medida em que a causalidade não decide mais sozinha a respeito da realização do tipo objetivo, sendo necessário acrescentar outros critérios de imputação, perde força a crítica mais corrente àquela teoria, a de que abriria campos de responsabilização demasiado vastos.

Assim, nos delitos de resultado a causalidade representa unicamente o limite máximo da responsabilidade penal, permanecendo, como tal, indispensável.

2. OS CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A imputação ao tipo objetivo tem baliza em dois princípios, sendo o primeiro antecedente necessário do segundo: (i) a criação de um risco não permitido; (ii) a realização deste risco no resultado concreto. Em regra, presentes, cumulativamente, estes requisitos estará configurado o tipo objetivo.

É bem de ver que embora a criação do risco e sua materialização no resultado sejam igualmente pressupostos da imputação, há uma diferença marcante na carência deste ou daquele requisito. Enquanto a ausência de criação do perigo leva à isenção de pena, a não realização do perigo em uma lesão exclui unicamente a consumação. Assim, sendo permitido o risco criado pelo agente, ele não responderá em qualquer medida; mas ao criar um risco proibido que apenas não venha a se realizar no resultado produzido, responderá na forma tentada, a menos que o crime em questão não admita esta modalidade.

A par disso, a grande peculiaridade da proposta de Roxin reside na previsão de um terceiro elemento condicionante da imputação, capaz de afastar o tipo objetivo ainda quando presentes tanto a criação de um risco proibido quanto a sua realização no resultado: o alcance do tipo.

Em suma, a imputação ao tipo objetivo dependerá da realização de um perigo criado pelo autor, não coberto pelo risco permitido, dentro do alcance do tipo.

A seguir, passa-se a analisar de forma pormenorizada cada um desses elementos hábeis a, em conjunto, ensejar a atribuição de um resultado a alguém.

2.1 A CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO

No bojo do estudo da configuração de um risco não permitido, vai-se examinar não só quando se entende genericamente que este estará presente, mas ainda quando estará decididamente afastado, seja em virtude de estar-se diante da diminuição do risco, da ausência de criação de perigo ou de um risco permitido. Será de todos estes conceitos, bem como da ordem de influência dos cursos causais hipotético na criação do risco, que se ocupará por ora.

No finalismo bastava a causalidade do comportamento para preencher-se o tipo objetivo. E, parecendo injusta a punição, valia-se da falha solução da exclusão do dolo para afastar a tipicidade.

A partir da concepção de que o Direito Penal, legitimamente concebido no seio de um Estado Social de Direito, só deve impor limitações às liberdades quando estritamente necessário, Roxin ensina que o Direito Penal, no exercício de sua função preventiva, pode apenas proibir condutas *ex ante* perigosas.

Nesse esteio nasce o princípio do risco segundo o qual é imperioso que o agente, com sua conduta, crie um risco relevante de lesão típica a um bem jurídico para que seja possível, objetivamente, desencadear um processo causal danoso. Lembre-se que este princípio se insere num sistema de base funcional, que apresenta a peculiaridade de buscar uma relação mais íntima entre a formulação doutrinária e sua concretização, de modo a construir argumentos sólidos, resultantes da discussão travada em torno de casos práticos.

Chegada a hora de ilustrar a aplicação deste princípio, vale-se do exemplo comumente utilizado: o sobrinho, interessado na abastada fortuna de seu tio, convence-o a ir à floresta, na iminência de uma tempestade, desejando seja atingido por um raio.

Ora, parece óbvio que mandar alguém a uma floresta não cria um perigo de morte juridicamente relevante, já que “a possibilidade de ser alcançado pelo raio é estatisticamente tão pequena que o Direito não valora como um perigo proibido” ROXIN, (1989). E o emprego do princípio do risco permite suplantar a justificativa finalista pautada na ausência de dolo, na medida em que é inquestionável que o desejado, no plano subjetivo, corresponde exatamente àquilo que o autor causou no objetivo (no caso a morte do tio). O definitivo é que, embora presente, o dolo empregado não era um dolo de homicídio, porquanto visava a algo não punível.

Importante ainda salientar que a criação do perigo será avaliada segundo a prognose póstuma objetiva, nos moldes dados pela teoria da adequação, ou seja, cumprirá ponderar se um observador prudente posicionado antes da prática do fato, diante dos conhecimentos especiais que detém, consideraria a conduta como arriscada.

Assim, nos termos da teoria do risco, o tipo estará configurado quando a conduta ultrapassar os limites do risco autorizado; quando impuser um perigo relevante para o bem jurídico. Mas a dificuldade em se demonstrar concretamente que o comportamento supera o risco permitido nos leva a examinar ainda as hipóteses em que se afirma, com maior segurança, *não haver criação ou aumento do risco*, quais sejam as de (i) diminuição do risco

para o bem jurídico; (ii) ausência de criação de perigo; (iii) risco permitido. São, portanto, dessas hipóteses de exclusão da imputação objetiva que se passa a cuidar.

2.1.1 A exclusão da imputação na diminuição do risco

Como visto, o princípio do risco estabelece a necessidade de a conduta do agente criar ou aumentar o risco de ocorrência do resultado para que este lhe possa ser atribuído. Por essa razão, faltará criação de um risco e, conseqüentemente, imputação, se o autor alterar o curso causal de tal sorte que ele diminua a situação de perigo já existente para a vítima. E isso se justifica na medida em que, agindo para minorar as conseqüências de um ato em si lesivo, o agente atua no sentido da finalidade de proteção da norma e não contra ela.

Se é verdade que as ações que diminuem riscos não podem ser imputadas como ações típicas, quando, por exemplo, alguém desvia a pedra que vê voar em direção à cabeça de outrem, sem torná-la inócua, mas fazendo-a atingir uma parte do corpo menos perigosa, não comete lesões corporais.

A suposta lesão, decerto, será causal em relação àquele que interferiu no curso da ação, mas não lhe será imputada porquanto implicou a diminuição do risco. Neste caso prevalece o afastamento da imputação, porque o agente, em vez de visar à lesão do bem jurídico, orientou concretamente sua conduta no sentido de proteger esse bem, diante de um dano de maior gravidade. Veja-se, não é determinante que o agente logre *salvar* o bem jurídico ou tampouco que de sua conduta, de todo modo, resulte um dano à vítima, desde que tenha atuado no limite de suas possibilidades.

É bem de notar que os casos em que o risco é tão somente postergado merecem tratamento equiparado à diminuição do risco. Ou seja, não haverá imputação quando, por exemplo, o médico procura impedir a morte de um paciente, mas só logra adiá-la.

Merece relevo o fato de que tais casos de diminuição de risco não seriam solucionados pela teoria da adequação, já que o curso causal modificador do resultado é completamente previsível para o autor e muitas vezes por ele desejado. E mais, em que pese admitir serem os casos de diminuição de risco solucionáveis sob o prisma da antijuridicidade, reconhecendo-se um estado de necessidade, ROXIN, (2002b) ensina que isto configuraria uma impropriedade: imporia afirmar que a conduta seria típica.

Em síntese, importa saber que embora o agente provoque uma lesão a um bem jurídico, não lhe será imputado o resultado se sua conduta consistir numa alteração do processo causal em marcha, de modo a tornar menor a lesão.

2.1.2 A exclusão da imputação na ausência de criação de perigo

Em respeito ao princípio da criação ou aumento do risco, a par da hipótese de diminuição do perigo, nega-se também a imputação quando o agente não aumenta, em medida juridicamente relevante, o risco de lesão ao bem jurídico. Incluem-se neste âmbito as atividades ordinariamente desimportantes da vida quotidiana, pois os riscos ínfimos socialmente adequados que eles acarretam não são levados em conta pelo Direito, bem como os casos em que o perigo preexistente não é elevado de modo mensurável.

Por exemplo, se alguém despeja apenas uma bacia d'água em uma represa que apresenta forte vazamento, sobrevindo uma inundação, este resultado não lhe poderá ser imputado, justamente em razão da insignificância de sua contribuição. Aqui vigora o critério da intangibilidade, traduzido por TAVARES (2000, p.226) na seguinte fórmula: “a imputação não subsiste quando for de tal forma diminuta a participação no processo causal, que não se possa demonstrar sua relevância”.

Em suma, não haverá imputação objetiva em se tratando de ações que não criam uma possibilidade objetiva de lesão, isto é, em casos de risco juridicamente irrelevantes.

2.1.3 A exclusão da imputação nos casos de risco permitido

As crescentes transformações no cotidiano social, desencadeadas pelos avanços tecnológicos e a prática cada vez mais frequente de condutas perigosas, fizeram com que a dogmática jurídico-penal não pudesse ignorar o potencial lesivo inerente a condutas lícitas e socialmente necessárias. Então o risco logo se torna elemento admitido no universo social e, por conseguinte, passa a ser tido como um mal necessário, socialmente aceito em certos limites e em dadas condições.

Diante disto, vem à tona a concepção de que restará excluída a imputação quando, embora juridicamente relevante, o risco criado pelo autor se puder dizer permitido: uma qualidade que se empresta às condutas que em geral representam um perigo para o bem

jurídico, mas que são autorizadas pela ordem jurídica na medida em que interesses predominantes da sociedade assim o exigem.

No âmbito deste conceito estariam, portanto, abarcados todos aqueles perigos resultantes de condutas que, por sua importância social e devido à costumeira aceitação por todos como inerentes à vida moderna, sejam juridicamente toleradas. Exemplifica-se: os esportes radicais, as intervenções cirúrgicas, o tráfego rodoviário, aéreo e marítimo, e até as atividades industriais, de extração mineral e ligadas à produção de energia nuclear.

É bem de ver que a partir desta concepção de risco permitido, aliada à proibição de regresso, nasce o princípio da confiança com amparo no qual toda pessoa pode supor que os demais – desde que não indiquem o contrário, respeitarão as normas regulamentares.

Note-se inclusive não haver restrição à aplicação deste princípio quando a pessoa se comporta de forma ilícita. Quem, embora dirija alcoolizado, tenha seu veículo abalroado por um condutor que não observou a preferência, poderá tranquilamente valer-se do princípio da confiança. Afinal, embriagado ou não, o resultado teria ocorrido; ao outro é que competia a observância da preferencial.

Aqui residiria, para alguns, o núcleo correto da antiga teoria da proibição do regresso - ainda defendida atualmente, mas com distinta fundamentação: a cooperação não dolosa em delitos dolosos é impune. Na verdade, quando um sujeito atua sem dolo, mas cria um perigo intolerável de um delito doloso, não há qualquer razão para afastar a possibilidade de imputação imprudente. A solução correta não consiste, portanto, numa proibição absoluta de regresso, senão em se traçar os limites do princípio da confiança e do risco permitido. Veja-se o exemplo do sujeito que entrega uma faca a quem se encontre numa acirrada luta e acabe por matar seu adversário. Decerto que será penalmente imputável ao menos por homicídio culposo. O que se quer salientar é que o princípio da confiança não vigora quando uma conduta fomenta a perceptível propensão ao fato delitivo.

Cumpra, por fim, mencionar que ROXIN, (2002b) ressalva o estágio inicial do desenvolvimento dogmático do instituto do risco permitido, reconhecendo nem sempre ser fácil distingui-lo dos casos em que sequer está presente um risco relevante. Em sua concepção, contudo, tal imprecisão não seria hábil a impor repercussões práticas no processo de imputação, na medida em que ambas as figuras obstam, igualmente, a realização do tipo objetivo.

2.1.4 Criação de perigo e cursos causais hipotéticos

Como já se assinalou, a criação ou aumento de um risco é vital para que se possa atribuir o resultado ao agente. E mais, a diminuição, ausência ou a permissão do risco são circunstâncias que, alternativamente, obstam a imputação. Mas o que se pretende a esta altura é saber se os cursos causais hipotéticos irão interferir no resultado sobre o juízo de criação ou aumento do risco.

Sem embargo da acirradas polémicas que este tema pode proporcionar, há razoável consenso, por exemplo, quanto a não se afastar a imputação a alguém por existir um autor substituto que, na inexistência do primeiro, teria assumido a prática do ato. Por isso, alguém que atenta contra a vida de um inimigo nacional não se exime de seu ato por haver milhares de pessoas que estariam dispostas a proceder da mesma forma na ausência de sua conduta. A idéia é a de que o ordenamento não pode recuar em suas proibições tão somente porque outra pessoa está pronta para violá-las.

Aliás, idêntico será o tratamento no caso de o autor substituto agir supostamente conforme o Direito. Então, se o pai da vítima, no momento da execução do condenado, empurra o carrasco e em seu lugar aperta o botão da cadeira elétrica, deve ser punido por homicídio. É que se a lei consente em que apenas certas pessoas pratiquem uma conduta típica, este limite só pode ter eficácia enquanto a proibição se mantiver inteiramente ileso em face de outras pessoas.

Ao contrário, naturalmente a imputação restará excluída quando houver modificação da causalidade, sem que seja o dano aumentado, antecipado ou de qualquer sorte intensificado. Não se atribui o resultado a quem tenta desviar a direção de uma arma empunhada por outrem, querendo evitar o atingimento de área vital de vítima, que é ferida com a mesma intensidade e sem aumento do dano.

Assim, embora não seja sempre, os cursos causais podem influenciar no exame de criação ou aumento do risco, motivo por que não devem ser privados de consideração.

2.2 A REALIZAÇÃO DO RISCO NÃO PERMITIDO NO RESULTADO

No tópico anterior cuidou-se especificamente do primeiro dos princípios basilares da imputação ao tipo objetivo, qual seja, a configuração da criação ou aumento de um risco não permitido. Mas como se viu, para que um resultado possa ser imputado a alguém, é preciso,

además da criação de um risco juridicamente desaprovado, que ele surja como realização do risco criado pelo autor. Trata-se aqui da concretização do risco proibido, ou seja, da demonstração da efetiva relação entre a conduta e o resultado de fato produzido.

Nas palavras de Roxin “A imputação do tipo objetivo pressupõe que o resultado se apresente como a realização justamente do risco que o autor criou” ROXIN, (2002a). Isso decorre da função preventivo-geral do Direito Penal, já que não faria sentido punir o autor pela realização de risco que não criou ou pretender que os cidadãos compreendam o sentido reprovável de um comportamento proibido, se há imputação mesmo quando o resultado não decorre da realização do risco criado pelo autor.

No âmbito da criação de riscos proibidos, a conduta do autor era analisada segundo uma perspectiva *ex ante*, enquanto, no plano da realização do risco, esta análise é complementada por uma norma de valoração que incide *ex post*. Logo, recorre-se a todos os dados fáticos de relevo, mesmo aos só reconhecíveis após a prática da conduta. Disso resulta que a realização do risco depende, em primeiro lugar, da previsibilidade do resultado e do curso causal que a ele conduziu e, em segundo lugar, da compreensão do resultado no âmbito de proteção da norma.

Passa-se, então, a cuidar mais detidamente da concretização do risco não permitido no resultado, sem perder de vista que embora a criação do risco e sua materialização no resultado sejam igualmente pressupostos da imputação, há uma diferença marcante na carência deste ou daquele requisito. Enquanto a ausência de criação do perigo leva à isenção de pena, a não realização do perigo em uma lesão exclui unicamente a consumação.

2.2.1 A ausência de realização do perigo

Como adverte Juarez Tavares, pode ocorrer que, em certos casos, apesar do aumento do risco, o resultado típico se dê por outros fatores, em virtude de um desvio causal que conduza a um evento objetivamente inesperado, produzido de forma anômala, de modo a não se poder afirmar seja este evento a materialização natural do risco criado ou incrementado com a conduta do agente.

Em rigor, restará excluída a imputação quando, apesar de ter o autor criado um risco para o bem jurídico protegido, o resultado não é consequência desse perigo, mas fruto do acaso. Isso ocorre, no mais das vezes, quando o delito doloso permanece na fase da tentativa, mas, pelo advento de um curso causal imprevisível, acaba por causar o resultado.

Corrente é o exemplo da pessoa ferida por disparos que não morre em virtude desses, mas de um incêndio no hospital onde fora socorrida com sucesso. Se, de um lado, é evidente que o autor dos disparos criou um perigo para a vida da vítima e causou sua morte, de outro, não lhe deve ser imputado o crime de homicídio consumado. Isso porque os disparos desferidos pelo autor não aumentaram o perigo de uma morte por incêndio de modo juridicamente apreciável.

Diverso será o tratamento quando a ação aumenta de modo juridicamente relevante o curso causal subsequente. Não é difícil ilustrar o afirmado. Imagine-se alguém que, querendo afogar outrem que não sabe nadar, empurra a vítima ao mar de uma alta ponte, vindo esta a falecer devido ao choque com uma de suas bases de sustentação. Pois bem, como o resultado consubstancia uma realização adequada do perigo criado pela tentativa, está configurada a imputação por homicídio doloso consumado.

O que interessa, afinal, é saber se o resultado foi, ou não, produzido pela ação perigosa aliada à superveniente. Se o resultado foi concretamente produzido apenas pela ação superveniente não haverá imputação (e sendo dolosa a conduta do agente que não alcança o resultado pretendido, será punido apenas nos limites da tentativa).

Deve-se relevar que, ao contrário do entendimento da doutrina tradicional como a de WELZEL (1970), a questão posta não cinge ao dolo, mas à configuração ou não do tipo objetivo. É que, como já referido, só se pode perguntar pelo dolo uma vez que a imputação objetiva tenha sido admitida.

Compendiando tudo que se vem de afirmar, verifica-se a realização do risco no resultado a partir de um segundo juízo de perigo, a ser formulado depois da prática da ação, com base no curso causal efetivamente ocorrido.

2.2.2 A não realização do risco não permitido

ROXIN, (2002b) traça distinção entre ausência de realização do perigo e não realização do risco não permitido. Enquanto a realização do perigo só dependeria da adequação ou previsibilidade do curso causal, para saber se houve realização do risco não permitido isto é também importante, mas não suficiente.

É que mesmo nos casos em que o curso causal está em uma relação adequada com o risco não permitido, a imputação do resultado ficará excluída se a prevenção de tais consequências não for o fim de proteção da norma de cuidado, mas unicamente um reflexo

dessa proteção. Disso decorre que no exame da realização do risco não permitido, ao contrário da realização do perigo, sempre se irá pesquisar o fim de proteção da norma de cuidado que delimita o risco permitido.

Vale mencionar o exemplo em que o autor ultrapassa a velocidade máxima permitida, mas logo depois volta a dirigir observando as normas de trânsito, e, ainda assim, acaba atropelando uma criança que se atira abruptamente sobre o carro.

De fato, o resultado foi *causado* pelo ato permitido de dirigir somado à momentânea inobservância dos limites de velocidade. Contudo, dirigir acima dos limites estabelecidos em nada aumenta o risco de que depois, quando a velocidade normal já tiver sido retomada, ocorra um acidente. Poderiam ensaiar dizer que se o autor a todo tempo tivesse respeitado os limites não chegaria ao local em que a criança estava no exato instante do acidente. É certo, porém, que o fim da norma que fixa os limites de velocidade não consiste em afastar os automóveis de determinados pontos da rua. Então, o risco só levou ao acidente por causalidade, ficando excluída a imputação do resultado.

Ainda neste domínio pode ocorrer de a violação do risco não ser absolutamente irrelevante para o resultado concreto, mas de o acontecimento revelar-se tão incomum que não possa mais ser considerado realização do risco não permitido.

Ilustra-se com o caso de alguém morrer no trânsito de um ataque cardíaco porque outra pessoa o ultrapassa erradamente. A direção errônea do condutor só aumenta num grau ínfimo o risco de uma pessoa morrer do coração. E mais, a norma que proíbe ultrapassagens perigosas tem dentre suas finalidades a de evitar colisões, mas não ataques cardíacos por susto daquele que é ultrapassado. Ora, este resultado encontra-se fora do fim da norma, logo, o resultado morte decorrente do susto não se realizou, não havendo margem para a imputação.

Outro famoso caso que não poderia ser subtraído da discussão é o dos “pêlos de cabra” cuja singularidade reside em que o risco não permitido simplesmente não influi no resultado de forma concreta. A hipótese é a de um sujeito que teria comprado de uma firma comercial chinesa pêlos de cabra para sua fábrica de pincéis e, embora aquela firma o informasse da necessidade de sua desinfecção, dera ordens para que seus trabalhadores os transformassem em pincéis, sem o prévio asseio. Quatro trabalhadores foram contaminados por bacilos de carbúnculo e morreram, mas uma investigação posterior conclui categoricamente que os meios de desinfecção prescritos seriam ineficazes em face do bacilo.

De fato, o autor ao deixar de proceder a desinfecção criou um risco, segundo um juízo *ex ante*, mas este não se realizou no resultado. Como se viu, ao apurar a efetivação do risco, deve-se lançar mão de uma perspectiva *ex post*, ponderando circunstâncias que só

depois venham a ser conhecidas, como a demonstração cabal da inutilidade do asseio pelo meio legalmente permitido. É que não teria sentido exigir a purificação de objetos não desinfetáveis e basear a punição por homicídio na violação de deveres impossíveis de cumprir.

E mais, o autor não pode ser responsabilizado se seu comportamento contrário ao dever, *ex ante* criador de um risco juridicamente desaprovado, não tiver sequer diminuído as chances de sobrevivência do bem jurídico. Do contrário estaria patente a violação do princípio da igualdade, pois o curso causal seria idêntico se o autor tivesse respeitado os limites do risco permitido (ou seja, procedesse à desinfecção dos pêlos).

No entender de ROXIN, (2002b), ainda que o empregador tivesse omitido propositalmente a higienização prévia dos pêlos com o intuito expresso de eliminar um trabalhador indesejado, só seria, eventualmente, passível de punição por tentativa de homicídio. Ou seja, mesmo no que tange ao delito doloso a constatação, a partir de uma observação *a posteriori*, da potencialidade da eficácia do cumprimento de uma norma decididamente ignorada pelo agente repercutiria na configuração do aumento de risco e, por conseguinte, no teor da imputação ao agente.

Frise-se não ser essa a orientação de ROXIN, (2002b) que, como assinalado linhas atrás, sustenta a exclusão da imputação ou ao menos da consumação, respectivamente em caso de culpa e dolo, considerando que a análise *ex post* da efetivação do risco teria o condão de dar idêntico relevo a circunstâncias que só depois venham a ser conhecidas, seja a conduta típica perpetrada culposa ou dolosamente.

De toda sorte, registre-se de todo o dito que sendo permitido o risco, a imputação dependerá da transposição do âmbito do juridicamente autorizado, criando-se um perigo desaprovado, e também da realização precisa deste no resultado.

2.2.3 Os resultados não compreendidos no fim de proteção da norma de cuidado

Superado o esclarecimento das distinções entre a ausência de realização do perigo e da não realização do risco não permitido, segue-se no estudo das causas que obstem a realização do risco no resultado, passando ao exame dos resultados não compreendidos no fim de proteção da norma.

Dizer que o resultado não está inserto no fim de proteção da norma de cuidado significa que a norma de cuidado está direcionada a acautelar fato ou objeto diverso do

efetivamente lesado, o que afasta a possibilidade de imputação. E a justificativa para tanto reside em que punir o autor ainda quando advenham resultados que a norma não pretendia evitar em nada aumentará a segurança dos bens jurídicos.

Assim sendo, pode-se excluir a imputação quando as consequências advindas, longe de corresponderem ao fim de proteção da norma, representarem somente um reflexo do dever de cuidado.

É bem de ver que a norma de que se fala não é a norma penal que fundamenta o tipo de delito culposos, mas a norma de cuidado a qual está submetida a conduta concreta do agente. São normalmente normas regulamentares, que apresentam comandos determinados, como as normas de trânsito, de exercício da medicina ou regulamentos profissionais.

Para ilustrar o que se vem de afirmar, reporta-se ao famoso exemplo fornecido por JESCHECK, (1993): “dois ciclistas conduzem suas bicicletas, uma atrás da outra, à noite e sem os obrigatórios faróis de iluminação; um terceiro ciclista, em razão da inexistência de iluminação, choca-se contra o primeiro deles e produz um acidente. O acidente, porém teria sido evitado se o segundo ciclista contasse com um farol de iluminação em sua bicicleta”.

De fato, o segundo ciclista, ao conduzir sem iluminação, elevou substancialmente o risco de o primeiro dar causa um acidente. Mas a finalidade da norma de iluminação infringida é de evitar choques que decorram imediatamente da própria bicicleta e não a de iluminar outras bicicletas, impedindo colisões entre elas e terceiros. Disso decorre que apesar de a superação do risco permitido ter claramente elevado o perigo de que ocorresse um determinado curso causal, estará afastada a imputação do resultado.

Além disso, ROXIN, (1989) sustenta a exclusão da imputação ainda que o segundo ciclista tivesse previsto a possibilidade de que o primeiro pudesse provocar um acidente, na medida em que tal representação não pode compensar a falta do tipo objetivo.

2.2.4 O comportamento alternativo conforme ao Direito

Passa-se agora ao último parâmetro balizador da análise de realização do risco proibido no resultado. A questão que se procurará responder, já adiantando ser ela alvo de intensa discussão, é se há imputação quando não seja certo, mas unicamente provável ou possível, que o comportamento alternativo conforme ao Direito teria evitado o resultado.

Veja o exemplo comumente referido: o condutor de um caminhão ultrapassa um ciclista, sem observar a distância regulamentar exigida (1m), aproximando-se uns 75 cm do

mesmo. O ciclista, fortemente embriagado e, em virtude de uma reação gerada pelo álcool, gira a bicicleta para a esquerda, caindo sob as rodas do caminhão. Comprova-se que provavelmente, o acidente teria ocorrido ainda que o motorista tivesse observado a distância regulamentar de separação lateral na ultrapassagem.

Preliminarmente, vale lembrar que se houvesse plena certeza de que o acidente se daria ainda com a estrita observância das normas de trânsito, a imputação restaria por certo afastada, com fulcro na não realização do risco não permitido.

Cuida-se aqui de situação mais complexa em que há mera possibilidade de o resultado ser idêntico, se adotada conduta conforme o Direito. ROXIN, (1998b) para solucionar casos como esse, elaborou a teoria do incremento do risco, consoante a qual sempre que a conduta alternativa conforme ao Direito reduzir possível ou provavelmente os riscos de lesão ao bem tutelado, ao agente deverá ser imputado o resultado produzido. A fórmula que sintetiza tal princípio é a seguinte: primeiro há de se examinar qual seria a conduta adequada ao princípio do risco permitido para, depois, compará-la com a do autor e verificar, concretamente, se ela aumenta a probabilidade de produção do resultado. Apenas se consoante tal processo não tiver havido aumento do risco, o agente estará livre da imputação.

Retomando o caso em tela tem-se que se o ciclista teria falecido mesmo quando observadas as normas relativas à ultrapassagem, o risco dela decorrente seria permitido e não haveria imputação. Se, por outro lado, o resultado figura como decorrência da inobservância da dita distância, não há qualquer razão para subtrair tal risco da responsabilidade do autor, pois o limite máximo do risco permitido é determinado pela distância mínima legalmente fixada.

Ainda nesse domínio, se o motorista do caminhão tivesse se aproximado do ciclista com desejo de provocar um acidente mortal, uma vez assentado o aumento do risco, deveria responder por homicídio consumado. É que a abordada teoria embora tenha maior relevo nos crimes culposos, também se aplica aos dolosos.

Bem como se procede em qualquer questão relativa à realização do risco, o exame da configuração do aumento do risco deve operar segundo uma perspectiva *ex post*. Por isso leva-se em conta dados fáticos, mesmo que só posteriormente venham a ser conhecidos, como a embriaguez do ciclista, a distância do caminhão e etc.

ROXIN, (1998b) sublinha ainda a necessidade de o legislador, com maior razão, insistir na exigência de respeito à norma de cuidado quando este eleva a chance de salvamento do bem jurídico, ainda que sem certeza absoluta. O contrário significaria a dispensa da observância das normas de cuidado exatamente quando mais imperiosa. Ilustra tal assertiva

com a hipótese de, numa operação arriscada, o cirurgião provocar a morte do paciente por erro grosseiro.

Duas críticas fundamentais são postas contra a teoria do aumento do risco, assim considerada: importaria a violação ao princípio *in dubio pro reo* e a transformação arbitrária de crimes de resultado em de perigo.

Não só a jurisprudência alemã, mas também nomes de relance na doutrina, como JAKOBS (1997b), costumam argumentar que se não há certeza de que o risco não permitido se realizou no resultado, deve o autor ser absolvido. A esta primeira crítica ROXIN, (1997) responde não ser possível, haja vista o fim de proteção da norma, cingir o risco em uma parte permitida e outra não, e analisar apartadamente a realização do perigo. Nestes termos, ao transpor o risco permitido, o autor cria um risco em sua integralidade proibido, que se realiza com a ocorrência do resultado.

Quanto à segunda crítica colimada contra sua teoria, ROXIN, (1998b) assevera que a imputação de um resultado ao tipo objetivo é sempre intermediada por um perigo criado pelo autor. Desta maneira os crimes de lesão distinguem-se dos de perigo, pois nos primeiros o perigo não permitido se realiza num resultado típico de lesão, enquanto nos últimos, se realiza apenas em um resultado de perigo.

De toda sorte, o autor sustenta que se não é certo, mas unicamente provável ou possível, que o comportamento alternativo conforme ao Direito teria evitado o resultado, há substrato suficiente para justificar a realização do risco no resultado e, conseqüentemente, a imputação. Na sua concepção, se há dúvida, não haveria motivo para afastá-la, sobretudo porque nesses casos é que o comportamento conforme ao direito pode revelar-se crucial, influenciando decisivamente o advento ou não do resultado.

Assim, concluiu-se o esboço também dos critérios relativos à realização do risco no resultado. Lembre-se que, em rigor, configurado o aumento ou criação do risco e restando ele concretizado no resultado vigora a imputação. Passaremos no tópico seguinte a tratar de uma figura cuja peculiaridade consiste em afastar a atribuição do resultado a quem haja criado um risco que se concretizara no resultado.

2.3 O ALCANCE DO TIPO

A grande singularidade da proposta de ROXIN, (2002b) reside na previsão deste terceiro elemento condicionante da imputação, capaz de afastar o tipo objetivo ainda quando presentes tanto a criação de um risco proibido quanto a sua realização no resultado.

Viu-se que com a realização, no resultado, de um risco não permitido impõe-se, em regra, a imputação. Em casos excepcionais, porém, pode o resultado, devido à forma anormal como fora causado, se situar fora do alcance do tipo. São casos em que a conduta incriminadora está subordinada a específicas modalidades de atuação com vistas a lesar o bem jurídico.

Não se confundam as figuras do fim de proteção da norma e alcance do tipo. Quando se tem por objeto uma norma de cuidado que deve nortear a conduta concreta do agente fala-se em fim de proteção da norma, mas em se tratando de norma penal, importa examinar o alcance do tipo - ou fim de proteção da norma *inscrita no tipo*.

Trata-se de cuidar, portanto, das hipóteses em que a norma típica (a proibição de matar, lesionar, danificar, etc.) sequer compreende determinados comportamentos e consequências. E isto se fará no âmbito dos crimes dolosos e também nos culposos, onde esta problemática apresenta relevância especial.

Importam especialmente os casos da autocolocação em perigo, da colocação em perigo de outrem e dos riscos submetidos ao âmbito de responsabilidade alheio. Todos eles estão subordinados ao princípio geral da autorresponsabilidade que se desenvolve no Estado democrático de Direito como condição para a regulação das expectativas de conduta. É que embora se reconheça ao Estado importante papel na regulação da vida social, não se lhe confere a função de tutor das atividades individuais. Disso resulta que cada pessoa é responsável apenas por sua conduta e não pela dos demais, salvo quando se situe na posição de garantidor ou detenha especial conhecimento não compartilhado por aquele que venha a suportar o perigo.

2.3.1 A contribuição a uma autocolocação em perigo dolosa

Quem colabora na exposição de outrem a determinado perigo pode ser imputado pelo resultado danoso que eventualmente sobrevenha? A busca por uma adequada resposta a esta questão condensa o tema de que se ocupa a partir de agora.

Diz-se que há contribuição a uma autocolocação em perigo “quando alguém incita ou coopera na ação de outro que ultrapassa os limites normais de perigo” D’ÁVILA (2001, p. 70). E não se pode perder de vista que a regra é a da autorresponsabilidade: o resultado advindo da ação livre e inteiramente responsável de alguém só pode ser imputado a este e não a quem o tenha anteriormente motivado. Isto porque a questão da incriminação deve ser abordada sob o prisma da delimitação da intervenção estatal, vigorando, em sentido geral, o princípio de que cada um tem a maior extensão possível de liberdade, só estando vedadas determinadas zonas de atuação, precisamente delineadas através da norma jurídica.

Então, em rigor, quem incita outrem a se sujeitar a um risco qualquer não irá arcar com as consequências da conduta alheia. “Naturalmente, ello sólo es así cuando la víctima actúa libremente de un modo responsable y conoce la situación de peligro tan bien como el autor” SCHÜNEMANN (1998, p. 240).

Do contrário, sendo inexistente ou parcial a noção do risco, por parte daquele que se expõe, deverá incidir a imputação do resultado ao agente, pois ele cria um risco não mais compreendido pela vontade da vítima.

Veja-se que essa concepção de ROXIN, (2002b) é compartilhada atualmente pela jurisprudência alemã e assentada, sobretudo, na idéia de que se a participação em suicídio é impunível, contribuir para que alguém se exponha a perigo não poderia receber tratamento diverso.

Sabe-se, contudo, que em vários países, como no Brasil e em Portugal, a participação dolosa em suicídio é tipificada como criminosa, o que, decerto, irá exigir uma maior discursividade na justificação da ausência de imputação. Ainda assim, há na doutrina pátria autores renomados, como Juarez Tavares, afirmando o afastamento da imputação em casos como este. Parece, inclusive, suficiente o fato de que a suposta vítima, por meio de sua ação própria, expôs-se a perigo evidente e cujas possíveis conseqüências não estariam compreendidas no fim de proteção do tipo do delito em questão.

Exemplo corrente é o do sujeito que, convidado por seu amigo a consumir droga injetável e consciente do perigo a que se sujeita, aplica em si próprio a substância e acaba por falecer. O agente ao influenciá-lo a consumir substância notadamente nociva criou, decerto, um perigo que se realizou, por fim, no resultado. Mas não subsiste a imputação ao crime de homicídio - sem prejuízo de eventuais punições no plano da legislação de entorpecentes, na medida em que o perigo não se insere no alcance do tipo.

Ainda nesse âmbito, note-se que alcance do tipo limita a responsabilidade também quando alguém se expõe a perigo para salvar outros e, na sua intervenção voluntária,

ultrapassa os limites exigidos juridicamente. Isso porque quem carece de meios para opor-se a ação outrem não será imputado pelas consequências de seus atos.

Imagine que um banhista, consciente das péssimas condições do mar, tente, voluntariamente, salvar outro que está preso numa vala e, apesar do sucesso no salvamento, acabe falecendo o salvador.

Segundo ROXIN, (2002b), a imputação deve ser afastada, pois aquele que se expõe a um risco sem ser juridicamente obrigado a tanto não deveria impor a outrem consequências penais, ainda mais porque este não pode, na maior parte dos casos exercer qualquer influência sobre a decisão de seu salvador.

Cumpra solucionar uma indagação: o que ocorre quando o resultado é decorrência da negativa consciente da vítima de uma lesão em receber o auxílio ainda possível? Ensaia-se a solução com o seguinte exemplo: uma pessoa provoca culposamente um acidente de trânsito, ferindo gravemente alguém que se nega, por motivos religiosos, a fazer uma necessária transfusão. Parece que a quem deu causa ao acidente não deve ser imputado o eventual resultado morte decorrente da oposição à transfusão sanguínea ainda hábil a salvar a vítima. Ao contrário, deve-se-lhe atribuir apenas o resultado de lesões corporais, na medida em que foi a vítima quem se expôs, por decisão própria, ao patente risco de morte.

Por fim, note-se que ainda se doloso o crime, a circunstância da vítima autocolocar-se em perigo irá prevalecer. Ou seja, mesmo nesta esfera Roxin mantém-se fiel a sua proposta de prover critérios de imputação idênticos para crimes culposos e dolosos. Então, se um sujeito querendo matar um dirigente sindical por motivos políticos desfere-lhe um tiro, que o atinge, mas não o mata de pronto e a vítima recusa-se a receber o tratamento prescrito, pretendendo morrer como um mártir, o autor responderá apenas por homicídio tentado. Isso porque foi a vítima quem decidiu de modo responsável pela própria morte.

Assim, conclui-se que contribuir para uma autocolocação em perigo não irá, em regra, infligir ao provocador a imputação pelas eventuais consequências advindas, desde que a vítima se submeta voluntariamente ao risco antevisto, sem ser privada de consciência integral dos possíveis resultados danosos que poderiam sobrevir.

2.3.2 A altercolocação em perigo consentida

Neste âmbito, passa-se a cuidar da hipótese em que a pessoa se expõe a uma situação de perigo que é obra exclusiva de um terceiro. Com isto já se pode confrontar as figuras da

contribuição para uma autocolocação com a altercolocação consentida: enquanto na primeira é a própria vítima que se coloca dolosamente em perigo, na segunda ela apenas se deixa pôr em perigo por outrem, com consciência do risco.

Em seguida, a questão que se coloca é a de saber se, a par da visível distinção entre ambas, deve-se, de todo modo, equipará-las em seus efeitos.

Roxin, a princípio, admite a existência de significativas diferenças entre ambas, já que na autocolocação a pessoa domina a todo momento, com sua decisão, a medida em que se expõe a perigo, enquanto na altercolocação a pessoa fica submetida a um desenvolvimento imprevisível.

Ainda que reconheça a maior vulnerabilidade de quem se deixa colocar em perigo em relação ao que coloca a si mesmo em perigo, sustenta a conveniência de equiparar-se as duas circunstâncias, sob as seguintes condições: o dano seja conseqüência imediata do risco assumido, e não de falhas adicionais; a vítima tenha a mesma responsabilidade pelo fato comum que o autor; e a vítima conheça o risco na mesma proporção que o autor.

Então, presentes cumulativamente esses pressupostos, seria negada a imputação, tal como se daria na autocolocação. Isso porque se a vítima tinha pleno conhecimento do risco ao qual foi exposta e se o resultado sobreveio tão somente em virtude do risco assumido, não haveria razão para dar tratamento distinto do conferido à autocolocação, pois se tivesse ela própria se submetido ao perigo o resultado seria idêntico. Assim, reconhece-se a ambas, respeitados os pressupostos para tanto, a capacidade de afastar a imputação, sob o fundamento de que o perigo criado não estaria abarcado pelo alcance do tipo.

Em outro rumo, a doutrina e a jurisprudência muitas vezes tentam analisar os casos de altercolocação em perigo sob a ótica do consentimento do futuro ofendido. Roxin, por sua vez, rechaça tal investida, aduzindo que o consentimento no resultado raramente existe, pois quem se expõe a um risco costuma confiar que tudo termine bem. E ainda acrescenta o maior acerto de sua concepção que, ao situar a questão no plano do alcance do tipo, tem a vantagem de permitir a aplicação destas regras tanto aos crimes culposos como os dolosos.

Outro óbice a esse entendimento cinge aos tipos com limitada ou nula possibilidade de consentimento. Será, por exemplo, absolutamente ineficaz o consentimento no caso do bem jurídico protegido ser a vida humana. É que um consentimento precipitado ou decorrente de alterações psíquicas pode causar danos irreparáveis, de modo que a vítima deve ser protegida também de si mesma.

De toda sorte, passa-se a analisar os seguintes exemplos que ilustram hipóteses de altercolocação em perigo: o passageiro pede ao barqueiro que o leve a outra margem do rio,

durante uma intensa tempestade, e, embora seja advertido por aquele dos perigos, insiste que o atravesse, acabando por morrer afogado no percurso; e um freguês apressado requer ao motorista de táxi que conduza acima da velocidade permitida e morre no acidente que, justamente em virtude deste fator – excesso de velocidade, sobrevém.

De acordo com o afirmado linhas atrás, restaria excluída a imputação ao condutor em ambos os episódios, vez que o passageiro, em cada caso, conhecia os riscos por completo, tendo-se sujeitado conscientemente. Mas seria o condutor responsabilizado em caso de o acidente ter sido decorrente de um descuido seu, de uma omissão quanto a uma característica relevante; como o fato de ser míope e não usar corretivo ou de fazer os riscos parecerem menores ao freguês. Isso porque a exclusão da imputação exigirá sempre a observância cumulativa dos três pressupostos acima examinados.

É de se relevar, ainda, que qualquer lesão a terceiros será sempre imputada ao agente. Então, se em virtude do excesso de velocidade empregado pelo taxista, embora a pedido do passageiro, ele atropelasse e matasse um pedestre, esta morte lhe seria, decerto, atribuída.

São ainda exemplos de altercolocação os seguintes: o de um viciado que pede a um amigo que lhe injete droga cuja propriedade é por ele conhecida; e o do sujeito que mantém contato sexual com quem sabe ser portador do vírus HIV, estando consciente do perigo de contágio.

Em síntese, ainda que não se possam negar as distinções que envolvem as figuras da auto e altercolocação em perigo, parece adequado atribuir-lhes idêntico efeito, o de ensejar o afastamento da imputação com fulcro no alcance do tipo, condicionando-o, é claro, a ser o dano consequência do risco assumido e conhecido pela vítima na mesma proporção que o agente.

2.3.3 A atribuição ao âmbito de responsabilidade alheio

Paralelamente à auto e altercolocação em perigo, o fim de proteção do tipo não abarca os resultados cuja evitação se insira no âmbito de responsabilidade de outra pessoa. Assim, quando alguém passa a assumir a responsabilidade de evitar o resultado, aquele que inicialmente a detinha deixa de ser passível de ser imputado caso ele venha a concretizar-se.

O clássico exemplo é o de um motorista que, ao trafegar com seu caminhão sem iluminação traseira, é interceptado por policiais que colocam uma lanterna vermelha na calçada e determinam que o motorista dirija-se ao posto de gasolina mais próximo, mediante

escolta pelo carro patrulha, com o intuito de evitar qualquer acidente. No entanto, antes mesmo de o motorista arrancar, a partir de quando seria iluminado pela patrulha, um policial retira a aludida lanterna da pista e, em razão disto, o dado caminhão é abalroado por outro cujo condutor acaba falecendo.

Está claro que o primeiro motorista causou a morte do condutor do outro caminhão, mas isso não significa que tenha havido realização do perigo *por ele criado*. A partir do momento em que a polícia assumiu a segurança do tráfego, o acontecimento caiu em seu âmbito de responsabilidade e não pode mais ser imputado ao motorista. O alcance do tipo não compreende o que vem depois. De conseguinte, será sobre o policial que retirou antes do momento oportuno a iluminação da pista que recairá a imputação de homicídio culposo. Isto porque assumindo a responsabilidade de tornar inócua a fonte de perigo, as consequências que dela decorrem não podem ser imputadas ao motorista.

O fundamento da exclusão da imputação nesses casos reside no fato de incumbir a certos profissionais, no âmbito de suas atribuições, a eliminação e vigilância de fontes de perigo. Logo, a solução sensata no plano político-criminal consiste em se isentar o primeiro causador das consequências oriundas do comportamento lesivo do profissional.

Aqui, distintamente das situações anteriores, a autocolocação em perigo decorre da imposição de um dever inerente a sua posição de garantidor ou ao cumprimento de um dever geral de assistência. Haveria, portanto, uma situação de conflito entre duas normas: uma mandamental que impõe o dever de salvar e outra proibitiva que veda a produção do resultado danoso. Só que a ordem jurídica não pode, contraditoriamente, exigir a atuação de um em proveito de outro e, concomitantemente, punir o beneficiário quanto aos resultados danosos sofridos pelo salvador. Então, este conflito deve ser resolvido pela prevalência da norma mandamental, de modo que a consequência lesiva não pode ser imputada ao seu causador porque se insere o âmbito de responsabilidade da atividade determinada ao salvador.

Os casos de policiais mortos em perseguições ou de bombeiros, no combate a incêndios provocados por terceiros inserem-se neste bojo.

Relevância saliente terá este tema nas hipóteses de erro médico subsequente a uma lesão provocada por um terceiro. Vale, num primeiro momento, distinguir quando o comportamento médico substitui ou apenas deixa de evitar a realização do perigo criado pelo autor.

Se o resultado decorre somente de um perigo oriundo de erro médico, a despeito de uma lesão anterior, tem-se que o médico substitui o risco original por outro que se insere exclusivamente em seu âmbito de responsabilidade. E assim, este risco jamais poderá ser

imputado ao primeiro causador, sendo indiferente se o médico agiu com culpa leve ou grosseira.

Pode ocorrer ainda de o comportamento do médico não substituir a realização do perigo criado pelo autor, mas apenas não conseguir impedir o desenvolvimento mortal das lesões anteriores. Isso ocorre se o paciente falece quando o médico não trata as lesões ou o faz de modo insatisfatório. Nesta seara é que importa analisar o grau de culpa do doutor.

Sendo grosseira a culpa, deve-se excluir a imputação ao primeiro causador. É que o erro médico assume uma relevância de tamanha proporção que desaparece qualquer necessidade político-criminal, seja quanto à prevenção geral ou especial, de imputar o resultado também ao primeiro causador.

Parece que deveria ser este o tratamento dado ao caso da saudosa cantora Cássia Eller. Ao que consta do noticiado à época (cf. O globo, 2004), a artista teria consumido certa dose de cocaína e álcool, o que consubstancia decerto uma autocolocação em perigo. Só que diante de complicações fora levada ao hospital, onde, embora tenha chegado com uma secreção branca no nariz, não recebera o procedimento tido como o de praxe em casos intoxicação por estas vias: lavagem e sedação, inclusive pleiteado pela própria cantora. Ao contrário o médico optou por ministrar substâncias absolutamente contra-indicadas, tendo como um dos efeitos o aumento da capacidade do organismo de absorver a droga, o que provocou a morte da paciente que teria chances de ser salva em caso de atendimento eficaz.

O laudo pericial conclui que diante do relato de ingestão de álcool e provável consumo de cocaína a conduta adotada foi equivocada, o que permitiu a evolução do quadro clínico para a situação de parada cardio-respiratória, sucedida do óbito. Neste caso, embora não haja que se falar em imputação ao primeiro causante, pois este seria a vítima que se autocolocou em perigo, a solução correta parece ser a de imputar o resultado ao médico que não logrou evitar o desenvolvimento mortal das lesões oriundas da conduta da própria vítima.

Outras vezes, todavia, não será grosseira a culpa do médico quando dificilmente se poderá afirmar que o resultado insere-se apenas no espectro de sua responsabilidade, na medida em que concorrem dois comportamentos culposos de igual peso, realizando-se ambos no resultado. Disso resulta que ambos, o agente e o médico, deverão ser imputados.

Assim, a atribuição ao âmbito de responsabilidade alheio é mais uma circunstância a ser examinada na medida em que é capaz de deslocar o perigo para fora do alcance do tipo e, por conseguinte, afastar a imputação. Em suma, quando a responsabilidade originalmente atribuída a um sujeito é avocada por outrem, no exercício de sua incumbência de eliminar fontes de perigo, aquele há de ser eximido de imputação pelo resultado que possa sobrevir.

2.3.4 Os danos sobrevindos posteriormente

Prosseguindo no estudo do alcance do tipo, depara-se com a questão de saber em que medida poderá o autor que provoca uma lesão à vítima ser responsabilizado pelos resultados tardios dela advindos.

Parece instintivo reconhecer-se a possibilidade de alguém ser imputado pela morte da vítima que falece pouco tempo depois de um acidente que provocara culposamente, seja se este resultado sobrevém imediatamente, em algumas horas ou até dias mais tarde. Mas, pretendendo esclarecer a complexidade do tema, Roxin parte da análise do seguinte caso: o autor provoca culposamente lesões à vítima que importam a redução de sua expectativa de vida, sobrevivendo sua morte, embora prematura, apenas 20 anos mais tarde. Nesses termos a questão já se revela mais delicada, interessando saber se a despeito de ter criado um risco não permitido e deste ter se realizado, poderá o autor ser imputado por homicídio.

De um lado, os argumentos da coisa julgada ou eventual prescrição do crime, levantados por alguns autores, não parecem conduzir a soluções adequadas. De outro, Roxin, opondo-se à imputação por homicídio no dado exemplo, sustenta que a diminuição da expectativa de vida pode ser levada em conta no cálculo da pena de lesões corporais, “pelo que o crime já não necessita de uma expiação tardia” (ROXIN, 1998b). O fundamento seria o de não se poder equipar a conduta daquele que põe termo à vida de outrem a do que apenas a encurta.

E mais, Roxin rejeita a fixação de um limite rígido no tempo como parâmetro apto a solucionar casos como este, mas sugere um critério divisor: quando o dano causado num acidente se desenvolve com continuidade (seja o prazo breve ou longo) até a morte da vítima, haverá homicídio; quando, ao contrário, se detiver a doença, embora sem ser possível seu restabelecimento total, já não se poderá dizer que o alcance do tipo de homicídio abarca consequências tardias decorrentes da redução geral da capacidade de resistência.

Portanto, nos termos deste princípio vetor, a regra é a de se afastar a imputação pelo dano sobrevivendo ulteriormente quando este resulta de um acontecimento externo, mas de certa forma causado pelo primeiro acidente.

A esta altura válida a referência à solução trazida por RUDOLPHI *apud* ROXIN (1998b, p.289) autor que introduziu a própria discussão ora apreciada. No seu entender, o que irá determinar a imputação do autor quando o dano permanente provoca uma lesão ulterior, ou mesmo a morte da vítima, será a presença ou não de culpa da própria vítima.

ROXIN (1998b), por seu turno, rejeita o aludido método, sem deixar de homenageá-lo por sua imensa contribuição, sustentando a exclusão da imputação ao causador da primeira lesão, ainda quando não haja culpa da vítima. Isto se deve, sobretudo, à impossibilidade de o primeiro causador poder influir na configuração da vida da vítima. Então, na medida em que o autor não poderá imiscuir-se na condução da vida da vítima, no sentido de restringir seu atuar, seria demais imputá-lo por danos supervenientes, mesmo quando guardem algum liame com a lesão anterior por ele provocada.

Em síntese, em caso de danos sobrevindos posteriormente afasta-se a imputação ao agente sob o fundamento de que as consequências, cuja prevenção esteja fora da órbita do agente, extrapolam o alcance do tipo.

2.3.5 Os casos em que se produz um segundo dano

Por fim, analisadas as hipóteses de contribuição a uma autocolocação em perigo dolosa, altercolocação em perigo consentida, atribuição ao âmbito de responsabilidade alheio e de danos sobrevindos posteriormente, resta apenas, para amarrar o estudo do alcance do tipo, examinar os casos em que se produz um segundo dano.

Em certa medida os casos em que se produz um segundo dano se aproximam dos danos sobrevindos posteriormente, mas é certo que remanesce uma distinção fundamental: no primeiro caso, o dano antecedente facilita a lesão de um bem jurídico *de uma outra pessoa que não a vítima primitiva*. Quando se cuidou dos danos sobrevindos posteriormente cuidou-se, ao contrário, de hipóteses em que a própria vítima da lesão anterior sofre danos supervenientes.

Neste âmbito inserem-se os famosos casos de danos causados por um choque nos quais um terceiro sofre um dano ao ter conhecimento de lesões ou da morte de uma pessoa chegada. Seria razoável, por exemplo, imputar ao autor das lesões a alguém os danos sofridos pela sua mãe que, angustiada ao saber que seu filho está no hospital, tropeça e quebra os dois braços; ou imputar ao estuprador as lesões resultantes do atropelamento do namorado da vítima que, ao saber do infortúnio, corre pelas ruas ao seu encalço?

Em primeiro lugar, na medida em que tais consequências mostram-se flagrantemente imprevisíveis, parece exagerado imputá-las ao primeiro causante. E mais, a rigor, não se pode considerar como penalmente proibido causar preocupações. A partir destas ponderações pode-

se inferir que o fim de proteção da proibição penal de matar ou lesionar não visa a preservar pessoas distintas do afetado de repercussões físicas ou comoções psíquicas.

Assim, conclui-se, sem a pretensão de se ter esgotado, o exame de diversas circunstâncias que repercutem na concretização do resultado de forma a distanciá-lo do âmbito do alcance do tipo e, por conseguinte, permitir a exclusão da imputação mesmo do agente que criara um risco não permitido.

CONCLUSÃO

Conforme inicialmente firmado, o presente trabalho teve por finalidade demonstrar a necessidade teórica da moderna teoria da imputação objetiva e revelar a repercussão da aplicação de seus critérios na solução dos casos concretos.

O foco recaiu, portanto, sobre o estudo propriamente do processo de imputação elaborado por Roxin. Restou assentada a necessidade de um exame prévio da presença do nexa causal entre conduta e resultado, segundo as formulações da teoria da equivalência das condições. Mas, como visto, a atestada insuficiência da causalidade impôs sua complementação pelos critérios da criação de um risco não permitido, sua realização no resultado e inserção no alcance do tipo, que apenas quando conjuntamente observados ensejariam a atribuição do resultado ao agente.

Foram ainda alvo de atenção especial as circunstâncias peculiares capazes de afastar a configuração de cada um desses requisitos da imputação, como por exemplo a diminuição do risco, o comportamento alternativo conforme ao Direito e a altercolocação em perigo consentida.

Pôde-se observar, com a imputação objetiva, a transferência eixo do delito para a face objetiva do tipo. Prova disso reside no êxito da teoria em dar tratamento adequado aos casos antes solucionados a partir da simples negação do dolo, quando em verdade a ausência deste elemento remontava ao não preenchimento do tipo objetivo, resposta tecnicamente apropriada.

Mais especificamente no âmbito prático, também foi apontada a evidência da teoria da imputação. Dentre os grupos de casos que deixam transparecer de forma patente a relevância da aplicação dos critérios de imputação objetiva destaca-se o da contribuição a uma autocolocação em perigo dolosa, danos sobrevindos posteriormente, casos em que se produz um segundo dano e de não realização de um risco não permitido.

Pelo exposto, são inúmeros e substanciais os argumentos a referendar a importância tanto teórica quanto prática da imputação objetiva, o que leva a tomar por cumprida a tarefa proposta no presente trabalho. Mas, assentada a consistência da teoria da imputação, resta ainda contar com esforços no sentido de incentivar seu estudo, estimulando a criação de grupos de pesquisa e publicação de trabalhos especializados no tema, sobretudo no que tange à possibilidade de aplicação desta teoria ao Direito penal pátrio e às prováveis vantagens que isto ensejaria.

REFERÊNCIAS

- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. Parte General. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1998. t. II.
- _____. *O finalismo hoje*. Trad. Luiz Regis Prado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, vol. 12, 1995.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: RT, 2001.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Trad. Joaquim Coello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997
- _____. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.
- _____. *Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas.
- JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal [parte general]*. 4 ed. Trad. José Luiz Manzares Samaniego. Granada: editorial Camares. 1993.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal* Parte general. Madrid: Editorial Universitas, 1996. t. I
- MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.
- O GLOBO. Cássia Eller: MP pode denunciar casa de saúde. *O Globo*, Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2004. RIO
- REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis, 1996.
- ROXIN, Claus. Acerca del desarrollo reciente de la política criminal. Trad. Miguel Díaz y García Conlledo e Mercedes Péres Manzano. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 48, p. 795-810, 1992.

_____. A teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 38, abril-junho, 2002.

_____. *Derecho Penal*. Parte General. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. vol. I.

_____. Finalidad e imputación objetiva. In: *Cuadernos de política criminal*. Trad. Enrique Casas Barquero. Madrid: Edersa, 1990.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. La problemática de la imputación objetiva. Trad. Enrique Casas Barquero. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 39, p. 749-769, 1989.

_____. Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva. *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

_____. *Política Criminal y estructura del delito*. Trad. Juan Bustos Ramirez e Hernan Hormozabal Malarée. Barcelona: PPU, 1992.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 9, fascículo 35, São Paulo, 2001.

_____. *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*. La concepción subjetiva del ilícito. Su relación con la teoría de la imputación objetiva. Fundamentación subjetiva a partir de Jakobs? Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

_____. *Teoría del tipo penal*. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la imputación objetiva. *Teorías actuales en derecho penal*. Trad. M. Sacher de Köster. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. São Paulo: RT, 1985.

_____. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: RT, 1980

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Parte General. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. 11. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales. *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*. Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

_____. Panorama de los Esfuerzos Teóricos para Establecer Criterios de Imputación Objetiva *apud* "Estudos em Homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Junior". Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.