

LUÍS GRECO ||

UM PANORAMA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

4.^a edição
revista e atualizada

Prefácio
Juarez Tavares

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Greco, Luís
Um panorama da teoria da imputação objetiva / Luís Greco ; prefácio Juarez Tavares. -- 4. ed. rev. e atual. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Bibliografia
ISBN 978-85-203-5303-5
1. Direito penal 2. Imputação (Direito penal) 3. Responsabilidade penal I. Título.

14-05528 CDU-343.222

Índices para catálogo sistemático: 1. Imputação objetiva : Direito penal 343.222

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

tencionalmente pouco profundo, por deixar de lado questões mais complexas. Mas, por outro lado, tentarei ser sincero, dividindo com o leitor não apenas as minhas certezas, como também principalmente as minhas dúvidas. Porque meu segundo objetivo é retirar da teoria a aura mística de que ela ainda parece revestir-se, mostrando ao leitor que ela está longe de ser algo perfeito. Como quase qualquer outra teoria em qualquer ciência, há vários aspectos em que a imputação objetiva merece ser corrigida ou ao menos repensada.

Como este trabalho se dirige a todos, mesmo àqueles que pouco sabem sobre a teoria, adotei dois tamanhos de letra: os textos em letra pequena referem-se a questões mais específicas e podem, em geral, ser ignorados pelo leitor iniciante.

alii (coords.), Festschrift für Swarc, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, p. 273 e ss.; as principais manifestações críticas na doutrina brasileira são Régis Prado/Mendes de Carvalho, Teorias da imputação objetiva do resultado, RT, São Paulo, 2002 (2.ª ed. 2006) e Santoro Filho, Teoria da imputação objetiva. Apontamentos críticos à luz do direito positivo brasileiro, Malheiros, São Paulo, 2007. Réplica convincente a todas essas críticas em Roxin, Streitfragen bei der objektiven Zurechnung, em: Bloy et alii (ed.), Festschrift für Maiwald, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, p. 715 e ss.

II

PRIMEIRA APROXIMAÇÃO: O QUE SE ENTENDE POR “TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA”?

O conteúdo básico da teoria da imputação objetiva pode ser resumido numa única ideia: *a imputação objetiva enuncia o conjunto de pressupostos genéricos que fazem de causação uma causação objetivamente típica.*¹

Creio que a melhor maneira de entender o alcance dessa descrição é valer-se de um rápido panorama histórico. A *doutrina da primeira metade do séc. XX* reduzia o tipo à causalidade: para ela, “matar alguém” (art. 121, CP) era sinônimo de “causar a morte de alguém”. E como causar algo é ser *condictio sine qua non* de sua ocorrência,² toda ação

1. Cf. Roxin, Funcionalismo, p. 308, § 11/41; Greco, Imputação: uma introdução, p. 7. Diverso Gimbernat, Que es la imputación objetiva?, em: Estudios de derecho penal, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 209 e ss. (p. 212); para uma crítica vide a 2.ª ed. do presente livro, p. 5 e s.
2. Art. 13 *caput*, do CP; assim também a doutrina majoritária no Brasil, cf., por exemplo, César Bitencourt, Código penal comentado, 5.ª ed. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 32 e ss.; Busato, Fatos e mitos sobre a imputação objetiva, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 18 e ss.; Estefam, Direito Penal. Parte geral, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 189. Na doutrina estrangeira, a fórmula da *condictio sine qua non* foi extensamente abandonada em favor da fórmula da condição conforme a uma lei natural, o que hoje não mais me parece correto. Essa fórmula remonta a Engisch, Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1931, p. 21; Vom Weltbild des Juristen, 2.ª ed., Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1965, p. 113; defendendo-a atualmente, por exemplo, Roxin, Funcionalismo, p. 279 e ss., § 11/14 e ss.; Rudolphi, em: Systematischer Kommentar, 6.ª ed., Luchterhand, Neuwied etc., 1997, Vor § 1/41 e ss.; entre nós, Fábio D’Ávila, Crime culposos e a teoria da imputação objetiva, RT, São Paulo, 2001, p. 34 e recentemente Fialdini, Controvérsias ainda pendentes sobre a teoria da equivalência dos antecedentes, em: RBCC 72 (2008), p. 123 e

condictio sine qua non de um resultado típico seria uma ação típica. A mãe que dá à luz um filho, o qual 34 anos depois vem a descarregar a munição de seu revólver na direção de outrem, praticaria uma ação típica de matar, pois, se ela não tivesse posto esse menino no mundo, a vítima não teria morrido em razão dos disparos por ele realizados 34 anos depois, de maneira que a ação da mãe foi *condictio sine qua non* e, portanto, causa do resultado. Como evitariam os defensores dessa concepção de tipo, que o reduzia à causação de um resultado, que a mãe acabasse sendo efetivamente punida pela simples conduta de dar à luz o futuro delinquente? Eles o faziam por meio da exigência de dolo ou culpa, que à época eram considerados integrantes da culpabilidade. Concretamente: dizia-se que a mãe teria praticado uma ação típica (causação de morte, pondo no mundo um futuro assassino) e antijurídica (por inexistirem causas de justificação, como a legítima defesa ou estado de necessidade), mas não culpável: a mãe não previra o resultado (o que é necessário para o dolo), nem tampouco tinha como prevê-lo (necessário para a culpa).

O *finalismo*, a teoria que dominou o debate (mas nunca as opiniões) nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial, e que só chegou ao Brasil algumas décadas depois, atacava a doutrina anterior porque esta considerava o tipo objetivo nada mais que a mera relação de causalidade. Partindo de um complexo raciocínio, que aqui não cumpre explicitar,³ argumentavam os finalistas que os tipos tinham de ser complementados pelo dado especificamente humano, que fazia

ss. (150). Defendendo a *condictio sine qua non* Frisch, Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, C. F. Müller, Heidelberg, 1988, p. 533 e s.; Die Conditio-Formel: Anweisung zur Tatsachenfeststellung oder normative Aussage?, em: Erb/Dölling (eds.), Festschrift für Gössel, C. F. Müller, Heidelberg, 2002, p. 51 e ss. (65 e ss.); Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht, em: Bloy et alii (ed.), Festschrift für Maiwald, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, p. 239 e ss. (253 e ss.); Toepel, Kausalität und Pflichtwidrigkeitzusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, p. 54 e s.; Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht. Zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands, Klostermann, Frankfurt a.M., 2009, p. 82 e ss.

3. Remeto o leitor mais interessado a meu estudo Introdução à dogmática funcionalista do delito, em: Revista Brasileira de Ciências Criminais 32

de uma mera causação uma verdadeira ação humana: a *finalidade*. O homem age porque antecipa as consequências dos atos a que se propõe, e porque pode valer-se do conhecimento de que dispõe a respeito de cursos causais para dirigi-los no sentido que lhe aprouver. Eu sei, por exemplo, que ninguém vive sem respirar, e que se respira pelo nariz, pela garganta etc., e daí deduzo que, se eu quiser matar alguém, basta apertar-lhe a garganta por tempo suficiente. Essa intenção, consciência e vontade de matar alguém, essa finalidade de matar, por dirigir-se a uma conduta típica, chama-se dolo. E o tipo, o “matar alguém”, passa a compreender não apenas a causação da morte, como queria a doutrina anterior, mas também a intenção de o fazer, o dolo. Se a doutrina anterior deixava o tipo esgotar-se na causalidade, o finalismo passa a considerar a causalidade apenas a metade da teoria do tipo, o chamado tipo “objetivo”, reconhecendo, ao lado do tipo objetivo, um tipo “subjetivo”, que seria composto pela finalidade (e também por outros elementos intencionais, como o “fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado”, no crime de Perigo de contágio de moléstia grave – art. 131, CP).⁴

Os finalistas acrescentaram, portanto, ao tipo objetivo dos crimes dolosos uma face subjetiva – mas o tipo objetivo permanecia intocado. Ele nada mais era do que a causalidade. A mãe que dava à luz o delinquente continuaria praticando uma ação objetivamente típica, tendo a sua punição excluída no tipo subjetivo, por faltar-lhe o dolo.

E agora podemos chegar aos dias de hoje, à *teoria da imputação objetiva*. O que essa teoria faz é relegar o tipo subjetivo e a finalidade a uma posição secundária e recolocar o tipo objetivo no centro das atenções.⁵ Este tipo objetivo não pode, porém, esgotar-se na mera causação de um resultado – é necessário algo mais para fazer dessa cau-

(2000), p. 120 e ss. (p. 127 e ss.), onde encontrará também as necessárias referências bibliográficas sobre o finalismo.

4. A partir de agora, falarei neste histórico apenas do crime doloso, abstraindo do culposo, para fins de simplificação.

5. Cf. Roxin, A teoria da imputação objetiva, trad. Luís Greco, em: Revista Brasileira de Ciências Criminais 38 (2002), p. 11 e ss. (p. 20), que fala no “deslocamento do centro de gravidade para o tipo objetivo”.

sação uma causação objetivamente típica. Esse algo mais compõe-se, fundamentalmente, de duas ideias: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado.⁶

Sintetizando: a teoria da imputação objetiva é algo à primeira vista simples, porque ela enuncia o conjunto de pressupostos que fazem de uma causação uma causação objetivamente típica; e estes pressupostos são a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado.

Nesse curto histórico, falei da teoria do tipo de uma perspectiva apenas formal: tentei demonstrar o que era o tipo objetivo e o que o tipo subjetivo em cada uma das épocas da evolução da teoria do crime. Posso valer-me, complementarmente, de outra perspectiva, não só formal, mas material: enfocando em primeira linha não a distinção naturalista entre objetivo e subjetivo, e sim a distinção normativa entre *desvalor da ação e desvalor do resultado*. Estes dois conceitos referem-se às dimensões de desvalor do injusto penal, isto é, àquilo que o direito valora negativamente na realização antijurídica de um tipo penal. O primeiro, analisa-se conforme uma perspectiva *ex ante*, ou seja, levando-se em conta os dados conhecidos e cognoscíveis ao momento da prática da ação; o segundo, de acordo com uma perspectiva *ex post*, levando-se em conta os dados realmente existentes, mesmo aqueles de que só se ganha conhecimento após a ocorrência do resultado.⁷

Observação: apesar de os esclarecimentos – sobre o desvalor da ação e o desvalor do resultado, agora feitos e aos quais neste trabalho, várias vezes, se retornará – serem doutrina dominante, há posições diversas, como por exemplo a de Hirsch, para o qual, no delito doloso, o desvalor do resultado

6. Cf. *Greco*, Imputação objetiva: uma introdução, p. 3, com referências.

7. Cf. por ex. *Frisch*, Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, C. F. Müller, Heidelberg, 1988, p. 71 (sobre a perspectiva *ex ante*, no desvalor da ação) e p. 519 (sobre a perspectiva *ex post*, no desvalor do resultado); *Galvão*, Imputação objetiva, Mandamentos, Belo Horizonte, 2000, p. 74; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, p. 48. Sobre estes conceitos ademais *Tavares*, Teoria do injusto penal, 3.^a ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 298 e ss.

estaria contido no desvalor da ação,⁸ ou a de Roxin, para o qual a ação típica, enquanto unidade de fatores internos e externos, compreenderia também o desvalor do resultado.⁹

Com base nesta perspectiva da distinção entre desvalor da ação e do resultado, nosso histórico ganharia o seguinte aspecto: a doutrina da primeira metade do séc. XX reconhecia apenas o desvalor do resultado. Por isso, reduzia o tipo à mera causalidade: o tipo nada mais era do que a causação de uma lesão a um bem jurídico. Não havia lugar algum nessa concepção de injusto para um desvalor da ação.

Já o *finalismo*, com a sua tônica no conceito de ação, complementou essa abordagem, exigindo o reconhecimento de um desvalor da ação, ao lado do desvalor do resultado (causação de uma lesão a um bem jurídico). Mas esse desvalor da ação esgotava-se, por sua vez, em algo subjetivo, na finalidade. Alguns finalistas, mas não todos e nem a maioria, chegaram a reconhecer na finalidade a única dimensão de desvalor do injusto, dele excluindo qualquer desvalor de resultado: o injusto passava a ser entendido como mero desvalor subjetivo da ação, ou seja, desvalor de intenção.¹⁰

8. *Hirsch*, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II), em: ZStW 94 (1982), p. 239 e ss. (p. 244, 248); Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, em: Graul/Wolf (eds.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, DeGruyter, Berlin, 2002, p. 3 e ss. (p. 5).

9. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, vol. 1, 4.^a ed., Beck, München, 2006, § 10/97.

10. Trata-se da corrente subjetivista extrema do finalismo, encabeçada por *Armin Kaufmann*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, em: *Stratenwerth et alii* (eds.), Festschrift für Hans Welzel, DeGruyter, Berlin / New York, 1974, p. 393 e ss., p. 403 e ss e que encontrou expressão mais elaborada na obra de *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, Berlin, 1973 (que declara à p. 143: “O injusto é o ato finalista contrário ao dever – e nada mais do que ele”). Cf. ademais, adeptos desta corrente, *Horn*, Konkrete Gefährungsdelikte, Verlag Otto Schmidt, Köln, 1973, p. 78 e ss.; *Schöne*, Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz, em: *Hirsch et alii* (eds.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, DeGruyter, Berlin / New York, 1986, p. 649 e ss. (p. 654); *Sancinetti*, Teoría del delito y disvalor de acción, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 43 e ss. Criticamente, por exemplo, *Hirsch*, Tatstrafrecht – ein

E a *teoria da imputação objetiva* complementa ambas as dimensões de desvalor com novos aspectos. O desvalor da ação, até agora subjetivo, mera finalidade, ganha uma face objetiva: a criação de um risco juridicamente proibido. Somente ações intoleravelmente perigosas são desvaloradas pelo direito. Também o desvalor do resultado é enriquecido: nem toda causação de lesão a bem jurídico referida a uma finalidade é desvalorada; apenas o será a causação em que se realize o risco juridicamente proibido criado pelo autor. Ou seja, a imputação objetiva acrescenta ao injusto um desvalor objetivo da ação (a criação de um risco juridicamente desaprovado), e dá ao desvalor do resultado uma nova dimensão (realização do risco juridicamente desaprovado).

O que até agora foi dito pode ser sintetizado na seguinte tabela:

	Desvalor da ação (ex ante)	Desvalor do resultado (ex post)	Tipo	Observação
Doutrina da primeira metade do séc. XX	-	Causação de uma lesão a um bem jurídico	Causação de uma lesão a um bem jurídico	O tipo esgota-se no tipo objetivo, o injusto nada mais é do que desvalor do resultado.
			<i>Tipo objetivo:</i> Causação de uma lesão	O tipo ganha um aspecto subjetivo, um desvalor de intenção.
Finalismo	Dolo (= Finalidade)	Causação de uma lesão a um bem jurídico	<i>Tipo subjetivo:</i> Dolo	O tipo objetivo, porém, mantém idêntico aspecto exterior. Tudo o que existe de objetivo é desvalor de resultado.

hinreichend beachtetes Grundprinzip, em: Prittwitz et alii (eds.), Festschrift für Lüderssen, Nomos, Baden Baden, 2002, p. 253 e ss. (p. 257-258), e Martínez Escamilla, Imputación, p. 68 e ss. Para mais alguns detalhes, cf. abaixo, IV 1.

	Desvalor da ação (ex ante)	Desvalor do resultado (ex post)	Tipo	Observação
Imputação objetiva	<i>Desvalor objetivo da ação:</i> Criação de um risco juridicamente desaprovado	Causação de uma lesão a um bem jurídico; Realização do risco juridicamente desaprovado	<i>Tipo objetivo:</i> Criação de um risco juridicamente desaprovado; Causação de uma lesão a um bem jurídico; Realização do risco juridicamente desaprovado	O desvalor da ação ganha uma dimensão objetiva; o tipo objetivo ganha duas novas elementares, deixando de ser apenas causalidade.
	<i>Desvalor subjetivo da ação:</i> Dolo		<i>Tipo subjetivo:</i> Dolo (desvalor subjetivo da ação)	

Mas a teoria também é muito *mais complexa* do que se poderia supor. O leitor talvez arregale os olhos: como é possível que a já tão complicada teoria da imputação objetiva o seja ainda mais? Ela é complicada não no sentido de ser contraditória, inconsistente e imprecisa, e sim no sentido de que cada uma de suas várias ramificações pode e deve ser objeto de investigação própria. Nos diversos planos da imputação objetiva, fala-se de uma série de subconceitos: princípio da confiança, nexos de violação de dever, fim de proteção da norma etc. – cada um dos quais já tem sido objeto de extensas e detalhadas monografias.

Por exemplo, o princípio da confiança foi examinado em profundidade por Kirschbaum¹¹ e Brinkmann,¹² e, no Brasil, por Pimentel Albuquerque;¹³

11. Kirschbaum, Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 1980.
12. Brinkmann, Der Vertrauensgrundsatz als Regel der Erfahrung, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 110 e ss.
13. Pimentel Albuquerque, O princípio da confiança no direito penal, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

a conduta da vítima como excludente de imputação por Peter Frisch,¹⁴ Fiedler,¹⁵ Walther,¹⁶ Derksen,¹⁷ Zaczyk,¹⁸ Cancio Meliá,¹⁹ Murmann,²⁰ e, entre nós, por Orcesi Greco²¹ e Lins e Silva;²² a cumplicidade por meio de ações neutras por Löwe-Krahl,²³ Wohlleben,²⁴ Wolff-Reske,²⁵ Rogat,²⁶ Kudlich,²⁷ Rackow,²⁸ e, no Brasil, por mim²⁹ e por Tavares Lobato,³⁰ o chamado “nexo de violação de dever” foi tratado em monografia específica por Ulsenheimer,³¹

14. Peter Frisch, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.
15. Fiedler, *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1989.
16. Walther, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, Freiburg i. Br., Max Planck, 1991.
17. Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.
18. Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, C.F Müller, Heidelberg, 1993.
19. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva em derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1998.
20. Murmann, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Springer, Berlin, 2005.
21. Orcesi Greco, *A autocolocação da vítima em risco*, RT, São Paulo, 2004.
22. Lins e Silva, *Imputação objetiva e conduta da vítima*, Juruá, Curitiba, 2008.
23. Löwe-Krahl, *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart etc., 1990.
24. Wohlleben, *Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen*, Beck, München, 1996.
25. Wolff-Reske, *Monika: Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, Nomos, Baden-Baden, 1995.
26. Rogat, *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, Peter Lang, Frankfurt a. M. etc., 1997.
27. Kudlich, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, DeGruyter, Berlin, 2004.
28. Rackow, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2007.
29. Luís Greco, *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, Renovar, Rio de Janeiro, 2004.
30. Tavares Lobato, *Teoria geral da participação criminal e ações neutras*, Juruá, Curitiba, 2009.
31. Ulsenheimer, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Ludwig Rohrscheid Verlag, Bonn, 1965.

Erb,³² Toepel³³ e Kahlo,³⁴ o “fim de proteção da norma” foi objeto da tese de Degener;³⁵ no centro da discussão mais recente se encontram hoje os casos das ações arriscadas salvamento, estudadas por Strasser³⁶ e Thier.³⁷ Mencione-se, além disso, o trabalho de Schmitt de Bem, que se esforçou levar a teoria da imputação objetiva para a interpretação dos tipos penais da Lei 9.503 de 1998 (Código de Trânsito), adotando, em boa parte, a sistemática proposta no presente livro.³⁸ Especial destaque merece o estudo de Quandt sobre a imputação objetiva na lesão corporal seguida de morte, que discute um recente julgado do STJ, ao qual adiante retornaremos.³⁹ Nos últimos anos, a doutrina nacional vem produzindo uma série de estudos introdutórios sobre o tema.⁴⁰

32. Erb, *Rechtmässiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgsgzurechnung im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991.
33. Toepel, *Kausalität*.
34. Kahlo, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitzusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.
35. Degener, “Die Lehre vom Schutzzweck der Norm” und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, Nomos, Baden-Baden, 2001.
36. Strasser, *Die Zurechnung von Retter-, Flucht- und Verfolgerverhalten im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.
37. Thier, *Zurechenbarkeit von Retterschäden bei Brandstiftungsdelikten nach dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts*, Nomos, Baden Baden, 2009.
38. Schmitt de Bem, *Direito penal de trânsito*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 59 e ss.
39. Quandt, *Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva. Algumas considerações sobre o julgamento do AgRg no REsp 1.094.758*, in: RBCC 106 (2014), p. 297 e ss.; sobre a imputação nos delitos qualificados pelo resultado cf. ademais Simões Vidal, *Imputação do evento agravante em matéria penal*, in: RT 796 (2002), p. 445 e ss.
40. Galvão da Rocha, *Imputação objetiva nos delitos omissivos*, em: RBCC 33 (2001), p. 101 e ss.; Souza de Andrade e Silva, *Relação de causalidade e imputação objetiva do resultado*, em: RBCC 43 (2003), p. 109 e ss.; Callegari/Cancio Meliá, *Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal*, em: RT 831 (2005), p. 463 e ss.

minha perplexidade, deixando o caso por resolver.⁵⁰ Tive, posteriormente, oportunidade de discutir o problema com Sousa Mendes,⁵¹ e penso haver chegado a uma solução: no que se refere ao homicídio, há diminuição do risco, não sendo possível, como acertadamente releva Sousa Mendes, punir C por participação nem sequer no homicídio simples, quanto mais no qualificado. Ocorre que isso não significa que C ficará impune: provocar dores é “ofender (...) a saúde de alguém” (art. 129 *caput* CP), de modo que em relação ao tipo de lesões corporais, não há mera diminuição, e sim verdadeiro aumento do risco. C responde, assim, por participar no delito de lesões corporais.⁵²

2. A desaprovação jurídica do risco criado

a. O aspecto positivo: fundamento e critérios da desaprovação jurídica de um risco

Apenas ações perigosas podem ser proibidas; mas nem toda ação perigosa está proibida. Daí a necessidade de uma segunda etapa, na qual se valora quais dentre os riscos criados merecem a desaprovação do direito.⁵³⁻⁵⁴ Só quando ultrapassada esta etapa, o desvalor objetivo da ação típica estará completo. Começemos, mais uma vez, pelo aspecto positivo.

Como quase sempre, também aqui há vozes contrárias, se bem que, como quase nunca, elas agora sejam bem poucas: por exemplo,

50. Greco, Panorama, p. 36-37.

51. Cf. a nossa Discussão científica: Luis Greco e Paulo de Sousa Mendes sobre a questão da diminuição do risco, in: *Sousa Mendes*, Capacidade de rendimento, p. 57 e ss.

52. Cf. a nossa Discussão científica, p. 58-59. Sousa Mendes replica a estas considerações (p. 59 e ss.), de modo que elas de modo algum significam a última palavra em nosso debate.

53. Similares, *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 39-40; *Tavares*, Teoria do crime culposo, 3.ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 277 e ss.; *Welzel*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, em: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, DeGruyter, Berlin / New York, 1975 (orig. 1961), p. 315 e ss. (p. 326-327).

54. Quanto à terminologia, diga-se apenas que risco juridicamente desaprovado, risco jurídico-penalmente desaprovado, risco não permitido, risco não tolerado e os respectivos antônimos são utilizados indistintamente na doutrina.

Schmidhäuser quer fundar o tipo do crime culposo apenas na criação e realização de um risco, sem necessidade de que ele seja juridicamente desaprovado,⁵⁵ enquanto a desaprovação jurídica se daria na etapa da antijuridicidade;⁵⁶ e *Schroeder* baseia a culpa apenas na previsibilidade,⁵⁷ chamando a violação do dever de cuidado de elemento “decorativo”.⁵⁸ Registre-se, por fim, a recente proposta de *Duttge*, no sentido de entender o desvalor da ação do delito culposo não mais com base em elementos normativos, como a violação de um dever de cuidado ou a criação de um risco juridicamente, e sim em dados da vida. O cerne da culpa estaria, segundo *Duttge*, no que ele chama – com um termo de difícil tradução – “momento ocasionador” (*Veranlassungsmoment*), isto é, na existência de circunstâncias concretas que deveriam ter chamado a atenção do autor, servindo-lhe de ocasião para que não praticasse o comportamento que praticou.⁵⁹

E mais um esclarecimento: como os requisitos da imputação objetiva nada mais são do que os requisitos do delito culposo, só que com outro nome e com outro alcance, vez que aplicáveis também ao tipo objetivo do delito doloso,⁶⁰ pode-se recorrer sem qualquer problema aos escritos sobre a culpa, cujas considerações passam a ser válidas também para os crimes

55. *Schmidhäuser*, Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, em: Grünwald et alii (eds.), *Festschrift für Schaffstein*, Otto Schwarz Verlag, Göttingen, 1975, p. 129 e ss. (p. 132 e ss.).

56. *Schmidhäuser*, *Schaffstein-FS*, p. 139; similar, *Luzón*, *Curso*, p. 382, p. 644.

57. *Schroeder*, Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung, em: *JZ* 1989, p. 776 e ss.

58. *Schroeder*, *JZ* 1989, p. 778.

59. *Duttge*, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 361 e ss.; em: v. Heintschel-Heinegg (coord.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2.ª ed. Beck, München, 2011, § 15 nm. 121 e ss.; Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit. Erwiderung auf Rolf D. Herzberg, em: *GA* 2003, p. 451 e ss.; Arbeitsteiliges Zusammenwirken und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, in: *HRRS* 2009, p. 145 e ss. (149 e ss.); Zum Unrechtsgehalt des Fahrlässigkeitsdelikts, in: *The Institute of Comparative Law in Japan* (ed.), *Comparative Law Review* vol. XLIII (2009) n. 2, p. 21 e ss. (p. 41 e s.). Críticos *Herzberg*, Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit, *GA* 2001, p. 568 e ss.; *Roxin*, *Strafrecht I*, § 24/48 e ss. De acordo *Hauck*, Die Konkretisierung des fahrlässigkeitspezifischen Handlungsunwerts im Falle sog. Drittschädigungseffekte, *GA* 2009, p. 280 e ss. (p. 288 e s.).

60. *Greco*, Imputação: uma introdução, p. 45.

dolosos em geral.⁶¹ O requisito da desaprovação jurídica de um risco não tem, portanto, nada de misterioso.⁶²

A doutrina costuma apontar como o *fundamento* da necessidade de uma desaprovação jurídica do risco criado uma *ponderação* entre o interesse de proteção de bens jurídicos, que tende a proibir toda ação perigosa, e o interesse geral de liberdade, que se opõe a tais proibições.⁶³ Costuma-se alegar que, se tudo o que há de perigoso segundo a prognose póstuma objetiva acima delineada fosse também proibido, mal poderíamos dirigir numa autoestrada, jogar futebol, ou praticar

61. Daí porque, por exemplo, citei à nota 93 autores que escreveram apenas sobre o crime culposos, por vezes em época mesmo anterior ao ressurgimento da teoria da imputação, em 1970 (como é o caso de Welzel, ali citado). Tal prática será mantida sem ressalvas específicas no curso do trabalho.

62. Fora de lugar, assim, as considerações de *Koriath*, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Nomos, Baden Baden, 2007, p. 158 e ss. No mesmo sentido do texto *Roxin*, *Maiwald-FS*, p. 727.

63. *Anarte Borrallo*, *Causalidad*, p. 235 e ss.; *Callegari*, *A imputação objetiva no direito penal*, em: *RT 764* (1999), p. 434 e ss. (p. 440); *Frisch*, *Vorsatz*, p. 139; *JuS* 2011, p. 118; *Galvão*, *Imputação*, p. 58; *Gil Gil*, *El delito imprudente*, *Atelier*, Barcelona, 2007, p. 263 e ss.; *Hirsch*, *ZStW* 94 (1982), p. 273; *Jakobs*, *Strafrecht*, § 7/35, que acrescenta uma segunda componente fundamentadora do risco permitido, a legitimação histórica (nm. 36) (de acordo, *D'Ávila*, *Crime culposos*, p. 48; *Feijóo Sánchez*, *Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales*, *EDIJUS*, Zaragoza, 1999, p. 201-202; *Resultado lesivo e imprudencia*, *Bosch*, Barcelona, 2001, p. 280 e ss.; *Maraver*, *Riesgo permitido por legitimación histórica*, em: *Montealegre Lynett* [coord.], *El funcionalismo en derecho penal*, vol. II, *Universidad Externado Colombia*, Bogotá, 2003, p. 207 e ss.); *Kuhlen*, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, C. F. Müller, Heidelberg, 1989, p. 94; *Luzón*, *Curso*, p. 504, p. 643; *Roxin*, *Violação de dever e resultado nos crimes negligentes*, trad. Ana Paula Natscheradetz, *Problemas Fundamentais*, p. 235 e ss. (p. 259); *Armin Kaufmann-GS*, p. 245; *Funcionalismo*, § 11/60; *Paredes Castañon*, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, *Centro de Publicaciones Ministerio de Justicia e Interior*, Madrid, 1995, p. 487 e ss.; *Schünemann*, *JA* 1975, p. 575; *Rudolphi*, *Systematischer Kommentar*, vor § 1/62; *Samson*, *Systematischer Kommentar*, Anh. zu § 16/19; *Wolter*, *GA* 1977, p. 265. Para referências a respeito da doutrina mais antiga, *Prittowitz*, *Strafrecht und Risiko*, *Vittorio Klostermann*, Frankfurt a. M., 1993, p. 298 e ss.

inúmeras outras ações que consideramos corriqueiras, apesar de por vezes perigosas. Creio que esta fundamentação é essencialmente correta, mas que a sua tônica na ponderação de custos e benefícios, por demais consequencialista, esquece que temos de assumir um núcleo de liberdade imponderável, inultrapassável, doutro modo não podemos falar em dignidade humana. Afinal, fundamentar o risco permitido numa ponderação de interesses significa que se permite ao autor praticar certas ações, enquanto isso for de interesse para os outros; e quando esse interesse desaparecer, desaparece também completamente a liberdade de praticar as referidas ações. Isso faz da posição do indivíduo algo demasiado frágil, porque passa a depender apenas das circunstâncias e de interesses a ele externos se se reconhece ou não um risco permitido.

O *consequencialismo*, que faz da maximização de determinado bem, ou seja, de um saldo entre custos e benefícios, a medida do legítimo e do ilegítimo,⁶⁴ não pode reconhecer qualquer barreira inultrapassável como a representada pela dignidade humana, isto é, pela ideia do homem como um fim em si próprio⁶⁵ – e digo não “pode” porque alguns modernos consequencialistas, é verdade, tentam relativizar esta inaceitável consequência

64. Sublinhando o caráter maximizador e quantificador do consequencialismo, *Birnbacher*, *Analytische Einführung in die Ethik*, *DeGruyter*, Berlin, 2003, p. 219; *Gesang*, *Eine Verteidigung des Utilitarismus*, *Reclam*, Stuttgart, 2003, p. 17 e ss.; *Oderberg*, *Moral Theory, A non-consequentialist approach*, *Blackwell*, Oxford, 2000, p. 67 e ss.

65. *Fundamental*, *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, *Könemann*, Köln, 1995, p. 224: “O homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si próprio, e não simplesmente como meio do qual essa ou aquela vontade possa dispor, devendo sempre ser visto como fim das ações direcionadas a ele ou a outros seres racionais”. E mais adiante: “Aquilo que tem um preço, pode ser substituído por algo equivalente; já aquilo que está além de qualquer preço, e que não admite qualquer equivalente, tem uma dignidade” (p. 233). Para um esforço de concretização dessa fórmula tendo em vista especialmente o direito penal *L. Greco*, *Lebendiges*, p. 177 e ss. Contra, por exemplo, *Schlehofer*, *Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes – absolute oder relative Begrenzung staatlicher Strafgewalt*, em: *GA* 1999, p. 357 e ss. (p. 362-363), para o qual o conteúdo da dignidade humana é determinado por meio de uma ponderação.

com modificações *ad hoc*, pouco coerentes com suas premissas básicas.⁶⁶ Afinal, se algo é ou não permitido, dependerá apenas das circunstâncias, e, se essas forem tais que qualquer uso da liberdade acarrete consequências desastrosas para outras pessoas, não será mais permitido fazer qualquer uso da liberdade. A vigência absoluta do consequencialismo e da ponderação custo-benefício significa nada menos do que a admissão da questionável máxima segundo a qual os fins justificam os meios.⁶⁷ É de dar-se razão a Rawls, com a sua já quase clássica objeção, também aqui aplicável, segundo a qual o consequencialismo “não leva a sério a distinção entre as pessoas”,⁶⁸ por considerar este legítima a compensação de prejuízos de uma pessoa com benefícios de outra, como se elas fossem uma pessoa só. Convicente, também, Nozick, que declara: “Usar uma pessoa no benefício de outras usa essa pessoa e beneficia as outras”.⁶⁹⁻⁷⁰

Como dissemos, o risco permitido é tradicionalmente fundamentado com base em considerações consequencialistas. O mérito de ter apontado

66. Por exemplo, diferenciando regras primárias de regras secundárias (por exemplo, Shaw, *Contemporary Ethics. Taking account of utilitarianism*, Blackwell, Oxford, 1999, p. 145 e ss.), adotando o chamado *rule consequentialism* ou o consequencialismo como um sistema de regras (Brandt, *A theory of the good and the right*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 286 e ss.), levando em consideração no cálculo de consequências o interesse de terceiros espectadores (*Gesang*, *Utilitarianism*, p. 57), ou postulando um valor de autorrespeito (*Scarre*, *Utilitarianism*, Routledge, London/New York, 1996, p. 155 e ss.). Outra estratégia bem difundida é a de negar que, no mundo real, possam ocorrer casos em que o consequencialismo gere consequências inaceitáveis: por exemplo, Hare, *Ethical theory and utilitarianism*, em: *Essays in ethical theory*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 212 e ss. (p. 220); *Gesang*, *Utilitarianism*, p. 89; Shaw, *Ethics*, p. 105, p. 107, p. 122 e ss. Criticamente quanto a estas saídas em geral, Oderberg, *Moral theory*, p. 69 e ss.
67. Admitindo-o expressamente Moore, *Principia Ethica*, Prometheus Books, 1988, (orig. 1902), p. 147.
68. Rawls, *A theory of justice*, Revised Edition, Oxford University Press, Oxford/New York, 1999, p. 24.
69. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Blackwell Publishing, Cornwall, 1974, p. 33.
70. Para os limites das fundamentações consequencialistas no direito penal L. Greco, *Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal*, trad. Pastor Muñoz, in: *InDret* 4/2010, pp. 1 e ss. (p. 5 e ss.).

este defeito com toda a clareza deve-se, segundo vejo, principalmente a Michal Köhler⁷¹ e a sua aluna Schürer-Mohr.⁷² Pena, contudo, que estes autores não apresentem uma alternativa viável, pois querem, ao invés da ponderação, recorrer ao consenso dos atingidos, mas não a um consenso real e efetivo, e sim a uma presunção (aquilo com que se deve racionalmente consentir),⁷³ chegando Schürer-Mohr até mesmo a considerar o risco permitido criador de deveres de solidariedade ou de autossacrifício do lesionado em favor do bem comum.⁷⁴ Ou seja, a crítica ao consequencialismo acaba caindo num outro consequencialismo, mas agora de índole coletivista. Complementa a ponderação de interesses com considerações deontológicas (= não consequencialistas, e sim baseadas em regras de respeito) também Ida, que recorre ao princípio da universalizabilidade.⁷⁵ Nas primeiras edições do presente livro, manifestei minhas dúvidas quanto a se este princípio seria correto, vez que até mesmo ações que ninguém consideraria problemáticas, como a máxima “só compro carros usados”, não seriam universalizáveis. Por isso, prefiri recorrer apenas à dignidade humana, entendida como a ideia do homem como fim em si mesmo. Num artigo mais recente, contudo, julguei necessário recorrer à universalizabilidade, como critério capaz de ajudar a precisar o conteúdo da ideia do homem como fim em si mesmo e de sua autonomia. Nesse artigo dei à universalizabilidade um conteúdo próprio, principalmente, desprendido das discussões filosóficas, de modo a não dar lugar a objeções como a mencionada: universalizabilidade significa apenas que a conduta em questão não pode ser um privilégio, não pode colidir com a prática da mesma conduta por outra pessoa e não pode negar a autonomia de outra pessoa.⁷⁶ Bem próximo do que aqui se defende se encontra Wolter, que fala em “causas

71. Köhler, *Strafrecht*, p. 185 e ss. Crítico também Duttge, *Unrechtsgehalt*, p. 30.
72. Schürer-Mohr, *Erlaubte Risiken*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1998, p. 52 e ss., 83 e ss. Similar, Köhler, *Strafrecht*, p. 186, que fala em proximidade ao consentimento presumido.
73. Schürer-Mohr, *Erlaubte Risiken*, p. 101.
74. Schürer-Mohr, *Erlaubte Risiken*, p. 105 e ss., p. 107, nota 227.
75. Ida, *Inhalt und Funktion der Norm beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, em: Weigend / Küpper (eds.), *Festschrift für Hirsch*, DeGruyter, Berlin / New York, 1999, p. 225 e ss. (p. 237).
76. L. Greco, *Posse de droga, privacidade, autonomia. Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo*, em: *RBCC* 87 (2010), p. 84 e ss. (95 e ss.).

de exclusão do direito penal”, anteriores à própria etapa da tipicidade, às quais competiria atender às exigências do direito geral da personalidade, da liberdade e do princípio do estado de direito, incapazes de serem submetidas a qualquer ponderação.⁷⁷

Assim, há a meu ver dois fundamentos para que um risco seja permitido. Primeiramente, o núcleo de liberdade de cada cidadão, que lhe garante uma ainda que reduzida esfera de total autonomia em relação a qualquer ingerência estatal, independentemente das consequências da utilização desta liberdade. Um exemplo inicial seriam as injúrias a terceiro proferidas numa conversa entre amigos⁷⁸ – no curso deste trabalho, tentarei concretizar a ideia com base noutros exemplos. Se amigos não puderem mais conversar, pouco importando se com isso atingem a honra de um terceiro, não estamos respeitando seu status de seres humanos, para os quais é essencial dispor de uma esfera reservada na qual podem dizer o que bem entendem.⁷⁹

77. Com toda a clareza, Wolter, Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechtsund Strafausschlussgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin, em: GA 1996, p. 207 e ss. (p. 209-210); cf. também Wolter, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, em: GA 1991, p. 531 e ss. (p. 550).

78. Cf. principalmente a decisão da Corte Constitucional alemã, que, após afastar a vigência geral da regra da ponderação (BVerfGE 90 [1994], p. 255 e ss. [p. 259]), declara que “pertence às condições do desenvolvimento da personalidade que o indivíduo possua um espaço no qual ele esteja entregue a si mesmo, ou a pessoas de sua especial confiança, livre de qualquer vigilância externa, sem levar em conta expectativas sociais de comportamento e sem temor de sanções estatais” (p. 260). A decisão deixa expressamente em aberto qual o posicionamento destas considerações no sistema da teoria do delito (p. 261), lacuna essa que o presente estudo tenta preencher (similar Wolter, GA 1996, p. 209). Critica os fundamentos desta decisão Wasmuth, Comentário a BVerfGE 90, 255, em: NStZ 1995, p. 100 e ss., para o qual seria necessária, sim, uma ponderação. Com isso torna-se ele vulnerável às críticas formuladas ao consequencialismo, acima mencionadas.

79. A doutrina brasileira não discute estes casos, ou seja, parece compreendê-los no alcance da proibição. Já a doutrina alemã há muito reconhece uma “esfera livre de injúrias”, sendo unânime em excluir a punição caso as injúrias sejam pronunciadas dentro do círculo familiar (cf. Lenckner/Eisele, em: Schönke / Schröder, Strafgesetzbuch, Vorbem §§ 185 ff./9b). Há autores, porém,

Mas como apenas um núcleo reduzido da liberdade humana pode ser de tal forma imponderável e absoluto, o restante dos casos de risco permitido é fundamentado pela ideia mais abrangente e, como acima dito, amplamente reconhecida da *ponderação entre interesse de proteção de bens jurídicos e interesse geral de liberdade*. Esta ponderação deve levar em conta não apenas o valor dos bens expostos a perigo,⁸⁰ como também a intensidade deste,⁸¹ o interesse social na prática da ação perigosa,⁸² a eficiência e idoneidade da medida de cuidado,⁸³ a existência e custo de alternativas menos arriscadas⁸⁴ e considerações

que não aceitam que amigos íntimos sejam beneficiados por essa exclusão da pena, ou que não mencionam expressamente a extensão do benefício a amigos íntimos (por exemplo, Lenckner/Eisele, em: Schönke / Schröder, Strafgesetzbuch, Vorbem §§ 185 ff./9b; Otto, Persönlichkeitsschutz durch strafrechtlichen Schutz der Ehre, em: Evers etc. [eds.], Festschrift für Schwinge, Peter Hanstein Verlag, Köln-Bonn, 1973, p. 71 e ss. [p. 87]). Muitos vão mais longe, concluindo, no sentido do texto, que não há crime contra a honra nem no caso de ofensa manifestada entre amigos, mas com fundamentação diversa, em geral, ou recorrendo a uma ponderação, ou não situando o problema no risco permitido: por exemplo. Kühl, em: Lackner / Kühl, Strafgesetzbuch, 27.^a ed., Beck, München, 2011, § 185/9; Wasmuth, NStZ 1995, p. 101; Wolff-Reske, Die Korrespondenz zwischen Gefangenen und ihnen nahestehenden Personen als “beleidigungsfreier Raum”, em: Jura 1996, p. 184 e ss. (p. 187).

80. Kuhlen, Produkthaftung, p. 95; Roxin, Strafrecht I, § 24/39; Rudolphi, Systematischer Kommentar, Vor § 1/62; Schönemann, JA 1975, p. 576.
81. Cirino dos Santos, Direito penal, p. 174-175; Kuhlen, Produkthaftung, p. 95; Lenckner, Technische Normen und Fahrlässigkeit, em: Bockelmann et alii (eds.), Festschrift für Engisch, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M. 1969, p. 490 e ss.; Schönemann, JA 1975, p. 576.
82. Cf. principalmente Schönemann, JA 1975, p. 576, que distingue quatro espécies de ações, no que se refere à sua importância social: ações de luxo, ações socialmente comuns, ações socialmente úteis e ações socialmente necessários, o que me parece bastante fecundo; cf. também Cirino dos Santos, Direito penal, p. 174-175 (que simpatiza com Schönemann); Frisch, Vorsatz, p. 139; Lenckner, Engisch-FS, p. 500; Roxin, Strafrecht I, § 24/39; Samson, Systematischer Kommentar, Anh. zu § 16/20.
83. Kuhlen, Produkthaftung, p. 95.
84. Kuhlen, Produkthaftung, p. 95; Lenckner, Engisch-FS, p. 500; Roxin, Strafrecht I, § 24/40; Schönemann, JA 1975, p. 576.

relativas ao princípio da proporcionalidade.⁸⁵ É claro que essa ponderação não precisará ser feita toda vez que o juiz for julgar um acidente de trânsito ou de trabalho, porque, como logo veremos, há normas específicas que regulam estas situações e que devem ser entendidas como concretização do juízo ponderativo. Mas o juiz deve ter em mente que, por trás destas normas, encontra-se em regra uma tal ponderação, porque a ele incumbe avaliar em que medida a norma pode ser entendida como a concretização acertada do risco permitido.

Para mim ainda não está claro de que maneira esta minha visão um pouco modificada dos fundamentos da desaprovação jurídica de um risco – fundada não apenas na ponderação, como faz a doutrina dominante, mas adicionalmente num núcleo de liberdade imponderável – refletirá na solução de problemas concretos, mas creio interessante propô-la, ao menos no intuito de apontar para a contradição existente entre, de um lado, afirmar-se que o risco permitido fundamenta-se numa ponderação de interesses, e de outro relevar que o homem deve ser tratado como um fim em si mesmo, não podendo ser sacrificado para interesses alheios. O leitor observará que adiante tento concretizar a perspectiva aqui delineada resolvendo alguns outros casos além do dos crimes de injúria praticados entre amigos.⁸⁶

Como já estamos dizendo, o juiz não tem de reinventar a roda a cada acidente de trânsito a que esteja incumbido de julgar. Há uma série de parâmetros que o ajudam na tarefa de concretizar o risco juridicamente desaprovado. Estes critérios foram desenvolvidos principalmente na discussão do delito culposos, na concretização de seu requisito “violação do dever de cuidado”. Se hoje se começa a considerá-los, acertadamente, não apenas uma especificidade do delito culposos, mas comuns também ao delito doloso,⁸⁷ isso nada altera no fato de que é

85. Principalmente *Frisch*, Verhalten, p. 70, p. 77, p. 80.

86. Especificamente, nos casos de danos tardios (IV 2 b bb) e de ações perigosas de salvamento (IV 2 b dd).

87. Cf. principalmente os interessantes trabalhos de *Herzberg*, Vorsatz und erlaubtes Risiko – insbesondere bei der Verfolgung Unschuldiger, em: JR 1986, p. 6 e ss.; JZ 1987, p. 536 e ss.; Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt, em: JuS 1996, p. 377 e ss.; e também *Greco*, Imputação: uma introdução, p. 45 e ss.; *Jakobs*, Imputación, p. 101; *Jesus*, Imputação objetiva, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 122; *Lenckner/Eisele*, em: Schönke/

ao julgar delitos culposos que eles terão maior importância prática. Afinal, quem age dolosamente em regra se valerá de uma ação que manifestamente ultrapasse os limites do risco permitido. Passemos, assim, aos três principais critérios de concretização de um risco juridicamente desaprovado: a existência de normas de segurança, a violação do princípio da confiança e o comportamento contrário ao *standard* geral dos homens prudentes.

Para avaliar se um risco é ou não juridicamente desaprovado, o instrumento mais importante é a existência de *normas de segurança* que regulam a prática de determinada atividade perigosa. Está tornando-se cada vez mais comum distinguir duas espécies de norma: as jurídicas e as não jurídicas, estas últimas também chamadas de *normas técnicas*. A violação de uma *norma jurídica* de segurança – exemplo seriam as normas de trânsito – é um relevante indício de que o risco criado é juridicamente desaprovado.⁸⁸⁻⁸⁹ Mas, tendo em vista que essas normas se referem a situações genéricas, da qual a realidade pode diferir consideravelmente, nem sempre a violação da norma fundamentará risco proibido, e nem tampouco a obediência sempre fará do risco algo permitido.⁹⁰ Exemplo da primeira hipótese: A dirige telefonando em

Schröder, Strafgesetzbuch, Vorbem. § 8 13 ff/93; *Martinez Escamilla*, Imputación, p. 123; *Roxin*, Funcionalismo, § 11/44. Contra, por exemplo: *Kretschmer*, Das Fahrlässigkeitsdelikt, em: Jura 2000, p. 267 e ss. (p. 267).

88. *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 45; *Roxin*, Strafrecht I, § 24/16; *Schmitt de Bem*, Direito penal de trânsito, p. 64. Falando em indício de violação do dever cuidado, sem, contudo, diferenciar entre normas jurídicas e extrajurídicas, *D'Ávila*, Crime culposos, p. 50; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch, p. 582; *Samson*, Systematischer Kommentar, Anh. zu § 16/20; *Welzel*, Fahrlässigkeit, p. 328. Sobre a problemática ademais *Hoyer*, Erlaubtes Risiko und technologische Entwicklung, ZStW 121 (2009), p. 860 e ss.

89. Contra, *Jakobs*, Strafrecht, § 7/43; *Kuhlen*, Produkthaftung, p. 116, que querem sempre admitir violação de dever de cuidado em casos de violação de normas jurídicas de segurança.

90. Por exemplo, *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 45, p. 49; *D'Ávila*, Crime culposos, p. 51; *Roxin*, Strafrecht I, § 24/16: “O que é em abstrato perigoso, pode ser inócuo no caso concreto”; *Schünemann*, JA 1975, p. 577; *Schürer-Mohr*, Erlaubte Risiken, p. 178, que, porém, admite casos de proibições absolutas (exemplo: determinada concentração de álcool

seu celular, ou em excesso de velocidade, em uma rua completamente deserta. Exemplo da segunda hipótese: A dirige nos limites da velocidade permitida e nem se preocupa em frear ao ver o pedestre que erradamente atravessa a rua fora do sinal (o que lhe era possível). Há casos, igualmente, em que a norma não tem por finalidade evitar acidentes, de modo que seu desatendimento não fundamentará qualquer risco juridicamente desaprovado.⁹¹ Exemplo: a exigência do Código de Trânsito de que o motorista mantenha a placa traseira iluminada quando dirige à noite (art. 250, III, da Lei 9.503/97).

Muito interessante é a ideia de *Frisch*, que consigno para permitir uma maior reflexão. Este autor não se refere mais à função indiciária da violação de normas de cuidado, mas substitui este critério um tanto impreciso por outro: “o que é decisivo é não a obediência à regra, e sim o *risco-base* que geralmente acompanha a obediência à regra”.⁹² Com isso, se explica suficientemente porque um comportamento que segue a regra pode, em circunstâncias excepcionais, ser juridicamente desaprovado (superação do risco-base), e porque um comportamento que a viola pode ser juridicamente permitido (não superação do risco-base).⁹³ Este caminho permite, ademais, que *Frisch* aplique também a normas de segurança de caráter jurídico a ideia, comumente proposta apenas no contexto de normas de segurança privadas,⁹⁴ segundo a qual não cria risco juridicamente desaprovado aquele que, apesar de violar a norma, realiza atividades compensatórias (isto é, que reduzam o risco ao mesmo nível do risco-base genérico).⁹⁵

Ao lado das normas jurídicas, há uma quantidade enorme de *normas de caráter privado*, que regula praticamente toda e qualquer

no sangue, segundo a jurisprudência alemã; p. 178-179); *Tavares*, Crime culposos, p. 311. Até mesmo *Kuhlen*, Produkthaftung, p. 117, admite a inaplicabilidade da norma de cuidado face a casos excepcionais (compare-se com a nota anterior).

91. Em sentido contrário, *Freund*, Strafrecht, § 5/55, que analisa o caso de limitações de velocidade por motivos de barulho, e admite a criação de risco juridicamente desaprovado também para a vida e a integridade física.
92. *Frisch*, Verhalten, p. 92-93. Manifestando simpatia à ideia *Schmitt de Bem*, Direito penal de trânsito, p. 64-65.
93. Sobre esta segunda possibilidade, *Frisch*, Verhalten, p. 99 e ss.
94. Cf., sobre normas de segurança de caráter privado, a continuação do texto.
95. *Frisch*, Verhalten, p. 93.

atividade da qual possa advir algum risco, desde a fabricação de brinquedos até a prática de futebol. Estas normas são elaboradas, em regra, por representantes da indústria ou do esporte, daí resultando um enorme déficit de legitimação democrática, de maneira que não se poderá conferir-lhes a mesma relevância que se conferiu às normas jurídicas.⁹⁶ Nem sempre os *standards* da indústria decorrem de uma ponderação imparcial de interesses. Muitas vezes, insiste-se na prática de uma ação já internacionalmente considerada inaceitável, alegando-se razões que não resistiriam a um exame mais desinteressado. Não há por que o direito penal aceitar que a indústria, arrimada em cientistas por ela financiados, possa legiferar no próprio interesse e isentar-se da responsabilidade criminal por meio da emissão de uma norma de fácil atendimento. Daí a importância da ponderação acima delineada, que compete, em última instância, ao juiz, e não à indústria,⁹⁷ o qual deve também resistir à tentação de embarcar num ativismo judicial, tão em voga entre certos círculos.

96. Em especial, *Schünemann*, Die Regeln der Technik im Strafrecht, em: Küper (ed.), Festschrift für Lackner, DeGruyter, Berlin / New York, 1987, p. 366 e ss. (p. 377 e ss.), que adverte sobre os perigos de “fazer do bode o jardineiro” (p. 377) e do “neocorporativismo” (p. 391). Cf. também *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 51; *Lenckner*, Technische Normen und Fahrlässigkeit, em: Bockelmann et alii (eds.), Festschrift für Engisch, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M. 1969, p. 490 e ss. (p. 494 e ss.); *Reyes Alvarado*, Imputación, p. 122; *Roxin*, Funcionalismo, § 24/19; *Schürer-Mohr*, Erlaubte Risiken, p. 182 e ss., todos com detalhado exame da problemática.
- Jakobs*, Strafrecht § 7/44, e *Kuhlen*, Produkthaftung, p. 119, falam aqui em “indícios”, o que é ainda menos do que eles atribuíram às normas jurídicas (acima, nota 129). *Frisch*, Verhalten, p. 102 e ss., apontando para a falta de legitimação democrática (p. 102), considera a violação de normas privadas suficiente para afirmar a previsibilidade (p. 103), isto é, a criação de um risco, requerendo para a desaprovação jurídica deste risco uma adicional ponderação de interesses, no sentido de que a norma é adequada (p. 104, p. 106). Se for este o caso, a norma de segurança privada terá o mesmo significado da norma jurídica (p. 108).
97. Cf. principalmente *Schünemann*, Lackner-FS, p. 387; ademais *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 52; *Roxin*, Strafrecht I, § 24/19; *Schürer-Mohr*, Erlaubte Risiken, p. 197.

Mas, por outro lado, é necessário não desconhecer a função que o atendimento destas normas cumpre na vida dos engenheiros e de outros projetistas da indústria, que não podem viver sob a eterna ameaça da sanção penal. Em geral, quem atendeu à norma técnica imprópria poderá ter a sua responsabilidade excluída, por outras considerações.⁹⁸ Daí por que é de exigir-se, com Lenckner, uma violação de dever manifesta para que alguém possa ser punido ainda que tenha obedecido à norma técnica,⁹⁹ e nos muitos casos em que tal violação não possa ser encontrada, será primariamente responsável quem formulou a norma inadequada.¹⁰⁰

Além da falta de legitimação democrática de normas técnicas não jurídicas, há outras razões que podem afastar a sua relevância como parâmetro concretizador do risco não permitido: muitas vezes, a norma não tem por finalidade primária a proteção de determinado bem jurídico, o que se dá especialmente no esporte, em que a importância primária de muitas regras é caracterizar a própria modalidade desportiva.¹⁰¹ Por exemplo, no boxe, a proibição de desferir cotoveladas

98. Princípio da confiança (*Sternberg-Lieben*, em: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 15/135, ao final), erro de proibição inevitável (próximo, *Lenckner*, Engisch-FS, p. 504), componente individual da culpa (*Lenckner*, Engisch-FS, p. 503 e ss.), falta de uma elementar da culpabilidade (*Schünemann*, Lackner-FS, p. 387).

99. *Lenckner*, Engisch-FS, p. 501. Similar e bem mais diferenciado, *Frisch*, Verhalten, p. 109 e ss.

100. Sobre a punibilidade de quem formulou a norma, cf. *Lenckner*, Engisch-FS, p. 504 e ss., p. 508; *Sternberg-Lieben*, em: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 15/135.

101. *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 53; *Feijóo Sánchez*, Homicidio y lesiones, p. 214. Sobre os limites do penalmente ilícito no esporte, ademais, *Kretschmer*, Jura 2000, p. 271; *Rössner*, Fahrlässiges Verhalten im Sport als Prüfstein der Fahrlässigkeitsdogmatik, em: Weigend / Küpper (eds.), Festschrift für Hirsch, DeGruyter, Berlin / New York, 1999, p. 313 e ss. (p. 324); *Roxin*, Funcionalismo, § 24/20, que admite criação de risco juridicamente desaprovado apenas quando a violação de norma desportiva criar o risco de lesões sérias. Sobre a estrutura das regras desportivas cf. *L. Greco*, Sobre a legitimidade da punição do *autodoping* nos esportes profissionais, trad. Alair Leite, in: *Roxin/Greco/Leite*, Doping e Direito penal, Atlas, São Paulo, 2011, p. 48 e ss. (70 e ss.).

não tem por fim primário a tutela da integridade física dos praticantes, e sim definir o que é o boxe, fazer de uma luta uma luta de boxe, e não de MMA. A violação desta norma nem sempre criará um risco juridicamente desaprovado. Tem razão *Burgstaller* ao observar que a violação de regras desportivas tem ainda menos relevância para a fundamentação do risco juridicamente desaprovado do que a das demais regras de segurança privadas.¹⁰² Outras vezes, a norma é violada, mas o agente realiza ações alternativas compensatórias do perigo,¹⁰³ ou a norma é violada, mas ela já se encontra ultrapassada e não corresponde mais ao estado da técnica.¹⁰⁴ Ainda assim, não se pode desconhecer que as normas técnicas continuam a ser o ponto de partida para o exame do caráter juridicamente desaprovado da ação perigosa. Seu principal valor, como relevam alguns autores, é o de *documentar o que é tido por uma boa prática*.¹⁰⁵ Mas, como nem tudo que é comumente praticado tem de ser lícito, tais normas não precisam ser também o ponto de chegada.

Examinada a importância de normas de segurança, mencionemos mais dois critérios com os quais a doutrina costuma trabalhar. O *princípio da confiança* concretiza as exigências de cuidado necessárias postulando que ninguém, ao agir, precisa preocupar-se com a possibilidade de que outra pessoa possa se comportar erradamente e com isso concorrer para a produção de um resultado indesejável.¹⁰⁶ Pode-se, em regra,

102. *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 54.

103. *Roxin*, Funcionalismo, § 24/19; *Schünemann*, Lackner-FS, p. 389. Em tais casos, pode até mesmo ser de negar-se já a criação de um risco. Este é o núcleo correto da ideia de *Zielinski*, Unrechtsbegriff, p. 173 e ss., que fundamenta o delito culposo na não prática de determinada medida compensatória (componente “sem que” / ohne-zu-Komponente).

104. *Kuhlen*, Produkthaftung, p. 121; *Roxin*, Strafrecht I, § 24/19; *Schünemann*, Lackner-FS, p. 389.

105. *Schünemann*, Lackner-FS, p. 386; *Kuhlen*, Produkthaftung, p. 121.

106. *Abraldes*, Princípio de confianza: la discusión actual sobre su naturaleza jurídico-penal y sus posibles aplicaciones, in: *Romeo Casabona/Sánchez Lázaro* (coords.), La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico, Comares, Granada, 2010, p. 245 e ss. (p. 248); *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 58; *Sternberg-Lieben*, em: Schönke-Schröder,

confiar em que os demais se comportarão de modo correto. Esta ideia se aplica não apenas ao trânsito, mas também à prática de atividades em conjunto – o exemplo clássico é a cirurgia: o cirurgião pode confiar no anestesista e na enfermeira, e vice-versa¹⁰⁷ –, estando ainda pouco claro em que medida o referido princípio é válido também em outros

Strafgesetzbuch, § 15/149; *Jescheck / Weigend*, Lehrbuch, p. 581, nota 16; *Kirschbaum*, Vertrauensschutz, p. 18; *Kuhlen*, Produkthaftung, p. 128; *Martinez Escamilla*, Imputación, p. 137; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen, Mohr, Tübingen, 1986, p. 7; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, § 15/63, com a interessante observação de que, quando se trata de causalidade natural, em regra se tem de evitar qualquer risco previsível que não esteja acobertado por um risco geral de vida ou uma ponderação de interesses, enquanto quando se trata de comportamentos arriscados errôneos de terceiros, vale a regra contrária, de que eles não têm de ser levados em conta, ainda que previsíveis; de acordo com *Stratenwerth, Tavares*, Crime culposo, p. 313 e ss. Transformando o princípio em verdadeiro critério geral de imputação, *Jakobs*, Strafrecht, § 7/51 e ss.; *La imputación objetiva en Derecho Penal*, trad. Cancio Meliá / Suárez González, Civitas, Madrid, 1996, p. 105 e ss.; *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”*, trad. Peñaranda Ramos, em: *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 209 e ss. (p. 218 e ss. – este artigo será doravante citado como “Instituciones”); similar, com ulteriores precisões, *Maraver Gómez*, El principio de confianza en derecho penal, in: *Luzón Peña* (coord.), Libro homenaje a Mir Puig, La Ley, Madrid, 2010, p. 381 e ss. Entre os poucos que rejeitam a ideia encontra-se *Frisch*, Verhalten, p. 237 (seguindo-o, em parte, *Cancio Meliá*, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 77 e ss.; sobre *Jakobs* extensamente *Pimentel Albuquerque*, Princípio da confiança, p. 119 e ss.); com reservas, também, *Puppe*, Nomos-Kommentar, vor § 13/151 e ss., para o qual o princípio é “mais a exceção do que a regra” (nm. 151), porque a regra seria a postulação de vários deveres de cuidado concorrentes.

107. Fundamental, *Stratenwerth*, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, em: *Bockelmann / Gallas* (eds.), Festschrift für Eberhard Schmidt, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1961, p. 383 e ss. (p. 387 e ss., p. 399), que diz: “Um médico que se ocupe de tudo e de todos não se exporá ao reproche jurídico-penal da falta de cuidado, mas dificilmente será um bom médico” (p. 388).

setores da vida cotidiana.¹⁰⁸ Mas é importante observar que o princípio comporta, reconhecidamente, exceções ou restrições: ninguém pode confiar em quem não é merecedor de confiança, como uma criança ou um doente mental¹⁰⁹ (não se pode dirigir despreocupadamente, se se vê que há crianças jogando futebol na rua); da mesma forma, a confiança será injustificada se há indícios concretos no sentido de que o comportamento antijurídico de terceiro será praticado¹¹⁰ (não se pode dirigir despreocupadamente se o motorista que vem na transversal,

108. Aplicando-o em todos os casos em que há divisão do trabalho, *D’Ávila*, Crime culposo, p. 53; *Duttge*, Arbeitsteilige Medizin zwischen Vertrauen und strafbarer Fahrlässigkeit, in: *ZIS* 2011, p. 349 e ss. (352); *Kuhlen*, Produkthaftung, p. 129; *Pimentel Albuquerque*, Princípio da confiança, p. 150; *Roxin*, Strafrecht I, § 24/25; *Schmitt de Bem*, Direito penal de trânsito, p. 67; *Sternberg-Lieben*, em: *Schönke-Schröder*, Strafgesetzbuch, § 15/151. Deixando claro que, a seu ver, o princípio se aplica apenas a casos em que a obtenção dos fins de uma atividade depende da confiança no comportamento adequado dos demais (exemplo: divisão de trabalho), *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 63; similar, ademais, *Schumann*, Handlungsunrecht, p. 22. Como referido, *Jakobs* faz da ideia um critério geral de imputação (nota 146).
109. Cf. *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 60; *Cirino dos Santos*, Direito penal, p. 176-177; *D’Ávila*, Crime culposo, p. 52; *Feijóo Sánchez*, Homicidio y lesiones, p. 238 e ss.; *Jakobs*, Strafrecht, § 7/54; *Kuhlen*, Produkthaftung, p. 128, p. 134; *Pimentel Albuquerque*, Princípio da confiança, p. 168-169; *Roxin*, Strafrecht I, § 24/23; *Schmitt de Bem*, Direito penal de trânsito, p. 68; *Schumann*, Handlungsunrecht, p. 12 e ss.; *Stratenwerth*, Eb. Schmidt-FS, p. 392; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, § 15/66; *Tavares*, Crime culposo, p. 316.
110. *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 60; *Feijóo Sánchez*, Homicidio y lesiones, p. 237; *Jakobs*, Strafrecht, § 7/54; *Kuhlen*, Produkthaftung, p. 128, p. 134; *Martinez Escamilla*, Imputación, p. 137; *Muñoz Conde*, em: *Muñoz Conde / García Aran*, Derecho Penal, Parte General, 3.ª edição, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 319; *Pimentel Albuquerque*, Confiança, p. 136; *Roxin*, RBCC 38 (2002), p. 14; *Strafrecht I*, § 24/23; *Samson*, Systematischer Kommentar, Anh. zu § 16/21; *Schumann*, Handlungsunrecht, p. 12; *Schürer-Mohr*, Erlaubte Risiken, p. 117; *Stratenwerth*, Eb. Schmidt-FS, p. 392, p. 397; *Tavares*, Crime culposo, p. 316. Diferenciado, *Reyes Alvarado*, Imputación, p. 147 e ss., para o qual o que verdadeiramente interessa é se o autor é “competente para evitar o dano” (p. 148).

apesar de aproximar-se do sinal vermelho, continua a acelerar); se o comportamento antijurídico é de tal modo comum, que não se pode mais contar com a sua não prática¹¹¹ (exemplo: ninguém pode contar com a não ultrapassagem do sinal vermelho depois das 11:00 da noite no Rio de Janeiro); e, por fim, pessoas dotadas de deveres especiais de vigilância não podem desincumbir-se com base no referido princípio¹¹² (exemplo: o professor da autoescola não pode confiar em que o seu aluno dirigirá corretamente).

A limitação mencionada por alguns autores, segundo a qual não se aplicaria o princípio da confiança a quem viola um dever de cuidado,¹¹³ até tem um núcleo correto, mas é desnecessária e capaz de gerar confusão. O seu núcleo correto é o fato de que ninguém pode praticar ações manifestamente criadoras de riscos desaprovados, confiando em que os demais realizem ações compensatórias para impedir que algo de ruim aconteça:¹¹⁴ exemplo: nenhum motorista pode ignorar o sinal vermelho e lançar-se sobre o pedestre que atravessa na faixa, confiando que ele vai saltar e salvar-se. Mas esta limitação é, a rigor, desnecessária, porque só se pode saber se alguém violou ou não seu dever de cuidado após analisar se o princípio da confiança é ou

111. *Jakobs*, Strafrecht, § 7/55; *Pimentel Albuquerque*, Princípio da confiança, p. 167; *Roxin*, Strafrecht I, § 24/23; *Samson*, Systematischer Kommentar, Anh. zu § 16/21; *Schmitt de Bem*, Direito penal de trânsito, p. 69. Contra, considerando ainda aplicável nestes casos o princípio da confiança, *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 61; *Reyes Alvarado*, Imputación, p. 146; *Schumann*, Handlungsunrecht, p. 8, p. 16.
112. *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 64; *Sternberg-Lieben*, em: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 15/152; *Galvão*, Imputação, p. 67; *Kuhlen*, Produkthaftung, p. 133; *Pimentel Albuquerque*, Princípio da confiança, p. 169; *Roxin*, Strafrecht I, § 24/25; *Schumann*, Handlungsunrecht, p. 24; *Schmitt de Bem*, Direito penal de trânsito, p. 69; *Tavares*, Crime culposo, p. 316-317; *Wilhelm*, Strafrechtliche Fahrlässigkeit bei Arbeitsteilung in der Medizin, em: Jura 1985, p. 183 e ss. (p. 187); opinião relativamente diversa em *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, § 15/66, para o qual os deveres de vigilância também são limitados pelo princípio da confiança.
113. Assim a jurisprudência alemã, cf. BGHSt 9, 92, 93; 13, 169, 172; de acordo *Luzón*, Curso, p. 504; *Schumann*, Handlungsunrecht, p. 13; entre nós *Santoro Filho*, Teoria da imputação objetiva, p. 84.
114. Cf., por exemplo, *Schumann*, Handlungsunrecht, p. 19; *Feijóo Sánchez*, Homicidio y lesiones, p. 235; *Pimentel Albuquerque*, Princípio da confiança, p. 169.

não aplicável. Logo, no exemplo que acabo de mencionar, o princípio da confiança é inaplicável não por ter o autor violado o dever de cuidado, mas, inversamente, o autor violou um dever de cuidado porque, dentre outros motivos, o princípio da confiança era inaplicável.¹¹⁵ E, por fim, esta limitação gera confusão, porque ela induz a que se suponha, erradamente, que, tendo o autor se comportado de modo incorreto, não há mais qualquer chance de o princípio da confiança vir a beneficiá-lo.¹¹⁶ Veremos abaixo que há casos em que o princípio da confiança atuará via fim de proteção de norma para impedir a imputação de resultados, apesar de o autor ter, indiscutivelmente, se comportado de modo indevido.¹¹⁷⁻¹¹⁸

Por fim, quando nem a existência de normas técnicas, nem o princípio da confiança puderem servir de orientação para o juiz, propõe a doutrina que ele recorra à figura do *homem prudente*, o velho conhecido de que nos valemos já no momento de fundamentar a criação do risco.¹¹⁹ Aqui, o que interessa é não mais se o homem prudente consideraria perigosa determinada ação – porque essa questão já terá sido examinada – e sim se o homem prudente ainda assim a praticaria. Não entrarei nos inúmeros problemas de definição desta figura.¹²⁰ Apenas registro quatro aspectos que me parecem relevantes, para ao final chegar a uma modesta conclusão. Primeiramente, o de que a ideia de homem prudente não aparece apenas no momento de avaliar uma ação cujo caráter proibido ou permitido nem normas técnicas, nem o princípio da confiança conseguiram determinar. Pelo contrário,

115. Similar, *Pimentel Albuquerque*, Confiança, p. 138; *Puppe*, Die Erfolgsszurechnung im Strafrecht, Nomos, Baden-Baden, 2000, p. 137.
116. Cf. *Puppe*, Erfolgsszurechnung, p. 136; também separando a questão da violação do dever de cuidado da realização do risco, no que se refere ao princípio da confiança, *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 62.
117. Contra esta limitação também *Jakobs*, Strafrecht, § 7/55; *D'Ávila*, Crime culposo, p. 52; *Duttge*, ZIS 2011, p. 352 e s.
118. Cf. abaixo, IV 2 b ee: casos de intervenção posterior de terceiro.
119. Cf. principalmente *Kuhlen*, Produkthaftung, p. 103 e ss.; cf. ademais *Cirino dos Santos*, Direito penal, p. 172 e ss.; *Sternberg-Lieben*, em: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 15/135; *Jescheck / Weigend*, Lehrbuch, p. 578 e 579; *Roxin*, Strafrecht I, § 24/34 e ss.; *Welzel*, Fahrlässigkeit, p. 327.
120. A respeito, as interessantes considerações (construtivas) de *Kaminski*, Objektiver Massstab, p. 135 e ss., levando em conta a muito mais elaborada dogmática do Direito Civil, e *Kuhlen*, Produkthaftung, p. 102 e ss.

esta figura está presente também quando tecemos tais considerações, porque, por exemplo, não seria prudente confiar numa norma técnica manifestamente formulada para servir a interesses escusos, e tampouco seria prudente confiar em que uma criança que joga futebol na rua não se lançará diante do automóvel. Em segundo lugar, e talvez seja esta a causa da primeira observação que acabo de fazer, há um estreito contato entre a ideia do homem prudente e a da ponderação de interesses, segundo fundamento da desaprovação jurídica de um risco. Porque, em princípio, homem prudente é aquele que pondera de modo acertado.¹²¹ Em terceiro lugar, e em decorrência das duas observações agora feitas, é óbvio que seria de todo inadequado abandonar a figura do homem prudente e substituí-la pela do autor concreto, como propõem alguns autores.¹²² Isso significaria, por exemplo, individualizar até mesmo o princípio da confiança – o que seria absurdo, vez que ele depende de certa estandarização¹²³ – e, além disso, atritaria com a prognose póstuma objetiva, que já na criação de um risco se valeu da figura do homem prudente.¹²⁴ O quarto aspecto que gostaria de observar é que, da mesma forma que deixamos conhecimentos especiais influírem

121. Próximo, *Kuhlen*, Produkthaftung, p. 113, sobre as relações entre ponderação e homem prudente. De acordo com essa minha caracterização *Schmitt de Bem*, Direito penal de trânsito, p. 69.
122. Fundamentais, *Stratenwerth*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1.^a ed., Carl Heymanns, Köln etc., 1971, nm. 1167, e *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, DeGruyter, Berlin / New York, 1972, p. 48 e ss., p. 66 e ss.; cf. ademais *Castaldo*, “Non intellegere quod omnes intelligunt”, VVF, München, 1992, p. 78 e ss., *Frisch*, Straftat und Straftatsystem, em: Wolter / Freund (eds.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, C. F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 135 e ss. (p. 194); *Freund*, Strafrecht, § 5/22; *Otto*, Grenzen den Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht, em: JuS 1974, p. 702 e ss. (p. 707); *Samson*, Systematischer Kommentar, Anh. zu § 16/13 e ss.; *Stratenwerth*, Zur Individualisierung des Sorgfaltmassstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, em: Vogler / Hermann (eds.), Festschrift für Jescheck, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 285 e ss.; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, § 15/15.
123. Similar, *Hirsch*, Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, em: Dölling (ed.), Festschrift für Lampe, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, p. 515 e ss. (p. 525).
124. *Roxin*, Strafrecht I, § 24/62.

no juízo de criação de um perigo, também devemos deixar conhecimentos e capacidades especiais influírem na desaprovação jurídica do perigo criado. Porque aquele que sabe e pode mais tem a sua esfera de liberdade aumentada, sendo assim justo que sua responsabilidade também o seja.¹²⁵ E, por fim, a minha conclusão, a qual nesta sede pode ser apenas esboçada, e não fundamentada adequadamente. Se a figura do homem prudente tem relação de tal maneira estreita com os fundamentos do risco permitido (em especial com a ponderação), bem como com o princípio da confiança e com a relevância das normas técnicas, terá essa figura alguma relevância própria, independente dos demais institutos?¹²⁶ Creio que sim, e por duas razões. A primeira delas é que a figura do homem prudente, apesar de em parte normativa, é também em parte empírica, e aqui se encontra a sua relevância: ela se refere à necessidade de que as exigências de cuidado formuladas pelo direito não vão além do que aquilo que é de fato praticado por pessoas consideradas prudentes.¹²⁷ Com isso, ela serve de válvula de segurança, para impedir que o juiz, erigindo-se em salvador da pátria, resolva punir alguém por não se ater a parâmetros de conduta que nem os mais prudentes respeitam. E a segunda razão refere-se ao fato de que, nos delitos dolosos,

125. Sobre os conhecimentos especiais, *Greco*, ZStW 117 (2005), p. 542; sobre capacidades e conhecimentos especiais, *Sternberg-Lieben*, em: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 15/119 e 138 e ss.; *Kuhlen*, Produkthaftung, p. 85-86. Contra, exigindo apenas o empenho de capacidades médias do membro de determinado grupo social, a doutrina dominante: *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 66; *Jescheck / Weigend*, Lehrbuch, p. 565 nota 15, com referências.
126. Respondendo em sentido negativo, por exemplo, *Schünemann*, JA 1975, p. 575, para o qual o homem prudente não tem qualquer relevância após a ponderação de interesses, e *Tavares*, Crime culposos, p. 293 e ss., que quer acudir ao critério da experiência geral de vida.
127. Próximo, *Kuhlen*, Produkthaftung, p. 104, que fala num “postulado de referência empírica”. Diferentemente, *Armin Kaufmann*, Das fahrlässige Delikt, p. 145, que com a sua bela formulação de que o homem prudente seria “a personificação do ordenamento jurídico na situação concreta”, acaba por subtrair-lhe qualquer substrato empírico; de acordo com *Kaufmann*, *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 55, e *Martinez Escamilla*, Imputación, p. 138-139; *Gil Gil*, Delito imprudente, p. 282.

a figura do homem prudente fornece um parâmetro de decisão muito mais seguro do que os demais critérios. Afinal, talvez seja difícil encontrar uma norma técnica que vede, por exemplo, a utilização de um travesseiro para sufocar uma criança. O critério do homem prudente torna este questionamento desnecessário, porque é óbvio que um homem prudente não pressionaria um travesseiro contra a cabeça de uma criança, impedindo-a de respirar, de modo que se poderia com facilidade afirmar ter o agente criado risco juridicamente desaprovado.

b. O aspecto negativo

Feitas estas considerações sobre o aspecto positivo da desaprovação jurídica de um risco, podemos passar para o aspecto negativo, falando de sua exclusão.

aa. Risco permitido

A rigor, não precisamos aqui dizer nada de novo. O risco permitido nada mais é do que um *conceito formal*,¹²⁸ no sentido de apenas fornecer uma denominação comum para todos os casos em que, apesar de se criar um risco, ele não acaba sendo desaprovado pelo ordenamento jurídico. Isso significa que a alusão a um risco permitido não serve de fundamentação para resolver um caso qualquer: tem-se, isso sim, de perguntar *por que* há risco permitido, aplicando os critérios acima referidos, bem como os que abaixo seguirão, e só então se terá a resposta adequada para o caso que se quer julgar.¹²⁹

bb. Contribuição a uma autocolocação em perigo

Outra conquista da teoria da imputação objetiva foi redescobrir a relevância do comportamento da vítima para a tipicidade. Hoje costuma-se

128. Como deixou claro *Maiwald*, Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtssystematik, em: *Vogler / Hermann* (eds.), *Festschrift für Jescheck, Duncker & Humblot*, Berlin, 1985, p. 405 e ss. (p. 409, p. 424 e ss.). Isso não significa que seja um conceito "vazio" e, portanto, dispensável, como afirmara *Kienapfel*, *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1966, p. 9 e 11.

129. Cf. já *Greco*, *Imputação: uma introdução*, p. 165.

admitir que quem se limita a participar de um comportamento perigoso realizado pela própria vítima não pode ser punido caso as coisas de fato acabem mal.¹³⁰ Estes casos são denominados de contribuições a uma autocolocação em perigo. Exemplificando: se A convence B a escalar o Dedo de Deus, e B vem a falecer neste empreendimento, A não será punível por homicídio, nem mesmo se secretamente quisesse a morte. O *leading case* da jurisprudência alemã foi o famoso caso da seringa de heroína: a vítima, conhecida como drogado, não conseguia mais comprar seringas em farmácia alguma. Ela recorre, portanto, ao autor, o qual compra as seringas. Os dois se injetam da droga, adormecem, e depois só o autor acorda, a vítima não. Considerou-se que o autor não teria criado risco juridicamente desaprovado de homicídio, em razão de ter limitado-se a participar em uma autocolocação em perigo, com a seguinte ementa: "Autocolocações em perigo queridas e realizadas de modo autorresponsável não estão abrangidas no tipo de um delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco a que a vítima conscientemente se expôs se realize. Quem apenas provoca, possibilita

130. Fundamentais, *Rudolphi*, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, em: *JuS* 1969, p. 549 e ss. (p. 557), e *Roxin*, *Gallas-FS*, p. 246; cf. ademais *Bruns*, *Nochmals: Aids und Strafrecht*, em: *NJW* 1987, p. 2.281 e ss. (p. 2.282); *Cirino dos Santos*, *Direito penal*, p. 181 e ss.; *Sternberg-Lieben*, em: *Schönke-Schröder*, *Strafgesetzbuch*, § 15/164 e 165; *Frisch*, *Verhalten*, p. 154; *Jescheck / Weigend*, *Lehrbuch*, p. 288; *Lenckner/Eisele*, em: *Schönke-Schröder*, *Strafgesetzbuch*, Vorbem. §§ 13 ff/101, 101a; *Roxin*, *Funcionalismo*, § 11/91 e ss.; *Rudolphi*, *Systematischer Kommentar*, Vor § 1/79; *Schünemann*, *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?*, em: *NStZ* 1982, p. 60 e ss. (p. 62); *Stree*, *Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung*, em: *JuS* 1985, p. 179 e ss. (p. 181); *Tavares*, *Injusto*, p. 289; *Crime culposos*, p. 375 e ss.

Contra, ao menos nos casos de violação de norma do Direito Penal de tóxicos, *Ulrich Weber*, *Einwände gegen die Lehre von der Beteiligung an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung im Betäubungsmittelstrafrecht*, em: *Seebode* (ed.), *Festschrift für Spindel, DeGruyter*, Berlin / New York, 1992, p. 371 e ss. (p. 376 e ss.); também em sentido contrário, com base em diferenças de nosso direito positivo em face do alemão, *Galvão*, *Imputação*, p. 62 e ss., p. 86 e ss.; *Régis Prado / Mendes de Carvalho*, *Imputação*, p. 101 e ss. A respeito destas diferenças, cf. *Greco*, *Imputação: uma introdução*, p. 174 e ss., mostrando não serem elas conclusivas.

ou facilita uma tal autocolocação em perigo não é punível por delito de lesões corporais ou homicídio”.¹³¹

Não se pode duvidar de que esta conclusão seja correta, porque tudo mais transformaria o autor, de modo estranhamente paternalista, em tutor da integridade de uma pessoa adulta, o que contrariaria o que se convencionou chamar de “*principio da autorresponsabilidade*”.¹³² A fundamentação da não punibilidade de contribuições a autocolocações em perigo não está, portanto, no argumento *a fortiori* tão popular entre

131. BGHSt 32, p. 262 e ss. Detalhadamente sobre este caso, por exemplo, *Rudolphi*, Systematischer Kommentar, Vor § 1/79a.
132. Cf., fundamentais, *Stratenwerth*, Eb. Schmidt-FS, p. 390, e *Lenckner*, Engisch-FS, p. 506; importantes, também, *Schumann*, Handlungsunrecht, p. 6; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1972, p. 72 e ss.; *Murmann*, Selbstverantwortung, principalmente p. 397; e *Matthes-Wegfraß*, Der Konflikt zwischen Eigenverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, p. 89 e ss., 163 e ss.; cf., ademais, *Cancio Meliá*, Conducta de la víctima, p. 277 e ss.; Líneas básicas, p. 88; *Feijóo Sánchez*, Resultado lesivo, p. 346 e ss.; *Fiedler*, Fremdgefährdung, p. 116; *Lenckner*, em: Schönke / Schröder, Strafgesetzbuch, Vorbem. §§ 13 ff./101,101a; *Reyes Alvarado*, ZStW 105 (1993), p. 109; Imputación objetiva, p. 50; *Roxin*, RBCC 38 (2002), p. 16; *Sternberg-Lieben*, em: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 15/171; *Stree*, JuS 1985, p. 181; *Tavares*, Injusto, p. 290; Crime culposo, p. 375 e ss.); *Zaczyk*, Strafrechtliches Unrecht, p. 18 e ss. – Críticos quanto a este principio, por exemplo, *Herzberg*, Entlastung des Täters durch freiverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers?, in: Paeffgen et alii (coords.), Festschrift für Puppe, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 497 e ss. (p. 508); *Puppe*, Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4.^a ed., Nomos, Baden Baden, 2014, vor § 13/182 e ss.; *Schünemann*, Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil, em: Yu-hsiu Hsu (ed.), Foundations and limits of Criminal Law and Criminal Procedure – An anthology in memory of Professor Fu-Tsen Hung, Sharing Publishing, Taipei, 2003, p. 165 e ss. (p. 190); *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, § 15/65; diferenciando, *Walther*, Eigenverantwortlichkeit, p. 80-81.

Nas duas primeiras edições do presente trabalho, não quis me posicionar a respeito desse principio. A verdade, porém, é que a argumentação do texto já implicava sua adoção, o que eu ainda hesitara em admitir.

os alemães, segundo o qual se o direito não pune o mais, a participação em suicídio, tampouco pode punir o menos, a participação em mera autocolocação em perigo.¹³³ Afinal, como observaram convincentemente os críticos do argumento,¹³⁴ ele só exclui a possibilidade de punir a parti-

133. Fundamentais, *Rudolphi*, JuS 1969, p. 557; *Roxin*, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, em: Lackner et alii (eds.), Festschrift für Gallas, DeGruyter, Berlin, 1973, p. 241 e ss. (p. 246); cf., ademais *Sternberg-Lieben*, em: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 15/164; *Roxin*, Funcionalismo, § 11/91; RBCC 38 (2002), p. 16; *Schünemann*, JA 1975, p. 720; NStZ 1982, p. 62). Sobre este argumento em relação ao Direito Brasileiro, *Greco*, Imputação: uma introdução, p. 174 e ss. Criticamente, *Duttge*, Erfolgsszurechnung und Opferverhalten. Zum Anwendungsbereich der einverständlichen Fremdgefährdung, em: Dannecker et alii (coords.), Festschrift für Otto, Heymanns, Köln, 2007, p. 227 e ss. (p. 240-241); *Frisch*, Vorsatz, p. 144 e 145; Verhalten, p. 2 e ss., p. 159 e ss.; Selbstgefährdung im Strafrecht, em: NStZ 1992, p. 1 e ss. (p. 5); *Herzberg*, Puppe-FS, p. 499 e s.; *Lenckner/Eisele*, em: Schönke / Schröder, Strafgesetzbuch, Vorbem. §§ 13 ff/92a; *Murmann*, Selbstverantwortung, p. 314, 391; *Puppe*, Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten, in: GA 2009, p. 486 e ss. (490); Nomos-Kommentar, vor § 13/166; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff, p. 195; *Stratenwerth*, Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten, in: Paeffgen et alii (coords.), Festschrift für Puppe, 2011, p. 1017 e ss. (p. 1020); *Walther*, Eigenverantwortlichkeit, p. 73 e ss.; *Weber*, Spindel-FS, p. 376; *Matthes-Wegfraß*, Eigenverantwortung, p. 195 e ss., 205. Uma tentativa de réplica aos críticos em *Gimbernat Ordeig*, Strafrechtliche Gleichbehandlung der Mitwirkung an einer Selbstgefährdung und der einverständlichen Fremdgefährdung?, in: Zöller et alii (eds.), Festschrift für Wolter, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, p. 389 e ss. (390 e s.).

Entre nós, *Tavares*, Teoria do injusto, p. 293, propõe outra versão do argumento *a maiore ad minus*, adaptada ao direito brasileiro: “Se a lei não incrimina a participação dolosa no autoperigo, isto é, na ação de pôr em perigo a própria vida, não poderá incriminar a participação nos resultados eventualmente decorrentes dessa ação autoperigosa”; outra versão se encontra em *D’Ávila*, Crime culposo, p. 71; próxima, ademais, uma sugestão de *Luis Greco*, Imputação: uma introdução, p. 175, que, porém, prefere não extrair conclusões do nosso art. 122 (p. 176). Outra argumentação em *De la Gandara Vallejo*, Consentimiento, bien juridico e imputación objetiva, Madrid, Colex, 1995, p. 166 e ss.

134. Cf. as referências aos críticos da nota anterior.

cipação culposa em uma autocolocação em perigo, e não a possibilidade de que se trate de verdadeira autoria. A verdadeira razão para não se punir nos presentes caso está, isso sim, no respeito à decisão responsável da vítima de praticar ações perigosas, o qual tem por corolário que se deixe impune a conduta daquele que ajuda a vítima nessa empreitada.¹³⁵

Com isso, passamos aos critérios para que fique excluída a imputação. O primeiro requisito de uma exclusão da imputação é o de que a vítima, e não o autor, se coloque em perigo – ou seja, que ela domine o fato.¹³⁶ Será o autor, e não a vítima, quem tem esse domínio, se o autor tiver conhecimentos superiores aos de que vítima precisa para avaliar o risco em que incorre (exemplo, o sujeito que compra a seringa sabe que a droga tem teor de pureza diverso e bem mais perigoso do que supõe a vítima) – porque aqui o autor reduz a vítima a instrumento, configurando-se verdadeira hipótese de autoria mediata. Observe-se que a doutrina dominante limita-se a afirmar que os “conhecimentos superiores” do autor fazem dele responsável,¹³⁷ o que não é bem correto. Como convinentemente diz Puppe: “O que importa é não que o autor saiba mais, mas que a vítima saiba o suficiente”.¹³⁸ O segundo requisito é que essa vítima seja responsável, havendo acalorada controvérsia a respeito de se aqui os critérios devem ser os da capacidade para consentir,¹³⁹ ou os da culpabi-

135. Assim também Puppe, GA 2009, p. 494.

136. Por último Roxin, JZ 2009, p. 399; BGHSt 53 (2009), 55 (p. 60-61).

137. Frisch, Verhalten, p. 213; NStZ 1992, p. 64; Roxin, Funcionalismo, § 11/97; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, p. 196; Rudolphi, Systematischer Kommentar, Vor § 1/79; Stree, JuS 1985, p. 183; Tavares, Crime culposos, p. 373; Zaczyk, Strafrechtliches Unrecht, p. 61-62.

138. Puppe, Nomos Kommentar, vor § 13/198; cf. também Erfolgsszurechnung, p. 158-159, p. 163 e ss.; de acordo, Lenckner/Eisele, em: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Vorbem. §§ 13 ff/101c (ao final); Schmitt de Bem, Direito penal de trânsito, p. 79.

139. Amelung, Zum Verantwortungsmassstab bei der mittelbaren Täterschaft durch Beherrschung eines nicht verantwortlichen Selbstschädigers, em: Schönemann/Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts, Heymanns, Köln etc., 1995, p. 247 e ss. (p. 257); Degener, Schutzzweck, p. 309; Freund, Strafrecht, § 5/75; Frisch, Verhalten, p. 166; NStZ 1992, p. 64; JuS 2011, p. 120; Sternberg-Lieben, em: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 15/167; Walther, Eigenverantwortlichkeit, p. 97 e ss., p. 194.

lidade¹⁴⁰ (exemplo incontroverso, porque comum a ambas as opiniões: a vítima é uma criança; exemplo controverso, porque impunível, para a segunda opinião, e punível para a primeira: a vítima se coloca em perigo em razão da prática de delito de constrangimento ilegal [art. 146 CP] – o patrão a ameaça de demissão, se ela não o acompanhar numa escalada do Dedo de Deus – que torna inválido o consentimento, não sendo esta coação, ainda, irresistível, capaz de excluir a culpabilidade [art. 22 CP]).

cc. Heterocolocação em perigo consentida

Nem todos os casos em que o comportamento da vítima tem especial relevância apresentam a estrutura acima discutida. Há também casos em que a vítima não tem o domínio do fato, nos quais ela, portanto, não se autocoloca em perigo. Discute-se calorosamente o tratamento a ser dispensado a essas hipóteses, que mais e mais vem sendo debatidas sob a rubrica das heterocolocações em perigo consentidas. Mencionaremos aqui dois casos clássicos da jurisprudência alemã: durante uma tempestade, a vítima pede que o agente, um barqueiro que transportava pessoas de uma margem a outra do rio Memel, aceite fazer a travessia. O agente resiste, apontando para os perigos, a vítima insiste, o agente cede, a vítima acaba por falecer.¹⁴¹ Em um caso mais recente, os dois agentes, cada um em seu carro e com um acompanhante, fazem um “pega” numa estrada alemã. Ocorre um acidente, um dos acompanhantes falece.¹⁴²

Um numeroso grupo de autores pretende resolver os presentes casos não com base na teoria da imputação, mas segundo os princípios

140. Cancio Meliá, Conducta de la víctima, p. 358; Dölling, GA 1984, p. 78; Roxin, Comentário a BGH NStZ 1984, p. 410 e ss., em: NStZ 1984, p. 411 e ss. (p. 412); Rudolphi, Systematischer Kommentar, Vor § 1/79b, fala nos critérios que fundamentam autoria mediata. Observe-se que, no Direito alemão, a menoridade penal acaba aos 14 anos.

141. RGSt 74 (1924), p. 174 e ss. O Reichsgericht absolveu o barqueiro, alegando inexistir violação de dever, uma vez que a vítima era pessoa adulta e responsável.

142. BGHSt 53 (2009), p. 55 e ss. Os dois agentes foram condenados, com a fundamentação mencionada na próxima nota, ao final.

do consentimento.¹⁴³ Não creio que esse seja um caminho viável, porque me parece mais apropriado entender que o consentimento tem por objeto não apenas a ação perigosa, como também o resultado de dano.¹⁴⁴ O fato de que a vítima aceite que outro participe de uma conduta

143. Assim *Beulke*, *Opferautonomie im Strafrecht*, em: *Dannecker et alii* (coords.), *Festschrift für Otto Heymanns*, Köln, 2007, p. 207 e ss. (p. 214 e ss.); *Dölling*, *Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers*, em: *GA* 1984, p. 71 e ss. (p. 90), que trabalha com um consentimento qualificado pela exigência de uma ponderação de interesses; *idem*, *Zur Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung bei einverständlicher Fremdgefährdung*, in: *Geisler et alii* (coords.), *Festschrift für Geppert, DeGruyter*, Berlin, 2011, p. 53 e ss. (p. 56 e ss.); *Frisch*, *Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?*, em: *JuS* 1990, p. 362 e ss. (p. 369 e ss.); *NStZ* 1992, p. 66; *Grünwald*, *Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung*, in: *GA* 2012, p. 364 e ss. (p. 371 e ss.); *Hillenkamp*, *Verkehrgefährdung durch Gefährdung der Tatbeteiligten*, em: *JuS* 1977, p. 166 e ss. (p. 170 e ss.); *Hirsch*, *Lampe-FS*, p. 533; *Helgerth*, *Aids – Einwilligung in infektiösen Geschlechtsverkehr*, em: *NStZ* 1988, p. 261 e ss. (p. 263), bem similar a *Dölling*; *Murmann*, *Selbstverantwortung*, p. 427 e ss.; *idem*, *Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung*, in: *Paeffgen et alii* (coords.), *Festschrift für Puppe, Duncker & Humblot*, Berlin, 2011, p. 767 e ss. (p. 776 e ss.); *Rudolphi*, *Systematischer Kommentar, Vor § 1/81a*; *Schaffstein* *Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, em: *Stratenwerth et alii* (eds.), *Festschrift für Welzel*, DeGruyter, Berlin / New York, 1974, p. 557 e ss. (p. 572); *Stratenwerth*, *Puppe-FS*, p. 1022 ff.; *Weber*, *Objektive Grenzen der strafbefreienden Einwilligung in Lebens- und Gesundheitsgefährdungen*, em: *Arzt et alii* (eds.), *Festschrift für Baumann, Gieseking, Bielefeld*, 1992, p. 43 e ss. (p. 46). Também a jurisprudência alemã optou por esse caminho nas duas recentes decisões que reavivaram a discussão sobre o tema – e como se tratava sempre de casos de grave perigo para a vida, bem indisponível, negou ela relevância ao consentimento, considerando puníveis os agentes: *BGHSt* 49 (2005), 166, 175; *BGHSt* 53 (2009), 55, 60 e ss. Já *Derksen*, *Handeln*, p. 252 segue caminho inverso, entendendo o consentimento como um caso específico de autocolocação em perigo. Bem próximo, *Gimbernat Ordeig*, *Wolter-FS*, p. 391 e ss.
144. Cf. *Cancio Meliá*, *Conducta de la víctima*, p. 163 e ss.; *Costa Andrade*, *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 358 e ss.; *Duttge*, *Otto-FS*, p. 232; *Geppert*, *Rechtfertigende “Einwilligung” des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten*

perigosa não significa ter ela consentido no resultado, na lesão.¹⁴⁵ O consentimento não é, portanto, cabível nos presentes casos.

O leitor deve ter percebido que afirmar que algo “parece mais apropriado” não é uma verdadeira fundamentação. Por isso, ficarei devendo ao leitor um posicionamento definitivo a respeito desses problemas. Minha suposição é a de que seja possível encontrar considerações unitárias, por trás tanto da autocolocação como da heterocolocação em perigo, que, portanto, expliquem, com relativa simplicidade, por que e quando se exclui a imputação nessas duas ordens de casos.

Na doutrina há uma rica oferta de teorias. A mais importante delas parece ser a de *Roxin*:¹⁴⁶ a seu ver, a imputação objetiva deve ser excluída não em todos os casos de heterocolocação em perigo, e sim naqueles em que a relação entre autor e vítima seja equivalente a uma autocolocação em perigo. Esta equivalência ficaria dependendo de dois pressupostos: o dano deve surgir como consequência da ação e do risco consentidos, e não de outros erros adicionais; e a vítima deve ter o mesmo controle sobre o acontecimento do que o autor. Outras propostas são a de excluir a imputação nos casos em que haja uma quase coautoria entre autor e vítima, noutras palavras, em que os dois dominem conjuntamente o fato;¹⁴⁷ em que

- im Strassenverkehr?, em: *ZStW* 83 (1971), p. 947 e ss. (p. 974); *Roxin*, *Funcionalismo*, § 11/105.
145. *Costa Andrade*, *Consentimento*, p. 295, p. 297; *Duttge*, *Otto-FS*, p. 232 e ss.; *Fiedler*, *Fremdgefährdung*, p. 69, p. 72; *Geppert*, *ZStW* 83 (1971), p. 981; *Puppe*, *Nomos-Kommentar*, vor § 13/176; *Roxin*, *Gallas-FS*, p. 250 e ss.; *Funcionalismo*, § 11/105; *Zur einverständlichen Fremdgefährdung*, *JZ* 2009, p. 399 e ss. (400, 403); *Schünemann*, *JA* 1975, p. 724 (consentimento “fictício”); *Schürer-Mohr*, *Erlaubte Risiken*, p. 123.
146. *Roxin*, *Gallas-FS*, p. 252; *Funcionalismo*, § 11/107; *JZ* 2009, p. 400 e ss.; extensamente, em português, *Roxin*, *Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida*, trad. A. Assis, em: *Greco/Martins* (eds.), *Estudos em homenagem a Juarez Tavares*, Marcial Pons, Madrid etc., 2012, p. 563 e ss. (p. 578 e ss.). De acordo, *Cirino dos Santos*, *Direito penal*, p. 182; *Schmitt de Bem*, *Direito penal de trânsito*, p. 78; similar, *Tavares*, *Injusto*, p. 294-295; *Crime culposo*, p. 375 e ss.
147. *Duttge*, *Otto-FS*, p. 239, 242 e ss.; próximo *Hellmann*, *Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung*, em: *Schünemann et alii* (eds.), *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin/New York, 2001, p. 271 e ss. (p. 283 e s.).

o resultado se encontre numa chamada esfera de competência da vítima,¹⁴⁸ em que haja uma “organização conjunta” entre ela e o autor,¹⁴⁹ em que a vítima viole um ônus de autoprotoger-se em face de ações previsivelmente lesivas,¹⁵⁰ em que o comportamento da vítima não seja irracional,¹⁵¹ ou querem tratar o problema como um todo no âmbito da teoria do concurso de agentes, distinguindo autor e partícipe no delito culposos.¹⁵² Há inclusive quem defenda um chamado “princípio vitimodogmático”, que considero essencialmente correto,¹⁵³ segundo o qual o direito penal não está legitimado a intervir quando a vítima puder exigivelmente autoprotoger-se,¹⁵⁴ mas

148. *Jakobs*, Strafrecht, § 7/104 e ss.; Imputación, p. 109 e ss.; Strafrechtliche Zurechnung, p. 29; Instituciones, p. 220 e ss.; *Derksen*, Handeln, p. 198 e ss.
149. *Cancio Meliá*, Conducta de la víctima, p. 287 e ss.; Opferverhalten und objektive Zurechnung, em: ZStW 111 (1999), p. 357 e ss. (p. 379); Líneas básicas, p. 92.
150. *Peter Frisch*, Verhalten des Verletzten, p. 119 e ss.
151. *Puppe*, Erfolgsszurechnung, p. 158-159.
152. *Degener*, Schutzzweck, p. 332 e ss.; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff, p. 193; *Luzón Peña*, Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales, em: Derecho Penal de la Circulación, 2.^a ed., PPU, Barcelona, 1990, p. 81 e ss. (p. 89 e ss.); La “determinación objetiva del hecho”. Observaciones sobre la autoría em delitos dolosos y imprudentes de resultado, em: Estudios de Derecho Penal, PPU, Barcelona, 1991, p. 197 e ss. (p. 203 e ss.); Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho Penal español, em: *Mir Puig* (ed.), Problemas jurídico penales del sida, Bosch, Barcelona, 1993, p. 11 e ss. (p. 15); Curso, p. 385, p. 509, com seu critério da “determinação objetiva do fato”; *Walther*, Eigenverantwortlichkeit, p. 110 e ss., p. 156 e ss., p. 229 e ss.
153. Cf. meu estudo Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal, in: *Zenkner Schmidt* (coord.), Novos rumos do direito penal contemporâneo, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 401 e ss. (p. 424). No mesmo sentido *Orcesi Greco*, Autocolocação, p. 87.
154. Fundamentais, aqui, *Amelung*, Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, em: GA 1977, p. 1 e ss. (p. 6), e *Schünemann*, Der strafrechtliche Schutz von Privatheimnissen, in: ZStW 90 (1978), p. 11 e ss. (p. 39 e ss.). Cf. ademais *Raimund Hassemmer*, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, p. 72 e ss.; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Heymanns, Köln etc., 2002, p. 104.; *Schünemann*, Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, em: *Arthur Kaufmann et alii* (eds.),

a respeito de cuja aplicação nestes casos até agora pouco foi dito.¹⁵⁵ Há, por fim, autores que negam relevância à distinção entre casos de auto e de heterocolocação em perigo, propondo uma exclusão geral da imputação em todos os casos em que a vítima contribui voluntariamente para a ação perigosa que acarreta em sua própria lesão.¹⁵⁶

- Festschrift für Paul Bockelmann*, C. H. Beck, München, 1979, p. 117 e ss. [p. 130]); *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*, em: *NStZ*, 1986, p. 439 e ss.; *Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseinengung im Strafrecht*, em: *Zeidler et alii* (eds.), *Festschrift für Faller, Beck*, München, 1984, p. 337 e ss. (p. 362); *Sistema del derecho penal y victimodogmática*, trad. *Sacher, Díez Ripollés et alii* (coords.), *Libro homenaje a Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 159 e ss.; *System des strafrechtlichen Unrechts*, p. 190 e ss.; *Silva-Sanchez*, Consideraciones victimológicas em la teoría jurídica del delito?, *Introduction al debate sobre la victimodogmática*, em: *Cuesta et alii* (compiladores), *Libro homenaje a Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, Donostia, San Sebastián, 1989, p. 633 e ss. (p. 643); *Amelung*, Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen in der strafrechtsdogmatischen Argumentation, in: *J. Arnold et alii* (coords.), *Festschrift für Eser, Beck*, München, 2005, p. 3 e ss.; *Hörnle*, Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht, *GA* 2009, p. 626 e ss.
- Criticamente quanto ao princípio vitimodogmático, principalmente *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, *Otto Schwartz*, Göttingen, 1981, p. 172 e ss.; cf. ademais *Cancio Meliá*, Conducta de la víctima, p. 240 e ss.; *Günther*, Das viktimodogmatische Prinzip aus anderer Perspektive: Opferschutz statt Entkriminalisierung, em: *Eser et alii* (eds.), *Festschrift für Lenckner, Beck*, München, 1998, p. 69 e ss.
155. Aplicando o princípio vitimodogmático a estes casos, *Schünemann*, *NStZ* 1982, p. 62, e *GA* 1999, p. 222, e *Fiedler*, *Fremdgefährdung*, p. 121 e ss., p. 144, p. 145 e ss.
156. *Fiedler*, *Fremdgefährdung*, p. 159 (com base no princípio vitimodogmático, cf. nota 194); *Otto*, Selbstgefährdung und Fremdverantwortung, em: *Jura* 1984, p. 536 e ss. (p. 540); *Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung*, em: *Jescheck/Vogler* (eds.), *Festschrift für Tröndle, DeGruyter*, Berlin/New York, 1989, p. 157 e ss. (p. 170 e ss., p. 171 nota 49); *Puppe*, *GA* 2009, p. 490 e ss., argumenta exclusivamente com base na ideia de autonomia, propondo uma exclusão da imputação tanto nas auto, como nas heterocolocações em perigo, a não ser que o ordenamento jurídico contenha uma proibição paternalisticamente justificada – como seria o caso nas condutas de entregar droga à vítima; similar *Radtke*, *Objektive Zurechnung von Erfolgen im*

dd. *Ações perigosas de salvamento, ações de perseguição*

Os casos de *ações perigosas de salvamento* são, no mais das vezes, solucionados com base no fim de proteção da norma,¹⁵⁷ conceito do qual nos ocuparemos mais abaixo (IV 2). Um exemplo seria o seguinte caso, decidido pelo BGH: o pai da vítima deu uma festa para trinta pessoas. Um dos convidados resolveu atear fogo à casa; antes da chegada dos bombeiros, o filho do proprietário, de 22 anos, reentra na casa, não se sabe bem se para salvar seu irmão de 12 anos ou bens materiais, e vem a falecer em razão da fumaça.¹⁵⁸ Responderá o autor pela morte do filho do proprietário da casa?

O problema é controvertido, mas parece estar caminhando para uma solução. As posições extremas estão pouco a pouco deixando de ser defendidas, e os autores se distribuem, principalmente,¹⁵⁹ em duas correntes.¹⁶⁰

As posições extremas eram, de um lado, a dos que, como *Jescheck/Weigend*, não excluía nunca a imputação,¹⁶¹ e, de outro lado, a daqueles que, na esteira do antigo posicionamento de *Roxin*, a excluía sempre.¹⁶²

Strafrecht bei Mitwirkung des Verletzten und Dritter an der Herbeiführung des Erfolges, em: Paeffgen et alii (coords.), Festschrift für Puppe, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 831 e ss. (p. 846 e s.).

157. Fundamentais, *Rudolphi*, JuS 1969, p. 557; *Roxin*, Gallas-FS, p. 246 e ss. (que agora resolve estes problemas não mais sob a rubrica do fim de proteção da norma, e sim do "alcance do tipo" – Funcionalismo, § 11/99).
158. BGHSt 39 (1994), 322 e ss.
159. Outra diferenciação, por exemplo, em *Schünemann*, JA 1975, p. 722; e em *Cancio Meliá*, Conducta de la víctima, p. 341.
160. Combinando-as *Thier*, Zurechenbarkeit von Retterschäden, p. 84 e s.
161. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch, p. 288
162. *Roxin*, Reflexões, p. 158; Gallas-FS, p. 246 e ss.; Funcionalismo, § 11/99, 113: Desde que o salvador seja responsável, haverá uma autocolocação em perigo, e se o salvador tiver um dever jurídico, o resultado é imputável à ordem jurídica, e não ao agente; de acordo, *D'Ávila*, Crime culposo, p. 72 e p. 77; *Tavares*, Crime culposo, p. 374-374; *Galvão*, Imputação, p. 89 e ss., com o questionável fundamento de que haveria omissão sem posição de garantidor. Com outro argumento, *Stuckenberg*, „Risikoabnahme“ – Zur Begrenzung der Zurechnung in den Retterfällen, em: Heinrich et alii (eds.),

Hoje, o primeiro importante grupo de autores é o dos que consideram excluída a imputação apenas no caso de *condutas irracionais* do salvador.¹⁶³ Ninguém teria o direito de colocar outra pessoa diante da alternativa racional de arriscar-se ou de deixar perecer um bem relevante. O caso julgado pelo BGH foi decidido com base nesse critério: seria de todo compreensível reentrar na casa em busca de um irmão ou de bens materiais, de modo que a morte tem de ser imputada ao autor do incêndio.¹⁶⁴

O segundo grupo de autores quer excluir a imputação apenas no caso de *condutas não livres* do salvador. Essa liberdade faltará especialmente em duas situações: quando a ação de salvamento for praticada em cumprimento de um dever jurídico,¹⁶⁵ ou se ela for praticada em uma

Festschrift für Roxin zum 80. Geburtstag, vol. 1, DeGruyter, Berlin/New York, 2011, p. 425 e ss. (p. 423 e s.). Roxin mudou seu posicionamento no recente estudo *Der Verunglückte und Unglück bewirkende Retter im Strarecht*, em: Paeffgen et alii (coords.), Festschrift für Puppe, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 909 e ss. (p. 914): não seria correto considerar o resultado imputável à ordem jurídica, porque o Estado tem o dever de proteger a vítima. O resultado só poderá, assim, ser imputado a quem criou a situação de perigo.

163. *Sternberg-Lieben*, em: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 15/168, para o qual se o salvador tiver um motivo compreensível para arriscar-se, deve haver imputação; *Frisch*, Verhalten, p. 481 e ss.; Straftatsystem und Rechtsfindung. Zur Bedeutung systematischer Einsichten für die Beantwortung von Sachfragen – am Beispiel der „Zurechnung bei Retterunfällen“, em: Eser (ed.), Festschrift für Nishihara, Nomos, Baden Baden, 1998, p. 66 e ss. (p. 82); *Puppe*, Nomos-Kommentar, vor § 13/168, 180; Erfolgzurechnung, p. 173; *Wolter*, Zurechnung, p. 345. Ademais *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 114.
164. BGHSt 39 (1994), 322 (325 e s.).
165. Primeiramente, *Rudolphi*, JuS 1969, p. 557. Cf. também *Beckemper*, Katharina: Unvernunft als Zurechnungskriterium in den „Retter-fällen“, em: Heinrich et alii (eds.), Festschrift für Roxin zum 80. Geburtstag, vol. 1, DeGruyter, Berlin/New York, 2011, p. 397 e ss. (p. 407 e ss.); *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 115; *Frisch*, Verhalten, p. 480; *Nishihara-FS*, p. 80; *Lenckner/Eisele*, em: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Vorbem. §§ 13 ff/101 c.; *Radtke/Hoffmann*, Die Verantwortungsbereiche von Schädiger und Geschädigtem bei sog.

*situação excludente de culpabilidade*¹⁶⁶ (inimputabilidade, estado de necessidade exculpante, isto é, coação moral irresistível – art. 22 CP).

Nas anteriores edições do presente livro, abster-me de um posicionamento mais decidido, mas afirmo que, ao menos no caso de condutas irracionais, deveria ficar excluída a imputação.¹⁶⁷ Hoje me parece que essa afirmativa foi um tanto apressada. Isso não só pelo problema de determinar quais condutas de salvamento são racionais, e quais não – afinal, não está nada claro que, no caso julgado pelo BGH, foi racional reentrar na casa em chamas,¹⁶⁸ nem tampouco que, no caso fictício que eu introduzi nas edições anteriores deste livro, seria irracional reentrar numa casa para salvar uma coleção de jogos de *playstation* não piratas.¹⁶⁹ A deficiência do critério da racionalidade situa-se em um plano mais fundamental: o fato de que um determinado comportamento torne racional ou compreensível que outra pessoa se exponha a perigo não justifica a proibição desse comportamento. E, contrariamente, por vezes a mais desesperada e irracional ação de salvamento é expressão de falta de liberdade,¹⁷⁰ o que justificaria a

„Retterschäden“, GA 2007, p. 201 e ss. (p. 212); Radtke, Puppe-FS, p. 845; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, p. 196; Roxin, Puppe-FS, p. 912; Rudolphi, Systematischer Kommentar, Vor § 1/81; Sutschet, Erfolgszurechnung, p. 292, 318; Wolter, Zurechnung, p. 344. Strasser, Die Zurechnung, p. 237 e ss., 245 insiste na liberdade daquele que atua em cumprimento de um dever, mas afirma a imputação nesses casos com base em outras considerações. Contra Bernsmann/Zieschang, JuS 1995, p. 779.

166. Bernsmann/Zieschang, JuS 1995, p. 778 e ss. (que partem exclusivamente desse critério); Otto, Kausalität und Zurechnung, em: Zaczyk et alii (eds.), Festschrift für E. A. Wolff, Springer, Berlin etc., 1998, p. 395 e ss. (p. 411); Radtke/Hoffmann, GA 2007, p. 217; Radtke, Puppe-FS, p. 845; Roxin, Puppe-FS, p. 923; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, p. 197; Sutschet, Erfolgszurechnung, p. 299, 318.

167. Greco, Panorama, p. 120.

168. Bernsmann/Zieschang, JuS 1995, p. 778; e, por último, Roxin, Puppe-FS, p. 919-920 com mais referências.

169. Greco, Panorama, p. 121.

170. Como acertadamente relevam Bernsmann/Zieschang, JuS 1995, p. 779, mencionando a situação de uma mãe que realiza um esforço fracassado de salvar o filho e vem a parecer.

proibição de colocá-la nessa situação. Parece correta, assim, a opinião do segundo grupo de autores.

Um problema bastante próximo é de *danos produzidos no curso de perseguições*: V, que acaba de ter seu relógio furtado, corre atrás do ladrão L, tropeçando e quebrando uma perna. Poderá L ser responsabilizado pelas lesões corporais, resultado esse a que ele, evidentemente, deu causa? A diferença entre esse grupo de casos e o das ações de salvamento, que acabamos de discutir, está em que fugir, ao contrário, por exemplo, de atear fogo em uma casa, parece, ao menos à primeira vista, algo permitido. Há, portanto, quem afirme que a fuga não pode se tornar retroativamente proibida em razão da eventual ocorrência de um resultado lesivo. Imputar o resultado em hipótese como a imaginada significaria nada menos que impor um dever de colaborar com a própria persecução penal, o que violaria o princípio do *nemo nemetur*.¹⁷¹

Creio que qualificar a fuga de permitida é apressado e circular. Afinal, o que se discute é, justamente, se a fuga gera ou não um risco não permitido de acidentes.¹⁷² Em caso afirmativo, ela obviamente será algo proibido. Com isso, resta apenas o argumento do *nemo tenetur*, do qual se tentou derivar a não imputação dos resultados em questão. O argumento, contudo, não convence, e isso por três razões. Em primeiro lugar, ninguém sabe ao certo qual o fundamento ou o alcance desse princípio.¹⁷³ Fora os casos claros, por exemplo, o de alguém que é coagido a declarar algo que o incrimina, é muito difícil derivar conclusões seguras do referido princípio. Em segundo lugar,

171. Roxin, Strafrecht I, § 11/140; Strasser, Zurechnung, p. 277 e ss., 288 e ss.; Stuckenberg, Zur Erfolgszurechnung in den „Verfolgerfällen“, in: Paeffgen et alii (coords.), Festschrift für Puppe, 2011, p. 1039 e ss. (p. 1053 e ss., 1057 e s.).

172. Corretamente Stuckenberg, Puppe-FS, p. 1048.

173. Cf. as monografias de Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Ducker & Humblot, Berlin, 1977, p. 67 e ss., 104 e ss.; Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, Ducker & Humblot, Berlin, 1998; Levy, Origins of the Fifth Amendment, Oxford University Press, New York, 1968; e os artigos em Helms (coord.), The privilege against self-incrimination, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1997.

nem toda perseguição se refere a alguém que praticou um crime. É possível, por exemplo, que o motorista A fuja depois de um acidente de trânsito provocado por culpa exclusiva sua, acidente esse que, contudo, provocou apenas danos materiais, de modo que B, para garantir seu direito de ser indenizado desses danos, se veja na necessidade de perseguir A. Ou seja, ainda que o *nemo tenetur* compreendesse a conduta de fugir, isso só ocorreria nos casos em que quem foge é procurado por um crime. Por fim e principalmente, parece claro que o princípio não confere o direito de subtrair-se à responsabilização penal lesionando, nem colocando em risco bens de terceiros. Isso se vê já no próprio direito positivo, que, por exemplo, faz incidir uma qualificadora se o homicídio for praticado para assegurar a ocultação ou a impunidade de outro crime (art. 121 § 2.º V). Quem está na iminência de ser punido não ganha, só por isso, uma carta branca para expor a perigo os bens de terceiros.

Parece-me, assim, que os critérios aqui têm de ser os mesmos com base nos quais resolvemos os casos de ações arriscadas de salvamento: ações de perseguição não livres geram a responsabilidade do perseguido, porque ninguém tem o direito de forçar outrem a que se exponha a perigo. Ou seja, se a vítima tem um dever jurídico de perseguir o autor (um policial, por exemplo), ou se a vítima se encontra em uma situação análoga a de um estado de necessidade exculpante, a fuga do autor gera um risco não permitido de que as pessoas coagidas a persegui-lo se acidentem, risco esse que se realiza no resultado caso um acidente ocorra.

ee. *Contribuições socialmente neutras e cumplicidade*

Dentre estes casos de intervenção posterior de um terceiro, destaquemos aqueles em que a conduta do agente apresenta caráter cotidiano, e que vêm sendo discutidos pela doutrina em especial no âmbito da participação, sob a rubrica da cumplicidade através de ações neutras. Exemplos seriam a conduta do padeiro que vende seu pãozinho ao autor, cômico de que este envenenará o pão e matará alguém,¹⁷⁴ ou a conduta do funcionário de banco que transfere capitais do cliente, a pedido deste, para o exterior, sabendo que o cliente não pagará os

174. Exemplo de *Jakobs*, cf. acima, nota 75.

impostos devidos.¹⁷⁵ A doutrina tem proposto os mais diversos critérios para resolver este problema, que é um dos mais debatidos das últimas décadas.¹⁷⁶ desde a ideia da violação de um papel¹⁷⁷ ou a de solidarização com o autor principal,¹⁷⁸ até considerações a respeito da omissão de socorro,¹⁷⁹ ou à distinção entre dolo direto ou dolo eventual.¹⁸⁰ Neste trabalho, não posso analisar cada um destes e dos muitos outros critérios propostos – o que faço noutro estudo, ao qual remeto o leitor¹⁸¹ –, mas me limitarei a mencionar de que modo o problema deve a meu ver ser solucionado: por meio do critério da idoneidade da proibição para melhorar a situação do bem jurídico concreto.¹⁸² Este critério, que tento fundamentar de modo mais detido no meu mencionado trabalho, diz

175. Similar, o caso julgado em BGHSt 46, 107.

176. Uma exposição destes critérios encontra-se em meu trabalho sobre Cumplicidade, p. 33 e ss.

177. Especificamente sobre o problema das ações neutras, *Jakobs*, GA 1996, p. 261 e ss.; cf., ademais, *Lesch*, JA 2001, p. 990; *Silva-Sanchez*, Gestaltung, p. 208. Para uma exposição e crítica, *Greco*, Cumplicidade, p. 33 e ss.

178. *Schumann*, Handlungsunrecht, p. 50; exposição e crítica em *Greco*, Cumplicidade, p. 42 e ss.

179. *Frisch*, Verhalten, p. 322; Beihilfe durch neutrale Handlungen, em: Prittwitz et alii (eds.), Festschrift für Lüderssen, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 539 e ss. (p. 549 e ss.); cf. ademais *Hefendehl*, Der missbrauchte Farbkopierer, em: Jura 1992, p. 374 e ss. (p. 377); *Tag*, Beihilfe durch neutrales Verhalten, em: JR 1997, p. 49 e ss. (p. 56). Criticamente, com referências, *Greco*, Cumplicidade, p. 79 e ss.; *Tavares Lobato*, Participação criminal, p. 88-89.

180. *Otto*, "Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, em: Eser et alii (eds.), Festschrift für Lenckner, Beck, München, 1998, p. 193 e ss. (p. 214); Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens, JZ 2001, p. 436 e ss. (p. 444). Próximos, mas não idênticos, *Roxin*, Was ist Beihilfe?, em: Kühne (ed.), Festschrift für Miyazawa, Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 501 e ss. (p. 513 e 516); Leipziger Kommentar, § 27/16 e 21; Strafrecht II, § 26/221 e 241; *Pereira Cardoso*, Flávio: As ações cotidianas no âmbito da participação delitativa, em: Revista Síntese de Direito Penal e Direito Processual Penal, 16 (2002), p. 37 e ss. Críticas em *Greco*, Cumplicidade, p. 67 e ss.; *Tavares Lobato*, Participação criminal, p. 75 e ss.

181. Cf. a nota 213.

182. *Greco*, Cumplicidade, p. 138 e ss.

respeito ao risco juridicamente desaprovado da cumplicidade.¹⁸³ Ele declara, em suma, que os riscos criados por ações de cumplicidade só serão juridicamente desaprovados se a hipotética recusa da prática dessas ações dificultasse de alguma maneira o cometimento da ação principal pelo autor.¹⁸⁴ Ou seja, se o autor puder conseguir a mesma contribuição de outra fonte, sem ter necessidade de revelar o seu plano e sem que isso dificulte a sua agressão ao bem jurídico, não há por que considerar o risco criado pelo padeiro ou pelo bancário um risco proibido.¹⁸⁵ Note-se que é fundamental que o “cúmplice” substituto esteja de boa-fé para que se possa falar numa inidoneidade da proibição, pois o critério presume que a mera iniciação de uma nova pessoa nos planos de cometer um delito cria uma dificuldade que melhora a situação do bem jurídico concreto. Isso quer dizer que, no caso de padeiro, se for possível ao autor comprar o pão noutro lugar próximo, sem ter de revelar as finalidades desta compra, o padeiro não criará risco proibido ao realizar a venda ainda que saiba das finalidades que movem o autor. Mas o motorista de táxi que espera na porta de um banco enquanto o autor principal termina de cometer seu roubo cria risco juridicamente desaprovado, porque seria necessário iniciar outro motorista nos planos criminosos para que ele pudesse realizar a contribuição, e isso o critério considera uma dificuldade.¹⁸⁶

Observo com enorme satisfação que minha proposta foi objeto da reflexão crítica de notáveis penalistas nacionais que se ocuparam do tema. Aproveito a oportunidade da 3.ª edição do presente Panorama para formular uma sucinta *réplica*.

Santoro Filho criticou-me, principalmente, mas não só, por levar em conta cursos causais hipotéticos. Tal seria inadmissível, por operar uma “subversão do sistema instituído”, fundado em um “dever de não agir em contrariedade com o bem jurídico”. “Se os cursos causais hipotéticos não podem servir para tornar atípicos os atos do autor, também não podem

183. *Greco*, Cumplicidade, p. 120.

184. *Greco*, Cumplicidade, p. 141.

185. Para uma discussão e resolução destes dois casos, cf. *Greco*, Cumplicidade, p. 156 e ss. e p. 162 e ss.

186. Estou abstraindo, por ora, de que tal caso talvez sequer fosse de cumplicidade, mas de verdadeira coautoria.

levar a esta consequência jurídica em relação ao comportamento do partícipe”.¹⁸⁷

Tentei justamente demonstrar que essa premissa de uma geral irrelevância de cursos causais hipotéticos não é uma consideração basilar, e sim derivada, decorrente de um princípio mais fundamental, que seria o da proteção de bens jurídicos e da proporcionalidade. Na maior parte dos casos, cursos causais hipotéticos não podem, de fato, ser levados em conta, porque na maior parte dos casos a finalidade de proteção de bens jurídicos é melhor atendida se não se levar em consideração o que só hipoteticamente poderia ter ocorrido. Isso não significa que inexistam casos em que a consideração de cursos causais hipotéticos está em conformidade com o fim da proteção de bens jurídicos:¹⁸⁸ um desses casos é o de comportamentos alternativos conforme ao direito (a respeito cf. abaixo, IV 3), como reconhece o próprio Santoro Filho.¹⁸⁹ Nestes casos, em que a proibição carece de qualquer idoneidade, creio adequada a exclusão da imputação, porque doutro modo estar-se-ia proibindo por proibir.

O mesmo me objetou *Tavares Lobato*: cursos causais hipotéticos, diz ele, seriam majoritariamente considerados irrelevantes: “[...] nesse sentido Roxin expõe que, salvo na hipótese de impedimento de um curso causal salvador, nunca se pode substituir o nexo causal do acontecimento por cursos causais hipotéticos”.¹⁹⁰ A rigor, citação não é argumento. Mas aqui, nem precisarei entrar no mérito da questão, uma vez que a passagem citada por meu crítico – como o leitor mais atento terá observado – diz respeito à causalidade, e não à imputação. Em nenhum momento propus valer-me de cursos causais hipotéticos para negar a causalidade da contribuição neutra para o fato principal.

Tavares Lobato também considera meu critério demasiado impreciso,¹⁹¹ o que é uma crítica um pouco surpreendente na obra de um autor que propõe resolver o problema em questão com base na ideia do abuso de direito.¹⁹²

Para *Busato* a minha ideia não teria “qualquer cabimento”: toda recusa hipotética pelo eventual cúmplice dificultará o cometimento do delito pelo autor, de modo que não seria possível basear-se nessa ideia para diferenciar ações de cumplicidade geradoras de riscos juridicamente desaprovados

187. *Santoro Filho*, Teoria da imputação, p. 98.

188. *Greco*, Cumplicidade, p. 143 e ss., 146 e ss.

189. *Santoro Filho*, Teoria da imputação, p. 37 e ss.

190. *Tavares Lobato*, Participação criminal, p. 72-73.

191. *Tavares Lobato*, Participação criminal, p. 72-73.

192. *Tavares Lobato*, Participação criminal, p. 100 e ss.

de ações que geram riscos permitidos.¹⁹³ Ora, é evidente que quase toda recusa gerará alguma dificuldade para o autor – por exemplo, a de caminhar até a padaria da outra esquina – mas isso tão só significa dizer que tem de existir uma relação de causalidade entre a contribuição do cúmplice e o fato principal. Se se pudesse subtrair mentalmente a contribuição do cúmplice e tudo continuasse exatamente como antes, nem haveria o que discutir em sede de imputação objetiva, o problema já estaria resolvido no plano prévio, da causalidade. E a alegação de que haverá “casos limítrofes, de difícil solução”¹⁹⁴ é algo que se pode dizer de todo e qualquer conceito jurídico de caráter normativo. Não me parece que meu critério seja menos determinado do que muitos dos outros conceitos normativos dos quais se vale a teoria da imputação objetiva.¹⁹⁵

ff. Proibição de regresso?

Segundo a antiga teoria da proibição de regresso, quem contribuisse culposamente para um fato doloso de terceiro não seria responsabilizado, porque a ação dolosa inauguraria uma cadeia causal independente. Seria “proibido” regredir a condições anteriores à decisão do autor doloso; o nexos causal estaria interrompido.¹⁹⁶ Por exemplo, alguém esquece um revólver em local impróprio, a arma é encontrada e utilizada para cometer um delito doloso: segundo a proibição de regresso, o nosso esquecido não seria punível por quaisquer dos resultados que as ações dolosas do terceiro viessem a provocar.

Esta teoria, que comete o hoje evidente erro de normativizar a categoria naturalista da causalidade, tem sido reconsiderada por alguns autores modernos, que agora a entendem como um componente da teoria da imputação objetiva. Assim, com divergente argumentação, defendem alguns que se reconheça uma proibição de regresso nos casos em que a ação não dolosa de alguém suceda o atuar doloso de um terceiro, para responsabilizar apenas o terceiro, excluindo a

193. Busato, Fatos e mitos, p. 151 nota 59.

194. Busato, Fatos e mitos, p. 151 nota 59.

195. Relevando o caráter normativo dos conceitos da teoria da imputação objetiva o próprio Busato, Fatos e mitos, p. 54 e ss.

196. Assim, em especial, Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. ed., Mohr, Tübingen, 1931, p. 14 e ss.

responsabilidade de quem primeiro agiu.¹⁹⁷ É de observar-se que em Renzikowski – quem, segundo vejo, deu melhor fundamentação à ideia de proibição de regresso – a teoria acaba sendo perfeitamente incorporada na doutrina da autoria e participação.¹⁹⁸ Já outros autores se valem do termo proibição de regresso mais para referir-se ao grupo de casos da contribuição não dolosa para o atuar doloso posterior do que para usá-lo como critério de imputação.¹⁹⁹

197. Naucke, Über das Regressverbot im Strafrecht, em: ZStW 76 (1964), p. 409 e ss. (p. 424 e ss., p. 439); Ebert/Kühl, Kausalität und objektive Zurechnung, em: Jura 1979, p. 561 e ss. (p. 569); Diel, Das Regressverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, Lang, Frankfurt a. M., 1997 p. 311.

198. Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, p. 73, p. 77, p. 119, p. 163. Incorporando a proibição de regresso em sua teoria da imputação, também, Otto, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, em: Schroeder/Zipf (eds.), Festschrift für Maurach, C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, p. 91 e ss. (p. 96); Jakobs, Strafrecht, § 7/56 e ss.; Imputación, p. 106 e ss., p. 145 e ss.; Instituciones, p. 215 e ss.; GA 1996, p. 260 e ss.; Cancio Meliá, Líneas básicas, p. 79 e ss.; Caro John, José Antonio: Das erlaubte Kausieren verbotener Taten – Regressverbot, Nomos, Baden Baden, 2007, p. 92 e ss.

O interessante em Renzikowski, que fez com que eu destacasse a sua formulação, é que nela a proibição de regresso surge como uma consequência de outras considerações – a teoria de autoria e participação – às quais o autor chega de maneira independente, enquanto nos outros autores ela é um critério autônomo. Em Renzikowski, o critério da proibição de regresso não serve para fundamentar nada que já sem ele não seria possível fundamentar, no que difere dos outros autores que menciono nesta nota.

Uma nova e interessante construção é defendida por Sánchez Lázaro, para o qual só há uma imputação de resultados quando eles foram integralmente, e não apenas em parte, passíveis de atribuição ao autor (ADPCP LVIII [2005], p. 437 e s.), o que significa que, fora os casos de coautoria e dos por ele chamados âmbitos de corresponsabilidade, toda concorrência de um terceiro que atua dolosa ou culposamente faz que cada qual seja responsável por apenas parte do resultado, o que não basta para imputá-lo (p. 445 e ss.).

199. Por exemplo, a antiga posição de Jakobs, ZStW 89 (1977), p. 23, que propunha o critério da inserção da primeira ação num “planejamento delitivo”; Roxin, Bemerkungen zum Regressverbot, em: Jescheck/Vogler (eds.), Festschrift für Tröndle, DeGruyter, Berlin / New York, 1989, p. 178 e ss. (p. 190 e ss.) e RBCC 38 (2002), p. 14, e Strafrecht I, § 24/28, que quer resolver os casos de proibição de regresso (que, observe-se, não é mais do

Não estou convencido da necessidade de trabalhar com esta figura. Ela me parece presa em um estranho trilema. Ou ela só se aplica à tradicional hipótese da contribuição não dolosa para ação dolosa – e isto será uma razão para recusá-la, porque ela será estranhamente *ad hoc*, bem como inadequada, vez que há casos em que dificilmente se pode isentar alguém de responsabilidade apenas porque um terceiro interveio agindo com dolo,²⁰⁰ ou ela se aplica também a outras hipóteses, além do caso clássico, tornando-se uma componente da teoria geral da participação – com o que ela se torna dispensável, vez que o decisivo será a teoria da participação, e não mais o nome proibição de regresso; ou ela deixa de ser um critério jurídico para tornar-se uma denominação a um grupo de casos – o que lhe retirará qualquer relevância normativa, pois relevantes serão apenas os critérios jurídicos com base no qual se resolverão os casos, tenham eles o nome que tiverem. Por isso, e tendo em vista a confusão que a ideia vem provocando na doutrina, prefiro não me valer da ideia de proibição de regresso.²⁰¹

gg. Adequação social?

Outra teoria que vem à cabeça tão logo se fale em aprovação ou desaprovação de uma determinada conduta perigosa é a da adequação social. Na formulação de Welzel, seriam socialmente adequadas aquelas ações que “permaneçam funcionalmente integradas à organização da

que uma denominação de um grupo de casos), por meio do critério da “reconhecível inclinação para o fato”. Adotando este critério, também, Cirino dos Santos, Direito penal, p. 176-177.

200. Um exemplo seria o caso acima mencionado do sujeito que esquece a arma: merecerá ele realmente a impunidade? Ainda que se aceitasse essa conclusão, seria necessário fundamentá-la com algo mais substancial do que o mero termo “proibição de regresso”. Próximos, Jakobs, ZStW 89 (1977), p. 7; Rudolphi, Systematischer Kommentar, Vor § 1/72; Schönemann, JA 1975, p. 718; Walther, Eigenverantwortlichkeit, p. 70 e ss.
201. Em conclusão igualmente Hsü, Die objektive Zurechnungslehre in Taiwan, em: Schönemann et alii (coords.), Festschrift für Roxin, DeGruyter, Berlin/New York, 2001, p. 239 e ss. (p. 252-253). Diversamente, defendendo a aceitação da proibição de regresso entre nós, Chaves Camargo, Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro, Cultural Paulista, São Paulo, 2000, p. 154; cauteloso, Callegari, RT 764 (1999), p. 444.

vida comunitária de um povo em determinado momento histórico”.²⁰² É reconhecido que a imputação objetiva e a adequação social tenham nítidos pontos de contato.²⁰³ Não seria natural, portanto, valer-se desta teoria para concretizar o caráter juridicamente aprovado ou desaprovado de uma determinada criação de risco?

Decididamente: não. Apesar de, no Brasil, a teoria da adequação social ter prestígio ímpar, figurando nos manuais lado a lado com os veneráveis princípios da legalidade e da culpabilidade,²⁰⁴ esta teoria é hoje cada vez mais recusada, ou reduzida a um critério de interpretação, porque se reconhece que, apesar de partir de uma ideia correta, ela é demasiado imprecisa.²⁰⁵ Os princípios que se encontram por trás

202. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, em: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, DeGruyter, Berlin / New York, 1975, (orig. 1939), p. 120 e ss. (p. 141); mais recentemente Gracia Martín, Zur Struktur von “sozialadäquaten Handlungen” und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechenaufbau, em: Sieber et alii (coords.), Festschrift für Tiedemann, Heymanns, Köln/München, 2008, p. 205 e ss.; T. Exner, Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 58 e ss., 167-168; e, entre nós, Mello Jorge Silveira, Fundamentos da adequação social em direito penal, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 169 e ss. Para mais referências sobre a teoria da adequação social, cf. Greco, Imputação: uma introdução, p. 30 e ss.
203. Cf. principalmente, Cancio Meliá, Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtung zur Lehre von der Sozialadäquanz, em: GA 1995, p. 179 e ss.; Conducta de la víctima, p. 75 e ss.; Líneas básicas, p. 35 e ss.; e Greco, Imputação: uma introdução, p. 30 e ss.; ademais Sternberg-Lieben, em: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 15/146, para o qual o risco permitido é uma “expressão da adequação social”; Jakobs, Strafrecht, § 7/4b, que considera os critérios da criação de um risco juridicamente desaprovado “explicações da adequação social”; Schönemann, GA 1999, p. 211; Busato, Fatos e mitos, p. 38 e ss.
204. Cf., por exemplo, Bitencourt, Código penal comentado, p. 4; Régis Prado, Curso, p. 83.
205. Cf. principalmente Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, em: ZStW 74 (1962), p. 78 e ss. (p. 133) e Roxin, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, em: Kohlmann (ed.), Festschrift für Ulrich Klug, vol. I, Peter Deubner Verlag, Köln, 1983, p. 303 e ss. (p. 310); ademais Martínez Escamilla, Imputación, p. 152; Muñoz Conde, em: Muñoz Conde / García

do risco juridicamente desaprovado e os critérios de que nos valemos para concretizá-lo são uma alternativa superior.²⁰⁶ Quaisquer casos que porventura ainda restem para a adequação social podem ser resolvidos através de uma interpretação restritiva do dispositivo em questão, à luz da ideia de não punição de afetações insignificantes.

hh. Relevância de cursos causais hipotéticos?

Há relativo consenso na doutrina a respeito da geral irrelevância de chamados cursos causais hipotéticos sobre o juízo de criação de um risco juridicamente desaprovado. Imaginem-se três possibilidades: na primeira delas, A acabou de receber uma facada, perdeu bastante sangue, e tudo leva a crer que ele não tem mais que algumas horas de vida; na segunda, A acaba de ser jurado de morte pelo mais perigoso grupo de criminosos da cidade, de modo que é seguro que, em algumas horas, será um homem morto; na terceira possibilidade, A foi condenado à morte e deve ser executado em algumas horas. Digamos, agora, que o impaciente B se intrometa nestes três cursos causais possíveis e mate A. O fato de que A morreria de qualquer forma não é suficiente para tornar juridicamente irrelevante ou permitido o risco criado por

Aran, Derecho penal - Parte General, 3.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 286; Otto, Grundkurs Strafrecht, 6.^a ed., DeGruyter, Berlin/New York, 2000, § 6/71. Contra, insistindo na indispensabilidade da teoria, Eser, 'Sozialadäquanz': eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, em: Schönemann et alii (eds.), Festschrift für Roxin, DeGruyter, Berlin/New York, 2001, p. 199 e ss. (p. 211); Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, § 8/31.

206. Cf. em especial Roxin, Klug-FS, p. 310, que considera os casos tradicionalmente resolvidos através da adequação social ou casos de risco permitido ou de interpretação restritiva, que exclua afetações insignificantes; similar, Mir Puig, Significado y alcance de la imputación objetiva em derecho penal, em: Nuevas Formulaciones em las Ciencias Penales – Homenaje al Professor Claus Roxin, Lerner, Córdoba, 2001, p. 61 e ss. (p. 80), sem porém recusar expressamente a adequação social; e Otto, Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip, em: Böse/Sternberg-Lieben (coords.), Festschrift für Amelung, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, p. 225 e ss. (p. 245), para o qual a adequação social no máximo auxilia na interpretação do conceito de risco permitido.

B, porque o direito não nega proteção a um bem apenas pelo fato de que este bem já esteja em perigo.²⁰⁷

Propostas contrárias, como a de Arthur Kaufmann, que queria negar na generalidade destes casos o desvalor do resultado,²⁰⁸ ou de Kahrs e Samson, que querem negar a punição no caso em que o curso causal hipotético é composto por uma pessoa que age justificadamente (nossa terceira possibilidade), mas não no caso em que esta pessoa age em contrariedade ao direito (nossa segunda possibilidade),²⁰⁹ não encontraram eco. Sancinetti recentemente propôs uma nova ideia, por ele denominada "princípio da representação". Esse princípio quer impedir que, no caso de duas criações de risco juridicamente desaprovadas independentes, o primeiro e o segundo autor excluam reciprocamente a imputação do resultado sob o fundamento de que o comportamento hipotético correto não teria salvo o bem jurídico. Sancinetti propõe a imputação do resultado ao primeiro autor, afirmando que o curso causal criado pelo segundo autor deve ser atribuído ao primeiro, de modo que o resultado será sempre imputável a este.²¹⁰

O único grupo de cursos causais hipotéticos a que alguns autores reconhecem certa relevância é o representado por nossa primeira possibilidade, em que a hipótese é um acontecimento da natureza: alguns autores aceitam, aqui, que fique excluída a imputação, caso o agente se limite a modificar a causalidade natural, sem aumentar a sua dimensão

207. Fundamentais, Roxin, Violação de dever e resultado nos crimes negligentes, trad. Ana Natschedaretz, em: Problemas Fundamentais de Direito Penal, 2.^a ed., Vega Universidade, Lisboa, 1993, p. 235 e ss. (p. 254), e Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Alfred Metzner, Frankfurt a. M., 1972, p. 138, que fala num "princípio da assunção". Cf. ademais Cirino dos Santos, Direito penal, p. 128; Frisch, Verhalten, p. 565 e ss.; Jescheck / Weigend, Lehrbuch, p. 289; Lenckner/Eisele, em: Schönke / Schröder, Strafgesetzbuch, Vorbem. §§ 13 ff/97; Roxin, Funcionalismo, § 11/52 e ss.; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, § 8/42.

208. Arthur Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, em: Schuld und Strafe, 2.^a ed., Heymanns, Köln etc., 1983 (orig. 1961), p. 49 e ss. (p. 76).

209. Kahrs, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, Cram, de Gruyter & Co., Hamburg, 1968, p. 78 e ss.; Samson, Hypothetische Kausalverläufe, p. 142-143.

210. Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie, in: ZStW 120 (2008), p. 661 e ss. (p. 698, 703).

de perigo.²¹¹ Isso se daria não, porém, no exemplo que construí, mas sim em outro, como o do trem descontrolado que se encontra em rota de colisão com uma pedra gigantesca, que é desviado para o trilho paralelo, o qual também está bloqueado pela mesma pedra.²¹²

Observe-se que há alguns problemas de delimitação entre os cursos causais hipotéticos, a diminuição do risco (acima III 1 b bb), e os comportamentos alternativos conforme ao direito (abaixo IV 3), ainda não satisfatoriamente resolvidos.

211. Lenckner/Eisele, em: Schönke / Schröder, Strafgesetzbuch, Vorbem. §§ 13 ff/98; Roxin, Funcionalismo, § 11/55.

212. Exemplo de Samson, Hypothetische Kausalverläufe, p. 98.

IV

O DESVALOR DO RESULTADO: A REALIZAÇÃO DO RISCO

1. O fundamento: a realização do risco como função direta do desvalor da ação

Para que o autor responda pelo delito consumado, é necessário que, além do desvalor da ação, esteja presente o desvalor do resultado. O primeiro requisito desta segunda componente de desvalor é, obviamente, a *causação do resultado*, a qual, apesar de ter fundamental importância, não será examinada neste estudo.¹ Pressupondo que o resultado ocorreu, como consequência da ação do autor, cumpre perguntar o que falta para que o autor possa responder pelo delito consumado. É disso que se ocupa o segundo componente da imputação objetiva, a *realização do risco*.

É interessante observar que alguns autores querem resolver já no plano da causalidade algumas questões que, tradicionalmente, são examinadas apenas no âmbito da realização do risco.²

1. Criticamente aos que alegam que a imputação objetiva teria vindo para substituir a causalidade, com mais referências, Greco, Imputação: uma introdução, p. 176 e ss. Sobre o nexo causal, vide Simões Vidal, Causalidade, ciência e experiência em matéria penal, RT 788 (2001), p. 458 e ss.; Ainda e sempre o nexo causal, em: RT 860 (2007), p. 485 e ss.; Guedes de Paula Machado/Oliveira Moura/Almeida Caetano, Algumas considerações sobre a causalidade no direito penal, Revista de Ciências Penais 12 (2010), p. 129 e ss.
2. Por exemplo, Tavares propõe o reconhecimento de uma *causalidade funcional*, com base na qual ele resolve vários problemas comumente tratados na previsibilidade ou no fim de proteção da norma já no campo da causalidade, cf. Tavares, Crime culposos, p. 334 e ss.; também Bemerkungen zu einer funktionalen Kausalität, em: Neumann/Herzog, Festschrift für