

**LUÍS GRECO**

**UM PANORAMA  
DA TEORIA  
DA IMPUTAÇÃO  
OBJETIVA**

**4.<sup>a</sup> edição**  
revista e atualizada

O presente livro, em quarta edição completamente revista e atualizada, sintetiza de forma didática e sistemática o estado do debate nacional e internacional sobre a chamada teoria da imputação objetiva. São estudados os diversos institutos que compõem a teoria, desde a criação de um risco juridicamente desaprovado, para a qual são relevantes considerações como o risco juridicamente irrelevante, a diminuição do risco, o risco permitido ou a autocolocação em perigo, até a realização desse risco no resultado, em que se colocam os problemas do fim de proteção da norma e do aumento do risco.

**LUÍS GRECO**

**UM PANORAMA  
DA TEORIA  
DA IMPUTAÇÃO  
OBJETIVA**

**4.<sup>a</sup> edição**  
revista e atualizada

Problema  
Juarez Tavares



978-85-203-5303-5



88520-353035



THOMSON REUTERS™

THOMSON REUTERS  
**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

LUÍS GRECO

# UM PANORAMA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

4.<sup>a</sup> edição  
revista e atualizada

Prefácio  
Juarez Tavares

responsável/  
IARMS

e Operações de Conteúdo  
MAYUMI ONO

Christiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Ivié A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Editorial:  
Karla Capelas

Editorial

ção

: Cocco BIANCO

Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Andréia Regina Schneider Nunes, Danielle Rondon Castro de  
Ávia Campos, Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos, Maurício Zednik Cassim  
Domiciano de Oliveira

de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite e Samanta Fernandes Silva

es Documentais: Beatriz Biella Martins, Karen de Almeida Carneiro, Roberta Alves Soares Malagodi e Victor

ativo e Produção Gráfica

ção

ROQUE ANDRADE

Administrativo: Antonia Pereira

e Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

ristley Figueiredo

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™**



**UM PANORAMA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**  
4.ª edição revista e atualizada

LUÍS GRECO

Lumen Juris: 1.ª edição: 2005; 2.ª edição: 2007; 3.ª edição: 2013.

*Prefácio*  
JUAREZ TAVARES



© desta edição [2014]

**EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.**

MARISA HARMS  
*Diretora responsável*

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda  
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450  
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, micro-filmáticos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: [sac@rt.com.br](mailto:sac@rt.com.br)

Visite nosso site: [www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)

Impresso no Brasil [08-2014]

Profissional

Fechamento desta edição [01.08.2014]



ISBN 978-85-203-5303-5

**SOBRE A 4.ª EDIÇÃO DO PRESENTE LIVRO**

Alegra-me saber que, em pouco mais de um ano, faz-se necessária uma nova edição de meu “Panorama”. Esforcei-me apenas no sentido de atualizar o livro, levando em conta as publicações mais relevantes de que tive notícia. Agradeço a Gustavo Quandt pelas referências sobre a literatura nacional e à Editora Revista dos Tribunais pelo competente trabalho que vem desenvolvendo.

## AGRADECIMENTOS RELATIVOS À 3.<sup>a</sup> EDIÇÃO

Após uma segunda edição que, a rigor, não foi mais do que uma reimpressão, consegui, também por contar com a ajuda de Alair Leite, rever e atualizar a obra para essa terceira edição. A ele meus sinceros agradecimentos. Agradeço também à editora Revista dos Tribunais, sob cujo selo vem publicada esta nova edição, em especial à pessoa do Sr. Rodrigo Salgado.

MunIQUE, dezembro de 2012.

O AUTOR.



## AGRADECIMENTOS RELATIVOS ÀS 1.<sup>a</sup> E 2.<sup>a</sup> EDIÇÕES

O presente estudo deve muito a muita gente. Amigos como Fernanda Tórtima, Humberto de Souza Santos, José Danilo Tavares Lobato, Luylla Cavalcante de Souza e Marina Pinhão Coelho o releram e enriqueceram com seus comentários e censuras (no duplo sentido desta palavra). A Lumen Juris realizou competente trabalho de editoração. A Fundação Konrad Adenauer ajudou-me a cobrir parte dos elevados custos de uma vida em euros. E meu pai, o prof. Leonardo Greco, não apenas arcou com o restante, como vem sendo eterno exemplo de seriedade e dedicação.

Meus dois professores alemães têm igualmente de ser mencionados. Meu orientador, o prof. Claus Roxin, dispensou algo de sua inesgotável paciência com o presente estudo e com as perguntas de um doutorando que insiste em pular a cerca e escrever também sobre assuntos estranhos à tese. E meu chefe, o prof. Bernd Schünemann, tem sido generoso, deixando a este seu colaborador tempo livre em grau suficiente para que pudesse escrever o livrinho que o leitor agora tem em mãos.

Mas, desta vez, meu principal agradecimento dirige-se a duas pessoas. A primeira delas é a profa. Sheila Bierrenbach, que, em linguagem de penalista, foi instigadora do presente trabalho. E a segunda é o prof. Juarez Tavares, que, além de honrar-me com sua amizade, agora a torna pública com seu caloroso prefácio.

O AUTOR.  
2005/2007

## PREFÁCIO

Ao redigir as primeiras letras de apresentação de um trabalho, principalmente de lavra de um jurista jovem, é comum indicar-lhe as qualificações, pelas quais o público especializado o poderá identificar e, desde logo, formar sua opinião, ainda que provisória, em torno de sua produção e do que dele se espera. Proceder-se, aqui, entretanto, à dissertação das qualidades pessoais do autor é absolutamente desnecessário. Luis Greco, Bacharel em Direito pela vetusta Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Penal pela Universidade de Munique, com uma dissertação de elevadíssimo conceito e, atualmente, doutorando da mesma disciplina naquela universidade, sob a orientação do eminente e consagrado penalista Claus Roxin, bem como assistente científico do Institut für Rechtsphilosophie, dirigido por Bernd Schünemann, é por demais conhecido de todos nós, tanto daqueles que se dedicam à teoria do delito no plano acadêmico, quanto dos que buscam encontrar as melhores soluções aos casos práticos que lhes se oferecem para decidir.

Sua extrema dedicação ao estudo, aliada à sua privilegiada memória e à sua metódica, disciplinada e clara inteligência conduzem-no à elaboração de textos significativamente densos, meditados, discutidos e criativos, que se sobrepõem à generalidade da produção científica nacional e, também, internacional. Conhecedor das fontes primárias do Direito Penal alemão e de seus juristas mais destacados, Luis Greco não se ocupa de apenas reproduzir as formulações de terceiros. Maneja todas elas com maestria, eliminando aquelas que lhe parecem insubstanciais, criticando as que entende desarrazoadas, aprofundando outras que estima corretas e contribuindo com suas próprias ideias para o critério que lhe resulte mais preciso e menos instável.

Este seu trabalho, intitulado "Um panorama da teoria da imputação objetiva", poderá, à primeira vista, dar a impressão de constituir um texto puramente introdutório ao tema tratado. Na verdade, aqui



são discutidos, com maior amplitude, os aspectos relevantes da teoria da imputação objetiva. Trata-se, portanto, de um estudo, que se não for completo, por opção do próprio autor, é o que mais se aproxima daquilo que se poderia desejar em torno do tema posto em discussão.

Buscando dar à teoria da imputação objetiva uma dimensão maior do que, normalmente, se lhe confere pela doutrina, Luis Greco parte da ideia, parece que em parte sob a influência de Frisch, de que a questão da responsabilidade no âmbito do injusto deve estar assentada sob dois focos de orientação: o desvalor da ação e o desvalor do resultado. Com isso, pretende reconquistar, sob nova ótica, aquilo que estava perdido na teoria do delito: de um lado, na teoria causal, que só se ocupava do desvalor do resultado; de outro, na teoria finalista, que, embora tivesse como referência o desvalor da ação, o tomava em sentido puramente subjetivo, chegando, em alguns extremos, a assentá-lo, exclusivamente, na finalidade da conduta. Sob esses dois focos de orientação, que, na realidade, condensam as questões relativas à criação do risco e à sua realização, Luis Greco desenvolve seu texto. Como opção metodológica, não se contenta em traçar os aspectos negativos dos critérios de imputação, aos quais, por exemplo, sempre me fixei, mas quer encontrar um fundamento positivo tanto para a criação do risco quanto para a sua realização. Uma vez que se orienta, em termos de política criminal, pela ideia de que o Direito Penal tem como função a proteção de bem jurídico, cria um arcabouço para seus argumentos a partir dessa tese, a qual servirá de base comum para a solução dos casos controvertidos. Assim, se o Direito Penal tem por função a proteção de bens jurídicos, entende que somente se justifica a proibição de ações que lhes sejam pelo menos, perigosas, isto é, só as proibições que gerem um ganho social podem ser legítimas. Esse ganho social estaria, por seu turno, vinculado não apenas à simples ideia da proteção de bem jurídico, em sentido formal, mas implicaria “o contato da criação do risco com a *princípio constitucional da proporcionalidade*, especificamente com a ideia de idoneidade – a de que toda limitação de liberdade deve ser idônea, isto é, capaz de alcançar a finalidade desejada; e com a *teoria da prevenção geral negativa*, segundo a qual fim da proibição é motivar os cidadãos a não praticarem determinada ação”. Este mesmo argumento vale no âmbito da realização do risco, porque para não punir alguém pela mera desobediência o Direito Penal tem que levar em conta “se a

ação proibida de fato desemboca numa lesão”, quer dizer, se “o autor terá feito justamente aquilo que o Direito Penal queria impedir”, o que justificaria “um desvalor do resultado adicional ao desvalor da ação”. Esta conclusão, ademais, é reforçada pelo argumento de que “quando ocorre a lesão ao bem jurídico, tem o direito a oportunidade de reiterar o motivo pelo qual ele comandara a abstenção de determinada conduta: a necessidade de evitar tais acontecimentos”.

Tendo em vista, por outro lado, os critérios da proporcionalidade e da prevenção geral negativa, como extensão da própria finalidade de protetiva do Direito Penal, trata o autor de dar uma solução ao até hoje não resolvido problema de quando se poderá afirmar que uma determinada ação, efetivamente, criou um risco juridicamente desaprovado, ou seja, quando uma ação implicará um desvalor do ato. Diante dos muitos critérios utilizados até agora pela doutrina, o autor reativa a velha ideia da “prognose póstuma objetiva”, pela qual busca enfrentar o que denomina de “aspecto positivo” da criação do risco. Esta ideia da prognose posterior objetiva está presente em todo o trabalho, mas, diversamente de seus antecedentes, que estavam alicerçados em critérios de probabilidade ou previsibilidade objetiva, vem agregada ao critério suplementar do “homem prudente”. Com ela e com o critério do homem prudente quer resolver, por exemplo, os casos que a doutrina brasileira sempre tratou como interrupção da causalidade: alguém manda outrem viajar de avião e este cai, produzindo a morte do viajante; alguém, com a intenção de que a vítima morra em um acidente, convence-a a realizar uma viagem de trem. Nestes casos, independentemente da intenção do agente, para Luis Greco a “ação não gera perigo algum segundo a prognose póstuma objetiva: afinal, um homem prudente não tem, em princípio, por que supor que viajar de avião gere real possibilidade de lesionar o bem jurídico vida”. Igualmente, vale-se do mesmo critério para dirimir as questões relativas aos riscos irrelevantes, para selar os termos da desaprovação jurídica de um risco, para indicar os limites da realização do risco em face do nexo de aumento do risco, para elucidar as situações de curso causal sem relação com o risco desaprovado, para eliminar os danos tardios e para identificar o nexo de adequação, assentado na previsibilidade.



Como todo texto dessa densidade, as ideias de Luís Greco não apenas geram aprovação, como renovam provocações teóricas, que estão presentes nas discussões em torno da teoria do delito. Ainda que muitos autores o empreguem, desde Welzel, não estou convencido, por exemplo, da estabilidade e da correção do critério do homem prudente. Esta é uma figura de retórica que se introduz na teoria do delito ou para substituir a referência ao homem concreto, tratado como tal não apenas na culpabilidade, como também no injusto, ou para, simplesmente, projetar um certo antropomorfismo de juízos de probabilidade, com base em acepções de valor, objetiváveis. Por que não trabalhar apenas com critérios puramente vinculados à característica perigosa da conduta? Por que valer-se de um parâmetro simbólico, que é esse “homem prudente”, para dimensionar os fins de proteção do Direito Penal, quando, na verdade, o que está em jogo deverá ser a experiência geral da vida, que é algo empiricamente demonstrável? Por outro lado, igualmente não estou convencido de que todo o fundamento do Direito Penal deva estar situado na proteção de bens jurídicos. Parece que esta é outra referência que deverá ser revista no futuro. Não que se deva abandonar a ideia de bem jurídico, substituindo-a pela chamada “estabilidade normativa”, ou pela ideia do “dano social”, ou da “proporcionalidade”, ou do “asseguramento de expectativas”. O que se deve é tentar construir um Direito Penal garantista a partir de outra perspectiva, de que a proteção da pessoa humana, tanto do ofendido quanto do ofensor, deva constituir o núcleo sobre o qual se deverá edificar a norma incriminadora, daí o sentido negativo emprestado aos critérios da imputação objetiva, como limitadores do poder de intervenção dentro dessa norma. Poder-se-á objetar que essa ideia limitadora não está apta a solucionar aqueles casos, dentre muitos outros, às vezes tratados como de interrupção da causalidade e que o autor situa no âmbito da prognose posterior objetiva: alguém envia outrem para viajar de avião e este cai, matando o viajante. Se o Direito Penal tem como pressuposto a lesão de bem jurídico, não importa seu fim protetivo. Uma vez que a intervenção punitiva só é admissível nos limites e na forma da proibição situada na norma, está claro que o exercício de uma atividade normal e permitida, como enviar alguém para viajar de avião, não poderá implicar, desde logo, uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, salvo se essa causalidade, assim neu-

tra, constituísse uma função do resultado. Se, por exemplo, o autor conhecia algumas circunstâncias especiais de desenvolvimento dessa causalidade (o terrorista havia posto uma bomba no avião), está claro que o resultado só poderia adquirir sentido em função do exercício daquela atividade de enviar a vítima para a viagem. Vê-se, então, ser absolutamente dispensável o uso do critério simbólico do homem prudente para deslegitimar a incriminação.

Embora essas perspectivas não estejam diretamente enunciadas no texto de Luís Greco, procura ele, dentro de outra metodologia, edificar também um Direito Penal garantista, mostrando as incongruências de uma imputação apenas com base na causalidade, e também criticando uma ideia que está, não sei por que, se enraizando nos nossos autores, de que a teoria da imputação objetiva veio substituir a relação de causalidade. Se é certo, por exemplo, que em relação aos delitos omissivos, em face das dificuldades de se encontrar aí uma justificativa causal, se trabalhe com critérios mais normativos do que empíricos, ou se alterem os termos da teoria da condição, isto não implica que a teoria da imputação passe a se converter em uma teoria da causalidade. O livro de Luís Greco, por outra parte, ao apontar a enorme quantidade de divergências em torno do processo de imputação no âmbito do injusto, está a suscitar aquilo que me parece virá a constituir o grande tema científico das próximas décadas: a renovação do conceito de causalidade, não sob a forma de uma teoria contratática, mas de uma concepção funcional, diretamente vinculada aos próprios fundamentos da norma incriminadora e, assim, também destinada a limitar seu alcance.

Não pretendo neste prefácio reproduzir os fundamentos, os critérios e outros argumentos traçados no texto. O texto é, como já disse, muito rico e esclarecedor. Como todo texto científico, deve ser lido com atenção. Não se trata de um romance, o qual se poderia cultivar nas horas vagas, mas de um objeto de estudo e de reflexão. Luís Greco, uma vez mais, brinda a todos nós com um trabalho de fôlego. Poder-se-ia imaginar que os encômios aqui feitos ao trabalho estariam comprometidos pela amizade, que nos une desde os tempos em que Luís Greco era estudante de Direito. Embora, muitas vezes, a amizade possa contaminar a crítica sincera e honesta, as referências



antes enunciadas correspondem a observações objetivas e calçadas, exclusivamente, no que o texto apresenta. Por isso mesmo e por sua qualidade, quero recomendar este livro a todos os estudiosos do Direito Penal e parabenizar o autor pelo evento.

Rio de Janeiro, 02 de janeiro de 2005.

JUAREZ TAVARES

*Professor Titular de Direito Penal da Universidade  
do Estado do Rio de Janeiro*

## SUMÁRIO

SOBRE A 4.ª EDIÇÃO DO PRESENTE LIVRO.....	7
AGRADECIMENTOS RELATIVOS À 3.ª EDIÇÃO .....	9
AGRADECIMENTOS RELATIVOS ÀS 1.ª E 2.ª EDIÇÕES .....	11
PREFÁCIO .....	13
I. INTRODUÇÃO .....	21
II. PRIMEIRA APROXIMAÇÃO: O QUE SE ENTENDE POR “TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA”? .....	23
III. O DESVALOR (OBJETIVO) DA AÇÃO: A CRIAÇÃO DE UM RISCO JURIDICAMENTE DESAPROVADO .....	33
1. A criação de um risco.....	35
a. O aspecto positivo: fundamento (proteção de bens jurídicos) e critério (prognose póstuma objetiva) .....	35
b. O aspecto negativo .....	44
aa. Risco juridicamente irrelevante .....	44
bb. Diminuição do risco .....	45
2. A desaprovação jurídica do risco criado.....	50
a. O aspecto positivo: fundamento e critérios da desaprovação jurídica de um risco .....	50
b. O aspecto negativo .....	70
aa. Risco permitido .....	70

bb. Contribuição a uma autocolocação em perigo .....	70
cc. Heterocolocação em perigo consentida .....	75
dd. Ações perigosas de salvamento, ações de perseguição .....	80
ee. Contribuições socialmente neutras e cumplicidade .....	84
ff. Proibição de regresso? .....	88
gg. Adequação social? .....	90
hh. Relevância de cursos causais hipotéticos? .....	92
<b>IV. O DESVALOR DO RESULTADO: A REALIZAÇÃO DO RISCO .....</b>	<b>95</b>
1. O fundamento: a realização do risco como função direta do desvalor da ação .....	95
2. O primeiro critério da realização do risco: o nexó do fim de proteção da norma .....	103
a. O critério: aspecto positivo .....	103
b. O aspecto negativo .....	111
aa. Lesão ou curso causal sem qualquer relação com o risco juridicamente desaprovado .....	111
bb. Danos tardios .....	112
cc. Danos resultantes de choque .....	116
dd. Comportamento indevido posterior de um terceiro .....	118
3. O segundo requisito da realização do risco: o nexó de aumento do risco .....	122
4. Nexó de adequação (segundo juízo de previsibilidade): requisito adicional da realização do risco? .....	129
<b>V. CONCLUSÃO .....</b>	<b>133</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>139</b>
<b>OUTRAS OBRAS DO AUTOR .....</b>	<b>163</b>

## I

## INTRODUÇÃO

A chamada teoria da imputação objetiva é um dos temas que mais tem atraído a atenção de nossos autores nos últimos anos. A quantidade de publicações, porém, não conseguiu retirar da teoria a aura de obscuridade e esoterismo que a acompanha. Em estudo anterior, preocupei-me em introduzir o leitor às origens, aos fundamentos, às principais versões, à importância prática, às críticas e aos perigos da teoria da imputação objetiva.<sup>1</sup> Não pretendo repetir o que ali disse.

No presente trabalho, gostaria, bem menos ambiciosamente, de convidar o leitor a um passeio pela teoria. Não irei muito a fundo, por que pretendo fazer uma síntese da teoria no estilo “capítulo de tratado”, minha primeira meta é contribuir para minorar uma desorientação que, se bem que não mais tão aguda quanto a que diagnostiquei nas primeiras duas edições desse livro,<sup>2</sup> ainda não foi de todo superada. E tampouco tratarei de responder às críticas que já se formularam a premissas básicas da teoria.<sup>3</sup> Noutras palavras, o trabalho será in-

1. Luis Greco, Imputação objetiva: uma introdução, em: Roxin, Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal, Trad. Luis Greco, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 1 e ss. Para as páginas exatas: origens (p. 10 e ss.), fundamentos (p. 75 e ss.), principais versões (p. 116 e ss.), importância prática (p. 89 e ss.), críticas (p. 104 e ss.) e perigos (p. 155 e ss.). Sobre a história da teoria da imputação recentemente Hübner, Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, p. 47 e ss.; Weiglin, Richard Martin Homig (1890-1981) – Leben und Frühwerk eines deutschen Juristen jüdischer Herkunft, Nomos, Baden Baden, 2011, p. 111 e ss.
2. Luis Greco, Um panorama da teoria da imputação objetiva, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1.ª ed. 2005; 2.ª ed. 2007, p. 1 e s. Há também uma versão publicada em Portugal, AAFDL, Lisboa, 2005.
3. Síntese das críticas formuladas na doutrina alemã em Schroeder, Grundsätzliche Angriffe gegen die Lehre von der objektiven Zurechnung, em: Joerden et



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.

## 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*.<sup>1</sup>

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,<sup>2</sup> toda ação

alii (coords.), *Festschrift für Szwarc, 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, Streiffragen bei der objektiven Zurechnung*, em: *Bloy et alii* (ed.), *Festschrift für Maiwald*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, p. 715 e ss.

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, *Cézar 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.; *Este/am*, *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*, *Functionalismo*, 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 culposo 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 causalidade 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,<sup>3</sup> 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/Dolling (eds.), *Festschrift für Gössele*, 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).<sup>4</sup>

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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

*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.<sup>7</sup>

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 Straftatssystem, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, p. 48. Sobre estes conceitos ademais Favares, Teoria do injusto penal, 3.ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 298 e ss.

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

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.<sup>10</sup>

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. I, 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 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 desaprova- do), e dá ao desvalor do resultado uma nova dimensão (realização do risco juridicamente desaprova- do).

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.
Finalismo	Dolo (= Finalidade)	Causação de uma lesão a um bem jurídico	Tipo objetivo: Causação de uma lesão	O tipo ganha um aspecto subjetivo, um desvalor de intenção. 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 I.

	Desvalor da ação (ex ante)	Desvalor do resultado (ex post)	Tipo	Observação
Imputação objetiva	Desvalor objetivo da ação: Criação de um risco juridicamente desaprova- do	Causação de uma lesão a um bem jurídico; Realização do risco juridicamente desaprova- do	Tipo objetivo: Criação de um risco juridicamente desaprova- do; Causação de uma lesão a um bem jurídico; Realização do risco juridicamente desaprova- do	O desvalor da ação ganha uma dimensão objetiva; o tipo objetivo ganha duas novas elementares, deixando de ser apenas causalidade.
	Desvalor subjetivo da ação: Dolo		Tipo subjetivo: 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,nexo 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 Kirschbaum<sup>11</sup> e Brinkmann,<sup>12</sup> e, no Brasil, por Pimentel/Albuquerque;<sup>13</sup>

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,<sup>14</sup> Fiedler,<sup>15</sup> Walthert,<sup>16</sup> Derksen,<sup>17</sup> Zaczkyk,<sup>18</sup> Cancio Meliá,<sup>19</sup> Murrmann,<sup>20</sup> e, entre nós, por Orcesi Greco<sup>21</sup> e Lins e Silva,<sup>22</sup> a culpabilidade por meio de ações neutras por Löwe-Krahl,<sup>23</sup> Wohlleben,<sup>24</sup> Wolff-Reske,<sup>25</sup> Rogat,<sup>26</sup> Kudlich,<sup>27</sup> Rackow,<sup>28</sup> e, no Brasil, por mim<sup>29</sup> e por Tavares Lobato,<sup>30</sup> o chamado "nexo de violação de dever" foi tratado em monografia específica por Ulsenheimer,<sup>31</sup>

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. Walthert, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, Freiburg i. Br., Max Planck, 1991.
17. Derksen, Handeln auf eigene Gefahr, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.
18. Zaczkyk, 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. Murrmann, 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, Jurua, 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. Luis Greco, Culpabilidade 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, Jurua, Curitiba, 2009.
31. Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Ludwig Rohrscheid Verlag, Bonn, 1965.

Erb,<sup>32</sup> Toepele<sup>33</sup> e Kahlo,<sup>34</sup> o "fim de proteção da norma" foi objeto da tese de Degener.<sup>35</sup> No centro da discussão mais recente se encontram hoje os casos das ações arriscadas salvamento, estudadas por Strasser<sup>36</sup> e Thier.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup> Nos últimos anos, a doutrina nacional vem produzindo uma série de estudos introdutórios sobre o tema.<sup>40</sup>

32. Erb, Rechtmässiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 1991.
33. Toepele, 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.



### III

## O DESVALOR (OBJETIVO) DA AÇÃO: A CRIAÇÃO DE UM RISCO JURIDICAMENTE DESAPROVADO

Começemos, assim, com a componente que a imputação objetiva acrescenta ao desvalor da ação: a criação de um risco juridicamente desaprovado. Em geral, costumam os autores tratar bem sumariamente do aspecto positivo da criação de um risco, isto é, de sua fundamentação, pondo a tónica no lado negativo, em sua exclusão.<sup>1</sup> Para dar à fundamentação de cada um dos institutos o devido cuidado é que me propus a dividir, em cada um deles, o aspecto positivo do negativo. Uma vez que fique compreendido o aspecto positivo, o negativo também o estará, porque ele nada mais é do que decorrência lógica e automática do primeiro.

Apesar de uma das denominações da teoria ser imputação objetiva *do resultado*, é de dar-se razão a *Frisch*, que relewa que o ponto de gravidade da teoria é, sem dúvida, o desvalor da ação.<sup>2</sup> Mas, ao contrário do que

1. Assim, expressamente, *Tavares*, Teoria do injusto penal, p. 281. Críticas a esse modo de proceder em *Sánchez Lázaro*, ADPCP LVIII (2005), p. 424, 427 e s. A sua ulterior consideração – de que uma imputação objetiva é necessariamente insuficiente, porque de uma perspectiva objetiva não se chega a um injusto pessoal (p. 429 e ss., 439, p. 442 ss.), que significa, concretamente, a necessidade de operar uma fusão entre a dogmática do concurso de pessoas e a teoria da imputação objetiva (p. 445 e ss.; mais detalhadamente *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004, p. 95 e ss., passim; *Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt*, Duncker & Humblot, 2007, p. 31 e ss.; *Was ist Täterschaft?*, em: GA 2008, p. 299 e ss.; *Eine Dekonstruktion der Erfolgszurechnung*, in: Zöllner et alii (eds.), *Festschrift für Wolter*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, p. 465 e ss.; no mesmo sentido *Hoyer*, *Zur Differenzierung zwischen Erfolgs-, Handlungs- und Unrechtszurechnung*, em: GA 2006, p. 298 e ss.) – parece encerrar muito de correto, mas se trata de uma tarefa que aqui não se pode pretender cumprir.
2. *Frisch*, *Verhalten*, p. 24 e ss., p. 30; *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, trad. Robles Planas, em: Silva Sánchez (ed.), *Sobre el*



pensa Frisch, não é necessário restringir a aplicação da teoria da imputação objetiva ao que atine ao desvalor do resultado, à realização do risco e à causalidade, tratando do desvalor da ação numa nova teoria, chamada "teoria do comportamento típico".<sup>3</sup> Essa inovação é em parte terminológica, e as vantagens que esta terminologia acarreta podem ser alcançadas também por quem não a adote.<sup>4</sup> Basta termos em mente que estamos interessados não apenas no desvalor do resultado, mas primariamente em delimitar as fronteiras entre ações proibidas e permitidas, e que há diferenças fundamentais entre este problema, de desvalor da ação, e o problema do desvalor do resultado: não apenas o fato de no primeiro rege a perspectiva *ex ante*, e no segundo a *ex post*,<sup>5</sup> como também o fato de que a inexistência de desvalor da ação isenta completamente de pena, enquanto a inexistência de desvalor do resultado permite a punição por tentativa.<sup>6</sup>

estado actual de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 2000, p. 21 e ss. (p. 59); posteriormente Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre, em: GA 2003, p. 719 e ss. (p. 733 e ss.); Objektive Zurechnung des Erfolgs, em: Jus 2011, p. 19 e ss., 116 e ss., 205 e ss. (p. 210-211). De acordo, Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, Heymanns, Köln etc., 1992, p. 10; *Robles Planas*, Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal, in: Frisch/Robles Planas, Desvalorar e imputar, Atelier, Barcelona, 2004, p. 69 e ss.; Hoyer, „Umräumen von Möbeln“ auf offener Bühne, em: Freund et alii (eds.), Festschrift für Frisch, Duncker & Humblot, 2013, p. 223 e ss.; próximos também Wolter, Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem, em: Gimbernat et alii (eds.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 3 e ss. (p. 11) e Schmöller, Das tatbestandsmäßige Verhalten im Strafrecht, em: Freund et alii (eds.), Festschrift für Frisch, Duncker & Humblot, 2013, p. 237 e ss. Sobre a concepção de Frisch, vide recentemente, Seher, Bestimmung und Zurechnung von Handlungen und Erfolgen, em: Freund et alii (eds.), Festschrift für Frisch, Duncker & Humblot, 2013, p. 207 e ss.

3. Cf. a nota de rodapé anterior. Para uma síntese introdutória da teoria de Frisch, cf. *Greco*, Imputação: uma introdução, p. 132 e ss.
4. Cf. a avaliação da teoria de Frisch em *Greco*, Imputação: uma introdução, p. 142; próximo também *Degener*, Schutzzweck, p. 99.
5. Cf. *Frisch*, Verhalten, p. 71 e 519; Imputación, p. 62; *Mir Puig*, Derecho Penal, § 10/47.
6. Cf. por exemplo, *Bierrenbach*, Crimes omissivos impróprios, 2.<sup>a</sup> ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p. 54; *Frisch*, Verhalten, p. 45 e ss.; *Roxin*, Funcionalismo, § 11/42, p. 309.

## 1. A criação de um risco

O desvalor da ação, dissemos, ganha a componente objetiva da criação de um risco juridicamente desaprovado. Esta elementar pode ser desdobrada em duas. Primeiramente, na *criação do risco*; depois, na *desaprovação jurídica* desse risco. Os critérios para cada uma destas etapas são diversos,<sup>7</sup> e por isso trataremos de cada qual em separado. Em face do caráter valorativo de ambas as etapas, há autores que negam a possibilidade desta separação,<sup>8</sup> mas creio ser ela didática e adequada, em especial pelo fato de que as valorações seguem critérios diversos, o que tentarei demonstrar no curso do texto. Ou seja, antes de valorarmos se o risco é proibido ou permitido, aprovado ou desaprovado, é preciso saber se ele sequer existe, se ele sequer foi criado. É este o objeto do presente tópico.

Observação terminológica: como faz a doutrina, utilizo os termos *risco* e *perigo* como sinônimos. E, no presente contexto, *criação do risco* não implica que o autor tenha tomado um curso causal antes inócuo e, por si só, feito dele algo perigoso. Criação, aqui, abrange não apenas essa hipótese, como também a de um aumento de um risco preexistente. Dai por que alguns autores falem em "criação ou aumento de risco"<sup>9</sup> como o primeiro requisito da imputação objetiva, o que me parece desnecessário,<sup>10</sup> tão logo se faça o devido esclarecimento.

## 2. O aspecto positivo: fundamento (proteção de bens jurídicos) e critério (prognose pós-tuma objetiva)

O direito penal apenas *probe* ações perigosas – esta ideia é o fundamento político-criminal do requisito que estamos examinando,

7. Por exemplo, Wolter, Adaquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, em: GA 1977, p. 257 e ss. (p. 264).
8. Cf. *Jakobs*, Strafrecht, § 7/33, 34 e 35; Armin Kaufmann, Das Fahrlässigkeitsdelikt, em: Strafrechtsdogmatik, p. 133 e ss. (p. 141 e ss.), limitando-se, porém, ao delito culposos.
9. Por exemplo, *Lenckner/Eisele*, em: Schönke / Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2014, Vorbem. §§ 13 ff./92; *Otto*, Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, em: NJW 1980, p. 417 e ss. (p. 422).
10. Assim também, *Busato*, Direito Penal, Parte Geral, Atlas, São Paulo, 2013, p. 339.



a criação do risco.<sup>11</sup> Esse requisito é necessário, porque apenas a sua presença no seio do tipo garantirá que não se proibam ações não perigosas para o bem jurídico – por exemplo, ações animadas de uma vontade a ele contrária. No finalismo radical da escola de Armin Kaufmann, que reduzia o injusto ao desvalor de intenção, qualquer finalidade inimiga do bem jurídico já realizava o tipo.<sup>12</sup> Para usar um exemplo “folclórico”: colocar o nome de alguém na boca do sapo, para que esse alguém morresse, seria já uma ação de homicídio, criminalmente proibida. Afinal, “até mesmo a tentativa supersticiosa

11. Cf. principalmente *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, Scientia, Aalen, 1964 (orig. 1930), p. 74-75; Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände, Mohr, Tübingen, 1931, p. 47; e *Roxin*, Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal, trad. Ana Paula Natscheradetz, em: Problemas Fundamentais de Direito Penal, 2.ª ed., Vega Universidade, Lisboa, 1993, 145 ss. (p. 148); ademais *Frisch*, Vorsatz, p. 120, p. 127; Verhalten, p. 40, p. 73; *Martinez Escamilla*, Imputación, p. 33, p. 76 e 77; *Mir Puig*, Derecho Penal, § 6/28, § 10/4; *Roxin*, Política criminal e sistema jurídico penal, trad. L. Greco, 2.ª ed, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. XI; Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal, trad. L. Greco, em: Revista Brasileira de Ciências Criminais 35 (2001), p. 13 e ss. (p. 16); *Maiwald-FS*, p. 722, p. 724; com especial clareza, *Rudolph*, Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, em: *Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 69 e ss. (p. 76-77); “Proibições penais sempre são proibições de ações objetivamente perigosas”, e p. 81; Systematischer Kommentar, Vor § 1/57; *Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährdungsdelikte, em: JA 1975, p. 435 e ss. (p. 438); Über die objektive Zurechnung, em: GA 1999, p. 207 e ss. (p. 214-215); *Wolter*, GA 1977, p. 257; Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung, em: ZStW 89 (1977), p. 649 e ss. (p. 672); Zurechnung, p. 26, p. 47, p. 94; Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus, em: Grundfragen, p. 103 e ss. (p. 105).

Contra, a posição antiga de *Jakobs*, Regressverbot beim Erfolgsdelikt, em: ZStW 89 (1977), p. 1 e ss. (p. 18), que considerava a perspectiva *ex ante* da dogmática protetora de bens jurídicos “dogmática da segurança em sentido policialesco”.

12. Cf. acima, a nota 13.

é um injusto”.<sup>13</sup> Se repudiamos essa consequência, se vemos em tal modelo “talvez uma boa explicação do pecado, mas não do injusto”,<sup>14</sup> é porque intuitivamente consideramos que a intenção, por si só, não basta para fundamentar o ilícito. A imputação objetiva diz que aquilo que falta, entre outras coisas é, primeiramente, que a ação seja perigosa.

Esta exigência tem sua raiz mais profunda na própria *finalidade do direito penal*, que é *proteger bens jurídicos*.<sup>15</sup> Proibir ações não perigosas é proibir por proibir, é limitar a liberdade sem correlato ganho social. Só as proibições que gerem algum ganho social podem ser proibições legítimas, só as proibições que sejam idôneas a proteger um bem jurídico, podem ser legítimas. Aqui se vê, igualmente, o contato da criação do risco com o *princípio constitucional da proporcionalidade*, especificamente com a ideia de idoneidade, por vezes também chamada de adequação – a de que toda limitação de liberdade deve ser capaz de promover a finalidade desejada,<sup>16</sup> e com a *teoria da prevenção geral*

13. Palavras de Armin Kaufmann, Welzel-FS, p. 403. Se se quiser isentar esta tentativa de pena, diz ele, partir-se-á de considerações referidas à punibilidade, e não ao injusto.

14. Assim, a resposta de *Jakobs*, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, em: Dornseifer et alii (eds.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Heymanns, Köln, 1989, p. 271 e ss. (p. 274).

15. Sobre essa exigência *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlichen Strafrechts, em: JUS 1966, p. 377 e ss. (p. 381); Strafrecht I, § 2/1; Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, em: *Greco/Tortima* (coords.), O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?, trad. L. Greco, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 179 e ss.; *Schünemann*, O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos, trad. L. Greco, no mesmo volume, p. 25 e ss.; *Hefendehl*, O bem jurídico como a pedra angular da norma penal, no mesmo volume, p. 57 e ss.; Uma teoria social do bem jurídico, trad. L. Greco, in: RBCC 87 (2010), p. 103 e ss.; *L. Greco*, “Princípio da ofensividade” e crimes de perigos abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, em: Revista Brasileira de Ciências Criminais 49 (2004), p. 89 e ss. Amplas referências da doutrina nacional em *Greco*, “O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?” Algumas considerações introdutórias, no citado volume, p. 7 e ss. (p. 8 nota 1).

16. Cf., com enfoque no direito penal, *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss, Heymanns, Köln etc., 1983 Strafrechtswidrigkeit,



negativa, segundo a qual o fim da proibição é motivar os cidadãos a não praticarem determinada ação.<sup>17</sup> Somente ações perigosas para um bem jurídico podem ser proibidas, porque tudo o mais seria uma intervenção inútil na liberdade dos cidadãos.

Feitas estas considerações sobre o fundamento da criação de um risco, podemos passar para o aspecto mais prático: o critério da criação de um risco. Quando se pode dizer que um risco foi criado? Quando se está diante de uma ação perigosa? A doutrina costuma responder a esta

p. 183 e ss.; Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr, Tübingen, 1996, p. 164 e ss.

17. Para uma defesa desta teoria, cf. apenas Feuerbach, *Über Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers*, Chemnitz, Tasche, 1800, p. 96; Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. ed., Heyer, Giessen, 1847, § 16; e Luis Greco, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, p. 354 e ss., referindo-a à imputação objetiva, por todos, Wölter, *Zurechnung*, p. 24. Este autor, como muitos outros, vincula à criação do risco também à prevenção geral positiva (*Zurechnung*, p. 30), o que a meu ver é, no mínimo, desnecessário.

Não estou dizendo, aqui, que seja necessário acolher a teoria da prevenção geral negativa para que se possa admitir a imputação objetiva. Talvez bem seja possível, por exemplo, seguir a teoria da retribuição e continuar exigindo que a ação seja *ex ante* perigosa, sob o fundamento de que ações que não satisfaçam este requisito não são domináveis, não podendo, assim, ser tidas como "obra do agente", e o fim da pena é retribuir aquilo que o agente fez, aquilo que pode ser considerado "obra sua" (com fundamentação bem próxima, por exemplo, Michael Köhler, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Springer, Berlin etc., 1997, p. 143 e ss.). Diga-se de passagem que evito no texto esta difundida caracterização da teoria, segundo a qual seus objetivos seriam determinar o que é "obra do autor". Essa caracterização é mais própria do conceito de ação do que de uma teoria que quer determinar não o que é ação em si, e sim o conteúdo de uma norma de proibição. Isso fica especialmente claro em Maiwald que, levando a sério a ideia de que a imputação objetiva tem de determinar o que é obra do autor, diz que a maior parte dos problemas comumente discutidos sob a rubrica da teoria (como os casos de diminuição do risco, de fim de proteção da norma ou de comportamentos alternativos conforme ao direito) são a ela estranhos (*Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung*, in: Kühne [coord.], *Festschrift für Miyazawa, Nomos*, Baden Baden, 1995, p. 465 e ss., 477, 479 e ss.).

pergunta com a ideia da *prognose pós-tuma objetiva*.<sup>18</sup> Prognose, porque se trata de um juízo formulado de uma perspectiva *ex ante*, levando em conta apenas dados conhecidos no momento da prática da ação. Objeto apenas dados conhecidos dos dados conhecidos por um observador *typical*, porque a prognose parte dos dados conhecidos por um observador objetivo, por um homem prudente, cuidadoso – e não apenas por um homem médio<sup>19</sup> – pertencente ao círculo social em que se encontra o autor.<sup>20</sup> Pós-tuma, porque, apesar de tomar em consideração apenas os fatos conhecidos pelo homem prudente no momento da prática da ação, a prognose não deixa de ser realizada pelo juiz, ou seja, depois da prática do fato. Para agora juntar o que separamos: uma ação será perigosa ou criadora de risco se o juiz, levando em conta os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática ação, diria que esta gera uma possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico. Utilizemos uma variante do exemplo clássico: um sujeito manda uma criança em uma viagem de avião, na intenção de que o avião caia e a criança morra.<sup>21</sup> Esta ação não gera perigo algum segundo a prognose pós-tuma objetiva: afinal, um homem prudente não tem, em princípio, por que supor que viajar de avião gere real possibilidade de lesionar o bem jurídico vida.

18. Cf. Anarte Borrallo, *Causalidad e imputación objetiva*. Estructura, relaciones y perspectivas, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, p. 207; Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Manz, Wien, 1974, p. 38; Figueiredo Dias, *Direito penal*, Parte Geral, Tomo 1, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, cap. 12.º § 13; Jakobs, *Strafrecht*, § 7/47; Jescheck/Wéigend, *Lehrbuch*, p. 286; Martínez Escamilla, *Imputación*, p. 81; Mir Puig, *Derecho Penal*, § 10/42; Roxin, *Funcionalismo*, § 11/50, p. 317; Wölter, *GA* 1977, p. 272.

19. Insistindo neste ponto também, Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 55.

20. Cf. a nota 58, e Roxin, *Funcionalismo*, § 11/35 e 50, p. 303 e 317.

21. Modifiquei o exemplo clássico, que se referia não a uma criança, mas a um "tio", isto é, a um adulto responsável, para evitar que o caso pudesse ser resolvido também com base na autocolocação em perigo (sobre esta, cf. abaixo, b aa). Também trabalhando com esta modificação do caso clássico, Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., DeGruyter, Berlin, 1991, § 7/33; Roxin, *FS-Maiwald*, p. 719 nota 14; resolvendo este caso por meio de considerações sobre a autocolocação em perigo, Otto, *Kausaldagnose und Erfolgsszurechnung im Strafrecht*, em: Schroeder/Zipf (eds.), *Festschrift für Maurach*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, p. 91 e ss. (p. 99); Freund, *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Springer, Berlin etc., 2009, § 2/13.



Variemos, contudo, o exemplo. Digamos que o sujeito, amigo de um terrorista, com quem costuma jogar futebol aos sábados, sabe que uma organização radical colocará uma bomba em determinado voo e convence a criança a viajar neste voo específico. Aqui, a situação é já intuitivamente bem diversa. Num tal caso, em que o agente sabe mais do que o observador objetivo, costuma-se dizer que aquele possui *conhecimentos especiais*. O curioso é que a prognose pós-tuma objetiva continuaria a chegar ao resultado que acima obtivemos: não haveria criação de risco, porque o homem prudente, com base nos fatos de que tem conhecimento, não tem qualquer razão para considerar perigosa a conduta de mandar alguém pegar um avião. Para evitar o absurdo de isentar o sujeito de pena num tal caso, a doutrina dominante exige a inclusão dos conhecimentos especiais na prognose pós-tuma objetiva: o homem prudente de que se parte deve ser dotado dos conhecimentos especiais de que porventura dispuser o autor.<sup>22</sup>

22. Uma análise mais detalhada do problema dos conhecimentos especiais encontra-se em meu estudo *Das Subjektive an der objektiven Zurechnung*, ZStW 117 (2005), p. 519 e ss.; cf. ademais *Sacher*, *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, p. 188 e ss.; e *Murmann*, *Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung*, em: *Putzke et alii* (coords.), *Festschrift für Herzberg*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2008, p. 123 e ss. Incluindo os conhecimentos especiais na prognose pós-tuma objetiva, por exemplo, *Bockelmann / Volk*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 1987, p. 66; *Brehm*, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1973, p. 128; *Figueiredo Dias*, *Direito penal*, cap. 12, § 15; *Frisch*, *Verhalten*, p. 71, nota 6; *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, trad. Ricardo Robles Planas, em: *Silva Sánchez* (ed.), *Sobre el estado actual de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, p. 21 e ss. (p. 56); *Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs*, em: *Schünemann et alii* (eds.), *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin / New York, 2001, p. 213 e ss. (p. 230); *Herzberg*, *Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat*, em: *JZ* 1987, p. 536 e ss. (p. 537); *Jeschek / Weigend*, *Lehrbuch*, p. 286; *Kaminski*, *Der objektive Massstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, p. 87; *Köhler*, *Strafrecht*, p. 184; *Martínez Escamilla*, *Imputación*, p. 81 e ss.; *Roxin*, *Finalität und objektive Zurechnung*, em:

Tal não se trata, ao contrário do que à primeira vista possa parecer, de uma subjetivização de uma teoria que se diz objetiva, de uma restrição contraditória e *ad hoc*, como pensam tanto os finalistas, como os adeptos da escola de Jakobs. Para os finalistas, a existência de tais conhecimentos especiais seria uma prova de que a teoria da imputação objetiva é errônea, e de que os problemas que ela deseja resolver são, em grande parte, problemas de dolo.<sup>23</sup> E para Jakobs e sua escola, a teoria da imputação objetiva só poderia continuar a dizer-se objetiva se ela só levasse em conta dados objetivos, isto é, referidos ao papel social do autor – com a consequência de que qualquer conhecimento exterior ao papel seria, em princípio, tido como irrelevante.<sup>24</sup> Estas duas correntes, unidas em recusar

Dornseifer et alii (ed.), *Armin Kaufmann-GS*, Heymanns, Köln etc., 1989, p. 237 e ss. (p. 250); *Funcionalismo*, § 11/35 e 50, p. 303 e 317; *Strafrecht I*, § 24/69; *Schünemann*, *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?*, em: *Grünwald et alii* (eds.), *Festschrift für Schaffstein*, Otto Schwarz, Göttingen, 1975, p. 159 e ss. (p. 166); *GA* 1999, p. 216; *Wolter*, *GA* 1977, p. 269.

23. *Fundamental*, *Armin Kaufmann*, *Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?*, em: *Vogler/Hermann* (eds.), *Festschrift für Jescheck*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 251 e ss. (p. 260 e ss.), o qual declara que: “A luz do dolo, todos os complexos problemas desaparecem como a neve de abril sob o calor do sol” (p. 260); em substancial acordo, *Struensee*, *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, em: *GA* 1987, p. 97 e ss. (p. 105: a teoria da imputação objetiva “na verdade se ocupa do tipo subjetivo”); *Dersubjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, em: *JZ* 1987, p. 53 e ss.; *Hirsch*, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, in: *Festschrift für Rechtswissenschaftliche Fakultät Köln*, Heymanns, Köln etc., 1988, p. 399 e ss. (p. 404 e 405), o qual depois moderou em parte a sua opinião (Zur Lehre von der objektiven Zurechnung, em: *Eser et alii*, *Festschrift für Lenckner*, Beck, München, 1998, p. 119 e ss. [p. 123 e ss., p. 131 e ss.]); próximo de Hirsch também *Kipper*, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, p. 92, nota 67, e p. 93. No mesmo sentido, *Serrano González de Murillo*, “Sonderwissen” des Handelnden und objektives Gefährteil, em: *Heinrich et alii* (eds.), *Festschrift für Roxin zum 80. Geburtstag*, vol. 1, DeGruyter, Berlin/New York, 2011, p. 345 e ss.

24. *Jakobs*, *Armin Kaufmann-GS*, p. 286; *Strafrecht*, § 7/49 e ss.; *Akzessorität*. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, em: *GA* 1996, p. 253 e ss. (p. 261 e ss.); *Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug*, em: *GA* 1998, p. 553 e ss. (p. 558); *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung*, em: *Weigend / Kupper* (eds.), *Festschrift für Hirsch*, DeGruyter, Berlin / New York, 1999, p. 45 e ss. (p. 57); *Norm*,



a compatibilidade entre conhecimentos especiais e imputação objetiva, erram por ignorar que a inclusão de tais dados subjetivos no juízo de perigo é uma exigência dos mesmos fundamentos que subjazem à ideia de criação de um risco. O direito só pode proibir ações perigosas, dissemos, entre outras razões porque só se pode ordenar que o agente abduque da prática de ações que já de antemão, e não só *ex post*, se mostrem perigosas – por trás disso estavam a finalidade da proteção de bens jurídicos e a prevenção geral negativa. Estas mesmas razões exigem que se considere passível de proibição a conduta daquele que, sabendo mais do que os outros, sabe de caminhos alternativos para realizar planejadas lesões a bens jurídicos.<sup>25</sup> Além disso, o tipo objetivo não se chama objetivo por se referir apenas a realidades exteriores, e sim porque sua tarefa é delimitar a esfera externa de liberdade do autor em relação à dos demais.<sup>26</sup> E uma clara prova de que nesta consideração de dados subjetivos nada se faz de suspeito é o fato de que, na dogmática do tipo subjetivo, na delimitação das fronteiras do dolo eventual em relação à culpa consciente, seja comum admitir-se a relevância de dados objetivos, tais como a intensidade do perigo ou o valor do bem jurídico afetado.<sup>27</sup> Ou seja, nada existe de contraditório em se incluírem os conhecimentos especiais no juízo de perigo, que nem por isso perderá o direito de denominar-se prognose póstuma objetiva.

Há um terceiro grupo de autores, encabeçado especialmente por *Hruschka* e *Kindhäuser*, que propõe uma teoria do delito alternativa, fundada nas ideias de que normas proibem já meras causas, e de que dolo e culpa são pressupostos de uma imputação da violação da norma ao

Person, Gesellschaft, 2.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 98; *Lesch*, Comentário a BGHSt. 46, 107, em: JR 2001, p. 381 e ss. (p. 387); Comentário a BGHJA 2001, 187, em: JA 2001, p. 188 e ss. (p. 189); *Strafbare Beteiligung durch „berufstypisches“ Verhalten?*, in: JA 2001, p. 986 e ss. (p. 990); *Reyes Alvarado*, *Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung*, em: ZStW 105 (1993), p. 108 e ss. (p. 122); *Imputación*, p. 129 e ss.; *Sanchez-Vera*, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 57; *Silva-Sanchez*, *Zur Gestaltung der strafrechtlich missbilligten Risiken beim Zusammenwirken mehrerer Personen*, em: *Eser et alii* (eds.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Max Planck Institut, Freiburg, 1998, p. 205 e ss. (p. 208).

25. *Greco*, *Das Subjektive*, p. 542.

26. *Greco*, *Das Subjektive*, p. 537 e s., levando adiante o argumento de *Roxin*, *Armin Kaufmann-GS*, p. 250, e RBCC 38 (2002), p. 24-25.

27. *Greco*, *Das Subjektive*, p. 537 e s. Admitindo essa relevância de dados objetivos na distinção entre dolo e culpa, por exemplo, BGHSt 36, p. 10 e ss.

autor.<sup>28</sup> Para estes autores, a norma está violada já com a mera causação do resultado, o que se avalia de uma perspectiva *ex post*, de modo que o problema dos conhecimentos especiais simplesmente não se coloca.<sup>29</sup> O problema dessa perspectiva é desconsiderar a grande descoberta do finalismo – a de que o direito não proíbe meras causas, e sim ações.<sup>30</sup> Normas de conduta têm, portanto, de ser formuladas de uma perspectiva *ex ante*.<sup>31</sup>

Em síntese: será perigosa aquela ação que, aos olhos de um observador objetivo dotado dos conhecimentos especiais do autor, situado no momento da prática da ação, gere real possibilidade de dano para um determinado bem jurídico.

28. *Hruschka*, *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, in: *Rechtstheorie* 22 (1991), p. 449 e ss.; *Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, Klostermann, Frankfurt a.M., 1989, p. 29 e ss., 50 e ss.; *Zum sog. „unerlaubten“ Risiko*, in: *Bloy et alii* (coords.), *Festschrift für Maiwald*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, p. 397 e ss. (p. 401 e ss.); *Vogel*, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 27 e ss., 50; entre autores espanhóis *Sanchez-Ostiz*, *Imputación y teoría del delito*, BdeF, Buenos Aires/Monteideo, 2008, p. 503 e ss.; *Ist die „objektive Zurechnung“ objektiv und zurechnend?*, em: *Heinrich et alii* (eds.), *Festschrift für Roxin zum 80. Geburtstag*, vol. 1, DeGruyter, Berlin/New York, 2011, p. 361 e ss.

29. *Kindhäuser*, *Der subjektive Tatbestand im Verbrechenaufbau*, *Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung*, em: GA 2007, p. 447 e ss.; próximos também *Burkhardt*, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex ante Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven*, in: *Wolter/Freund* (coords.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, C.F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 99 e ss. (p. 117, 134); e *Börgers*, *Studien zum Gefährteil im Strafrecht. Ein Abschied vom objektiven Dritten*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, p. 56 e ss., 239, que defendem que o perigo seja avaliado de uma perspectiva objetiva *ex post*.

30. *Povlados Armin Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, Otto Schwarz, 1954, p. 71, 102, 105 e ss.

31. Mesma crítica a essas posições em *Kuhlen*, *Resenha de Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, GA 1990, p. 477 e ss. (480); *Freund*, *Erfolgsdelikt*, p. 122 e ss.; *Frisch*, *Straftat und Straftatsystem*, in: *Wolter/Freund* (coords.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, C.F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 135 e ss. (p. 175).



### b. O aspecto negativo

Feitas estas considerações sobre o aspecto positivo da criação de um risco, passemos ao aspecto negativo, aos casos em que inexiste ação arriscada.

#### aa. Risco juridicamente irrelevante

Dissemos que, na prognose póstuma objetiva, pergunta-se se a ação gera uma possibilidade *real* de dano. A doutrina nem sempre fala especificamente neste requisito, "real", que considerarei adequado acrescentar,<sup>32</sup> mas essa divergência terminológica não pode esconder o acordo substancial: perigosas são apenas as ações que gerem uma possibilidade de dano não tão remota, que pareça desprezível para um homem prudente. Tais riscos são considerados *juridicamente irrelevantes*.<sup>33</sup> Assim, por exemplo, o risco de um avião cair é uma possibilidade remota. O risco de ser atingido por um raio ao caminhar pela floresta é igualmente remoto,<sup>34</sup> e assim também o é o risco de que o comprador de um pão o envenene para matar a própria esposa. Ou seja, se A,

32. Propondo outro critério, *Tavares*, *Injusto*, p. 284 e s., que fala nos critérios da "capacidade de domínio do processo causal" e da "intangibilidade do risco", negando a possibilidade de um critério genérico, *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, 6.ª ed. Vahlen, München, 2011, § 8/29.

33. Excluindo a imputação nestes casos, de riscos juridicamente irrelevantes, fundamental *Roxin*, *Reflexões*, p. 148; cf. ademais *Burgstaller*, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 43; *Cirino dos Santos*, *Direito penal*, Curitiba, ICPC/Lumen Juris, 2006, p. 171; *Frister*, *Strafrecht*. *Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Beck, München, 2013, 10/5; *Gueiros Souza/Japiassu*, *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, Elsevier, Rio de Janeiro, 2012, p. 181; *Jeschek / Weigend*, *Lehrbuch*, p. 287; *Lenckner/Eisele*, em: *Schönke / Schröder*, *Strafgesetzbuch*, Vorbem. §§ 13 ff/93; *Roxin*, *RBCC 38* (2002), p. 14; *Funcionalismo*, § 11/49, § 11/61 (onde o caso é resolvido sob o aspecto do risco permitido). Outros falam em criação de um "risco geral de vida": *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht*, § 8/28, diferença meramente terminológica, mas ainda assim capaz de gerar confusão, vez que nestes casos, não se cria risco algum. Com considerações diversas, tratando do problema dentro do risco permitido, *Jakobs*, *Strafrecht*, § 7/42 e ss.

34. Sobre a história desse famoso exemplo do sobrinho que convence o tio a passear na floresta, esperando que ele seja atingido por um raio, o que de

querendo matar a criança B, convence esta a realizar uma viagem de avião ou a caminhar pela floresta, ou se o marido M, querendo matar a esposa, compra um pão do padreiro P,<sup>35</sup> nem A, nem P, terão criado um risco ao praticarem sua respectiva ação. A partir do momento, porém, em que a possibilidade deixar de ser remota, a partir do momento em que ela ganhe alguma, ainda que reduzida, relevância aos olhos de um homem prudente, estaremos diante de uma ação perigosa. Tal seria o caso não apenas na hipótese de conhecimentos especiais, como também, se houvesse suspeita concreta de que no avião se encontra uma bomba, de que a floresta é especialmente ameaçada por raios, ou de que M quer envenenar o pão. Ou, para usarmos um exemplo relativamente atual: na época imediatamente posterior à derrubada de Saddam Hussein, a atividade de grupos rebeldes tornou bastante precária a situação de estrangeiros no Iraque. Normalmente, viajar para algum país, por maior que seja a taxa de criminalidade, não gera risco algum. Mas quando a situação passa a beirar o caos, tal como no caso do Iraque, a questão se altera. Mandar uma criança a um local a tal ponto inseguro gera um risco de que um de seus bens jurídicos seja lesionado.<sup>36</sup>

#### bb. Diminuição do risco

O direito somente proíbe ações perigosas, dissemos. Disso podemos deduzir que tampouco estão proibidas aquelas ações que são não apenas inócuas, indiferentes, mas verdadeiramente benéficas para um bem jurídico, por não só não piorarem a sua situação, mas por a melhorarem de uma perspectiva *ex ante*. Nestes casos, chamados de diminuição do risco, admite a doutrina majoritária que não faria sentido proibir a ação.<sup>37</sup> Como exemplo, imagine-se a seguinte situação:

fato vem a ocorrer, cf. criticamente *Schroeder*, *Der Blitz als Mordinstrument*, *Duncker & Humblot*, Berlin, 2009, p. 7 e ss.

35. Exemplo de *Jakobs*, *Strafrecht*, § 24/17.

36. Similar, *Roxin*, *RBCC 38* (2002), p. 14.

37. Fundamental, também, *Roxin*, *Reflexões*, p. 149; cf. ademais *Callegari*, *Fundamental*, p. 441; *Cirino dos Santos*, *Direito penal*, p. 129; *D'Ávila*, *Crime culposos*, p. 53; *Figueiredo Dias*, *Direito penal*, cap. 12.º § 23; *Frisch*, *Verhalten*, p. 60; *JuS* 2011, p. 117; *Gueiros Souza/Japiassu*, *Curso*, p. 180;



se queira partir do sistema tripartido da doutrina dominante, segundo o qual no tipo e na antijuridicidade se formulam valorações de conteúdo autônomo, não me parece que essa seria uma abordagem adequada, porque isso significaria que o direito proíbe, ainda que apenas em tese, ações não perigosas, o que estaria em desacordo com os fundamentos da criação de um risco acima explicitados. Ter-se-ia uma proibição não apenas incapaz de proteger bens jurídicos, como capaz de prejudicá-los.

São necessárias algumas precisões. A primeira delas diz respeito à diferença entre esta hipótese, de diminuição do risco, e a hipótese de substituição de um risco por outro. A substituição de um risco por outro menor pode ser caso de estado de necessidade ou de consentimento presumido, mas não de exclusão da criação do risco.<sup>40</sup> Assim, por exemplo, se N empurrasse, ao invés de seu namorado, o desavergonhado FO, sendo previsível que este pudesse cair e se machucar, se bem que de modo menos grave do que em razão de um soco no rosto, não estaríamos diante de uma diminuição do risco, e sim de um caso de estado de necessidade ou de consentimento presumido. Tal distinção não tem interesse apenas acadêmico, porque estas alternativas estão sujeitas a requisitos mais severos do que a diminuição do risco. Mencionemos aqui apenas a exigência de que o perigo seja inevitável de outra maneira, no estado de necessidade: se N tivesse como salvar B sem jogá-lo contra o chão, não poderia ela fazê-lo. É verdade que há casos-limite, em que a distinção é bastante difícil,<sup>41</sup> o que não me parece suficiente para colocá-la em xeque.

40. Cirino dos Santos, *Direito penal*, p. 129-130; D'Ávila, *Crime culposos*, p. 53; Frisch, *Verhalten*, p. 60, nota 241; Jescheck / Weigend, *Lehrbuch*, p. 287-288; Lencckner/Eisele, em: Schönke / Schröder, *Strafgesetzbuch*, Vorbem. §§ 13 ff/94; Luzón, *Curso*, p. 386; Roxin, *Funcionalismo*, § 11/48; Rudolphi, *Systematischer Kommentar*, Vor § 1/58; Tavares, *Injusto*, p. 283. Diversamente, considerando também nestes casos inexistir criação de risco, a antiga posição de Frisch, *Vorsatz*, p. 143-144.

41. Relevado especialmente por Sousa Mendes, *Crítica à ideia da diminuição do risco* de Roxin, em: RBC 14 (1996), p. 102 e ss. (p. 110); (o trabalho foi republicado em versão mais extensa, *Sobre a capacidade de rendimento da ideia de diminuição do risco*, AAFDL, Lisboa, 2007 [p. 40] e também se encontra em Greco/Tavares Lobato [coords.], *Temas de direito penal*, Parte Geral, Renovar,

o namorado ciumento A, furioso com as gracinhas de B (o qual não para de trocar sorrisos com N, a namorada de A), avança para surtar este último. N, percebendo que B levará um soco no rosto, empurra o seu namorado, desviando o golpe, que atinge apenas o braço de B. Aqui, é evidente que N não praticou uma ação perigosa ao desviar o golpe, muito pelo contrário: ao fazer que o soco atingisse o braço ao invés do rosto de B, diminuiu ela o risco de lesão. Até aqui, não deve haver dúvida.

Observe-se que alguns poucos autores, mesmo entre os adeptos da imputação objetiva, recusam de todo a ideia de diminuição do risco, considerando tais hipóteses casos de consentimento presumido ou estado de necessidade justificante.<sup>38</sup> A rigor, essa objeção perde muito de sua relevância uma vez que se defende a teoria dos elementos negativos do tipo, para o qual tipo e antijuridicidade compõem uma unidade valorativa (o chamado tipo total de injusto).<sup>39</sup> Mas ainda que

Jescheck / Weigend, *Lehrbuch*, p. 287; Lencckner/Eisele, em: Schönke / Schröder, *Strafgesetzbuch*, Vorbem. §§ 13 ff/94; Mir Puig, *Derecho Penal*, § 10/49; Roxin, *RBC* 38 (2002), p. 17; Funcionalismo, § 11/47; Tavares, *Injusto*, p. 282 e ss.; Já Puppe, *Der Erfolg in seiner kausalen Erklärung im Strafrecht*, em: *ZStW* 92 (1980), p. 863 e ss. (p. 885) trata do problema no âmbito da causalidade, alegando que em tais casos sequer existe resultado a ser explicado ("diminuição do dano").

38. Entre os que recusam a teoria da imputação objetiva, Armin Kaufmann, *Jescheck-FS*, p. 255; Küpper, *Grenzen*, p. 94; Régis Prado / Mendes de Carvalho, *Teorias da imputação objetiva do resultado*, RT São Paulo, 2002, p. 69; Kindhäuser, *Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt*, em: Byrd/Joerden (coords.), *Festschrift für Hruschka, Duncker & Humblot*, Berlin, 2005, p. 527 e ss. (p. 533 e s.); Risikoerhöhung und Risikoverringerung, in: *ZStW* 120 (2008), p. 481 e ss. (p. 490 e ss.); Maiwald, *Miyazawa-FS*, p. 479; Schroeder, *Die so genannte Risikoverringerung*, em: Hefendehl (coord.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Heymanns, Köln etc., 2005, p. 151 e ss. (p. 160-161); K. H. Schumann, *Von der sogenannten "objektiven Zurechnung" im Strafrecht*, *Jura* 2008, p. 408 e ss. (415); entre os que a aceitam Köhler, *Strafrecht*, p. 147-148; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, 2.ª ed., Temis, Bogotá, 1996, p. 161.

39. Defendida por Schünemann/Greco, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem*, Oder: *Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik*, in: GA 2006, p. 777 e ss.



Creio que assim se devem solucionar as objeções propostas por Schroeder e Kindhäuser. Os autores imaginam o caso em que a vítima, que tem a mão e não mais a cabeça lesionada pela pedra que o autor conseguiu desviar, é um pianista.<sup>42</sup> Aqui me parece haver uma substituição de riscos,<sup>43</sup> e essa afirmativa pode ser fundamentada não em meras intuições, e sim no direito positivo: o art. 129 § 1.º I CP considera lesão corporal "grave" a hipótese de incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias. Com base nesse dispositivo, pode-se afirmar que desviar uma pedra da cabeça para a mão de um pianista não é diminuir um risco geral de lesão, e sim criar um risco específico de que se realize uma das formas de lesão corporal "grave".<sup>44</sup>

Outro esclarecimento talvez evidente, mas oportuno: a diminuição do risco se avalia *ex ante*.<sup>45</sup> Ou seja, se ON empurra seu namorado

Rio de Janeiro, 2008, p. 217 e ss.; Kindhäuser, ZStW 120 (2008), p. 498 e Sancinetti, Risikoverringering, prinzip versus Relevanz des Erfolgsunwertes in der Unrechtslehre, em: Pawlik/Zackyk (coords.), Festschrift für Jakobs, Heymanns, Heidelberg, 2007, p. 583 e ss. (588); de acordo Lencñner/Eisele, em: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Vorbem. §§ 13 ff/94.

42. Schroeder, Risikoverringering, p. 160; Kindhäuser, ZStW 120 (2008), p. 494.

43. Visto pelo próprio Kindhäuser, ZStW 120 (2008), p. 495, 497 e s., que porém – como acima vimos – objeta a falta de critérios por trás dessa distinção. Assim também a réplica de Roxin, Maiwald-FS, p. 732, que quer levar em conta a "situação de vida da vítima" no momento de determinar se há diminuição de risco ou mera substituição de um risco por outro.

44. Caso a lesão não alcance, porém, a intensidade exigida pelo dispositivo – se, por exemplo, o pianista só precisa ficar 25 dias longe de seu piano – haveria de afirmar-se a diminuição do risco.

45. A sua evidência talvez seja a razão pela qual tão raramente se vê algum autor preocupado em fazê-lo (uma exceção é Sancinetti, Jakobs-FS, p. 587: "Por fim, é imaginável que o risco seja diminuído e ainda assim ocorra um resultado idêntico ou ainda mais grave que o que inicialmente estava para ocorrer; e, inversamente, pode o risco ser aumentado e ainda, em razão do curso causal concreto, vir o dano a ser diminuído"). Se eu o faço, é porque demorei bastante tempo a observar este aspecto, chegando, na minha época de professor substituto na Faculdade de Direito da UFRJ, até mesmo a aplicar uma prova em que, erradamente, formulei uma questão cuja resposta imaginava ser uma diminuição do risco *ex post*. A questão – talvez entre os meus poucos leitores se encontre alguém que se recorde – falava de um cozinheiro que quer matar um cliente e prepara uma sopa envenenada. O assistente de cozinha, que também odeia o cliente e tem as mesmas intenções,

NC para longe da vítima, mas isso acaba tendo por resultado que o golpe de NC atinge FO ainda de modo ainda mais severo, estará excluída a imputação se, *ex ante*, tudo indicava que o empurrão diminuiria o risco de lesão à vítima (para outro caso em que esse esclarecimento é decisivo, cf. a nota de rodapé 85).

Este aspecto tão raramente observado é ponto de partida de Paulo de Sousa Mendes em sua "crítica à ideia de diminuição do risco": ao definir o que é um risco, o que deveria ser feito de uma perspectiva *ex ante*, não se pode levar em conta já o resultado, do qual só se virá a saber *ex post*.<sup>46</sup> Essa crítica demonstra que o esclarecimento acima feito era no mínimo necessário. Mais dores de cabeça traz, porém, o interessante exemplo que transcrevo: "A aponta um revólver à cabeça de B, porém, antes de disparar o tiro mortal, um terceiro, C, sugere-lhe que atire sobre o estômago, para assim prolongar a agonia e aumentar o sofrimento da vítima".<sup>47</sup> Que aqui, de fato, não se poderá isentar C de qualquer responsabilidade, parece intuitivamente claro, máxime porque, segundo a posição tradicional, ele instigou A à comissão de um homicídio qualificado (meio cruel). O paradoxo é que há também uma diminuição do risco em relação ao bem jurídico vida – uma vez que a intervenção de C faz que o resultado só ocorra depois – o que excluiria a realização já do tipo base, de modo que sequer se poderia cogitar a respeito da aplicação da forma qualificada.<sup>48</sup> Face a estas dificuldades, propõe o autor o abandono da ideia da diminuição do risco e a resolução de casos em que ela ocorra ou com base nas tradicionais causas de justificação ou em considerações de equidade, que aqui não podemos explicitar.<sup>49</sup> Na edição portuguesa do presente livro, limitei-me a confessar

mas ignora o plano do cozinheiro, adiciona à sopa outra substância mortal. Mas a substância acaba reagindo com o veneno da sopa, tornando este mais fraco, de modo que o cliente apenas sofre uma indigestão. O problema perguntava a respeito da punibilidade do assistente de cozinha. Aqui, ao contrário do que considerarei ser a resposta correta, não há diminuição do risco, e sim ação *ex ante* perigosa. Se o assistente é de fato punível ou não por tentativa dependerá da como se resolve o problema da distinção entre tentativa idônea e inidônea.

46. Sousa Mendes, RBCC 14 (1996), p. 111, p. 113; Capacidade de rendimento, p. 41.

47. Sousa Mendes, RBCC 14 (1996), p. 112; Capacidade de rendimento, p. 43.

48. Sousa Mendes, RBCC 14 (1996), p. 112; Capacidade de rendimento, p. 44.

49. Sousa Mendes, RBCC 14 (1996), p. 114 e ss.; Capacidade de rendimento, p. 46 e ss.



minha perplexidade, deixando o caso por resolver.<sup>50</sup> Tive, posteriormente, oportunidade de discutir o problema com Sousa Mendes,<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup>

## 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.<sup>53-54</sup> 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 vezes 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 a *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,<sup>55</sup> enquanto a desaprovação jurídica se daria na etapa da antijuridicidade;<sup>56</sup> e *Schroeder* baseia a culpa apenas na previsibilidade,<sup>57</sup> chamando a violação do dever de cuidado de elemento "decorativo".<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup>

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,<sup>60</sup> 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 Strafrecht*, 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.; *Arbeitssteiliges 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.<sup>61</sup> O requisito da desaprovação jurídica de um risco não tem, portanto, nada de misterioso.<sup>62</sup>

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.<sup>63</sup> 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. Dai porque, por exemplo, citei à nota 93 autores que escreveram apenas sobre o crime culposo, 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 *Koriat*, *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 culposo*, p. 48; *Feijóo Sánchez*, *Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales*, *EDJUS*, 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; *Parédes Castañón*, *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; *Rudolph*, *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, *Prittitz*, *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,<sup>64</sup> não pode reconhecer qualquer barreira inultrapassável como a representada pela dignidade humana, isto é, pela ideia do homem como um fim em si próprio<sup>65</sup> – e digo não “pode” porque alguns modernos consequencialistas, é verdade, tentam relativizar esta inaceitável consequência

64. Sublinhando o caráter maximizador e quantificador do consequencialismo, *Birnbaucher*, *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 está além de 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 staatl-licher 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.<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup> 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”,<sup>68</sup> 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”.<sup>69-70</sup>

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 Köhler<sup>71</sup> e a sua aluna Schürer-Mohr.<sup>72</sup> 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),<sup>73</sup> 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.<sup>74</sup> 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.<sup>75</sup> 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 do 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.<sup>76</sup> Bem próximo do que aqui se defende se encontra Wolter, que fala em “causas

71. Köhler, *Strafrecht*, p. 185 e ss. Critico também Dutte, *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.<sup>77</sup>

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 amigos<sup>78</sup> – 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.<sup>79</sup>

77. Com toda a clareza, Wölter, *Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschlussgründe im Strafrechtssystem* von Claus Roxin, em: GA 1996, p. 207 e ss. (p. 209-210); cf. também Wölter, *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 atestar 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 possui 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 Wölter, GA 1996, p. 209). Crítica os fundamentos desta decisão Wasmuth, *Comentário a BVerfGE 90*, 255, em: NSiZ 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,<sup>80</sup> como também a intensidade deste,<sup>81</sup> o interesse social na prática da ação perigosa,<sup>82</sup> a eficiência e idoneidade da medida de cuidado,<sup>83</sup> a existência e custo de alternativas menos arriscadas<sup>84</sup> 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: *Lenckner/Kühl*, *Strafgesetzbuch*, 27.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2011, § 185/9; *Wasmuth*, NSiZ 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; *Rudolph*, *Systematischer Kommentar*, Vor § 1/62; *Schünemann*, 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.; *Schünemann*, JA 1975, p. 576.

82. Cf. principalmente *Schünemann*, JA 1975, p. 576, que distingue quatro espécies de ações, no que se refere a 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 *Schünemann*); *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; *Schünemann*, JA 1975, p. 576.



relativas ao princípio da proporcionalidade.<sup>85</sup> 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.<sup>86</sup>

Como jáamos 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 culposo, na concretização de seu requisito “violação do dever de cuidado”. Se hoje se começa a considerá-los, acertadamente, não apenas uma especificidade do delito culposo, mas comuns também ao delito doloso,<sup>87</sup> 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 indicio de que o risco criado é juridicamente desaprovado.<sup>88,89</sup> 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.<sup>90</sup> Exemplo da primeira hipótese: A dirige telefonando em

Schröder, Strafrechtbuch, Vorbem. §§ 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 indicio de violação do dever cuidado, sem, contudo, diferenciar entre normas jurídicas e extrajurídicas, D'Ávila, Crime culposo, p. 50; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, p. 582; Samson, Systematischer Kommentar, Anh. zu § 16/20; Welzel, Fahrlässigkeit, p. 328. Sobre a problemática ademas 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 culposo, 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.<sup>91</sup> 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".<sup>92</sup> 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*).<sup>93</sup> 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,<sup>94</sup> segundo a qual não cria risco juridicamente desaprovado aquele que, apesar de violar a norma, realiza atividades compensatórias (isto é, que reduzem o risco ao mesmo nível do *risco-base* genérico).<sup>95</sup>

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 culposo, 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.<sup>96</sup> 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,<sup>97</sup> 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.<sup>98</sup> 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,<sup>99</sup> e nos muitos casos em que tal violação não possa ser encontrada, será primariamente responsável quem formulou a norma inadequada.<sup>100</sup>

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.<sup>101</sup> Por exemplo, no boxe, a proibição de desferir cotoveladas

98. Princípio da confiança (*Sternberg-Lieben*, em: Schönke-Schröder, Strafrechtzbuch, § 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, *Strafrechtzbuch*, § 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 autódoping nos esportes profissionais*, trad. Alaor 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.<sup>102</sup> Outras vezes, a norma é violada, mas o agente realiza ações alternativas compensatórias do perigo,<sup>103</sup> ou a norma é violada, mas ela já se encontra ultrapassada e não corresponde mais ao estado da técnica.<sup>104</sup> 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*.<sup>105</sup> 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.<sup>106</sup> 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*, *Umrechtsbegriff*, 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 confiança: 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-versa<sup>107</sup> –, 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; Kuhlén, Produkthaftung, p. 128; Martínez Escamilla, Imputación, p. 137; Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen, Mohr, Tübingen, 1986, p. 7; Stratenwerth/Kuhlén, 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/Suaréz 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 (segundo-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, Principio da confiança, p. 119 e ss.); com reservas, também, Puppe, Nomos-Kommentar, vor § 13/151 e ss., para o qual o princípio é “mais 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.<sup>108</sup> 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 mental<sup>109</sup> (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 praticado<sup>110</sup> (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); Kuhlén, Produkthaftung, p. 129; Pimentel Albuquerque, Principio 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; Kuhlén, Produkthaftung, p. 128, p. 134; Pimentel Albuquerque, Principio 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. Schmidl-FS, p. 392; Stratenwerth/Kuhlén, Strafrecht, § 15/66; Tavares, Crime culposo, p. 316.

110. Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 60; Feijóo Sánchez, Homicidio y lesiones, p. 237; Jakobs, Strafrecht, § 7/54; Kuhlén, Produkthaftung, p. 128, p. 134; Martínez 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, Confianza, 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. Schmidl-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 prática<sup>111</sup> (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 princípio<sup>112</sup> (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,<sup>113</sup> 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.<sup>114</sup> 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 culposos*, 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.<sup>115</sup> 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.<sup>116</sup> 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.<sup>117-118</sup>

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.<sup>119</sup> 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.<sup>120</sup> Não entrarei nos inúmeros problemas de definição desta figura. 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 Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2000, p. 137.

116. Cf. *Puppe*, *Erfolgszurechnung*, 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 culposos*, p. 52; *Duttige*, *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; *Jeschek / 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.<sup>121</sup> 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.<sup>122</sup> Isso significaria, por exemplo, individualizar até mesmo o princípio da confiança – o que seria absurdo, vez que ele depende de certa estandarização<sup>123</sup> – e, além disso, atritaria com a prognose pós-tuma objetiva, que já na criação de um risco se valeu da figura do homem prudente.<sup>124</sup> 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”, VVE, 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 Fahrlässigkeithaftung im Strafrecht*, em: *JuS* 1974, p. 702 e ss. (p. 707); *Samson*, *Systematischer Kommentar*, Anh. zu § 16/13 e ss.; *Stratenwerth*, *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmassstabes 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.<sup>125</sup> 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?<sup>126</sup> 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.<sup>127</sup> 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,<sup>128</sup> 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.<sup>129</sup>

##### 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 / Herrmann (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 afirmou 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.<sup>130</sup> 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. Fundamentals, Rudolphi, Vorherschaerbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitstheorie, 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, § 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: NSiZ 1982, p. 60 e ss. (p. 62); Sure, Beteiligung na vorsätzlicher Selbstgefährdung, em: JuS 1985, p. 179 e ss. (p. 181); Tavares, Injusto, p. 289; Crime culposo, 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 na 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".<sup>131</sup>

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 "princípio da autorresponsabilidade".<sup>132</sup> 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, Rudolph, Systematischer Kommentar, Vor § 1/79a.

132. Cf., fundamentais, Stratenwerth, Eb. Schmidt-FS, p. 390, e Lenckner, Engisch-FS, p. 506; importantes, também, Schumann, Handlungsumrecht, p. 6; Renczkowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1972, p. 72 ss.; Murrmann, Selbstverantwortung, principalmente p. 397; e Matthes-Wegraf, 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 princípio, por exemplo, Herzberg, Entlastung des Täters durch freiverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers?, in: Paefgen et alii (coords.), Festschrift für Puppe, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 497 e ss. (p. 508); Puppe, Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4.<sup>a</sup> ed., Nomos, Baden Baden, 2014, vor § 13/182 e ss.; Schünemann, Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsbegriff 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 princípio. 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.<sup>133</sup> Afinal, como observaram convincentemente os críticos do argumento,<sup>134</sup> ele só exclui a possibilidade de punir a parti-

133. Fundamentais, Rudolph, 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. Críticamente, Dutte, Erfolgszurechnung 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, 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; Murrmann, 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; Renczkowski, Restriktiver Täterbegriff, p. 195; Stratenwerth, Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten, in: Paefgen 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-Wegraf, 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 jurídico e imputación objetiva, Madrid, Colex, 1995, p. 166 e ss.

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



ciação 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.<sup>135</sup>

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*.<sup>136</sup> Será o autor, 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,<sup>137</sup> 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”.<sup>138</sup> 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,<sup>139</sup> 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; NSStZ 1992, p. 64; Roxin, Funcionalismo, § 11/97; Renczkowski, Restriktiver Täterbegriff, p. 196; Rudolph, Systematischer Kommentar, Vor § 179; Stree, JuS 1985, p. 183; Tavares, Crime culposos, p. 373; Zaczek, Strafrechtliches Unrecht, p. 61-62.

138. Puppe, Nomos Kommentar, vor § 13/198; cf. também Erfolgszurechnung, p. 158-159, p. 163 e ss.; de acordo, Lenczner/Eisele, em: Schönke/Schröder, Strafrechtbuch, 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: Schünemann/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; NSStZ 1992, p. 64; JuS 2011, p. 120; Sternberg-Lieben, em: Schönke-Schröder, Strafrechtbuch, § 15/167; Wälther, Eigenverantwortlichkeit, p. 97 e ss., p. 194.

idade<sup>140</sup> (exemplo incontrolado, porque comum a ambas as opiniões: a vítima é uma criança; exemplo controverso, porque impune, 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. Menciona-remos 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.<sup>141</sup> 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.<sup>142</sup>

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, Comentario a BGH NSStZ 1984, p. 410 e ss., em: NSStZ 1984, p. 411 e ss. (p. 412); Rudolph, 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.<sup>143</sup> 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.<sup>144</sup> 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.); *NSStZ* 1992, p. 66; *Grünwald*, *Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung*, in: *GA* 2012, p. 364 e ss. (p. 371 e ss.); *Hillenkamp*, *Verkehrsgefährdung 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: *NSStZ* 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: *Paefgen 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, Handel*, 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, Rechtfertigung* “Einwilligung” des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten

perigosa não significa ter ela consentido no resultado, na lesão.<sup>145</sup> 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*:<sup>146</sup> 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;<sup>147</sup> 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 s.; *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: *Schunemann 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,<sup>148</sup> em que haja uma "organização conjunta" entre ela e o autor,<sup>149</sup> em que a vítima viole um ônus de autoproteger-se em face de ações previsivelmente lesivas,<sup>150</sup> em que o comportamento da vítima não seja irracional,<sup>151</sup> ou que quem tratar o problema como um todo no âmbito da teoria do concurso de agentes, distinguindo autor e partícipe no delito culposos.<sup>152</sup> Há inclusive quem defenda um chamado "princípio vitimodogmático", que considero essencialmente correto,<sup>153</sup> segundo o qual o direito penal não está legitimado a intervir quando a vítima puder exigivelmente autoproteger-se,<sup>154</sup> 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); *Lineas básicas*, p. 92.

150. *Peter Frisch*, *Verhalten des Verletzten*, p. 119 e ss.

151. *Puppe*, *Erfolgszurechnung*, p. 158-159.

152. *Degener*, *Schutzzweck*, p. 332 e ss.; *Renzikowski*, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 193; *Luzón Peña*, *Autoria 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 en 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 jurídicos 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"; *Wälther*, *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 Getauschten 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 Hassemer*, *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.<sup>155</sup> 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.<sup>156</sup>

*Festschrift für Paul Bockelmann*, C. H. Beck, München, 1979, p. 117 e ss. (p. 130); *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*, em: *NSiZ*, 1986, p. 439 e ss.; *Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandsengung im Strafrecht*, em: *Zeitler et alii* (eds.), *Festschrift für Fallner, Beck, München*, 1984, p. 337 e ss. (p. 362); *Sistema del derecho penal y victimodogmática*, trad. *Sacher*, *Diez 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 en 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 Enkriminalisierung*, em: *Eser et alii* (eds.), *Festschrift für Lenckner*, Beck, München, 1998, p. 69 e ss.

155. Aplicando o princípio vitimodogmático a estes casos, *Schünemann*, *NSiZ* 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,<sup>157</sup> 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.<sup>158</sup> 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, em duas correntes.<sup>160</sup>

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

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

157. Fundamentals, *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 victima, p. 341.

160. Combinando-as *Thier*, Zurechenbarkeit von Retterschäden, p. 84 e s.

161. *Jeschek/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 culposos, p. 72 e p. 77; *Tavares*, Crime culposos, 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*, "Risikoaufnahme" – 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.<sup>163</sup> 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 chamas em busca de um irmão ou de bens materiais, de modo que a morte tem de ser imputada ao autor do incêndio.<sup>164</sup>

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,<sup>165</sup> ou se ela for praticada em uma

→ by *Papa*, argumentam a imputação em caso de condutor da nave.

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 Strafrecht*, em: Paeflgen 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; Erfolgszurechnung, p. 173; *Wölter*, 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; *Lenchner/Eisele*, em: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Vorbem. §§ 13ff/101 c.; *Radtke/Hoffmann*, Die Verantwortungsbereiche von Schädiger und Geschädigtem bei sog.



situação excludente de culpabilidade<sup>166</sup> (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.<sup>167</sup> 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,<sup>168</sup> 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.<sup>169</sup> 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,<sup>170</sup> 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 8 I/81; Sutschet, Erfolgszurechnung, p. 292, 318; Wölter, 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 parer.

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, não 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 ser 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 perseguição penal, o que violaria o princípio do *nemo tenetur*.<sup>171</sup>

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.<sup>172</sup> 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.<sup>173</sup> 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.; Stuchenberg, Zur Erfolgszurechnung in den „Verfolgerfällen“, in: Paefgen et alii (coords.), Festschrift für Puppe, 2011, p. 1039 e ss. (p. 1053 e ss., 1057 e s.).

172. Corretamente Stuchenberg, 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 Helmholtz (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,<sup>174</sup> 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.<sup>175</sup> A doutrina tem proposto os mais diversos critérios para resolver este problema, que é um dos mais debatidos das últimas décadas.<sup>176</sup> desde a ideia da violação de um papel<sup>177</sup> ou a de solidarização com o autor principal,<sup>178</sup> até considerações a respeito da omissão de socorro,<sup>179</sup> ou à distinção entre dolo direto ou dolo eventual.<sup>180</sup> Neste trabalho, não posso analisar cada um destes e dos muitos outros critérios propostos – o que faço noutro estudo, ao qual remeto o leitor<sup>181</sup> –, 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*.<sup>182</sup> Este critério, que temo 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: *Prittitz 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 Strafverteilung" 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: *Köhne* (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 delitiva, 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.<sup>183</sup> 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.<sup>184</sup> 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.<sup>185</sup> 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 noutra 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.<sup>186</sup>

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”.<sup>187</sup>

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:<sup>188</sup> em desses casos é o de comportamentos alternativos conforme ao direito (a respeito cf. abaixo, IV 3), como reconhece o próprio Santoro Filho.<sup>189</sup> 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”.<sup>190</sup> 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,<sup>191</sup> 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.<sup>192</sup>

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.<sup>193</sup> 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 não 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”<sup>194</sup> 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.<sup>195</sup>

#### 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” regressar a condições anteriores à decisão do autor doloso; o nexo causal estaria interrompido.<sup>196</sup> 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 de regresso, o nosso esquecido 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 Strafrechtbuch für das Deutsche Reich, 18. ed., Mohr, Tübingen, 1931, p. 14 e ss.

responsabilidade de quem primeiro agiu.<sup>197</sup> 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.<sup>198</sup> 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.<sup>199</sup>

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. 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 Melitá*, Lineas 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 (ADPCPLVIII [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 doloso 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 Trondle, 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;<sup>200</sup> 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.<sup>201</sup>

#### gg. Adequação social?

Outra teoria que vem à cabeça tão logo se fale em aprovação ou desaprovação de uma determinada conduta perigosa é a 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; *Rudolph*, Systematischer Kommentar, Vor § 172; *Schünemann*, JA 1975, p. 718; *Wälther*, Eigenverantwortlichkeit, p. 70 e ss.

201. Em conclusão igualmente *Hsiá*, Die objektive Zurechnungslehre in Taiwan, em: *Schünemann 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”.<sup>202</sup> É reconhecido que a imputação objetiva e a adequação social tenham múltiplos pontos de contato.<sup>203</sup> 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,<sup>204</sup> 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.<sup>205</sup> 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 Verbrechensaufbau, em: *Siebertalii* (coords.), Festschrift für Tiedemann, Heymanns, Köln/München, 2008, p. 205 e ss.; *T. Exner*, Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschnidung, 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 Melidá*, 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.; *Linças 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”; *Schünemann*, 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. 1, 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 valem para concretizá-lo são uma alternativa superior.<sup>206</sup> 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 Formulas 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.

II) porque o direito não nega proteção a um bem apenas pelo fato de que este bem já esteja em perigo.<sup>207</sup>

Propostas contrárias, como a de Arthur Kaufmann, que queria negar a generalidade destes casos o desvalor do resultado,<sup>208</sup> 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),<sup>209</sup> não encontram 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.<sup>210</sup>

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; Fritsch, Verhalten, p. 565 e ss.; Jescheck / Weigend, Lehrbuch, p. 289; Lencikner/Eisele, em: Schönke / Schröder, Strafrecht, 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.<sup>211</sup> 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.<sup>212</sup>

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.

## 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

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 nexa causal, vide *Simões Vidal*, Causalidade, ciência e experiência em matéria penal, RT 788 (2001), p. 458 e ss.; Ainda e sempre o nexa 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*

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

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



Da mesma forma que acima, ao examinar a criação de um risco juridicamente desaprovado, comecei com o aspecto positivo, para apenas depois tratar da face negativa, tentarei primeiro perguntar por que, positivamente, é necessário o requisito da realização do risco – noutras palavras, qual o *fundamento político criminal* deste requisito.<sup>3</sup> Mas, enquanto no plano do desvalor da ação tinha relativa certeza a respeito do fundamento decisivo, aqui a situação me parece bem menos clara. Por um lado, é evidente que nem toda causação decorrente de uma conduta proibida (= criadora de um risco não permitido) pode legitimar a punição por delito consumado. Digamos, por exemplo, que A está levando para o hospital a vacina que, se ingerida nos próximos minutos, salvará a vida de vários doentes, mas o descuidado B o atropela em frente ao hospital, passando por cima também das vacinas. B terá causado a morte não apenas de A, como dos doentes, através de uma ação proibida. Mas já intuitivamente nos recusamos a considerá-lo responsável também pela morte dos doentes. A pergunta é: por quê?

A doutrina, tanto brasileira quanto estrangeira, pouco tem se ocupado desta questão. Em geral, contenta-se ela em enunciar uma série de tópicos, de grupos de casos, nos quais a realização do risco estaria excluída.<sup>4</sup> Creio, porém, que essa abordagem é insuficiente, porque ela pressupõe alguma linha de orientação básica, que tem de estar por trás destes grupos de casos. Entre os poucos autores que tentaram uma resposta estão Jakobs e Frisch. Farei aqui uma curta referência à posição destes dois autores, ciente de que, pela falta de exemplos, talvez não consiga fazer-me de todo compreendido. Mas, se omito esta explicação mais detalhada, o faço não apenas por motivos de espaço, como também pelo fato de ela já ter sido fornecida noutra sede, à qual remeto o leitor.<sup>5</sup>

Hassemer, Heidelberg, C. F. Müller, 2010, p. 805 e ss. O autor quer também valer-se de uma *clausula ceteris paribus* como limitação à causalidade (Crime culposo, p. 340 e ss.).

3. Também considerando ser esta a questão fundamental, Frisch, *Verhalten*, p. 511; Martínez Escamilla, *Imputación*, p. 177.
4. Não é preciso citar autores, porque são raros os que seguem abordagem diversa.
5. Greco, *Imputação*: uma introdução, p. 128 e ss. (sobre Jakobs), p. 139 e ss. (sobre Frisch).

Para Jakobs, a causação de resultado lesivo a um bem jurídico é um fator de desorientação, porque os cidadãos não sabem mais se podem continuar confiando em que tais fatos não ocorrerão.<sup>6</sup> Para pôr fim ao estado de desorientação e insegurança, o direito esforça-se por “explicar” o resultado: aquilo que se explica perde sua aura mística e deixa de desorientar.<sup>7</sup> Tal ocorrerá da seguinte maneira: a ação proibida será explicação do resultado, se este não puder ser explicado de outra maneira, sem que se tenha de recorrer à ação proibida.<sup>8</sup>

Já Frisch é radical: para ele, sua teoria do comportamento típico resolve praticamente todos os problemas até então tratados no desvalor do resultado já em etapa anterior, na determinação da criação de um risco juridicamente desaprovado.<sup>9</sup> Será, assim, desnecessário recorrer a uma fórmula autônoma, como faz Jakobs, para resolver o problema da realização de riscos. Basta que se inverta a perspectiva de *ex ante* para *ex post*, perguntando se aquilo que *ex post* veio a ocorrer corresponde àquilo que *ex ante* se tinha proibido.<sup>10</sup> Frisch complementa seu raciocínio alegando que a punição por delito consumado apenas se justifica por razões de maior necessidade de prevenção geral positiva,<sup>11</sup> e que estas razões inexistiriam nos casos em que o comportamento correto não tivesse com certeza evitado o resultado.<sup>12</sup>

Isso sem mencionar a importante discussão travada em especial na década de 70 sobre os fundamentos do desvalor do resultado, cujo posicionamento no injusto fora questionado pela corrente subjetivista extrema do finalismo.<sup>13</sup> O impulso inicial fora dado por Welzel e Armin Kaufmann. O

6. Jakobs, *Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlauffhypothesen im Strafrecht*, em: Küper (ed.), *Festschrift für Lackner, DeGruyter, Berlin-New York*, 1987, p. 53 e ss. (p. 53).
7. Jakobs, *Lackner-FS*, p. 53; *Strafrecht*, § 772, 78; *Imputación*, p. 174 e ss.
8. Jakobs, *Lackner-FS*, p. 56-57; *Strafrecht*, § 776. De acordo, Galvão, *Imputação*, p. 75 e ss.; Reyes Alvarado, *Imputación*, p. 280.
9. Cf. Frisch, *Verhalten*, p. 62 e ss.; Tipo penal e imputación objetiva, trad. Cancio Meliá/Reyes Alvarado, Colex, Madrid, 1995: a realização do risco não coloca “nenhum problema normativo autônomo” (p. 114); “so um problema de prova fática” (p. 110). Bastante próximo, também, Freund, *Strafrecht*, § 273 e ss.
10. Frisch, *Verhalten*, p. 526-527; Tipo penal, p. 110.
11. Mais precisamente, fala Frisch em “maior perturbação da paz jurídica” e “maior necessidade de explicitação da vigência da norma” (*Verhalten*, p. 516 e ss.).
12. Frisch, *Verhalten*, p. 545. Sobre estes casos, cf. abaixo, IV 3.
13. Cf. acima, nota 13.



primeiro formulara observações a respeito do caráter meramente limitativo do desvalor do resultado no tipo de injusto culposo,<sup>14</sup> ainda não o considerando condição objetiva de punibilidade,<sup>15</sup> em razão da *lex lata*, que a seu ver se orienta principalmente segundo motivos irracionais, aos moldes do tema do "tudo está bem quando acaba bem".<sup>16</sup> E *Armin Kaufmann*, fundado em sua teoria das normas, que compreende o injusto como ação final violadora da norma de determinação,<sup>17</sup> excluiu o resultado do conceito de injusto nos delitos culposos,<sup>18</sup> não dando esse passo, porém, nos delitos dolosos;<sup>19</sup> a seu ver, não se pode legitimar o desvalor do resultado acudindo a fundamentos racionais – isto é, "sem recorrer ao Velho Testamento ou à doutrina da predestinação"<sup>20</sup> – mas tão só à questionável teoria da retribuição.<sup>21</sup> Seu aluno *Zielinski*, seguindo a teoria das normas do orientador,<sup>22</sup> concluiu que o injusto se esgota na prática de uma ação final, isto é, no desvalor subjetivo da ação,<sup>23</sup> de modo que o resultado não pode ter qualquer importância para o injusto. Mas, se o direito positivo ainda lhe confere alguma relevância, fá-lo por razões pragmáticas atinentes à necessidade de pena,<sup>24</sup> em especial pelo fato de o resultado ter as funções de intermediário entre a comunidade e a ação proibida (*função de intermediário* ou de comunicação – *Vermittlungsfunktion*),<sup>25</sup> bem como de indicio da gravidade da ação proibida (*função de indicio*).<sup>26</sup> Como estas funções são estranhas ao injusto e, conseqüentemente, à culpabilidade (culpabilidade pelo fato),<sup>27</sup> o resultado é excluído do tipo e levado ao campo das condições objetivas de punibilidade. E *Horn*, também aluno de *Kaufmann*, partindo dos mesmos fundamentos no

14. *Welzel*, *Fahrlässigkeit*, p. 330.

15. *Welzel*, *Fahrlässigkeit*, p. 330.

16. *Welzel*, *Fahrlässigkeit*, p. 331. A passagem entre aspas não é de *Welzel*, mas minha, como o leitor já deve ter imaginado.

17. *Armin Kaufmann*, *Lebendiges*, p. 69 e ss., p. 71.

18. *Armin Kaufmann*, *Das fahrlässige Delikt*, p. 136; *Personales Unrecht*, p. 168.

19. *Armin Kaufmann*, *Personales Unrecht*, p. 168, nota 50.

20. *Armin Kaufmann*, *Dogmatik im Alternativ-Entwurf*, p. 244.

21. *Armin Kaufmann*, *Dogmatik im Alternativ-Entwurf*, p. 244.

22. *Zielinski*, *Unrechtsbegriff*, p. 126.

23. *Zielinski*, *Unrechtsbegriff*, p. 128, p. 136 e ss., p. 143.

24. *Zielinski*, *Unrechtsbegriff*, p. 205 e ss.

25. *Zielinski*, *Unrechtsbegriff*, p. 209.

26. *Zielinski*, *Unrechtsbegriff*, p. 210.

27. *Zielinski*, *Unrechtsbegriff*, p. 146.

que toca à teoria das normas,<sup>28</sup> considera o resultado condição objetiva de punibilidade,<sup>29</sup> atribuindo-lhe as seguintes funções, que explicam o fato de o direito ainda lhe dar alguma importância: a ocorrência do resultado, em especial por motivos irracionais,<sup>30</sup> geraria uma forte impressão no autor, o que facilitaria a sua ressocialização,<sup>31</sup> e a prova de sua culpa no processo,<sup>32</sup> sendo estas razões processuais probatórias as principais.<sup>33</sup>

Estas manifestações provocaram respostas de *Stratenwerth*, *Schünemann* e *Wolter*, os três defendendo o reconhecimento do desvalor do resultado como componente do injusto.<sup>34</sup> Ao argumento do resultado como uma questão de acaso, replicava *Stratenwerth* que a culpabilidade do autor certamente teria de depender também da quantidade de sofrimento e lesões que ele causa à vítima,<sup>35</sup> que o direito penal realiza várias funções apenas – depois da violação que ele não pôde evitar, entre as quais a afirmação da vigência da norma, a satisfação à vítima e a prevenção da justiça pelas próprias mãos,<sup>36</sup> por fim, que o injusto é um acontecimento multidimensional, que envolve não apenas um autor, mas também a vítima e a coletividade.<sup>37</sup> *Schünemann* respondia que "o abandono da lesão ao bem jurídico faz nosso direito penal liberal retroceder a um direito penal policlesco, fundado em delitos de perigo abstrato",<sup>38</sup> que a lei partiria de uma relevância do resultado,<sup>39</sup> e tentava reformular a norma de determinação para que ela compreendesse também o resultado, e não apenas a ação, como ocorria no modelo finalista.<sup>40</sup> Já *Wolter* postulava, ao lado

28. *Horn*, *Gefährungsdelikte*, p. 65 e ss.

29. *Horn*, *Gefährungsdelikte*, p. 97.

30. *Horn*, *Gefährungsdelikte*, p. 98, p. 103.

31. *Horn*, *Gefährungsdelikte*, p. 100-101, p. 103.

32. *Horn*, *Gefährungsdelikte*, p. 102 e 103.

33. *Horn*, *Gefährungsdelikte*, p. 103.

34. Responderam não só estes três autores, mas muitos outros, porém foram os argumentos aduzidos pelos três que tiveram maior relevância no desenrolar da discussão.

35. *Stratenwerth*, *Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht*, em: *Grünwald et alii* (eds.), *Festschrift für Schaffstein*, Otto Schwartz Verlag, Göttingen, 1975, p. 177 e ss. (p. 184).

36. *Stratenwerth*, *Schaffstein-FS*, p. 185.

37. *Stratenwerth*, *Schaffstein-FS*, p. 186.

38. *Schünemann*, *JA* 1975, p. 512.

39. *Schünemann*, *JA* 1975, p. 512; *Schaffstein-FS*, p. 171 e ss.

40. *Schünemann*, *Schaffstein-FS*, p. 173 e ss.



da norma de determinação sobre a qual os finalistas fundamentavam o injusto, uma norma valorativa, que teria espaço para as dimensões objetivas do injusto, referidas ao perigo e à lesão.<sup>41</sup> O fundamento material desta norma de valoração seria a prevenção geral: a ideia de que a pena do delito consumado só manteria sua expressividade se o resultado pudesse ser planejadamente evitado pelo autor.<sup>42</sup> E ele questiona que o resultado seja mero acaso, alegando que um resultado que surja como realização de um risco criado pelo autor não ocorre por acaso.<sup>43</sup>

A tarefa que temos diante de nós é, portanto, fundamentar o desvalor do resultado. Por que é necessário um desvalor do resultado como componente do injusto? Não bastaria o desvalor da ação? Como explicar e justificar que grande parte dos crimes (os culposos) seja punida apenas na ocorrência do resultado, e outra parte (os crimes dolosos consumados) tenha a sua pena consideravelmente agravada nesta hipótese? Por que não cominar a mesma pena a todo desvalor da ação, independentemente de o que venha a suceder posteriormente? Formulando a pergunta de

41. Wolter, *Zurechnung*, p. 26 e ss., p. 116 (em resposta a Zielinski).

42. Wolter, *Zurechnung*, p. 72.

43. Wolter, *Zurechnung*, p. 117. A discussão prosseguiu, mas dela pouco aproveitaremos no presente livro: *Mylonopoulos*, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, Heymanns, Köln etc., 1981, p. 67 e ss.; *Maiwald*, Die Bedeutung des Erfolgsunwerts im Unrecht, em: Schöch (coord.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, München, 1987, p. 64 e ss.; *Samson*, Das Verhältnis von Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, em: *Samson et alii* (coords.), *Festschrift für Grünwald*, Nomos, Baden Baden, 1999, p. 585 e ss.; *Hirsch*, *Meurer-FS*, p. 3 e ss.; Lüderssen, Der „Erfolgsunwert“, em: Putzke et alii (coords.), *Festschrift für Herzberg*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2008, p. 109 e ss.; *Jakobs*, *Erfolgsunwert und Rationalität*, em: Joecks et alii (coord.), *Festschrift für Samson*, C. F. Müller, Heidelberg, 2010, p. 43 e ss. A literatura anglo-saxônica também descobriu o problema: cf. *Feinberg*, Equal punishment for failed attempts: some bad but instructive arguments against it, em: *Arizona Law Review* 37 (1995), p. 117 e ss.; as réplicas de *B. Herman*, *Feinberg on Luck and Failed Attempts*, em: *Arizona Law Review* 37 (1995), p. 143 e ss.; *Perlman*, Punishing acts and consequences, em: *Arizona Law Review* 37 (1995), p. 226 e ss.; e *O'Day*, Some thoughts on Joel Feinberg's modest proposal, em: *Arizona Law Review* 37 (1995), p. 243 e ss.; e o livro do filósofo analítico de língua espanhola *Malamud Gati*, *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

modo mais concreto: como tornar plausível que o merecimento de pena do autor aumente se a vítima morrer seis meses depois do fato, enquanto ele estiver na cama dormindo?<sup>44</sup> Postular uma norma de valoração, ao lado da norma de determinação, ou dizer que a lei exige o desvalor do resultado, é fácil demais, e tampouco resolve o problema, porque a teoria das normas é uma construção formal, que só se explica levando em conta determinados aspectos materiais, estes sim decisivos, e a alusão à lei não pode nos impedir de perguntar o porquê desta. Creio que a solução está, mais uma vez, no recurso aos fins do Direito Penal, especificamente: à *ideia de proteção de bens jurídicos e a prevenção geral negativa*. O Direito Penal tem por finalidade proteger bens jurídicos, finalidade que ele busca alcançar por meio de proibições de ações. Logo, se a ação proibida de fato desemboca numa lesão, o autor terá feito justamente aquilo que o Direito Penal queria impedir, o que justifica um desvalor do resultado adicional ao desvalor da ação. Se a ação proibida que atinge a sua meta, a lesão ao bem jurídico, recebesse tratamento idêntico ao da mera ação proibida, o direito estaria manifestando que ele pune pela mera desobediência. Quando ocorre a lesão ao bem jurídico, tem o Direito a oportunidade de reiterar o motivo pelo qual ele comandara a abstenção de determinada conduta: a necessidade de evitar tais acontecimentos.<sup>45</sup> O desvalor do resultado desempenha, assim, a função de confirmar que a proibição tinha sua razão de ser, o que poderíamos chamar de *função de confirmação*.

Estas considerações servem para explicar por que é necessário um desvalor de resultado, ao lado do desvalor da ação. Mas o princípio da proteção de bens jurídicos e a prevenção geral negativa podem fornecer-nos um pouco mais: eles podem esclarecer-nos a respeito das relações entre desvalor do resultado e desvalor da ação. Por que o direito penal protege bens jurídicos por meio de proibições de ações, ameaçando ações com a pena? Como deixaram claro os finalistas,<sup>46</sup> o

44. Exemplo de *Armin Kaufmann*, *Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf*, em: *Strafrechtsdogmatik*, p. 229 e ss. (p. 244).

45. Similar, *Hirsch*, *ZStW* 94 (1982), p. 253.

46. Por todos, *Armin Kaufmann*, *Normentheorie*, p. 71, p. 102, p. 105 e ss.; *Personales Unrecht*, p. 153; de acordo, mas de uma perspectiva funcional, *Wolter*, *Zurechnung*, p. 47.



Direito Penal não proíbe terremotos, nem raios, não proíbe o câncer, nem ataques cardíacos: dentre a multiplicidade de cursos causais que provocam a destruição de um bem jurídico, o Direito Penal escolhe apenas as ações humanas. Uma morte causada por um infarto normal é apenas isso, uma morte; já uma morte causada por um tiro desferido por outra pessoa é um desvalor de resultado. Isso significa que há uma *relatividade do desvalor do resultado*: o desvalor do resultado só existe em relação a um determinado desvalor da ação, porque a proteção de bens jurídicos que o Direito Penal almeja é uma proteção contra ações. Com isso, o desvalor do resultado passa a ser informado não só pela ideia de proteção de bens jurídicos, mas pelas duas outras que fundamentavam a proibição de uma conduta: o núcleo imponderável de liberdade e a ponderação de interesses. Daí deriva a necessidade de uma *realização do risco*: se o resultado se produzir por razões que não guardem qualquer relação com as razões que levaram à proibição da conduta, não há desvalor do resultado, porque está quebrada a íntima conexão que deve existir entre ele e o desvalor da ação. Em tais casos haverá apenas uma “tentativa culposa” em concurso (formal) com uma causação permitida do resultado.<sup>47</sup> O resultado estará apenas casualmente ligado à ação proibida, mas não terá ocorrido em razão dela. *O direito não teria como atingir a sua finalidade, de proteger bens jurídicos, proibindo aquela conduta,<sup>48</sup> ou ele teria como atingi-la, mas apenas ou sacrificando o núcleo imponderável de liberdade, ou perdendo mais do que ganharia numa ponderação de interesses.*<sup>49</sup> Um desvalor de resultado sem desvalor de ação é inconcebível, e daí deriva a necessidade de uma realização do risco.

47. Similar, Rudolph, *Inhalt und Funktion des Handlungswertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, em: Schroeder / Zipf (eds.), *Festschrift für Maurach*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, p. 51 e ss. (p. 65).

48. Parte destes casos serão os chamados comportamentos alternativos conforme ao Direito, serão tratados abaixo, 5. Isso significa que, se o resultado fosse ocorrer de qualquer maneira, mesmo que o autor se comportasse corretamente, não estará presente o desvalor do resultado. Outra parte deles será resolvida sob a rubrica do nexo do fim de proteção da norma.

49. Para estes casos, comumente resolvidos sob a rubrica do fim de proteção da norma ou da previsibilidade do resultado, cf. abaixo 2 a, 2 b.

## 2. O primeiro critério da realização do risco: o nexo do fim de proteção da norma

### a. O critério: aspecto positivo

Feitas estas considerações sobre o fundamento do desvalor do resultado e, mais especificamente, da realização do risco, passemos aos critérios desta. Primeiramente, mais uma vez, o aspecto positivo.

Para chegarmos aos critérios da realização do risco, bastará prosseguirmos nas considerações que até agora desenvolvemos. O desvalor do resultado deve ser referido ao desvalor da ação, dissemos. O que significa isso, mais concretamente? Isso significa que *só haverá realização do risco se a proibição da conduta for justificada para evitar a lesão de determinado bem jurídico por meio de determinado curso causal, os quais venham efetivamente a ocorrer*.<sup>50</sup> É este o verdadeiro sentido da ideia “fim de proteção da norma”, que comumente se repete, mas que quase nunca se define.<sup>51</sup> a norma proibitiva visa a evitar que um certo bem jurídico seja afetado de certa maneira. Se for afetado não esse bem jurídico, mas outro, ou se ele próprio for afetado, mas por curso causal completamente diverso, o que se realizou no resultado não foi o risco que se estava a analisar.

Neste trabalho, daremos ao fim de proteção da norma um conteúdo especial: o de *mero conceito formal*,<sup>52</sup> isto é, de conceito útil, enquanto to denominação e enquanto ideia reitera, mas não – e nunca – enquanto critério apto a fundamentar uma decisão jurídica qualquer. Porque o fim de proteção da norma não é algo que está já pronto para aplicar aos casos que forem surgindo, mas é a conclusão de uma longa cadeia argumentativa, a qual visa a avaliar se a proibição também se legitimava tendo em vista a prevenção de determinados cursos causais em face de determinado bem jurídico. Esta caracterização do fim de proteção da norma como conceito formal é nova, apenas no que se refere à terminologia, porque desde o começo a doutrina tem afirmado que o critério

50. Próximo, Rudolph, *Systematischer Kommentar*, Vor § 1/64.

51. Cf. a nota 267.

52. Cf. o que dissemos acima, III b aa, sobre o conceito de risco permitido.



“não traz consigo soluções prontas”<sup>53</sup>, ou que ele “não é uma diretriz normativa plena de conteúdo”<sup>54</sup>, nem uma “fórmula mágica”<sup>55</sup>, mas que ele é apenas um “ponto de vista orientador”<sup>56</sup>. Noutras palavras: não há problema em trabalhar com o fim de proteção da norma, enquanto essa teoria for utilizada não como ponto de partida, mas apenas como nome para designar o ponto de chegada do raciocínio sobre a imputação de um resultado. Não se pode dizer “não imputo, porque o resultado está fora do fim de proteção da norma”, mas apenas: “por causa de x e y, o resultado está fora do fim de proteção da norma”. O decisivo não é o fim de proteção da norma, mas “x e y”.

Este cuidado é necessário, porque se observa uma grande dificuldade com o manuseio do fim de proteção da norma. É certo que a doutrina majoritária continua a valer-se dele sem maiores preocupações, mas ao mesmo tempo sem a menor uniformidade. Poucos são os que se preocupam em dar alguma indicação, por mais vaga que seja, a respeito de como o fim de proteção da norma deve ser descoberto,<sup>57</sup> sendo ainda mais raras as tentativas de dar ao termo algum conteúdo preciso, transformando-o em verdadeiro critério jurídico, capaz de fundamentar a resolução de casos.<sup>58</sup> Não é à toa que os dois trabalhos que mais detidamente se ocuparam do tema – o de

53. Rudolph, JuS 1969, p. 557.

54. Schünemann, JA 1975, 715.

55. Martínez Escamilla, Imputación, p. 264.

56. Roxin, Gallas-FS, p. 258.

57. Cf. Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 98, e Schünemann, JA 1975, p. 717, que dizem tratar-se de um problema de interpretação de normas de cuidado específicas; procedendo a este trabalho de interpretação em diversas normas de cuidado, Tavares, Crime culposos, p. 342 e ss.; já Sternberg-Lieben, em: Schönke-Schröder, Strafrecht, § 15/157, contenta-se em admitir ser difícil determinar onde se encontra o fim de proteção da norma em casos específicos e passa a propor grupos de casos.

58. Assim, principalmente Puppe, que define o fim de proteção da norma como a “idoneidade genérica para impedir uma classe de cursos causais”: Puppe, Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, em: ZStW 99 (1987), p. 595 e ss. (p. 612); Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm, em: Schulz/Vorbaum, Festschrift für Berman, Nomos, Baden-Baden, 1997, p. 227 e ss. (p. 234-235), onde se encontram diretrizes detalhadas de como cons-

Frisch<sup>59</sup> e o de Degener<sup>60</sup> – concluíram no sentido de recusar a ideia do fim de proteção da norma, e que alguns autores a considerem nada mais do que uma fórmula vazia de conteúdo.<sup>61</sup> E, por fim, a quantidade e heterogeneidade dos problemas com que a teoria vem lidando geram uma forte suspeita de que ela esteja prometendo mais do que pode cumprir.<sup>62-63</sup>

Talvez as presentes considerações soem demasiado abstratas. Para remediar esse defeito, raciocinemos agora com base em exemplos. Primeiramente, um exemplo positivo, em que as exigências do fim de proteção da norma estão satisfeitas, vez que a proibição se legitimava tanto em relação ao bem jurídico lesionado, quanto aos cursos causais que a ele conduziram: A atira em B, ferindo-o gravemente, B é levado ao hospital, é submetido a duas cirurgias praticadas segundo a *lex artis*, que porém não conseguem salvá-lo em razão da gravidade das lesões. Aqui, é verdade, há um curso causal diverso daquele que à primeira vista legitimara a proibição e que também o autor parecia ter em mente (apesar de o problema nem mencionar nada a respeito do estado psíquico do autor). Ainda assim, o curso causal e a lesão efeti-

truir a classe de cursos causais que a norma tem idoneidade para prevenir; Erfolgszurechnung, p. 112, p. 118; Strafrecht § 4/13 e ss.

59. Frisch, Verhalten, p. 81 e ss.; de acordo com este autor, Suárez González / Cancio Meliá, La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva, em: Jakobs, Imputación, p. 21 e ss. (p. 58).

60. Degener, Schutzzweck, p. 511.

61. Por exemplo, Küpper, Grenzen, p. 104; Reyes Alvarado, Imputación, p. 216.

62. Similar, Küpper, Grenzen, p. 105; Degener, Schutzzweck, p. 71.

63. Um panorama destes problemas encontra-se em Degener, Schutzzweck, p. 58 e ss. Por exemplo, há quem utilize o critério do fim de proteção da norma para tratar de casos em que há contribuição da vítima para o resultado (primeiramente, Rudolph, JuS 1969, p. 557; por exemplo, Sternberg-Lieben, em: Schönke-Schröder, Strafrecht, § 15/164; Kühl, em: Lackner/Kühl, Strafrecht, § 15/43; Rudolph, Systematischer Kommentar, Vor § 1/79, Roxin, Gallas-FS, p. 243 e ss., e Tröndle-FS, p. 185 e ss., que depois passou a resolver estes casos a rubrica do “alcance do tipo” – Funcionalismo, § 11/91 e ss., p. 353 e ss.). E em seu fundamental estudo ao qual se deve o início da discussão sobre o fim de proteção da norma no Direito Penal (JuS 1969, p. 549 e ss.), toma Rudolph como ponto de partida de suas considerações o caso do ciclista, de comportamentos alternativos conforme ao Direito, que abaixo discutiremos (item IV 3).



vamente ocorridas também legitimam a proibição, porque os critérios com base nos quais se fundamentou a proibição de atirar em alguém, enquanto risco juridicamente desaprovado, são válidos também em face do que acabou por ocorrer. Afinal, o fato de que atirar em alguém pode fazer com que essa pessoa seja ferida gravemente, hospitalizada e submetida a mais de uma intervenção cirúrgica sem sucesso, falecendo, é uma possibilidade real para o homem prudente da prognose póstuma objetiva. E como um homem prudente que quisesse evitar este perigo tampouco dispararia contra um semelhante, inexistindo considerações contrárias referidas ao núcleo imponderável de liberdade ou a interesses contrapostos de maior valor, a possibilidade de que alguém venha a falecer da maneira como faleceu a vítima justifica que se proíba a ação de disparar contra ela.

Passemos a um exemplo em que o bem jurídico afetado não é aquele para o qual o autor cria o risco juridicamente desaprovado. Um caso que comumente se resolve com o critério do "fim de proteção da norma" é o do sujeito que dirige seu automóvel em excesso de velocidade e depois, quando está dirigindo na velocidade correta, vem a atropelar um pedestre descauteloso que tentara atravessar a rua, ficando provado que se o motorista não tivesse ultrapassado a velocidade máxima, chegaria alguns segundos depois ao local do acidente, de modo que o pedestre teria sido salvo.<sup>64-65</sup> Num tal caso, a doutrina argumenta com o fim de proteção da norma: este resultado se encontraria fora do fim de proteção da norma que define a velocidade máxima, porque esta objetiva evitar colisões enquanto se está na velocidade não permitida e não em momento posterior.<sup>66</sup> Estas considerações, sem dúvida corretas, soam irremediavelmente *ad hoc*, porque não está tão claro o que é, neste caso, o fim de proteção da norma e de que maneira

64. OLG Karlsruhe NJW 1958, p. 430. Observe-se que, neste caso, o tribunal condenou o réu, argumentando que o respeito aos limites de velocidade o faria chegar mais tarde ao local do acidente, de maneira que o réu *causara* o resultado!

65. Resolvendo especificamente este caso com o fim de proteção da norma, por exemplo, *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch, p. 586; *Samson*, Systematischer Kommentar, Anh. zu § 16/28; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, § 8/39.

66. Cf. a nota anterior.

se chegou a ele. Podemos superar estas dificuldades, acudindo ao que acima dissemos: o autor, ao dirigir em excesso de velocidade, criou o risco juridicamente desaprovado para as pessoas que se encontravam próximas naquele momento – não, porém, para a vítima, que estava a centenas de metros de distância.<sup>67</sup> Não se poderia proibir a ação de dirigir em excesso de velocidade alegando que isso deve ser feito para evitar que se atropelasse pessoa que se encontra noutro local: afinal, sob este aspecto, a conduta sequer pode dizer-se criadora de um risco, porque a prognose póstuma objetiva não apontaria que a ação de ultrapassar os limites de velocidade gere possibilidade real de matar alguém em momento posterior, em que já se dirige respeitando esses limites. Esta prognose consideraria a ação perigosa e proibida apenas em relação aos bens jurídicos das pessoas que se encontrassem na adjacência do veículo no momento da violação da norma de cuidado. Ou seja, não há realização do risco, porque o que efetivamente ocorreu não foi aquilo que justificava a proibição, porque *o bem atingido não foi aquele que a proibição almejava proteger, e sim um outro*.

Dissemos que toda proibição tem por fim proteger um bem jurídico determinado, mas que esta proteção se fornece apenas em face de determinados cursos causais. Tomemos, agora, o caso clássico do incêndio no hospital: a vítima, esfaqueada pelo autor, é hospitalizada, vindo a falecer em razão de um incêndio no hospital. Aqui, muitas vezes argumenta-se com a previsibilidade<sup>68</sup> ou com o fim de proteção da norma,<sup>69</sup> para excluir a imputação do resultado morte. Apesar de esta argumentação não deixar de ter um núcleo acertado, ela padece de alguns defeitos, que me parecem, porém, remediáveis. É necessário complementá-la, mencionando que a proibição de esfaquear outrem quer evitar (entre outras coisas) que esta pessoa morra em razão das

67. Solução próxima em *Frisch*, Verhalten, p. 98-99, que, além disso, fala no critério da "evitabilidade planejável".

68. Por exemplo, *Roxin*, Funcionalismo, § 11/63.

69. Resolvendo caso similar (incêndio no hospital ou acidente de ambulância) por meio do fim de proteção da norma, por exemplo, *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch, p. 288; *Lenckner/Eisele*, em: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Vorbem. §§ 13 ff/95, 96.



lesões – por hemorragia, infecção etc. –, sendo estes os cursos causais possíveis que legitimam a proibição. O incêndio no hospital, porém, não seria um curso causal capaz de legitimá-la, porque o homem prudente, posicionado *ex ante*, não teria qualquer razão para imaginar que o hospital pegaria fogo. Ou seja, não é para salvar alguém de um incêndio que a conduta de esfaqueá-lo está proibida. Noutras palavras: não há realização do risco, porque o que *ex post* ocorreu não foi aquilo que, *ex ante*, justificava a proibição; mais concretamente, porque o curso causal que atingiu o bem jurídico não foi aquele que a proibição da conduta almeja evitar, e sim um outro.

Noutras palavras, à guisa de síntese: para saber se um risco proibido está ou não compreendido no fim de proteção da norma, o que interessa é se ele foi realmente criado. Trocando em miúdos, isso significa que, em primeiro lugar, vemos o que efetivamente ocorreu, mais especificamente o bem lesionado e o curso causal de que resultou essa lesão. Depois, perguntamos se a proibição almejava preveni-los, ou se eles só teriam sido evitados por acaso. Para sabermos se a proibição almejava ou não preveni-los, não devemos falar diretamente em fim de proteção da norma, porque por ora ainda não sabemos o que ele é, qual o fim da norma de cuidado – uma tal resposta não passaria de uma tautologia, como “o guepardo corre a noventa quilômetros por hora, porque ele corre a quarenta e cinco quilômetros a cada meia hora” ou “Romeu e Julieta se amam porque são apaixonados um pelo outro”. O que temos de fazer é levar em conta os mesmos pontos de vista de que partimos ao analisar a criação de um risco juridicamente desaprovado, isto é, a proteção de bens jurídicos, a prevenção geral negativa, o núcleo de liberdade imponderável e a ponderação de interesses, bem como os critérios com base nos quais os concretizamos, a saber, a prognose postuma objetiva, a violação de normas jurídicas e extrajurídicas de cuidado, o princípio da confiança e o parâmetro do homem prudente; e verificar se estes aspectos fundamentam a proibição também para evitar o que efetivamente ocorreu.<sup>70</sup> É de dar-se parcial razão a Frisch, que declara serem desnecessárias quaisquer fórmulas específicas para tratar do problema da realização do risco.<sup>71</sup> No

70. Bem próxima, Martínez Escamilla, Imputación, p. 271.

71. Cf. acima, nota 262.

que se refere ao nexo do fim de proteção da norma, a realização do risco não coloca qualquer problema novo: basta que concretizemos o risco *ex ante* juridicamente desaprovado, apontando tanto o bem jurídico, como os cursos causais a que ele se refere, e que depois perguntemos se, *ex post*, o que efetivamente ocorreu – curso causal e afetação de bem jurídico – foi aquilo que *ex ante* justificava a proibição. Se a resposta for positiva, o risco estará realizado, caso contrário, não.<sup>72</sup>

Três últimos esclarecimentos. O primeiro diz respeito a se a posição aqui desenvolvida acerca do fim de proteção da norma não acaba por retirar este critério do âmbito do desvalor do resultado, da realização do risco, posicionando-o no desvalor da ação. A rigor, sim. Se a criação do risco juridicamente desaprovado for definida de atermão de modo correto, com referência ao bem jurídico e aos cursos causais que legitimam a proibição, vindo estes efetivamente a ocorrer, não há por que questionar outra vez se o que acabou por acontecer está ou não compreendido no fim de proteção da norma. Mas, em geral, será mais prático analisar algumas das hipóteses comumente tratadas sob a rubrica do fim de proteção da norma no âmbito do desvalor do resultado, porque nelas costuma haver um desvio causal, tornando-se problemático se o risco proibido que primeiro se apontara como criado é realmente aquele que veio a se realizar no resultado. Nestes casos há, portanto, uma concorrência de riscos,<sup>73</sup> ou um feixe de riscos criados por uma mesma ação,<sup>74</sup> sendo necessário perguntar não só se a ação estava proibida, mas também se ela o estava em razão de o que veio efetivamente a ocorrer, noutras palavras, se ela criou, além do primeiro risco juridicamente desaprovado (risco de que alguém morra em razão de um tiro, por exemplo), outro que compreende o que veio efetivamente a ocorrer (por exemplo, o risco de que alguém morra em razão de uma operação corretamente realizada em razão do tiro). No final das contas, é indiferente se resolvemos o problema no âmbito do desvalor da ação ou do resultado, porque o que interessa para que se possa punir por tentativa é que se encontre alguma dimensão de risco proibido qualquer criada pela ação, o que, ainda que o que venha efetivamente a ocorrer esteja fora do fim de proteção da norma, pode bem ser o caso. Assim, no exemplo do incêndio no hospital, tanto faz negar que

72. De acordo Schmitt de Bem, Direito penal de trânsito, p. 73-74.

73. Como diz Jakobs, Strafrecht, § 71/3. De acordo, Martínez Escamilla, Imputación, p. 261.

74. Frisch fala em “diversas dimensões de risco” criados por uma mesma ação (Frisch, Verhalten, p. 65, p. 85).



o autor tenha criado um risco juridicamente desaprovado de que a vítima morra através de um incêndio, ou negar que este curso causal (morte através de um incêndio) basta para legitimar a proibição de atirar, encontrando-se ele, portanto, fora do fim de proteção da norma. Em nenhum momento se está negando que atirar em outrem é, por outras razões, uma criação de risco proibido, a qual poderá ser, desta forma, punida enquanto tentativa, se presentes os demais requisitos desta.<sup>75-76</sup>

Em segundo lugar, talvez não tenha ficado claro o *porquê de eu ainda trabalhar com o fim de proteção da norma*, se os principais defensores de posições similares à aqui proposta, Frisch, Freund e Degener, consideram o critério desnecessário a partir do momento em que ele é redefinido como problema relacionado já à própria criação do risco proibido. Por certo tempo, julguei ser este o caminho adequado, mas acabei convencendo-me da necessidade do critério porque, se as considerações que desenvolvemos a respeito da legitimação de proibição têm de ser feitas de qualquer maneira em alguns casos, de nada adianta recusar o fim de proteção da norma. Afinal, o que se estará recusando é apenas o termo, a ideia que a ele subjaz já terá sido na realidade aceita. Parece-me que, desde que se entenda o fim de proteção da norma como um conceito formal, não haverá qualquer problema em continuar a valer-se do termo, porque se estará consciente de que ele não passa mesmo de um nome para a conclusão de um extenso raciocínio, e que não pode nem pretende substituir-se às diversas etapas deste.<sup>77</sup>

Por fim, o último esclarecimento diz respeito às outras conhecidas propostas de definição do fim de proteção de norma, formuladas por Puppe, que o entende como "*idoneidade genérica para impedir uma classe de cursos causais*",<sup>78</sup> ou Toepel, que define o fim de proteção da norma por meio da ideia de "*planejabilidade racional*", e considera fora do fim de proteção da norma aqueles acontecimentos que esta evitaria apenas por acaso, mas de modo algum racionalmente planejável.<sup>79</sup> Com seu critério, excluiria Puppe a imputação do resultado em casos como o do incêndio no hospital, porque, se por um lado, a proibição da conduta de atirar em alguém teria, no caso concreto, capacidade de salvar a vítima de um incêndio, esta idoneidade

75. Também esclarecendo a possibilidade de punir por tentativa em casos de exclusão da imputação por causa do fim de proteção da norma. Roxin, *Reflexões*, p. 160.

76. Bastante próximas as considerações de Martínez Escamilla, *Imputación*, p. 273.

77. Bem similar, Martínez Escamilla, *Imputación*, p. 274.

78. Cf. acima, nota 310. De acordo, também, Erb, *Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht*, em: JuS 1994, p. 449 e ss. (p. 454).

79. Toepel, *Kausalität*, p. 196, p. 197 e ss.

se apresentaria apenas num tal caso isolado, não sendo uma idoneidade genérica. Afinal, não se pode esperar que a quantidade de mortes em incêndios diminua se as pessoas deixarem de atirar umas nas outras. E Toepel, por sua vez, poderia dizer algo análogo: não se pode planejar a evitação de uma morte por meio de um incêndio, deixando-se de atirar em alguém. Creio que as considerações destes autores são válidas e corretas, mas apenas insuficientes.<sup>80</sup> Porque eles esgotam o fim de proteção da norma numa ideia próxima à da prognose pós-tuma objetiva, desconsiderando que há outras considerações a serem levadas em conta, a saber, os demais fundamentos da criação de um risco juridicamente desaprovado. Como observa acertadamente Juarez Tavares, em resposta a Puppe, "na verdade, a determinação do âmbito de proteção de uma norma, por ser matéria de valoração, deve ser procedida segundo um juízo de ponderação de objetivos e valores e não de probabilidade".<sup>81</sup> Isso acaba levando Puppe a afirmar a imputação em casos de resultados produzidos após intervenção de um terceiro, por exemplo, que aqui será muitas vezes negada, menos com base na idoneidade genérica ou na prognose pós-tuma objetiva, e sim principalmente em razão do princípio da confiança.<sup>82</sup>

#### b. *Aspecto negativo*

Por fim, há toda uma série de casos, bastante heterogêneos, que a doutrina vem resolvendo com base no critério do fim de proteção da norma.

##### aa. *Lesão ou curso causal sem qualquer relação com o risco juridicamente desaprovado*

Primeiramente, há aqueles casos em que o autor cria risco proibido, causa o resultado, aumenta o risco de sua ocorrência, mas em

80. O que a própria Puppe admite, recorrendo por isso a critérios adicionais, em primeiro lugar o da exigência de continuidade ("Durchgängigkeitserfordernis"), que aqui não convém explicar (cf. Puppe, *ZStW* 99 (1987), p. 610 e ss.; *Erfolgszurechnung*, p. 105; *Nomos Kommentar*, Vor § 13/236 e ss.), bem como o de que o comportamento ilícito de terceiros jamais pode excluir a responsabilidade de quem já se comporta ilicitamente (Puppe, *Strafrecht*, § 30 nm. 15 e ss., § 2 nm. 38 e ss., 40 e ss.; *Zu einem Zusammenstoß gehören zwei Überlegungen zum Zusammenreffen mehrerer Sorgfaltspflichtverletzungen bei Unfällen im Straßenverkehr*, em: Freund et alii (eds.), *Festschrift für Frisch, Duncker & Humblot*, 2013, p. 447 e ss. [460 e s.]).

81. Tavares, *Crime culposos*, p. 346.

82. Cf. abaixo, b ec.



que ainda assim a norma de cuidado não tinha qualquer relação com o resultado que acabou por ocorrer. Os dois exemplos que acima dei em que ficava excluída a imputação aqui se enquadrariam, e não é preciso repeti-los. O único que quero repetir – e peço perdão pela insistência, lembrando ao leitor o quanto de errado já foi dito por se desconhecer esta simples realidade – é que não se pode resolver qualquer destes problemas alegando que “o resultado não será imputado, porque está fora do fim de proteção da norma, e ele está fora do fim de proteção porque a lesão ou o curso causal não guardavam qualquer relação com o risco juridicamente desaprovado”. É necessário demonstrar a que lesões e a que cursos causais a proibição se referia, vendo se a lesão e o curso causal concretos se enquadravam entre aqueles capazes de legitimar a proibição, legitimação essa que deve ser analisada segundo à luz da proteção de bens jurídicos, do resguardo da esfera imponderável de liberdade e da ponderação de interesses, com base nos critérios da prognose póstuma objetiva, do desatendimento a normas de cuidado, ao princípio da confiança e aos padrões do homem prudente. Só assim a argumentação adquirirá a segurança, a sofisticação e a racionalidade necessárias quando se está lidando com o poder de punir do estado e com a liberdade dos cidadãos.

#### bb. Danos tardios

Outro caso comumente discutido sob a rubrica do fim de proteção da norma são os chamados *danos tardios*: a vítima de lesões corporais, alguns anos depois, perde o equilíbrio em razão da lesão nunca completamente curada e cai, sofrendo várias fraturas. Costuma-se excluir a imputação de tais resultados tardios, alegando que eles se encontram fora do fim de proteção da norma.<sup>83</sup> Alguns autores acrescentam considerações relativas à responsabilidade da vítima, excluindo a imputação

83. Fundamentais, Rudolphi, JuS 1969, p. 555 (que só exclui a imputação se houver culpa da vítima), e Roxin, Gallas-FS, p. 253 e ss. (que a exclui sempre); cf. ademais Burgstaller, Fahrlässigkeitdelikt, p. 127; Cirino dos Santos, Direito penal, p. 185; Galvão, Imputação, p. 98 e 99; Kühl, em: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, § 15/43; Roxin, Strafrecht I, § 24/45; Rudolphi, Systematischer Kommentar, Vor § 1/77; Schönemann, JA 1975, p.

apenas quando houver culpa sua.<sup>84</sup> Há mesmo quem impute tais resultados, considerando adequada apenas uma diminuição da pena.<sup>85</sup> Mas a generalidade ou exclusi a imputação, sem maiores preocupações, ou no máximo acrescenta que, tão logo a primeira lesão cure, qualquer complicação posterior é problema da vítima.<sup>86</sup>

Salta aos olhos o defeito fundamental deste debate: desconhecer o caráter meramente formal do critério do fim de proteção da norma.<sup>87</sup> Basta deixarmos temporariamente de lado esta etiqueta e nos empenharmos na análise do bem jurídico e dos cursos causais que legitimam uma dada proibição, para vermos o quão apressados foram os argumentos até agora expendidos. Porque não há qualquer regra no sentido de que danos causados só muito tempo após a prática da ação não podem ser imputados:<sup>88</sup> digamos que alguém instale minas terrestres ou submarinas em determinado local, e que elas venham a explodir e colhar suas vítimas apenas dez anos depois; ou, para fornecer um exemplo mais dia a dia, digamos que uma empresa de automóveis fabrique um modelo com um defeito no *air-bag*, o qual, em razão disso, não é ativado num acidente que vem a ocorrer apenas anos depois da fabricação do automóvel, provocando a morte do motorista. Noutras palavras: o fato de que o resultado ocorra de imediato ou só depois de algum tempo é irrelevante para a proibição de condutas. Ninguém tem o direito de colocar minas ou fabricar carros com *air-bag* defeituoso, ainda que as lesões derivadas destas condutas venham a ocorrer apenas anos após.

720; Sternberg-Lieben, em: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, § 15/162; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, § 8/39; Wolter, Zurechnung, p. 341.

84. Rudolphi, JuS 1969, p. 555.

85. Silva-Sánchez, Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado, em: Consideraciones sobre la teoría del delito, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 59 e ss. (p. 69-70); similar, Luzón Peña, Transmisión y prevención del sida, p. 18, que prossegue, admitindo a posibilidad de o fato ser atípico por não ter mais o “significado de uma ação de matar”.

86. Cf. a nota 335.

87. Similar a crítica de Frisch, Verhalten, p. 496.

88. Cf. Frisch, JuS 1990, p. 366; Jakobs, Strafrecht, § 7/81; Luzón Peña, Transmisión y prevención del sida, p. 17, que também menciona o exemplo da mina.



O que exclui a imputação em alguns dos casos em que a vítima sofre uma segunda lesão, de certa forma condicionada pela primeira, é que a proibição de realizar a conduta que levou à primeira lesão não se legitimava em face da possibilidade da segunda lesão. Não era para evitar a segunda lesão, provocada pela queda, em nosso exemplo, que se proíbe alguém de lesionar outrem.<sup>89</sup> Isso porque, em primeiro lugar, tais lesões em geral sequer passam pelo filtro da prognose pós-tuma objetiva: o homem prudente dificilmente preveria que a conduta de, por ex., atropelar alguém, cria a possibilidade de que esta pessoa venha a perder o equilíbrio e a cair alguns anos depois. Mas, ainda que elas fossem previsíveis – o que se admite *ad argumentandum* –, elas não legitimariam qualquer proibição, porque isso equivaleria a fazer do agente um eterno fiador da integridade física da vítima, a ser responsabilizado caso esta viesse a tropeçar e se machucar em algum momento futuro, o que violaria o núcleo imponderável de liberdade do agente. São estes, portanto, os motivos que levam à não imputação dos resultados tardios: o fato de que eles não atendem aos requisitos necessários (especificamente à prognose pós-tuma objetiva e ao núcleo imponderável de liberdade) para legitimar uma proibição penal. Mas nos casos excepcionais em que eles o façam – como o da instalação das minas ou a fabricação de automóvel com *air-bag* defeituoso<sup>90</sup> – não teremos o menor problema em considerá-los imputáveis.

Ainda assim, é de refletir-se se a punição se justifica ainda nos casos em que o resultado venha a ocorrer após o prazo de prescrição do respectivo delito. Digamos que uma das minas terrestres posicionadas pelo autor venha a explodir vinte e um anos depois de sua instalação (prazo prescricional do homicídio doloso: vinte anos, art. 109, I, do CP),

89. Idêntico ponto de partida em *Frisch*, Verhalten, p. 496 e ss.; *Jakobs*, Strafrecht, § 7/81; *Namias*, Die Zurechnung von Folgeschäden im Strafrecht, Peter Lang, Frankfurt a. M. etc., 1992, p. 136 e ss.; e *Wolter*, Zurechnung, p. 54.

90. Afinal, nestes casos o homem prudente preveria uma lesão ou morte em decorrência da conduta, estando atendida a prognose pós-tuma objetiva; não há como dizer que instalar minas ou produzir tais automóveis defeituosos pertence ao núcleo de liberdade do ser humano, e tampouco que há interesses sociais superiores militando a favor destas práticas, de modo que este comportamento não corresponde de modo algum ao de um homem prudente.

ou que o *air-bag* defeituoso deixe de salvar a vida do motorista apenas nove anos após a fabricação do veículo (prazo prescricional do homicídio culposo: oito anos, art. 109, IV, do CP). Alguns autores consideram que, nesta hipótese, deveria excluir-se a imputação do resultado.<sup>91</sup> Tenho minhas reservas em face de tal proposta, porque o fato de o resultado só vir a ocorrer após o prazo de prescrição não tem o condão de tornar a conduta não proibida. Doutro modo, instalar nos alicerces de um prédio uma bomba programada para explodir dentro de vinte anos e um dia não seria criação de risco juridicamente desaprovado.

De qualquer maneira, os autores que defendem a exclusão da imputação com base nos prazos prescricionais não deixam de apontar para um aspecto correto: o fato de que parece algo estranho sempre punir o autor por tais resultados tardios, vez que, desta maneira, acaba-se por tratá-lo com mais rigor do que se trata aquele cuja ação produziu o resultado de imediato.<sup>92</sup> Se tal argumento pode parecer pouco relevante nos três exemplos que expusemos – o das minas, o do *air-bag* defeituoso e o do explosivo nos alicerces de um prédio –, no contexto de casos como os de contágio com o vírus da AIDS, ele pode ganhar algum poder de convencimento.<sup>93</sup> Creio, porém, que a solução deste problema não está

91. Cf., em alguns casos, *Schlehofer*, Risikoversatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten, em: NJW 1989, p. 2017 e ss. (p. 2025); recentemente *Wolters/Beckshäfer*, Zeitliches Auseinanderfallen von Handlung und Erfolg – Ein Problem der Zurechnungslehre, em: Putzke et alii (coords.), Festschrift für Herzberg, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2008, p. 141 e ss. (152 f.), que propõem que ninguém seja responsabilizado por ações praticadas já há mais de 30 anos. Excluindo apenas a punibilidade, mas não a imputação do resultado, *Gómez Rivero*, Zeitliche Dimension und objektive Zurechnung, em: GA 2001, p. 283 e ss. (p. 292). Ao que parece, a autora releva que suas propostas so valem de lege ferenda, e que de lege lata não é possível qualquer exclusão de responsabilidade (*Gómez Rivero*, Causalidad, incertidumbre científica y resultados a largo plazo, in: 147 e ss., in: Romeo Casabona/Sánchez Lázaro (coords.), La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico, Comares, Granada, 2010, p. 147 e ss., 191-192).

92. Cf. *Gómez Rivero*, GA 2001, p. 292.

93. Próximo, *Schlehofer*, NJW 1989, p. 2025, que releva que, nestes casos, em regra haverá culpa.



na teoria da imputação objetiva, e sim na da prescrição.<sup>94</sup> A rigor, sequer se poderia falar de prescrição, porque a prescrição começa a contar da consumação do fato (art. 111, I, do CP). Mas bem se poderia sustentar uma interpretação restritiva do mencionado dispositivo, presentes certos requisitos, que não sei quais seriam. Será, portanto, a teoria da prescrição, e não a da imputação objetiva, que terá de formular critérios e requisitos que permitam a distinção exata entre os casos de resultados ocorridos após o prazo prescricional que merecem ser beneficiados com a extinção da punibilidade e aqueles que devem, de qualquer modo, ser punidos. Tentar resolver este problema no bojo da teoria da imputação objetiva é olvidar que o fim de proteção da norma é um mero conceito formal, que nada mais espelha do que os pontos de vista que fundamentam a proibição de determinada conduta.

#### cc. Danos resultantes de choque

Também os casos dos *danos resultantes de choque* são em geral resolvidos por meio do fim de proteção da norma, no sentido de uma exclusão global da imputação.<sup>95</sup> Assim, se a mãe, ao ouvir a notícia de que o filho foi assassinado, sofre um ataque do coração e falece, o as-

94. No mesmo sentido *Puppe*, Nomos Kommentar, vor § 13/260; similar, *Gómez Rivero*, GA 2001, p. 289, referindo-se, porém, à generalidade dos casos de resultados tardios; decididamente *Gleß*, *Zeitliche Differenz zwischen Handlung und Erfolg – insbesondere als Herausforderung für das Verjährungsrecht*, em: GA 2006, p. 689 e ss. (p. 704 e ss.), que defende uma reformulação, de lege ferenda, das regras de prescrição para os presentes casos; *idem*, "... hebt die Zeit sich selber auf" – Strafverfolgung in Spätschadensfällen, in: *Paefgen et alii* (eds.), *Festschrift für Puppe, Duncker & Humblot*, Berlin, 2011, p. 467 e ss. (481 e s.); e também *Serrano González de Murillo*, El comienzo de la prescripción em los casos de resultados muy posteriores a la conducta típica, in: CPC 93 (2007), p. 113 e ss.

95. Fundamental, *Roxin*, *Gallas-FS*, p. 256 e ss. Excluindo a imputação nestes casos com base no fim de proteção da norma, também: *Burgstaller*, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 126; *Cirino dos Santos*, *Direito penal*, p. 184; *Gueiros Souza/Apiassu*, *Curso*, p. 181 e s.; *Sternberg-Lieben*, em: *Schönke-Schröder*, *Strafgesetzbuch*, § 15/162; *Kühl*, em: *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch*, § 15/43; *Roxin*, *Strafrecht I*, § 24/44; *Rudolphi*, *Systematischer Kommentar*, Vor § 1/78; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht*, § 8/39; *Wölter*, *Zurechnung*, p. 341.

assinato não responderia por mais esta morte, porque ela se encontraria fora do fim de proteção da norma que ele violou. Nossa argumentação aqui será bastante próxima à que desenvolvemos no grupo de casos anterior.

A rigor, a doutrina mais uma vez desconhece tanto que o fim de proteção da norma seja um conceito meramente formal, quanto o fato de que há casos em que tais danos resultantes de choque podem legitimar uma imputação: digamos que uma velhinha está internada, em razão de seu quinto infarto, e alguém, sabendo de seu coração fraco, conta-lhe a mentira de que seu filho acabara de ser assassinado, o que provoca mais uma parada cardíaca a que a velhinha não resiste.<sup>96</sup> Por isso, é necessário argumentar com um pouco mais de cuidado, isto é, levando em conta os critérios legitimadores de uma proibição.

Estes critérios dirão que, no caso da mentira para a velhinha, há um risco: afinal, o homem prudente, dotado de conhecimentos especiais entre os quais se encontra o conhecimento de que o coração da velhinha é bem fraco, não consideraria tal resultado de todo improvável; e este risco é não permitido, porque ninguém tem o direito de contar tais mentiras a outrem, nem tampouco há um interesse social superior no sentido de que elas possam ser contadas também neste caso. Um homem prudente não se comportaria desta maneira. Ou seja, alguns dos argumentos que comumente se escutam na doutrina – que o Direito Penal não protegeria meros estados psíquicos,<sup>97</sup> ou que não

Excluindo-a também, com base noutras considerações, *Jakobs*, *Strafrecht*, § 7/65 (proibição de regresso).

96. Cf. também as considerações de *Frisch*, *Verhalten*, p. 400 (conhecimento especial), *Jakobs*, *Strafrecht*, § 7/65 (mentira) e *Wölter*, *Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem*, em: *Schünemann / Figueiredo Dias* (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Heymanns, Köln etc., 1995, p. 3 ess. (p. 23, nota 84); *Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem*, p. 23; *Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlussgründen, Verfahrenseinstellung, Absehen und Mildern von Strafe*, em: *Wölter / Freund* (ed.), *C. F. Müller, Heidelberg*, 1996, p. 1 e ss. (p. 14) (conhecimento especial de um coração fraco).

97. *Roxin*, *Gallas-FS*, p. 257; *Schünemann*, *JA* 1975, p. 720.



existiriam normas de cuidados para a comunicação de fatalidades<sup>98</sup> – são, a rigor, falsos.<sup>99</sup>

Mas estes mesmos critérios serão incapazes, por ex., de legitimar a proibição da conduta de atropelar alguém ou esfaqueá-lo tendo em vista evitar o choque da mãe da vítima. Porque tal lesão e curso causal não apenas ultrapassam, em regra, os limites do objetivamente previsível; mas, ainda que não o fizessem – digamos que a vítima fosse o nosso querido ex-presidente Fernando Collor, cuja falecida mãe toda a nação sabia ter um coração fraco –, parece-me que a ponderação de interesses não poderia de modo algum legitimar a proibição penal, vez que se reduziria drasticamente a liberdade dos cidadãos sem um correlato ganho para o bem jurídico em questão. Afinal, se ele se encontra já tamanhamente fragilizado, sua destruição poderia ser provocada por quaisquer outras circunstâncias permitidas, até mesmo por uma boa notícia emocionante (“senhora, seu filho é o novo presidente!”), ou por uma má notícia verdadeira (“senhora, seu filho foi destituído do cargo...” – e ninguém pensará que dar estas notícias, ou contribuir para os fatos que a elas deram origem (votando colloridamente, ou pelo *impeachment*), poderia ser proibido em razão de tais considerações relativas ao bem jurídico vida da senhora mãe do ex-presidente.

Ou seja: danos resultantes de choque estão, em regra, fora do fim de proteção da norma. Mas há exceções, decorrentes da aplicação dos mesmos critérios dos quais a regra deriva.

#### *dd. Comportamento indevido posterior de um terceiro*

É muito comum, também, solucionar casos de *intervenção posterior de um terceiro*, que contribui para a causação do resultado, por meio do fim de proteção da norma.<sup>100</sup> um exemplo seria o caso da vítima de lesões que, necessitando de uma cirurgia, vem a falecer em razão de erro médico grosseiro. A doutrina propõe as mais diversas considerações. Um primeiro grupo de autores propõe que se exclua a imputação apenas no caso de culpa grave do terceiro, mas não de culpa

98. *Schünemann*, JA 1975, p. 720.

99. Cf. *Frisch*, *Verhalten*, p. 399.

100. Fundamentais, *Rudolph*, JuS 1969, p. 555-556; *Roxin*, *Gallas-FS*, p. 257 e ss.

leve.<sup>101</sup> Outros propuseram que se exclua a imputação quando se tratar de ação positiva do terceiro (o médico realiza um corte errôneo), e não de omissão (o médico simplesmente não trata a vítima),<sup>102</sup> ou quando o erro do terceiro apresentar um caráter excepcional.<sup>103</sup> Por fim, há quem defenda soluções extremas, a de excluir a imputação sempre<sup>104</sup> e a de não a excluir nunca.<sup>105</sup>

Também aqui ficarei devendo ao leitor um posicionamento mais seguro. Mas creio, ainda assim, que as considerações até agora

101. Ao que parece, a posição majoritária: cf. *Burgstaller*, *Fahrlässigkeitdelikt*, p. 119; *Erfolgsszurechnung bei nachträglichen Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst*, em: *Vogler / Hermann* (eds.), *Festschrift für Jescheck*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 357 e ss. (p. 365); *Sternberg-Lieben*, em: *Schönke-Schröder*, *Strafgesetzbuch*, § 15/169; *Jakobs*, *Strafrecht*, § 7/55; *Otto*, JuS 1974, p. 709; E. A. *Wolff-FS*, p. 409; *Roxin*, *Functionalismo*, § 11/117; *Wölter*, *Zurechnung*, p. 347; *Tavares*, *Injusto*, p. 297. *Sutschet*, *Erfolgsszurechnung*, pp. 316-317 quer nesses casos excluir não a imputação, e sim a componente individual da culpabilidade. *Block*, *Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, p. 266 critica essa distinção, afirmando que o essencial é se o risco inicialmente criado se realizou ou não no resultado. Ou seja, ele demonstra não ter entendido que isso ninguém discute; a discussão começa, justamente, no momento de precisar o que significa, no presente contexto, que um risco se realizou ou não.

102. *Rudolph*, JuS 1969, p. 556; *Systematischer Kommentar*, Vor § 1/74, que antes aplica o princípio da confiança; *Schmoller*, *Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf*, em: *Schmoller* (ed.), *Festschrift für Triffiterer*, Springer, Wien, 1996, p. 223 e ss. (p. 232), que depois aplica o critério da exclusão do erro praticado com culpa grave (p. 235 e ss.); *Frisch*, JuS 2011, p. 208-209.

103. *Namias*, *Folgeschäden*, p. 162. – Registre-se também a complicada proposta de *Gimbernat Ordeig*, *Atypische Kausalverläufe und objektive Zurechnung*, em: *Schulz* (eds.), *Festschrift für Imme Roxin*, C.F. Müller, Heidelberg etc., 2012, p. 137 e ss., que faz a imputação do resultado final depender, entre outros fatores, de ser a conduta do agente dolosa ou culposa, praticada com dolo de matar ou dolo de lesionar.

104. Antiga opinião de *Roxin*, *RBCC* 38 (2002), p. 20 (orig. 1994); *Martinez Escamilla*, *Imputación*, p. 333.

105. *Frisch*, *Verhalten*, p. 413 (exceção: o comportamento posterior é da própria vítima, p. 414); *Puppe*, *Nomos Kommentar*, vor § 13/253; *Erfolgsszurechnung*, p. 142-143.



desenvolvidas nos autorizam ao menos a recusar a última das opções mencionadas, que não quer reconhecer ao comportamento de terceiro qualquer efeito excludente da imputação. Porque, se existe um princípio da confiança, que regula o alcance da proibição de uma conduta perigosa, podemos suspeitar que, ao menos nos casos em que o autor pudesse plenamente confiar na conduta correta do terceiro, a proibição do comportamento tendo em vista curso causal no qual o terceiro se comporta erroneamente não é justificada.<sup>106</sup> Se isso vale também para os casos em que o erro do terceiro é de pequena gravidade – leia-se, para os casos de culpa leve –, tem de ser examinado com mais calma; está claro, porém, que a proibição não se justificará se o terceiro agir com culpa grave (ou mesmo com *dolo*<sup>107</sup>), não devendo, ao menos neste caso, imputar-se o resultado. Duas óbvias exceções têm, no entanto, de ser reconhecidas: primeiramente, como argumentamos com o princípio da confiança, as restrições que este princípio sofre têm aqui aplicação direta;<sup>108</sup> em segundo lugar, a situação será diversa se o primeiro autor, por alguma razão, tornou-se garantidor da não ocorrência do resultado,<sup>109</sup> o que, aliás, também é uma restrição ao princípio da confiança.

106. Próximos, *Jakobs*, *Strafrecht*, § 7/55; *Rudolphi*, *Systematischer Kommentar*, Vor § 1/73 (que antes de utilizar o critério da ação ou omissão, acima mencionado, aplica o princípio da confiança); *Schünemann*, *GA* 1999, p. 224; *Wölter*, *Zurechnung*, p. 347. Observe-se que os autores que defendem a posição que agora critico são justamente aqueles que tomam postura cética em relação ao princípio da confiança: Cf. acima, nota 146.

107. Cf. *Burgstaller*, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 117.

108. Entre estas limitações, merece especial destaque a que considera inaplicável o princípio da confiança quando há um dever de vigilância ou de evitar um crime de terceiro: isso significa, por exemplo, que o construtor que não respeita as normas de segurança contra incêndios não pode ter a responsabilidade excluída caso o edifício venha a ser incendiado, ainda que dolosamente (cf. *Gimbernat Ordeig*, *Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht*, em: *Schünemann et alii* (eds.), *Festschrift für Roxin*, DeGruyter, Berlin/New York, 2001, p. 651 e ss. (p. 658); *Otto*, E. A. *Wolff-FS*, p. 412 e ss., autores que não chegam a referir estas limitações ao princípio da confiança).

109. Sobre esta segunda hipótese, *Sternberg-Lieben*, em: *Schönke-Schröder*, *Strafgesetzbuch*, § 15/172; *Lenckner/Eisele*, em: *Schönke / Schröder*,

Por fim, uma observação de índole sistemática. Tratamos dos casos de culpabilidade por meio de ações neutras no âmbito do desvalor da ação, enquanto este caso, da intervenção posterior de um terceiro, estamos analisando apenas agora, no desvalor do resultado. Há alguma explicação para este tratamento discrepante, se as hipóteses são bem semelhantes, podendo-se, a rigor, dizer que a primeira delas é uma espécie da qual a segunda é o gênero? As razões foram meramente didáticas e práticas. Porque, como dissemos, os casos de fim de proteção da norma, a rigor, se resolvem perguntando se o risco foi criado também em face de determinado curso causal e de determinado bem jurídico. Ou seja, a rigor, os casos de fim de proteção da norma poderiam ser todos resolvidos já no plano da criação de um risco juridicamente desaprovado. Mas, se segui este caminho apenas em alguns deles, como o da culpabilidade por meio de ações neutras, fi-lo porque nos casos de que agora tratamos em regra inexistia dúvida a respeito de uma primeira criação de risco juridicamente desaprovado. Concretamente: não há dúvida de que o autor praticou uma ação proibida ao lesionar a vítima, tendo esta de ser submetida a uma cirurgia. O problemático é se o segundo resultado também pode ser imputado àquela ação proibida original. Enquanto isso, em casos como o da culpabilidade por meio de ações neutras, o problemático é se já a ação original é ou não proibida. E a importância prática desta distinção está em que, como repetidamente se apontou, se houver um desvalor da ação qualquer, mas não o desvalor do resultado, é possível punir pela tentativa (estando presentes os demais requisitos desta), enquanto na ausência de qualquer desvalor da ação não se pune o autor pelo delito de lesão.

É claro que a situação concreta não precisa, necessariamente, apresentar este aspecto: por exemplo, também os casos de contribuição a uma autocolocação em perigo são, primariamente, casos em que o duvidoso é já a existência de um desvalor da ação qualquer. Por isso, tratamos deles no desvalor da ação. Mas há situações em que a autocolocação em perigo pode coexistir com um outro desvalor da ação, e ela não referido: assim, o exemplo de Otto, no qual o autor dá veneno para a vítima, se arrepende, entregando-lhe o antídoto, mas esta recusa a oferta, alegando que vai aproveitar a oportunidade para se suicidar.<sup>110</sup> Neste caso, a entrega do veneno consubstancia uma tentativa de homicídio, em si punível (mas que ficaria isenta de pena com base na dogmática da desistência da tentativa).<sup>111</sup>

*Strafgesetzbuch*, Vorbem. §§ 13 ff/101d. Criticamente, *Roxin*, *Tröndle-FS*, p. 198 e ss.

110. *Otto*, *Maurach-FS*, p. 99.

111. *Haverria*, a rigor, um esforço sério de impedir a realização do tipo, que isenta de pena a tentativa acabada ainda que se produza o resultado. Cf. *Jäger*,



### 3. O segundo requisito da realização do risco: o nexó de aumento do risco

Por fim, há situações em que o autor se comporta inadequadamente (cria risco juridicamente desaprovado), o que vem ocorrer exatamente aquilo que a proibição almejava evitar (nexo de fim de proteção da norma), e ainda assim circunstâncias posteriores geram dúvida a respeito de se o comportamento correto teria salvo o bem jurídico. Tais hipóteses – chamadas de casos de comportamento alternativo conforme ao direito – diferem das anteriores, em que o problema era o nexó de fim de proteção da norma, porque enquanto nos primeiros há dúvida a respeito de se o respeito à norma seria de *in concreto* alguma utilidade para o bem jurídico, nestes o problema é que o respeito à norma em abstrato não deveria ser-lhes de utilidade concreta alguma.<sup>112</sup> Há, como diz Schönemann, uma certa “inversão valorativa” entre os dois casos, o que explica o porquê de serem eles tratados separadamente.<sup>113</sup>

Tentarei demonstrar como o fundamento da realização do risco acima proposto é capaz também de orientar-nos no sentido de resolver adequadamente também estes casos dos chamados comportamentos alternativos (ou hipotéticos) conforme ao direito. Ao final, levantarei algumas dúvidas que aqui não podem ser respondidas. Ao contrário do que fizemos até agora, não distinguirei aspecto positivo e negativo, para evitar desnecessárias repetições. Mencionemos o *leading case*, o caso do ciclista (BGHSt 11, 1):

Um caminhão ultrapassa um ciclista a 75 cm de distância, no que desrespeita a distância mínima necessária. O ciclista se assusta, cai por debaixo da roda traseira do caminhão e morre atropelado. Depois se descobre que o ciclista estava bêbado, não se podendo excluir com segurança a possibilidade de que, ainda que o caminhoneiro houvesse respeitado a distância necessária para a ultrapassagem, o ciclista morresse em virtude do susto.

Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, Beck, München, 1996, p. 98.

112. Schönemann, JA 1975, p. 716.

113. Schönemann, JA 1975, p. 716.

Casos desta estrutura têm enorme relevância prática, porque dificilmente se consegue comprovar que o comportamento correto evitaria o resultado, máxime quando a ação é reconhecidamente perigosa. A questão é se podemos punir quem cria um risco juridicamente desaprovado e causa um resultado compreendido pelo fim de proteção da norma, se não temos certeza de que o resultado teria sido evitado pelo comportamento correto.

Há, a rigor, duas opiniões a respeito da problema. A primeira, defendida pela jurisprudência alemã e pela doutrina dominante, é chamada de *teoria da evitabilidade*. Para ela, só se justifica a punição por delito consumado se o autor não apenas tiver causado a lesão através do comportamento antijurídico, mas também se o comportamento correto acabasse seguramente por evitá-la.<sup>114</sup> Restando dúvida a respeito, ter-se-ia de aplicar o princípio do *in dubio pro reo* e considerar ausente o desvalor do resultado – o que significa punir pela tentativa, se houver dolo, ou absolver, se apenas culpa. Contentar-se com menos seria transformar delitos de lesão em meros delitos de perigo, porque, se o comportamento correto não salvaria o bem jurídico, tampouco se pode dizer-se que o autor o lesionou, mas apenas que o colocou em perigo. O BGH não hesitou, portanto, em absolver o caminhoneiro.<sup>115</sup>

114. Ast, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, p. 192; D'Ávila, Crime culposo, p. 65; Ebert/Kühl, Jura 1979, p. 572 e ss.; Feijóo Sánchez, Homicidio y lesiones, p. 272; Resultado lesivo, p. 337; Frisch, Verhalten, p. 543 e ss.; Imputación, p. 49; Jus 2011, p. 208; Freund, Strafrecht, § 2/48 e ss., § 5/78 e ss.; Frister, Strafrecht, 10/31 e s.; Hirsch, ZStW 94 (1982), p. 254, nota 138; Lampe-FS, p. 531-532; Hsü, Roxin-FS, p. 255; Jakobs, Studien, p. 96, nota 185; Küpper, Grenzen, p. 100 e ss.; Armin Kaufmann, Jescheck-FS, p. 256; Luzón, Curso, p. 386; Mir Puig, Derecho Penal, § 11/70; Prittowitz, Strafrecht und Risiko, p. 335; Régis Prado / Mendes de Carvalho, Imputação, p. 84; Samson, Hypothetische Kausalverläufe, p. 155, p. 159; Systematischer Kommentar, Anh. zu § 16/27a; Sternberg-Lieben, em: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 15/177; Toepe, Kausalität, p. 104, p. 128 e ss., p. 153 e ss., p. 164, p. 171; Ulsenheimer, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzung im Rahmen der Fahrlässigkeitstheorie, em: JZ 1969, p. 364 e ss. (p. 368); Weizel, Fahrlässigkeit, p. 330; Zielinski, Unrechtsbegriff, p. 213.

115. BGHSt 11, p. 1 e ss. (p. 7).



Já posição contrária – a chamada *teoria do aumento do risco*, cunhada por Roxin e defendida por um vasto, mas não majoritário, grupo de autores – não considera necessário que o comportamento hipotético conforme ao direito evitasse o resultado, mas apenas que ele o tornasse menos provável.<sup>116</sup> Noutras palavras: se o comportamento proibido implicar um risco mais elevado em relação ao comportamento correto, se o comportamento proibido piorar a situação do bem jurídico, retirando-lhe chances de sobrevivência, ter-se-á de imputar o resultado ao autor. Doutra modo, estar-se-ia dando carta branca justamente para

116. Fundamental, Roxin, *Violação de dever*, p. 256 e ss.; cf. ademais Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 139; Dehne-Niemann, *Sorgfaltswidrigkeit und Risikoerhöhung*. Zur normtheoretischen Reformulierung der Risikoerhöhungstheorie, in: GA 2012, p. 89 e ss.; Figueiredo Dias, *Direito Penal*, 120 cap. § 34; Gimbernat, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, em: ZStW 111 (1999), p. 307 e ss. (p. 317); Roxin-FS, p. 656; Hardwig, *Verursachung und Erfolgszurechnung*, em: JZ 1968, p. 289 e ss. (p. 292, nota 4); Jescheck / Weigend, *Lehrbuch*, p. 288-289, p. 585; Köhler, *Strafrecht*, p. 198; Kühl, em: Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch*, § 15/44; Puppe, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit*. Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzips, em: ZStW 95 (1983), p. 287 e ss. (p. 296); ZStW 99 (1987), p. 602 e ss.; Nomos-Kommentar, Vor § 13/135 e ss., 205 e ss.; *Strafrecht*, § 2/18 e ss. considerando a teoria do aumento do risco uma teoria probabilística da causalidade da violação do dever em cursos causais não deterministas; Roxin, *Reflexões*, p. 153; Funcionalismo, § 11/77; Rudolph, JuS 1969, p. 554; Systematischer Kommentar, Vor § 1/66 e ss.; Schmoller, *Verwirklichung einer unerlaubten Gefahr bei „Risikoerhöhung“*, in: Zöller et alii (eds.), *Festschrift für Wolter*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, p. 479 e ss.; Schünemann, JA 1975, p. 652; GA 1999, p. 225 e ss.; Seebald, *Nachweis der modifizierenden Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens*, em: GA 1969, p. 193 e ss. (p. 214, se bem que ele não se considere adepto da teoria do aumento do risco); *Stratenwerth*, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, em: Lackner et alii (eds.), *Festschrift für Gallas*, DeGruyter, Berlin, 1973, p. 227 e ss. (p. 229 e ss., p. 338: “a responsabilidade pelo resultado ... é sempre intermediada pela responsabilidade pelo perigo, do qual aquele decorre”); *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht*, § 8/37; Tavares, *Teoria do injusto*, p. 286 e ss.; *Crime culposos*, p. 359 e ss.; Volk, *Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Strassenverkehr*, em: GA 1976, p. 161 e ss. (p. 170 e ss.); Wolter, *Zurechnung*, p. 336; *Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem*, p. 12. No Brasil, cf. o cuidadoso estudo de Cavalcante de Souza, *O nexos de aumento do risco na teoria da imputação objetiva*, RBCC 66 (2007), p. 77 e ss. (110 e ss.).

aquelas que praticam as ações mais perigosas – aquelas em que nunca se pode excluir que um resultado infeliz ocorra –, desincumbindo-os de respeitar as cautelas necessárias justamente onde elas são menos prescindíveis. Concretamente: se o caminhoneiro tiver, com a sua ultrapassagem proibida, aumentado o risco de que o ciclista bêbado morra, deve ser-lhe imputado o resultado, havendo homicídio culposos.

Entre estas duas posições, tentaram-se estabelecer *posturas intermédias*, que encontraram pouco eco na doutrina. Curado Neves não leva em conta cursos causais hipotéticos na imputação do resultado, fazendo-a depender apenas de a lesão se encontrar compreendida no fim de proteção da norma, o qual é, por sua vez, determinado com o antigo critério jakobsiano da correspondência ao “modelo de perigo”<sup>117</sup>; Gössel propõe que se verifique o nexo de realização do risco com base na obscura pergunta quanto a se a violação de dever é “fundamento real” (Realgrund) do resultado, o que seria de afirmar-se quando houver um nexo de causalidade real e um nexo de finalístico relativo ao fim de proteção da norma;<sup>118</sup> Jakobs nega, em seu manual, qualquer relevância a cursos causais hipotéticos no âmbito do tipo,<sup>119</sup> mas aceita levá-los em conta na medição da pena,<sup>120</sup> chegando a resultados finais bem próximos à teoria da evitabilidade; Kahlo aplica a teoria do aumento do risco, em caso de concorrência de outras pessoas responsáveis, e a teoria da evitabilidade, se concorrerem apenas fatores naturais;<sup>121</sup> Arthur Kaufmann quer resolver a questão medindo o aumento do risco através de graus de probabilidade, exigindo uma probabilidade de 0,6 para imputar o resultado;<sup>122</sup> Küper propõe uma construção próxima da

117. Curado Neves, *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*, Associação académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1989, p. 164 e ss.

118. Gössel, *Die Verknüpfung sorgfaltswidrigen Verhaltens mit der Rechtsgutsbeeinträchtigung in der Fahrlässigkeitstat – keine Frage der objektiven Zurechnung, sondern der Beurteilung nach dem Satze vom Grunde*, em: Freund et alii (eds.), *Festschrift für Frisch*, Duncker & Humblot, 2013, p. 423 e ss., p. 437 e ss.

119. Jakobs, *Strafrecht*, § 7/74 e ss., 90 e ss.

120. Jakobs, *Strafrecht*, § 7/92 e ss.

121. Kahlo, *Pflichtwidrigkeitsszusammenhang*, p. 321.

122. Arthur Kaufmann, *Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie*, em: Vogler/Hermann (eds.), *Festschrift für Jescheck*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 272 e ss. (p. 279).



teoria do aumento do risco;<sup>123</sup> *Krumpelmann* propõe o critério da “correspondência normativa”, o qual tenta comparar a perspectiva do autor com a da vítima e correlacioná-las de um ponto de vista *ex ante*, segundo outros critérios mais específicos;<sup>124</sup> *Lampe* parece (se não o entendendo erradamente) também próximo da teoria do aumento do risco;<sup>125</sup> *Martinez Escamilla* também se nega a recorrer a cursos causais hipotéticos,<sup>126</sup> perguntando apenas pelo fim de proteção da norma;<sup>127</sup> segundo a antiga posição de *Otto*, ainda que o resultado ocorresse com certeza em caso de comportamento correto, não estaria excluída a imputação, salvo se o resultado viesse a ocorrer por intervenção de agir ilícito de terceiro;<sup>128</sup> *Ranft* é similar a *Martinez Escamilla*, no que apenas pergunta se o resultado se encontra no âmbito de proteção genérico da norma, sem trabalhar com quaisquer cursos hipotéticos;<sup>129</sup> outra diferenciação se encontra em *Donini*.<sup>130</sup>

123. *Küper*, Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt, em: *Küper* (ed.), Festschrift für Lackner, DeGruyter, Berlin-New York, 1987, p. 247 e ss. (p. 282 e ss.).

124. *Krumpelmann*, Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltpflicht, em: Arthur Kaufmann et alii (eds.), Festschrift für Bockelmann, München, Beck, 1979, p. 443 e ss. (p. 447 e ss.); Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten, em: GA 1984, p. 491 e ss.; Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten, em: Vogler/Hermann (eds.), Festschrift für Jescheck, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 313 e ss. (p. 320 e ss.). Levando adiante a ideia, o aluno de *Krumpelmann*, *Erb*, Alternativverhalten, p. 146 e ss.; JuS 1994, p. 455 e ss.

125. *Lampe*, Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte, em: ZStW 101 (1987), p. 3 e ss. (p. 48 e ss.).

126. *Martinez Escamilla*, Imputación, p. 222 e ss., p. 234 e ss.; Relevanz des rechtmässigen Alternativverhaltens bei der objektiven Erfolgszurechnung, em: Gimbernat et alii (eds.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 37 e ss. (p. 39).

127. *Martinez Escamilla*, Imputación, p. 229, p. 236; Rechtmässiges Alternativverhalten, p. 40-41. Bem próxima *Gil Gil*, Delito imprudente, p. 347 e ss.

128. *Otto*, JuS 1974, p. 708.

129. *Ranft*, Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt?, em: NJW 1984, p. 1.425 e ss. (p. 1.429 e ss., p. 1.433).

130. *Donini*, Imputazione oggettiva dell'evento, Giappichelli, Torino, 2006. 106 e ss.

A este debate, é difícil trazer algum argumento novo, mas talvez as nossas considerações sobre a realização do risco referida ao desvalor da ação possam trazer alguma luz e fornecer uma confirmação adicional para a teoria do aumento do risco. Esta teoria parece correta menos em razão de uma imprescindibilidade político-criminal — vez que no Direito brasileiro, que contém um crime de exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo (art. 132, do CP) inexistente no Direito alemão, as lacunas de punibilidade provocadas pela teoria da evitabilidade não seriam tão enormes — do que por encontrar ela perfeito arrimo no que acima dissemos. Porque se há realização do risco quando o que efetivamente ocorrer for aquilo que o direito queria evitar por meio da proibição, nos casos em que o respeito à proibição não tem como sequer melhorar a situação do bem jurídico, a proibição falhou. O direito não teria como atingir seu objetivo proibindo aquela conduta: daí inexistir desvalor do resultado se não existe sequer aumento do risco. Já se a não prática da conduta proibida melhorasse esta situação de alguma maneira, noutras palavras, se a prática da ação proibida da tiver aumentado o risco de ocorrência da lesão ao bem jurídico, há uma confirmação, *ex post*, de que a proibição estava justificada. Afinal, o que fundamenta a proibição é uma possibilidade *ex ante* de dano, e não a sua certeza (prognose pós-uma objetiva), de modo que, se essa possibilidade tiver aumentado também de um ponto de vista *ex post*, o desvalor do resultado estará referido ao desvalor da ação, podendo-se considerar o risco realizado. A função de confirmação que acima atribuímos ao desvalor do resultado estará, assim, realizada.<sup>131</sup>

Há, porém, uma série de problemas ainda não resolvidos e que nem sempre têm sido objeto da atenção da doutrina. O mais urgente deles parece-me ser a distinção exata entre os casos de comportamento alternativo conforme ao direito e os casos de meros cursos causais hipotéticos, amplamente considerados irrelevantes.<sup>132</sup> No que exatamente o caso do ciclista

131. Em mais detalhes *Greco*, Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten, em: ZIS 2011, p. 674 e ss. (p. 678) (esse estudo foi traduzido para o português por Ronan Rocha e será em breve publicado).

132. Discutindo este problema, *Puppe*, Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, em: JuS 1982, p. 660 e ss. (p. 662), e *Lenckner/Eisele*, em: Schönke/Schröder,



acima descrito difere, por exemplo, do caso de A, que atropela e lesiona B, quando este estava a ponto de embarcar em um avião que depois vem a cair, matando todos os passageiros? Está claro que não se pode aplicar ao segundo destes casos a teoria do aumento do risco para isentar A de pena – mas por que, exatamente? Em segundo lugar, há o problema de *determinar qual o comportamento alternativo conforme ao direito que deve ser comparado ao comportamento real*.<sup>133</sup> Pense-se no caso do sujeito que está dirigindo seu automóvel com pneus gastos, porém dentro dos limites de velocidade e sem violar quaisquer outras normas de trânsito. Em certo momento, seu pneu explode, vindo ele a se chocar contra outro automóvel, ferindo o motorista. Não está seguro se o pneu explodiu por estar gasto ou por ter passado por cima de um prego que furaria mesmo um pneu novo.<sup>134</sup> Qual o comportamento correto? Dirigir com pneus novos, ou não dirigir? A depender de a qual deles nos referirmos em nossa comparação, poderíamos chegar a consequências diversas, como pode observar o leitor. Creio que aqui, há que tomar como parâmetro de comparação o comportamento hipotético que mais se assemelhe ao comportamento real<sup>135</sup> – no caso, dirigir com pneus novos. E, por fim, há um terceiro problema, que se coloca exclusivamente para os defensores da teoria do aumento do risco: como lidar com os casos em que a dúvida não se refere apenas à evitação do resultado, mas em que até mesmo o *aumento do risco é duvidoso*? Aqui, a maioria dos defensores da teoria do aumento do risco aplica o *in dubio pro reo*,<sup>136</sup> mas há também quem impute o resultado.<sup>137</sup>

Não se pode esquecer, porém, que por trás desta controvérsia entre a teoria da evitabilidade e a teoria do aumento do risco há um forte ponto de contato entre as duas: ambas excluem a punição se

Strafgesetzbuch, Vorbem. §§ 13 ff/99, que esclarecem que nos casos de comportamento alternativo conforme ao Direito, o curso causal hipotético consiste no comportamento correto do próprio autor.

133. Reflexões a respeito em Sternberg-Lieben, em: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 15/176; Frisch, Verhalten, p. 535 e ss.; Toepel, Kausalität, p. 113 e ss.; Wölter, Zurechnung, p. 339.

134. OLG Köln, em: VRS 64 (1983), p. 257.

135. Assim, também, Cavalcante de Souza, Nexos de aumento do risco, p. 110, com ulteriores referências.

136. Por exemplo, Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 142, 143; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, p. 585; entre nós, Cavalcante de Souza, Nexos de aumento do risco, p. 104.

137. Segundo vejo, unicamente Roxin, Funcionalismo, § 11/83.

estiver seguro que o comportamento correto não melhoraria de maneira alguma a situação do bem jurídico, ou seja, punem menos do que a doutrina tradicional, que sequer exigia qualquer relação entre a violação do dever e o resultado.<sup>138</sup>

#### 4. Nexos de adequação (segundo juízo de previsibilidade): requisito adicional da realização do risco?

A doutrina costuma resolver uma série de casos através do critério do nexos de adequação, isto é, da chamada “previsibilidade do resultado”.<sup>139</sup> Por exemplo, o caso do incêndio no hospital, de que acima nos ocupamos, poderia ser tratado da seguinte maneira: o resultado não é imputável, porque a maneira como ele ocorreu – através de um incêndio em um hospital – era imprevisível.<sup>140</sup> Alguns autores têm o cuidado de distinguir este juízo de previsibilidade do juízo de

138. Por exemplo, Spendel, *Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt*, em: JuS 1964, p. 14 e ss. (p. 15, p. 17); *Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund*, em: Bockelmann et alii (eds.), *Festschrift für Engisch*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1969, p. 509 e ss. (p. 523; se bem que, neste segundo artigo, o foco seja um problema de estado de necessidade), o qual defende no máximo uma diminuição da pena; de acordo, ao que parece, Schlüchter, *Grundfälle zur Lehre von der Kausalität*, em: JuS 1977, p. 104 e ss. (p. 106, nota 35); também próximo, tratando a questão na medição da pena, Jordan, *Rechtmässiges Alternativverhalten und Fahrlässigkeit*, em: GA 1997, p. 349 e ss. (p. 365); *Bindokat*, *Versari in re illicita und Erfolgszurechnung*, em: JZ 1977, p. 549 e ss. (p. 552); *Verursachung durch Fahrlässigkeit*, em: JuS 1985, p. 32 e ss. (p. 34).

139. Exigindo um requisito adicional “previsibilidade” ou um “nexo de adequação”, fundamental, Engisch, *Kausalität*, p. 61; cf. ademais Cirino dos Santos, *Direito penal*, p. 186; Sternberg-Lieben, em: Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch*, § 15/180; Kühl, em: Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch*, § 15/46; Luzon, *Curso*, p. 379, p. 381; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, p. 289, p. 586 e ss.; Roxin, *Funcionalismo*, § 11/63; Schönemann, *JA* 1975, p. 580 e ss.; Tavares, *Crime culposos*, p. 351 e ss.; Triffiterer, *Die “objektive Voraussehbarkeit” (des Erfolgs und des Kausalverlaufs) – unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenmerkmal aller Erfolgsdelikte?*, em: Arthur Kaufmann et alii (eds.), *Festschrift für Bockelmann*, Beck, München, 1979, p. 201 e ss.; Wölter, *ZStW* 89 (1977), p. 675.

140. Roxin, *Funcionalismo*, § 11/63.



perigo, formulado pelo homem prudente de uma perspectiva *ex ante* no âmbito do desvalor da ação, alegando que a previsibilidade de que agora tratamos não se confunde com aquele primeiro juízo, mas também leva em conta as circunstâncias cognoscíveis apenas *ex post*.<sup>141</sup> Um primeiro problema dessa argumentação é o fato de haver casos em que a imputação é evidente e, ainda assim, não se pode falar em previsibilidade do curso causal. Para tanto, mencione-se o exemplo de *Jakobs*:<sup>142</sup> se, em razão da especial constituição da vítima, o veneno a ela ministrado atua não no estômago, mas no esôfago ou em outro lugar qualquer, matando-a, a maneira como este resultado ocorreu não era previsível, e ainda assim será difícil encontrar quem negue a imputação, admitindo mera tentativa. Daí por que parte da doutrina ou considera que a previsibilidade se refira apenas ao resultado, e não ao curso causal,<sup>143</sup> ou fala numa previsibilidade relativa apenas aos “aspectos fundamentais” deste.<sup>144</sup>

Uma alternativa seria não mais trabalhar com o critério da previsibilidade no âmbito do desvalor do resultado, recorrendo apenas às considerações que até agora desenvolvemos.<sup>145</sup> Esta alternativa, a rigor, não despreza de todo a previsibilidade, que continua a ter uma função importante, mas em outro setor: na prognose pós-tuma objetiva que fundamenta a criação do risco. O que interessa, portanto, é perguntar se o que efetivamente ocorreu foi aquilo que a norma almejava preve-

141. Por exemplo, *Krumpelmann*, Über die zeitliche Struktur einiger Zurechnungsurteile, em: *Schmoller* (ed.), *Festschrift für Triffterer*, Springer, Wien, 1996, p. 137 e ss. (p. 141).

142. *Jakobs*, *Strafrecht*, § 7/34; de acordo, *Samson*, *Systematischer Kommentar*, Anh. zu § 16/30.

143. Assim, a antiga posição de *Jakobs*, *Studien*, p. 90; também *Wolter*, *ZStW* 89 (1977), p. 670.

144. Por ex., *Sternberg-Lieben*, em: *Schönke-Schröder*, *Strafgesetzbuch*, § 15/180; *Kühl*, em: *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch*, § 15/46, apesar de ambos alegarem, não sem certa contradição, que a previsibilidade, apesar de não se referir ao curso causal, estará excluída caso o curso causal seja completamente incomum.

145. Similares, *Burgstaller*, *Jescheck-FS*, p. 374; *Jakobs*, *Strafrecht*, § 7/85; *Samson*, *Systematischer Kommentar*, Anh. zu § 16/30; *Toepel*, *Kausalität*, p. 205 e ss.; *Wolter*, *Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem*, p. 13.

nir, se as considerações que legitimam a proibição do comportamento são válidas também em face do que efetivamente ocorreu. Com base neste raciocínio, podemos excluir a imputação no caso do incêndio no hospital: como vimos, este curso causal não legitima a proibição de esfaquear, porque ele não está compreendido na prognose pós-tuma objetiva. Mas a atuação do veneno no esôfago está compreendida nesta prognose, que pode ser formulada tendo em vista o curso causal genérico “atuação do veneno no organismo humano”, o que já seria suficiente para legitimar a proibição de envenenar. Ou seja, a previsibilidade acabará importando para a realização do risco porque esta é referida ao desvalor da ação, do qual a previsibilidade (a prognose pós-tuma objetiva) é um pressuposto. Mas ela só importa na medida em que seja necessária para fundamentar este desvalor. Ou seja, é desaconselhável trabalhar com um requisito autônomo “previsibilidade” no âmbito da realização do risco.

Também o STF, em recente decisão (AgRg no REsp 1.094.758), reportou-se à previsibilidade. A vítima de lesões corporais caiu ao chão e bateu com a cabeça. Ela depois veio a falecer em razão de uma aneurisma, de que nem ela mesma tinha conhecimento. O STF nega a possibilidade de imputar o resultado agravante da lesão corporal seguida de morte, uma vez que esse seria impresível.<sup>146</sup> Da perspectiva aqui desenvolvida, deve-se concordar com a decisão.<sup>147</sup> O essencial, contudo, é menos a ideia de previsibilidade do que as seguintes considerações. Primeiramente, não está claro que tenha sido criado risco juridicamente desaprovado de que a vítima falecesse, uma vez que tal só seria o caso se as lesões a ela infligidas já representassem um perigo de vida de uma perspectiva *ex ante*. Parece não ter sido esse o caso: as lesões (socos e joelhadas) foram desferidas em uma pessoa aparentemente saudável, não gerando possibilidade real de que a vítima falecesse. A

146. Em detalhe sobre essa decisão *Quandt*, *RBCC* 106 (2014), p. 297 e ss.

147. Abstraindo-se, por ora, da consideração de que a imputação de resultado qualificador depende de requisitos ainda mais estreitos do que os que até agora desenvolvemos, como, especialmente, o de que o resultado agravante seja uma consequência do próprio resultado do tipo base (nesse sentido, a chamada “teoria da letalidade”, a seu favor por todos *Roxin*, *Strafrecht* I § 10 nm. 115).



existência do aneurisma não pode ser mencionada ao responder-se a essa questão, uma vez que, de uma perspectiva *ex ante*, trata-se de uma possibilidade demasiado remota para que o direito possa, com base nela, justificar deveres de abstenção. Pense-se apenas em tudo o que teria de ser proibido a todos, se fosse esse o caso. Até jogar futebol com a vítima ou acompanhá-la à academia de musculação teria de ser considerado um risco juridicamente desaprovado. Ainda que as lesões fossem severas e fizessem temer a morte da vítima, teria de ser esse risco de morrer em razão das lesões (ou mesmo da queda) – e o não o risco de falecer em razão do aneurisma – a realizar-se no resultado.

As críticas que tece *Quandt* a em si acertada conclusão julgado não levam suficientemente em conta essas considerações. O por ele apontado problema da delimitação de riscos<sup>148</sup> resolve-se quando se observa que só pode realizar-se no resultado um risco que já fora criado (isto é, que se afirmou existente de uma perspectiva *ex ante*). Como dito, tal não é de afirmar-se no que se refere a um aneurisma desconhecido. O argumento adicional, de que a não imputação em tais casos de debilidades desconhecidas desprotege vítimas, atribuindo-lhes um encargo que, a rigor, deveria assistir aos agressores,<sup>149</sup> só é dotado de carga intuitiva porque se está diante de um delito qualificado pelo resultado, em que já se sabe que a conduta inicial, que fundamenta o delito básico, é ilícito penal. Ocorre que o delito qualificado pelo resultado só se justifica em razão de que o resultado agravante apro-funda o risco inerente ao delito básico. Se a ação dolosa de lesionar não gerava também um risco (não doloso) de matar, não há possibilidade de reconduzir o resultado morte à ação inicial. Todo o resto é, a rigor, *versari in re illicita*.

## V CONCLUSÃO

Na conclusão nada mais se fará do que resumir, em mais um quadro\*, o sistema de imputação acima lineado.

\* Cf. páginas 130 a 133.

148. *Quandt*, RBCC 106 (2014), p. 317 e ss.

149. *Quandt*, RBCC 106 (2014), p. 325 e s.



## I. Criação de um risco juridicamente desaprovado (perspectiva ex ante)

Componentes	1. Criação de um risco	2. Desaprovação jurídica do risco
Aspecto positivo	<p><b>Fundamento:</b> Princípio da proteção de bens jurídicos, prevenção geral negativa (o direito penal só proíbe ações perigosas).</p> <p><b>Critério:</b> Prognose póstuma objetiva (possibilidade real de dano, segundo a avaliação de um homem prudente, situado no momento da prática da ação e dotado de conhecimentos especiais do autor).</p>	<p><b>Fundamento:</b> Salvaguarda do núcleo imponderável de liberdade individual, <u>ponderação de interesses</u>.</p> <p><b>Critério:</b> Violação de normas jurídicas de segurança (indício de desaprovação do risco); Violação de normas extrajurídicas de segurança (como documentação de uma prática correta); <u>Princípio da confiança;</u> <u>Parâmetro do homem prudente.</u></p>
Aspecto negativo (exclusão)	<p><b>Risco juridicamente irrelevante:</b> Ação que não cria qualquer risco, segundo prognose póstuma objetiva. Ex.: mandar uma criança passear na floresta, esperando que ela morra atingida por um raio.</p>	<p><b>Risco permitido:</b> Mero conceito formal, decorrência da aplicação dos critérios em 2. Exemplo: dirigir dentro dos limites de velocidade e atropelar uma criança que, de súbito, se lança sobre o carro.</p>

Componentes	1. Criação de um risco	2. Desaprovação jurídica do risco
Aspecto negativo (exclusão)	<p><b>Diminuição do risco:</b> Ação que, segundo a prognose póstuma objetiva, melhora a situação de bem já ameaçado. Exemplo: desviar o golpe dirigido à cabeça da vítima para seu braço.</p>	<p><b>Contribuição a autocolocações em perigo:</b> Contribuir a ação perigosa praticada por vítima responsável não é proibido. Requisitos: vítima domina o fato; vítima é responsável (imputável e não está sob uma situação de estado de necessidade [exculpante] ou de coação moral irresistível). Exemplo: convencer a vítima a escalar o Dedo de Deus.</p> <p><b>Ações perigosas de salvamento:</b> Subcaso de autocolocação em perigo. Exclusão da imputação na hipótese de vítima livre (isto é, não no caso de vítima juridicamente obrigada à ação de salvamento; ou de vítima em situação de inimizabilidade, de estado de necessidade exculpante ou de coação moral irresistível). Exemplo: o salvador S tenta salvar a bela B, que ele mal conhece, de um incêndio provocado por A, e vem a falecer.</p> <p><b>Contribuições à conduta de terceiro que, se recusadas, não melhorariam a situação do bem jurídico concreto:</b> Prestar uma contribuição a conduta de terceiro que este poderia obter em qualquer outro lugar, sem qualquer dificuldade, não é proibido, ainda que se saibam quais os fins do terceiro. Exemplo: conduzir de táxi o estuprador até o local em que cometerá o crime, em rua movimentada, em que passam vários táxis.</p>

*trata como*







## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abraldes, Sandro: Principio de confianza: la discusión actual sobre su naturaleza jurídico-penal y sus posibles aplicaciones, em: Romeo Casabona / Sánchez Lázaro (eds.), La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico, Comares, Granada, 2010, p. 245 e ss.;
- Amelung, Knut: Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, em: GA 1977, p. 1 e ss.;
- \_\_\_\_\_. 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.;
- \_\_\_\_\_. Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen in der strafrechtsdogmatischen Argumentation, em: J. Arnold et alii (eds.), Festschrift für Eser, Beck, München, 2005, p. 3 e ss.;
- Anarte Borrallo, Enrique: Causalidad e imputación objetiva. Estructura, relaciones y perspectivas, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002;
- Ast, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, Duncker & Humblot, Berlin, 2010;
- Beckemper, Katharina: Unvernunft als Zurechnungskriterium in den „Retterfällen“, em: Heinrich et alii (eds.), Festschrift für Roxin zum 80. Geburtstag, vol. 1, DeGruyter, Berlin/New York, 2011, p. 397 e ss.;
- Bernsmann, Klaus/Zieschang, Frank: Zur strafrechtlichen Haftung des Verursachens von Gefahrenlagen für Schaden des Retters, JuS 1995, p. 775 e ss.;
- Beulke, Werner: Opferautonomie im Strafrecht, em: Dannecker et alii (eds.), Festschrift für Otto, Heymanns, Köln, 2007, p. 207 e ss.;
- Bierrenbach, Sheila: Crimes omissivos impróprios, 2.ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2002;
- Bindokat, Heinz: Versari in re illicita und Erfolgszurechnung, em: JZ 1977, p. 549 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Verursachung durch Fahrlässigkeit, em: JuS 1985, p. 32 e ss.;
- Birnbacher, Dieter: Analytische Einführung in die Ethik, DeGruyter, Berlin, 2003;
- Bitencourt, Cezar Roberto: Código penal comentado, Saraiva, São Paulo, 2002;
- Block, Florian: Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektiver Tatbestand, Duncker & Humblot, Berlin, 2008;



- Bockelmann*, Paul / *Volk*, Klaus: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4.ª ed., Beck, München, 1987;
- Börgers*, Niclas: *Studien zum Gefahrurteil im Strafrecht*. Ein Abschied vom objektiven Dritten, Duncker & Humblot, Berlin, 2008;
- Bosch*, Nikolaos: *Aspete des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998;
- Brandt*, Richard B.: *A theory of the good and the right*, Clarendon Press, Oxford, 1979;
- Brinkmann*, Bernhard: *Der Vertrauensgrundsatz als Regel der Erfahrung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996;
- Brehm*, Wolfgang: *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1973;
- Bruns*, Manfred: *Nochmals: Aids und Strafrecht*, em: NJW 1987, p. 2281 e ss.;
- Bung*, Jochen: *Wissen und Wollen im Strafrecht*. Zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands, Klostermann, Frankfurt a.M., 2009;
- Burgstaller*, Manfred: *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Manz, Wien, 1974;
- \_\_\_\_\_. *Erfolgszurechnung bei nachträglichen Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst*, em: *Vogler / Hermann* (eds.), *Festschrift für Jescheck*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 357 e ss.;
- Burkhardt*, Björn: *Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex ante Betrachtung – zugleich ein Beitrag wider die „Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven“*, em: *Wolter/Freund* (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, C.F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 99 e ss.;
- Busato*, Paulo César: *Fatos e mitos sobre a imputação objetiva*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008;
- \_\_\_\_\_. *Direito penal*. Parte geral, Atlas, São Paulo, 2013;
- Callegari*, André Luis: *A imputação objetiva no direito penal*, em: RT 764 (1999), p. 434 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *Cancio Meliá*, Manuel: *Aproximación a teoría da imputación objetiva no direito penal*, em: RT 831 (2005), p. 463 e ss.;
- Cancio Meliá*, Manuel: *Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung*. Dogmengeschichtliche Betrachtung zur Lehre von der Sozialadäquanz, em: GA 1995, p. 179 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 287 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *Opferverhalten und objektive Zurechnung*, em: ZStW 111 (1999), p. 357 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004;

- Caro John*, José Antonio: *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten – Regressverbo*, Nomos, Baden Baden, 2007;
- Castaldo*, Andrea: *“Non intellegere quod omnes intelligunt”*, VVF, München, 1992;
- Cavalcante de Souza*, Luylla: *O nexso de aumento do risco na teoria da imputação objetiva*, RBCC 66 (2007), p. 77 e ss.;
- Cirino dos Santos*, Juarez: *Direito Penal*. Parte geral, Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006;
- Chaves Camargo*, Antônio Luis: *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, Cultural Paulista, São Paulo, 2000;
- Costa Andrade*, Manuel da: *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991;
- Curado Neves*, João: *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*, Associação acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1989;
- D’ávila*, Fábio Roberto: *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*, RT, São Paulo, 2001;
- Degner*, Wilhelm: *“Die Lehre vom Schutzzweck der Norm” und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte*, Nomos, Baden-Baden, 2001;
- Dehne-Niemann*, Jan: *Sorgfaltswidrigkeit und Risikoerhöhung*. Zur normtheoretischen Reformulierung der „Risikoerhöhungstheorie“, em: GA 2012, p. 89 e ss.;
- Delmanto* e outros: *Código Penal comentado*, 5.ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2000;
- Derksen*, Roland: *Handeln auf eigene Gefahr*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992;
- Diel*, Katja: *Das Regressverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht*, Lang, Frankfurt a. M., 1997;
- Dolling*, Dieter: *Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers*, em: GA 1984, p. 71 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *Zur Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung bei einverständlicher Fremdgefährdung*, em: *Geisler et alii* (eds.), *Festschrift für Geppert, DeGruyter*, Berlin, 2011, p. 53 e ss.
- Donini*, Massimo: *Imputazione oggettiva dell’evento*, Giappichelli, Torino, 2006;
- Dutige*, Gunnar: *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001;
- \_\_\_\_\_. *§ 15 StGB*, em: v. Heintschel-Heinegg (ed.), *Münchener Kommentar zum Stragesetzbuch*, 2. ed., Beck, München, 2013;
- \_\_\_\_\_. *Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit*. *Erweiterung auf Rolf D. Herzberg*, em: GA 2003, p. 451 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *Erfolgszurechnung und Opferverhalten*. *Zum Anwendungsbereich der einverständlichen Fremdgefährdung*, em: *Dannecker et alii* (eds.), *Festschrift für Otto, Heymanns*, Köln, 2007, p. 227 e ss.;



- \_\_\_\_\_. Arbeitsteiliges Zusammenwirken und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, em *HRRS* 2009, p. 145 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Zum Unrechtsgehalt des Fahrlässigkeitsdelikts, em: *The Institute of Comparative Law in Japan* (ed.), *Comparative Law Review* vol. XLIII (2009) n. 2, p. 21 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Arbeitsteilige Medizin zwischen Vertrauen und strafbarer Fahrlässigkeit, em: *ZIS* 2011, p. 349 e ss.;
- Ebert, Udo / Kühl, Kristian*: Kausalität und objektive Zurechnung, em: *Jura* 1979, p. 561 e ss.;
- Engisch, Karl*: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, Scientia, Aalen, 1964 (orig. 1930);
- \_\_\_\_\_. Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände, *Mohr-Siebeck*, Tübingen, 1931;
- \_\_\_\_\_. Vom Weltbild des Juristen, 2.<sup>a</sup> ed., Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1965;
- Erb, Volker*: Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht, *JuS* 1994, p. 449 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Rechtmässiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht, *Duncker & Humblot*, Berlin, 1991;
- Eser, Albin*: 'Sozialadäquanz': eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, em: *Schünemann et alii* (eds.), *Festschrift für Roxin, DeGruyter*, Berlin / New York, 2001, p. 199 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht, em: *JuS* 1994, p. 449 e ss.;
- Estefam, André*: *Direito Penal. Parte geral*, São Paulo: Saraiva, 2010;
- Exner, Thomas*: Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung, *Duncker & Humblot*, Berlin, 2011;
- Feijoo Sánchez, Bernardo José*: Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales, *EDIJUS*, Zaragoza, 1999;
- \_\_\_\_\_. Resultado lesivo e imprudencia, *Bosch*, Barcelona, 2001;
- Feuerbach, Paul Johann Anselm*: *Über Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers*, Chemnitz, Tasche, 1800;
- \_\_\_\_\_. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. ed., Heyer, Giessen, 1847;
- Fialdini, Filipe Sarmento Fialdini*: *Controvérsias ainda pendentes sobre a teoria da equivalência dos antecedentes*, em: *RBCC* 72 (2008), p. 123 e ss.;
- Fiedler, Ralf-Peter*: *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung*, *Peter Lang*, Frankfurt a. M., 1989;
- Figueredo Dias, Jorge de*: *Direito penal, Parte Geral, Tomo 1, 2.<sup>a</sup> ed.*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

- Frank, Reinhardt*: *Das Stragesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.<sup>a</sup> ed., Mohr, Tübingen, 1931;
- Freund, Georg*: *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Heymanns, Köln etc., 1992;
- \_\_\_\_\_. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., Springer, Berlin etc., 2009;
- Frisch, Peter*: *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, *Duncker & Humblot*, Berlin, 1973;
- Frisch, Wolfgang*: *Vorsatz und Risiko*, Heymanns, Köln etc., 1983;
- \_\_\_\_\_. *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller, Heidelberg, 1988;
- \_\_\_\_\_. *Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?*, em: *JuS* 1990, p. 362 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *Selbstgefährdung im im Strafrecht*, em: *NSiZ* 1992, p. 1 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *Tipo penal e imputación objetiva*, trad. Cancio Meliá / Reyes Alvarado, Colex, Madrid, 1995;
- \_\_\_\_\_. *Straftat und Straftatsystem*, em: *Wolter / Freund* (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, C. F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 135 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.;
- \_\_\_\_\_. *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, trad. Ricardo Robles Planas, em: *Silva Sánchez* (ed.), *Sobre el estado actual de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, p. 21 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs*, em: *Schünemann et alii* (eds.), *Festschrift für Roxin, DeGruyter*, Berlin / New York, 2001, p. 213 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *Beihilfe durch neutrale Handlungen*, em: *Prittitz et alii* (eds.), *Festschrift für Lüderssen, Nomos*, Baden-Baden, 2002, p. 539 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre*, em: *GA* 2003, p. 719 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *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.;
- \_\_\_\_\_. *Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht*, em: *Bloy et alii* (ed.), *Festschrift für Maiwald, Duncker & Humblot*, Berlin, 2010, p. 239 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *Objektive Zurechnung des Erfolgs*, em: *JuS* 2011, p. 19 e ss., 116 e ss., 205 e ss.;
- Frister, Helmut*: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6. ed., Beck, München, 2013;



- Galvão, Fernando: Imputação objetiva, Mandamentos, Belo Horizonte, 2000;
- \_\_\_\_\_. Imputação objetiva nos delitos omissivos, em: *RBCC* 33 (2001), p. 101 e ss.;
- De la Gandara Vallejo*, Beatrix: Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Madrid, Colex, 1995;
- Geppert*, Klaus: Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstrafaten im Strassenverkehr?, em: *ZStW* 83 (1971), p. 947 e ss.;
- Giesang*, Bernhard: Eine Verteidigung des Utilitarismus, Reclam, Stuttgart, 2003, p. 17 e ss.;
- Gil Gil*, Alicia: El delito imprudente, Atelier, Barcelona, 2007;
- Gimbernat Ordeig*, Enrique: Que es la imputación objetiva?, em: *Estudios de derecho penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 209 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht, em: *Schünemann et alii* (eds.), *Festschrift für Roxin, DeGruyter*, Berlin/New York, 2001, p. 651 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Das unechte Unterlassungsdelikt, em: *ZStW* 111 (1999), p. 307 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Atypische Kausalverläufe und objektive Zurechnung, em: *Schulz* (eds.), *Festschrift für Imme Roxin, C.F. Müller, Heidelberg etc.*, 2012, p. 137 e ss.;
- \_\_\_\_\_. 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.;
- Gleß*, Sabine: Zeitliche Differenz zwischen Handlung und Erfolg – insbesondere als Herausforderung für das Verjährungsrecht, em: *GA* 2006, p. 689 e ss.;
- \_\_\_\_\_. "... hebt die Zeit sich selber auf" – Strafverfolgung in Spätschadensfällen, em: *Paeffgen et alii* (eds.), *Festschrift für Puppe, Duncker & Humblot*, Berlin, 2011, p. 467 e ss.;
- Gómez Rivero*, Carmen: Zeitliche Dimension und objektive Zurechnung, em: *GA* 2001, p. 283 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Causalidad, incertidumbre científica y resultados a largo plazo, em: 147 e ss., em: *Romeo Casabona/Sánchez Lázaro* (eds.), *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Comares, Granada, 2010, p. 147 e ss.;
- Gössel*, Karl-Heinz: Die Verknüpfung sorgfaltswidrigen Verhaltens mit der Rechtsgrütsbeeinträchtigung in der Fahrlässigkeitstat – keine Frage der objektiven Zurechnung, sondern der Beurteilung nach dem Satze vom Grunde, em: *Freund et alii* (eds.), *Festschrift für Frisch, Duncker & Humblot*, 2013, p. 42 e ss.;
- Gracia Martín*, Luis: Zur Struktur von "sozialadäquaten Handlungen" und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechensaufbau, em: *Sieber et alii* (eds.), *Festschrift für Tiedemann, Heymanns, Köln/München*, 2008, p. 205 e ss.;

- Greco*, Luis: Introdução à dogmática funcionalista do delito, em: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 32 (2000), p. 120 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Imputação objetiva: uma introdução, em: *Roxin, Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, trad. Luis Greco, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 1 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação, Renovar, Rio de Janeiro, 2004;
- \_\_\_\_\_. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigos abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, em: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 49 (2004), p. 89 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal, em: *Zenkner Schmidt* (ed.), *Novos rumos do direito penal contemporâneo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 401 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung, em: *ZStW* 117 (2005), p. 519 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2009;
- \_\_\_\_\_. Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal, trad. Pastor Muñoz, em: *InDret* 4/2010, pp. 1 e ss.;
- \_\_\_\_\_. 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.;
- \_\_\_\_\_. "O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?" Algumas considerações introdutórias, em: *Greco/Tortima* (eds.), *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 7 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Sobre a legitimidade da punição do autoping no esporte profissional, trad. Alaoir Leite, em: *Roxin/Greco/Leite, Doping e Direito penal*, Atlas, São Paulo, 2011, p. 48 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten, em: *ZIS* 2011, p. 674 e ss.;
- Greco*, Luis / *Sousa Mendes*, Paulo de: Discussão científica: Luis Greco e Paulo de Sousa Mendes sobre a questão da diminuição do risco, em: *Sousa Mendes*, *Sobre a capacidade de rendimento da ideia de diminuição do risco*, AAFDL, Lisboa, 2007;
- Grünwald*, Anette: Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, em: *GA* 2012, p. 364 e ss.;



- Guedes de Paula Machado, Fabio/Oliveira Moura, Bruno/Almeida Caetano, Mateus:* Algumas considerações sobre a causalidade no direito penal, *Revista de Ciências Penais* 12 (2010), p. 129 e ss.
- Guetiros Souza, Artur de Brito/Japiassu, Carlos Eduardo Adriano:* Curso de Direito Penal, Parte Geral, Elsevier, Rio de Janeiro, 2012;
- Günther, Hans-Ludwig:* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, Heymanns, Köln etc., 1983;
- \_\_\_\_\_. Das viktimodogmatische Prinzip aus anderer Perspektive: Opferschutz statt Entkriminalisierung, em: Eser et alii (eds.), Festschrift für Lenckner, Beck, München, 1998, p. 69 e ss.;
- Hardwig, Werner:* Verursachung und Erfolgszurechnung, em: JZ 1968, p. 289 e ss.;
- Hare, Richard M.:* Ethical theory and utilitarianism, em: Essays in ethical theory, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 212 e ss.;
- Hassemer, Raimund:* Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, Duncker & Humblot, Berlin, 1981;
- Hauack, Die Konkretisierung des fahrlässigkeitsspezifischen Handlungswerts im Falle sog. Drittschädigungseffekte*, em: GA 2009, p. 280 e ss.;
- Hefendehl, Roland:* Der missbrauchte Farbkopierer, em: Jura 1992, p. 374 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Heymanns, Köln etc., 2002;
- \_\_\_\_\_. Uma teoria social do bem jurídico, trad. L. Greco, em: RBCC 87 (2010), p. 103 e ss.;
- \_\_\_\_\_. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal, trad. L. Greco, em: Greco/Tórtima (eds.), O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 57 e ss.;
- Helgerth, Roland:* Aids – Einwilligung in infektiösen Geschlechtsverkehr, em: NSZ 1988, p. 261 e ss.;
- Hellmann, Uwe:* Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung, em: Schönemann et alii (eds.), Festschrift für Roxin, DeGruyter, Berlin/New York, 2001, p. 271 e ss.;
- Heimholz, R. H. (ed.):* The privilege against self-incrimination, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1997;
- Herzberg, Rolf-Dietrich:* Vorsatz und erlaubtes Risiko – insbesondere bei der Verfolgung Unschuldiger, em: JR 1986, p. 6 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat, em: JZ 1987, p. 536 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt, em: JuS 1996, p. 377 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit, GA 2001, p. 568 e ss.

- \_\_\_\_\_. Entlastung des Täters durch freiverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers?, em: Paeflgen et alii (eds.), Festschrift für Puppe, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 497 e ss.;
- Herman, Barbara:* Feinberg on Luck and Failed Attempts, em: Arizona Law Review 37 (1995), p. 143 e ss.;
- Hillenkamp, Thomas:* Verkehrsgefährdung durch Gefährdung der Tatbeteiligten, em: JuS 1977, p. 166 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Vorsatztat und Opferverhalten, Otto Schwartz, Göttingen, 1981;
- Hirsch, Hans-Joachim:* Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, em: ZStW 74 (1962), p. 78 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II), em: ZStW 94 (1982), p. 239 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, em: Festschrift für Rechtswissenschaftliche Fakultät Köln, Heymanns, Köln etc., 1988, p. 399 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Zur Lehre von der objektiven Zurechnung, em: Eser etc. [ed.], Festschrift für Lenckner, Beck, München, 1998, p. 119 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgswert, em: Graul/Wolf, Gedachnisschrift für Dieter Meurer, DeGruyter, Berlin, 2002, p. 3 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Tatstrafrecht – ein hinreichend beachtetes Grundprinzip, em: Prittwitz et alii (eds.), Festschrift für Lüderssen, Nomos, Baden Baden, 2002, p. 253 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, em: Dölling (ed.), Festschrift für Lampe, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, p. 515 e ss.;
- Horn, Eckhard:* Konkrete Gefährdungsdelikte, Verlag Otto Schmidt, Köln, 1973;
- Hornle, Tatjana:* Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht, GA 2009, p. 626 e ss.
- Hoyer, Andreas:* Zur Differenzierung zwischen Erfolgs-, Handlungs- und Unrechtszurechnung, GA 2006, p. 298 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Erlaubtes Risiko und technologische Entwicklung, ZStW 121 (2009), p. 860 e ss.;
- \_\_\_\_\_. „Umräumen von Möbeln“ auf offener Bühne, em: Freund et alii (eds.), Festschrift für Frisch, Duncker & Humblot, 2013, p. 223 e ss.;
- Hruschka, Joachim:* Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln, em: Rechtstheorie 22 (1991), p. 449 e ss.;
- Hsia, Yu-hsiu:* Die objektive Zurechnungslehre in Taiwan, em: Schönemann et alii (eds.), Festschrift für Roxin, DeGruyter, Berlin/New York, 2001, p. 239 e ss.
- Hübner, Christoph:* Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, Duncker & Humblot, Berlin, 2004;



- Ida*, Makoto: Inhalt und Funktion der Norm beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, em: Weigend / Küpper (eds.), Festschrift für Hirsch, DeGruyter, Berlin / New York, 1999, p. 225 e ss.;
- Jäger*, Christian: Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, Beck, München, 1996;
- Jakobs*, Günther: Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, DeGruyter, Berlin / New York, 1972;
- \_\_\_\_\_. Regressverbot beim Erfolgsdelikt, em: ZStW 89 (1977), p. 1 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlauffhypothese im Strafrecht, em: Küper (ed.), Festschrift für Lackner, DeGruyter, Berlin-New York, 1987, p. 53 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Tätervorstellung und objektive Zurechnung, em: Dornseifer et alii (eds.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Heymanns, Köln, 1989, p. 271 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.ª ed., DeGruyter, Berlin, 1991;
- \_\_\_\_\_. La imputación objetiva en derecho penal, trad. Cancio Meliá / Suárez González, Civitas, Madrid, 1996;
- \_\_\_\_\_. Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, em: GA 1996, p. 253 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. Penaranda Ramos, em: Estudios de derecho penal, Civitas, Madrid, 1997, p. 209 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug, em: GA 1998, p. 553 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Norm, Person, Gesellschaft, 2.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1999;
- \_\_\_\_\_. Bemerkungen zur objektiven Zurechnung, em: Weigend/Küpper (eds.), Festschrift für Hirsch, DeGruyter, Berlin / New York, 1999, p. 45 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Erfolgswert und Rationalität, em: Joecks et alii (ed.), Festschrift für Samson, C. F. Müller, Heidelberg, 2010, p. 43 e ss.;
- Jescheck*, Hans-Heinrich / *Weigend*, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996;
- Jesus*, Damásio E. de: Imputação objetiva, Saraiva, São Paulo, 2000;
- Kahlo*, Michael: Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten, Duncker & Humblot, Berlin, 1990;
- Kahrs*, Hans-Jürgen: Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, Cram, de Gruyter & Co., Hamburg, 1968;
- Kaminski*, Rolf: Der objektive Massstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, Duncker & Humblot, Berlin, 1992;
- Kant*, Immanuel: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Könenmann, Köln, 1995;

- Kaufmann*, Armin: Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Göttingen, Otto Schwarz, 1954;
- \_\_\_\_\_. Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, em: Stratenwerth et alii (eds.), Festschrift für Hans Weizel, DeGruyter, Berlin / New York, 1974, p. 393 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Das fahrlässige Delikt, em: Dornseifer et alii (eds.), Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Heymanns, Köln etc., 1982, p. 133 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, em: Strafrechtsdogmatik, p. 229 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Die Reform des deutschen Strafrechts, em: Strafrechtsdogmatik, p. 247 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?, em: Vogler/Herrmann (eds.), Festschrift für Jescheck, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 251 e ss.;
- Kaufmann* Arthur: Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, em: Schuld und Strafe, 2.ª ed., Heymanns, Köln etc., 1983 (orig. 1961), p. 49 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie, em: Vogler / Herrmann (eds.), Festschrift für Jescheck, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 272 e ss.;
- Kienapfel*, Diethelm: Das erlaubte Risiko im Strafrecht, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1966;
- Kindhäuser*, Urs: Gefährdung als Straftat, Klostermann, Frankfurt a.M., 1989;
- \_\_\_\_\_. Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt, em: Byrd/Joerden (eds.), Festschrift für Hruschka, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, p. 527 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung, em: GA 2007, p. 447 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Risikoerhöhung und Risikoverringering, em: ZStW 120 (2008), p. 481 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Zum sog. "unerlaubten" Risiko, em: Bloy et alii (eds.), Festschrift für Maiwald, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, p. 397 e ss.;
- Kirschbaum*, Klaus: Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 1980;
- Köhler*, Michael: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Springer, Berlin etc., 1997;
- Koriath*, Heinz: Kausalität und objektive Zurechnung, Nomos, Baden Baden, 2007;
- Kretschmer*, Joachim: Das Fahrlässigkeitsdelikt, em: Jura 2000, p. 267 e ss.;
- Krümpelmann*, Justus: Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltpflicht, em: Arthur Kaufmann et alii (eds.), Festschrift für Bockelmann, München, Beck, 1979, p. 443 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten, em: GA 1984, p. 491 e ss.;



- \_\_\_\_\_. Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten, em: Vogler/Herrmann (eds.), Festschrift für Jescheck, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 313 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Über die zeitliche Struktur einiger Zurechnungsurteile, em: Schmoller (ed.), Festschrift für Triffterer, Springer, Wien, 1996, p. 137 e ss.;
- Kudlich, Hans: Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, DeGruyter, Berlin, 2004;
- Kuhlen, Lothar: Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, C. F. Müller, Heidelberg, 1989;
- \_\_\_\_\_. Resenha de Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, GA 1990, p. 477 e ss.;
- Kuhn, Thomas: Objectivity, value judgement, theory choice, em: *The essential tension*, University of Chicago Press, Chicago, 1977, p. 320 e ss.;
- Küpper, Georg: Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Duncker & Humblot, Berlin, 1990;
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian: *Strafgesetzbuch*, 27. ed., Beck, München, 2011;
- Lampe, Ernst-Joachim: Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte, em: *ZStW 101* (1987), p. 3 e ss.
- Lagodny, Otto: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr, Tübingen, 1996;
- Lenckner, Technische Normen und Fahrlässigkeit, em: Bockelmann et alii (eds.), *Festschrift für Engisch*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M. 1969, p. 490 e ss.;
- Lesch, Heiko: Comentário a BGHSI. 46, 107, em: *JR 2001*, p. 381 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Comentário a BGHJA 2001, 187, em: *JA 2001*, p. 188 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Strafbare Beteiligung durch "berufstypisches" Verhalten?, em: *JA 2001*, p. 986 e ss.;
- Levy, Leonard: *Origins of the Fifth Amendment*, Oxford University Press, New York, 1968;
- Lins e Silva, Délio: *Imputação objetiva e conduta da vítima*, Juruá, Curitiba, 2008;
- Löwe-Krahl, Oliver: *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart etc., 1990;
- Luzón Peña, Diego Manuel: *Autoria 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.;
- \_\_\_\_\_. 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.;
- \_\_\_\_\_. 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.;

- \_\_\_\_\_. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Universitas, Madrid, 1996;
- Maiwald, Manfred: *Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtssystematik*, em: Vogler/Herrmann (eds.), *Festschrift für Jescheck*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 405 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *Die Bedeutung des Erfolgsunwerts im Unrecht*, em: Schöch (ed.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, München, 1987, p. 64 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung*, em: Kühne (ed.), *Festschrift für Miyazawa, Nomos*, Baden Baden, 1995, p. 465 e ss.;
- Malamud Goti*, Jaime: *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- Maraver Gómez, Mario: *Riesgo permitido por legitimación histórica*, em: *Montalegre Lynett* [coord.], *El funcionalismo en derecho penal*, vol. II, *Universidad Externado Colombia*, Bogotá, 2003, p. 207 e ss.;
- \_\_\_\_\_. *El principio de confianza en derecho penal*, em: Luzón Peña (ed.), *Libro homenaje a Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, p. 381 e ss.;
- Martínez Escamilla, Margarita: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992;
- \_\_\_\_\_. *Relevanz des rechtmässigen Alternativverhaltens bei der objektiven Erfolgszurechnung*, em: Gimbernat et alii (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 37 e ss.;
- Matthes-Weggräf, Ines: *Der Konflikt zwischen Eigenverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013;
- Mello Jorge Silveira, Renato de: *Fundamentos da adequação social em direito penal*, Quartier Latin, São Paulo, 2010;
- Mir Puig, Significado y alcance de la imputación objetiva em derecho penal, em: *Nuevas Formaciones em las Ciencias Penales—Homenaje al Professor Claus Roxin*, Lerner, Córdoba, 2001, p. 61 e ss.;
- Moore, George Edward: *Principia Ethica*, Prometheus Books, 1988, (orig. 1902);
- Muñoz Comde, Francisco/García Aran, Mercedes: *Derecho penal—Parte General*, 3.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998;
- Murmann, Uwe: *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Springer, Berlin, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung*, em: Putzke et alii (eds.), *Festschrift für Herzberg*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2008, p. 123 e ss.
- \_\_\_\_\_. *Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung*, em: Paefgen et alii (eds.), *Festschrift für Puppe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 767 e ss.;



- Mylonopoulos, Christos*: Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht, Heymanns, Köln etc., 1981;
- Namias, Osvadias*: Die Zurechnung von Folgeschäden im Strafrecht, Peter Lang, Frankfurt a. M. etc., 1992;
- Naucke, Wolfgang*: Über das Regressverbot im Strafrecht, em: ZStW 76 (1964), p. 409 e ss.;
- Nozick, Robert*: Anarchy, State and Utopia, Blackwell Publishing, Cornwall, 1974;
- O'Day, Ken*: Some thoughts on Joel Feinberg's modest proposal, em: Arizona Law Review 37 (1995), p. 243 e ss.;
- Oderberg, David S.*: Moral Theory, A non-consequentialist approach, Blackwell, Oxford, 2000;
- Orcesi Greco, Alessandra Pedro*: A autocolocação da vítima em risco, RT, São Paulo, 2004;
- Otto, Harro*: Otto, Kausaldagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht, em: Schroeder / Zipf (eds.), Festschrift für Maurach, C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, p. 91 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Persönlichkeitschutz durch strafrechtlichen Schutz der Ehre, em: Evers et alii (eds.), Festschrift für Schwinge, Peter Hanstein Verlag, Köln-Bonn, 1973, p. 71 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Grenzen den Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht, em: JuS 1974, p. 702 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, em: NJW 1980, p. 417 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Selbstgefährdung und Fremdverantwortung, em: Jura 1984, p. 536 e ss.;
- \_\_\_\_\_. "Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, em: Eser et alii (eds.), Festschrift für Lenckner, Beck, München, 1998, p. 193 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Kausalität und Zurechnung, em: Zaczyk et alii (eds.), Festschrift für E. A. Wolff, Springer, Berlin etc., 1998, p. 395 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens, JZ 2001, p. 436 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Grundkurs Strafrecht, 6.ª ed., DeGruyter, Berlin / New York, 2000;
- \_\_\_\_\_. Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip, em: Böse/Sternberg-Lieben (eds.), Festschrift für Amelung, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, p. 225 e ss.;
- Paredes Castañon, José Manuel*: El riesgo permitido en Derecho Penal, Centro de Publicaciones Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995;
- Pereira Cardoso, Flávio*: As ações cotidianas no âmbito da participação delictiva, em: Revista Síntese de direito penal e direito processual penal, 16 (2002), p. 37 e ss.;
- Perlman, Mark*: Punishing acts and consequences, em: Arizona Law Review 37 (1995), p. 226 e ss.;
- Pimentel Albuquerque, Mário*: O princípio da confiança no direito penal. Uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006;
- Prittwitz, Cornelius*: Strafrecht und Risiko, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1993;
- Puppe, Ingeborg*: Der Erfolg in seiner kausalen Erklärung im Strafrecht, em: ZStW 92 (1980), p. 863 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, em: JuS 1982, p. 660 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzips, em: ZStW 95 (1983), p. 287 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, em: ZStW 99 (1987), p. 595 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltnorm, em: Schulz / Vornbaum, Festschrift für Bemman, Nomos, Baden-Baden, 1997, p. 227 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Die Erfolgzurechnung im Strafrecht, Nomos, Baden-Baden, 2000;
- \_\_\_\_\_. Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten, em: GA 2009, p. 486 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2.ª ed., Nomos, Baden Baden, 2011;
- \_\_\_\_\_. Zu einem Zusammenstoß gehören zwei. Überlegungen zum Zusammen-treffen mehrerer Sorgfaltspflichtverletzungen bei Unfällen im Straßenverkehr, em: Freund et alii (eds.), Festschrift für Frisch, Duncker & Humblot, 2013, p. 447 e ss.;
- \_\_\_\_\_. em: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. ed., Baden-Baden, Nomos, 2014;
- Queiroz, Paulo*: Direito Penal, Introdução Crítica, Saraiva, São Paulo, 2001;
- Rackow, Peter*: Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, Peter Lang, Frankfurt a. M., 2007;
- Radtke, Henning*: Objektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht bei Mitwirkung des Verletzten und Dritter an der Herbeiführung des Erfolges, em: Paeffgen et alii (eds.), Festschrift für Puppe, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 831 e ss.;
- Radtke, Henning / Hoffmann, Malke*: Die Verantwortungsbereiche von Schädiger und Geschädigtem bei sog. "Retterschaden", GA 2007, p. 201 e ss.;
- Ranft, Otfried*: Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt?, em: NJW 1984, p. 1425 e ss.;
- Rawls, John*: A theory of justice, Revised Edition, Oxford University Press, Oxford / New York, 1999;
- Régis Prado, Luiz*: Curso de direito penal brasileiro, Parte Geral, 1.ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1999;



- Régis Prado, Luiz / Mendes de Carvalho, Érika: Teorias da imputação objetiva do resultado, Ed. RT, São Paulo, 2002;
- \_\_\_\_\_. Teorias da imputação objetiva do resultado, 2.ª ed., Ed. RT, São Paulo, 2006;
- Renzinkowski, Joachim: Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1972;
- Reyes Alvarado, Yesid: Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung, em: ZStW 105 (1993), p. 108 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Imputación objetiva, 2.ª ed., Temis, Bogotá, 1996;
- Robles Planas, Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal, em: Frisch/Robles Planas, Desvalorar e imputar, Atelier, Barcelona, 2004, p. 69 e ss.;
- Rogat, Stefan: Die Zurechnung bei der Beihilfe, Peter Lang, Frankfurt a. M. etc., 1997;
- Rogall, Klaus: Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Ducker & Humblot, Berlin, 1977;
- Roxin, Claus: Violação de dever e resultado nos crimes negligentes, trad. Ana Natschedaretz, em: Problemas Fundamentais de Direito Penal, 2.ª ed., Vega Universidade, Lisboa, 1993 (orig. 1970), 145 ss.;
- \_\_\_\_\_. Sinn und Grenzen staatlichen Strafans, em: JuS 1966, p. 377 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal, trad. Ana Paula Natscheradetz, em: Problemas Fundamentais de Direito Penal, 2.ª ed., Vega Universidade, Lisboa, 1993 (orig. 1970), 145 ss.;
- \_\_\_\_\_. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, em: Lackner et alii (eds.), Festschrift für Gallas, DeGruyter, Berlin, 1973, p. 241 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, em: Kohlmann (ed.), Festschrift für Ulrich Klug, vol. 1, Peter Deubner-Verlag, Köln, 1983, p. 303 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Comentário a BGH NStZ 1984, p. 410 e ss., em: NStZ 1984, p. 411 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Bemerkungen zum Regressverbot, em: Jescheck / Vogler (eds.), Festschrift für Tröndle, DeGruyter, Berlin / New York, 1989, p. 178 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Finalität und objektive Zurechnung, em: Dornseifer et alii (ed.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Heymanns, Köln etc., 1989, p. 237 e ss.;
- \_\_\_\_\_. em: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11.ª ed., DeGruyter, Berlin, 1993;
- \_\_\_\_\_. Was ist Beihilfe?, em: Kühne (ed.), Festschrift für Miyazawa, Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 501 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal, trad. L. Greco, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais 35, 2001, p. 13 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal, trad. L. Greco, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 1 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Política criminal e sistema jurídico penal, trad. L. Greco, 2.ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2002;
- \_\_\_\_\_. A teoria da imputação objetiva, trad. L. Greco, em: Revista Brasileira de Ciências Criminais 38, 2002, p. 11 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Strafrecht, Allgemeiner Teil, vol. 1, 4.ª ed., Beck, München, 2006;
- \_\_\_\_\_. Zur einverständlichen Fremdgefährdung, JZ 2009, p. 399 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Streitfragen bei der objektiven Zurechnung, em: Bloy et alii (ed.), Festschrift für Maiwald, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, p. 715 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, trad. L. Greco, em: Greco/Tórtima (eds.), O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Der Verunglückte und Unglück bewirkende Retter im Strafrecht, em: Paeffgen et alii (eds.), Festschrift für Puppe, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 909 e ss.;
- \_\_\_\_\_. 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.;
- Rössner, Dieter: Fahrlässiges Verhalten im Sport als Prüfstein der Fahrlässigkeitsdogmatik, em: Weigend/Küpper (eds.), Festschrift für Hirsch, DeGruyter, Berlin / New York, 1999, p. 313 e ss.;
- Rudolph, Hans-Joachim: Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitstheorie, em: JuS 1969, p. 549 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, em: Schroeder / Zipf (eds.), Festschrift für Maurach, C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, p. 51 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, em: Schönemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 69 e ss.;
- \_\_\_\_\_. em: Systematischer Kommentar, 6.ª ed., Luchterhand, Neuwied etc., 1997 e ss.;
- Sacher, Mariana: Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand, Duncker & Humblot, Berlin, 2006;
- Samsen, Erich: Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Alfred Metzner, Frankfurt a. M., 1972;
- \_\_\_\_\_. Das Verhältnis von Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, em: Samsen et alii (eds.), Festschrift für Grünwald, Nomos, Baden Baden, 1999, p. 585 e ss.;
- Sánchez Lazaro, Fernando Guanarreme: Intervención delictiva e imprudencia, Comares, Granada, 2004;



- \_\_\_\_\_. Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado, ADPCP 58 (2005), S. 421 ff.;
- \_\_\_\_\_. Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Duncker & Humblot, 2007;
- \_\_\_\_\_. Was ist Täterschaft?, em: GA 2008, p. 299 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Eine Dekonstruktion der Erfolgszurechnung, in: Zoller et alii (eds.), Festschrift für Wolter, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, p. 465 e ss.;
- Sancinetti, Marcelo A.: Teoría del delito y disvalor de acción, Hammurabi, Buenos Aires, 1991;
- \_\_\_\_\_. Risikoverringerungsprinzip versus Relevanz des Erfolgsunwertes in der Unrechtslehre, em: Pawlik/Zackyk (eds.), Festschrift für Jakobs, Heymanns, Heidelberg, 2007, p. 583 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie, em: ZStW 120 (2008), p. 661 e ss.;
- Sánchez-Ostiz, Pablo: Imputación y teoría del delito, BdeF, Buenos Aires/Monte video, 2008;
- \_\_\_\_\_. Ist die „objektive Zurechnung“ objektiv und zurechnend?, em: Heinrich et alii (eds.), Festschrift für Roxin zum 80. Geburtstag, vol. 1, DeGruyter, Berlin/New York, 2011, p. 361 e ss.;
- Sánchez-Vera, Javier: Pflichtdelikt und Beteiligung, Duncker & Humblot, Berlin, 1999;
- Santoro Filho, Antonio Carlos: Teoria da imputação objetiva. Aparentamentos críticos a luz do direito positivo brasileiro, Malheiros, São Paulo, 2007.;
- Scarre, Geoffrey: Utilitarianism, Routledge, London / New York, 1996;
- Schaffstein, Friedrich: Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, em: Stratenwerth et alii (eds.), Festschrift für Welzel, DeGruyter, Berlin / New York, 1974, p. 557 e ss.;
- Schlehofer, Horst: Risikoversatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten, em: NJW 1989, p. 2017 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes – absolute oder relative Begrenzung staatlicher Strafgewalt, em: GA 1999, p. 357 e ss.;
- Schluchter, Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, em: JuS 1977, p. 104 e ss.;
- Schmidhäuser, Eberhard: Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, em: Grünwald et alii (eds.), Festschrift für Schaffstein, Otto Schwarz Verlag, Göttingen, 1975, p. 129 e ss.;
- Schmitt de Bem, Leonardo: Direito penal de trânsito, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.;
- Schmoller, Kurt: Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf, em: Schmoller (ed.), Festschrift für Triffterer, Springer, Wien, 1996, p. 223 e ss.;

- \_\_\_\_\_. Das tatbestandsmäßige Verhalten im Strafrecht, em: Freund et alii (eds.), Festschrift für Frisch, Duncker & Humblot, 2013, p. 237 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Verwirklichung einer unerlaubten Gefahr bei „Risikoerhöhung“, in: Zoller et alii (eds.), Festschrift für Wolter, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, p. 479 e ss.;
- Schöne, Wolfgang: Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafrecht, em: Hirsch et alii (eds.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, DeGruyter, Berlin / New York, 1986, p. 649 e ss.;
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 28.ª ed., Beck, München, 2010.;
- Schröder, Friedrich-Christian: Die so genannte Risikoverringerung, em: Helfendehl (ed.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Heymanns, Köln etc., 2005, p. 151 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Grundsätzliche Angriffe gegen die Lehre von der objektiven Zurechnung, em: Joerden et alii (eds.), Festschrift für Schwarz, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, p. 273 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Der Blitz als Mordinstrument, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.;
- Schumann, Heribert: Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1986.;
- Schumann, Kay H.: Von der sogenannten „objektiven Zurechnung“ im Strafrecht, Jura 2008, p. 408 e ss.;
- Schünemann, Bernd: Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, em: JA 1975, p. 435 e ss., p. 575 e ss., p. 715 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?, em: Grünwald et alii (ed), Festschrift für Schaffstein, Otto Schwarz, Göttingen, 1975, p. 159 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, em: ZStW 90 (1978), p. 11 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, em: Arthur Kaufmann et alii (eds.), Festschrift für Paul Bockelmann, C. H. Beck, München, 1979, p. 117 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?, em: NSiZ 1982, p. 60 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandsmeinung im Strafrecht, em: Zeitler et alii (eds.), Festschrift für Falter, Beck, München, 1984, p. 337 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, em: NSiZ 1986, p. 439 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Die Regeln der Technik im Strafrecht, em: Küper (ed.), Festschrift für Lackner, DeGruyter, Berlin / New York, 1987, p. 366 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Über die objektive Zurechnung, em: GA 1999, p. 207 e ss.;



- \_\_\_\_\_. Sistema del derecho penal y victimodogmática, trad. Sacher, Diez Ripollés et alii (eds.), Libro homenaje a Cerezo Mir, Tecnos, 2002, p. 159 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsguisbegriff und Victimodogmatik 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-Ishen Hung, Sharing Publishing, Taipei, 2003, p. 165 e ss.;
- \_\_\_\_\_. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos, em: Greco/Tortura (eds.), O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 25 e ss.;
- Schünemann, Bernd / Greco, Luis: Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem, Oder: Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik, em: GA 2006, p. 777 e ss.;
- Schurer-Mohr, Wiebke: Erlaubte Risiken, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1998;
- Sechald, Rudolf: Nachweis der modifizierenden Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens, em: GA 1969, p. 193 e ss.;
- Scher, Gerhard: Bestimmung und Zurechnung von Handlungen und Erfolgen, em: Freund et alii (eds.), Festschrift für Frisch, Duncker & Humblot, 2013, p. 207 e ss.;
- Serrano González de Murillo, Jose Luis: El comienzo de la prescripción em los casos de resultados muy posteriores a la conducta típica, em: CPC 93 (2007), p. 113 e ss.;
- \_\_\_\_\_. "Sonderwissen" des Handelnden und objektives Gefährte, em: Heinrich et alii (eds.), Festschrift für Roxin zum 80. Geburtstag, vol. 1, DeGruyter, Berlin/New York, 2011, p. 345 e ss.;
- Shaw, William: Contemporary Ethics. Taking account of utilitarianism, Blackwell, Oxford, 1999;
- Silva-Sanchez, Jesus-Maria: Consideraciones victimológicas em la teoría jurídica del delito?, Introduction al debate sobre la victimodogmática, em: Cuesta et alii (eds.), Libro homenaje a Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, Donostia, San Sebastián, 1989, p. 633 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Zur Gestaltung der strafrechtlich missbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen, em: Eser et alii (eds.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht, Max Planck Institut, Freiburg, 1998, p. 205 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez em la producción del resultado, em: Consideraciones sobre la teoría del delito, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998;
- Simões Vidal, Hélio: Causalidade, ciência e experiência em matéria penal, RT 788 (2001), p. 458 e ss.;

- \_\_\_\_\_. Imputação do evento agravante em matéria penal, in: RT 796 (2002), p. 445 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Ainda e sempre o nexu causal, em: RT 860 (2007), p. 485 e ss.;
- Sousa Mendes, Paulo de: Crítica à ideia da diminuição do risco de Roxin, em: RBCC 14 (1996), p. 102 e ss. (também em Greco/Tavares Lobato [coords.], Temas de direito penal, Parte Geral, Renovar, Rio de Janeiro, 2008, p. 217 e ss.);
- \_\_\_\_\_. Sobre a capacidade de rendimento da ideia de diminuição do risco, AA-FDL, Lisboa, 2007; Souza de Andrade e Silva, Danielle: Relação de causalidade e imputação objetiva do resultado, em: RBCC 43 (2003), p. 109 e ss.;
- Spendel, Günter: Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt, em: JuS 1964, p. 14 e ss.;
- Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund, em: Bockelmann et alii (eds.), Festschrift für Engisch, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1969, p. 509 e ss.;
- Strasser, Fedor: Die Zurechnung von Retter-, Flucht- und Verfolgerverhalten im Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2008;
- Stratenwerth, Günter: Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, em: Bockelmann / Gallas (eds.), Festschrift für Eberhard Schmidt, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1961, p. 383 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1.ª ed., Carl Heymanns, Köln etc., 1971;
- \_\_\_\_\_. Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, em: Lackner et alii (eds.), Festschrift für Gallas, DeGruyter, Berlin, 1973, p. 227 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Zur Relevanz des Erfolgsunwerts im Strafrecht, em: Grünwald et alii (eds.), Festschrift für Schaffstein, Otto Schwartz Verlag, Göttingen, 1975, p. 177 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Zur Individualisierung des Sorgfaltmasstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, em: Vogler / Hermann (eds.), Festschrift für Jescheck, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 285 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten, em: Paefgen et alii (eds.), Festschrift für Puppe, 2011, p. 1017 e ss.;
- Stratenwerth, Günther / Kuhlen, Lothar: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6.ª ed., Vahlen, München, 2011;
- Strec, Walther: Beteiligung na vorsätzlicher Selbstgefährdung, in: JuS 1985, p. 179 e ss.;
- Struensee, Eberhard: Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, em: GA 1987, p. 97 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, em: JZ 1987, p. 53 e ss.;



- Stuckenberg, Carl-Friedrich: Zur Erfolgszurechnung in den „Verfolgerfällen“, em: Paeffigen et alii (eds.), Festschrift für Puppe, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 1039 e ss.;
- \_\_\_\_\_. „Risikoabnahme“ – Zur Begrenzung der Zurechnung in den Retterfällen, em: Heinrich et alii (eds.), Festschrift für Roxin zum 80. Geburtstag, vol. 1, DeGruyter, Berlin/New York, 2011, p. 425 e ss.;
- Suaréz González, Carlos / Cancio Meliá, Manuel: La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva, em: Jakobs, La imputación objetiva en derecho penal, trad. Cancio Meliá / Suárez González, Civitas, Madrid, 1996, p. 21 e ss.;
- Sutschet, Michaela: Die Erfolgszurechnung im Falle mittelbarer Rechtsgutsverletzung, Duncker & Humblot, Berlin, 2010;
- Tag, Brigitte: Beihilfe durch neutrales Verhalten, em: JR 1997, p. 49 e ss.;
- Tavares, Juarez: Teorias do delito, Ed. RT, São Paulo, 1980;
- \_\_\_\_\_. Teoria do injusto penal, 3.ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2003;
- \_\_\_\_\_. Teoria do crime culposo, 3.ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009;
- \_\_\_\_\_. Bemerkungen zu einer funktionalen Kausalität, em: Neumann/Herzog, Festschrift für Hassemer, Heidelberg, C. F. Müller, 2010, p. 805 e ss.;
- Tavares Lobato, José Danilo: Teoria geral da participação criminal e ações neutras, Juruaá, Curitiba, 2009;
- Thier, Markus: Zurechenbarkeit von Retterschäden bei Brandstiftungsdelikten nach dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, Nomos, Baden Baden, 2009;
- Toepel, Friedrich: Kausalität und Pflichtwidrigkeit zusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, Duncker & Humblot, Berlin, 1992;
- Triffner, Die „objektive Voraussetzbarkeit“ (des Erfolgs und des Kausalverlaufs) – unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?, em: Arthur Kaufmann et alii (eds.), Festschrift für Bockelmann, Beck, München, 1979, p. 201 e ss.;
- Ulsenheimer, Klaus: Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Ludwig Rohrscheid Verlag, Bonn, 1965;
- \_\_\_\_\_. Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzung im Rahmen der Fahrlässigkeitslehre, em: JZ 1969, p. 364 e ss.;
- Vogel, Joachim: Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 27 e ss.;
- Volk, Klaus: Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Strassenverkehr, em: GA 1976, p. 161 e ss.;
- Walther, Susanne: Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, Freiburg i. Br., Max Planck, 1991;
- Weber, Ulrich: Objektive Grenzen der strafbefreienden Einwilligung in Lebens- und Gesundheitsgefährdungen, em: Arzt et alii (eds.), Festschrift für Baumann, Gieseking, Bielefeld, 1992, p. 43 e ss.;

- \_\_\_\_\_. Einwände gegen die Lehre von der Beteiligung na eigenverantwortlicher Selbstgefährdung im Betäubungsmittelstraftrecht, em: Seeboede (ed.), Festschrift für Spindel, DeGruyter, Berlin / New York, 1992, p. 371 e ss.;
- Weiglin, David Christopher: Richard Martin Honig (1890-1981) – Leben und Frühwerk eines deutschen Juristen jüdischer Herkunft, Nomos, Baden Baden, 2011;
- Wilhelm, Dorothee: Strafrechtliche Fahrlässigkeit bei Arbeitsteilung in der Medizin, em: Jura 1985, p. 183 e ss.;
- Witzel, Hans: Studien zum System des Strafrechts, em: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, DeGruyter, Berlin / New York, 1975 (orig. 1939), p. 120 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, em: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, DeGruyter, Berlin / New York, 1975 (orig. 1961), p. 315 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Das deutsche Strafrecht, 11.ª ed., DeGruyter, Berlin, 1969;
- Wohlleben, Marcus: Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen, Beck, München, 1996;
- Wolff-Reske, Monika: Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, Nomos, Baden-Baden, 1995;
- \_\_\_\_\_. Die Korrespondenz zwischen Gefangenen und ihnen nahestehenden Personen als „befeidigungsfreier Raum“, em: Jura 1996, p. 184 e ss.;
- Wolter, Jürgen: Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, em: GA 1977, p. 257 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung, em: ZStW 89 (1977), p. 649 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, Duncker & Humblot, Berlin, 1981;
- \_\_\_\_\_. Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus, em: Schönemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, DeGruyter, Berlin/New York, 1984, p. 103 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem, em: Schönemann / Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts, Heymanns, Köln etc., 1995, p. 3 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem, em: Gimbernat et alii (eds.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 3 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschlussgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin, em: GA 1996, p. 207 e ss.;
- \_\_\_\_\_. Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlussgründen, Verfahrenseinstellung, Absehen und Mildern von Strafe, em: Wolter / Freund



(ed.), *Strafmaß und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, C. F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 1 e ss.;

Wolters, Gereon / *Beckschäfer*, Sebastian: *Zeitliches Auseinanderfallen von Handlung und Erfolg – Ein Problem der Zurechnungslehre*, em: Putzke et alii (eds.), *Festschrift für Herzberg*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2008, p. 141 e ss.

Zielinski, Diethard: *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.

## OUTRAS OBRAS DO AUTOR

### I. *Livros em língua portuguesa (autor)*

1. Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, 119 pp.
2. Um panorama da teoria da imputação objetiva, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, 173 pp.; 2.ª ed. 2007 (também publicado em Portugal, com pequenas alterações: Um panorama da teoria da imputação objetiva, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2005, 142 pp.); 3.ª ed., São Paulo, RT, 2011.
3. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, 190 pp.

### II. *Livros em língua alemã (autor)*

1. Feindstrafrecht, Baden-Baden, Nomos, 2010, 96 pp.
2. Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrechtstheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, 640 pp. (também Dissertação München 2008).  
- tese de doutorado ganhadora do *Max Weber-Preis 2011*, concedido pela Bayerische Akademie der Wissenschaften.  
- tese de doutorado ganhadora do *Fakultätspreis 2008*, concedido pelo Alumni- und Förderverein e V. der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München.  
Resenha por *Mitsuru Iijima*, in: *Rironkeihogaku no Tankyu 3 (理論刑法学の探究[3])*, ed. por Kawabata/Asada/Yamaguchi/Ida, Tokyo, Seibundo Publishing, 2010, pp. 221-241.  
Resenha por *Jacobo López Barja de Quiroga*, in: *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico 2010 Hef 7*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 289-294.  
Resenha por *Tatjana Hörnle*, in: *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung 2010*, pp. 426-432.  
Resenha por *Michael Pawlik*, in: *ZIS 2011*, pp. 262-263;  
Resenha por *Armin Engländer*, in: *GA 2013*, pp. 70-72.



### III. Livros (coordenador)

1. Temas de direito penal, Parte geral, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, 426 pp. (em colaboração com Danilo Lobato);
2. O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, 211 pp. (em colaboração com Fernanda L. Tórtima).
3. Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu septuagésimo aniversário em 2 de setembro de 2012, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, 794 pp. (em colaboração com Antonio Martins)
4. Bernd Schünemann, Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2013, 331 p.

### IV. Artigos em *língua portuguesa*

1. Desvio no curso causal como problema de imputação ao dolo, in: Revista Forense, 351 (2000), pp. 593-598;
2. Introdução à dogmática funcionalista do delito, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais 32 (2000), pp. 120-163 (também em: Notícia do Direito Brasileiro 7 [2000], pp. 307-362; Revista Jurídica 272 [2000], pp. 35-63);
3. Resenha de Franz Bydlinski, "Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff", in: Revista Trimestral de Direito Civil 3 (2000), pp. 267-274;
4. Teoria diferenciadora do estado de necessidade: por que só de lege ferenda?, in: A Crítica, Juli/August 2000, pp. 23-25;
5. Imputação objetiva: uma introdução, in: Roxin, Funcionalismo e imputação objetiva, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 1-180;
6. Tipos de autor e lei de tóxicos, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais 43 (2003), pp. 226-238;
7. Resenha de "Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag", in: Revista Brasileira de Ciências Criminais 37 (2002), pp. 363-375;
8. Algumas observações introdutórias à "Distinção entre dolo e culpa", in: Puppe, A distinção entre dolo e culpa, São Paulo, Manole, 2004, pp. IX-XIX;
9. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigos abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais 49 (2004), pp. 89-147;

10. Sobre o chamado direito penal do inimigo, in: RBCC 56 (2005), pp. 80-112; também em: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Jahrgang VI, Nr. 7 (2005), pp. 211-238;
11. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais 58 (2006), pp. 152-195; também publicado em: Ambos/Böhm (Hrsg.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Temis, Bogotá, 2012, pp. 223-252;
12. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal, in: Zenkner Schmidt (coord.), *Livro em homenagem a Cezar Bitencourt*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, pp. 401-426; também publicado em: A. Couto de Brito/P. Vanzolini (coords.), *Direito Penal – Aspectos Jurídicos Controvertidos*, São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 150-181; e em: *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso 3* (2007), pp. 249-276;
13. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo, in: *Revista Brasileira de Filosofia* vol. 54 fasc. 227 (2007), pp. 321-332;
14. Discussão científica: Luis Greco e Paulo de Sousa Mendes sobre a questão da diminuição do risco, in: Paulo de Sousa Mendes, *Sobre a capacidade de rendimento da ideia de diminuição do risco*, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2007, pp. 57-65;
15. Tem futuro o conceito de ação?, in: Greco/Lobato (coords.), *Temas de direito penal, Parte geral*, Renovar, Rio de Janeiro, 2008, pp. 147-169;
16. Bate-Bola. João Paulo Orsini Martinelli entrevista Luis Greco, in: *Revista Liberdades 1* (2009), pp. 1-8, disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/site/\\_pdf/2009/01/batebola.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/site/_pdf/2009/01/batebola.pdf);
17. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio", in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais 78* (2009), pp. 7-35;
18. Dolo sem vontade, in: Silva Dias e outros (coords.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 885-905;
19. Duas formas de fazer dogmática jurídico-penal, in: *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico, Ano 1 Fascículo 1* (2009), pp. 3-4;
20. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais, trad. por Alaor Leite, *Revista Liberdades 3* (2010), pp. 47-59, disponível: [http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/3/artigo2final.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/3/artigo2final.pdf);
21. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto, trad. por Alaor Leite/L. Greco, in: *RBCC 82* (2010), pp. 165-185;



22. 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, in: RBCC 87 (2010), pp. 84-102;
23. Direito penal e doping, in: Boletim IBCCrim Ano 18 n. 219 (2011), pp. 11-12 (em co-autoria com Alaor Leite);
24. "O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?" Algumas considerações introdutórias, in: Greco/Tortima (eds.), O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, pp. 7-13;
25. Sobre a legitimidade da punição do aut doping nos esportes profissionais, trad. Alaor Leite, in: Roxin/Greco/Leite, Doping e Direito penal, Atlas, São Paulo, 2011, pp. 48-85;
26. Claus Roxin, 80 anos, in: Revista Liberdades 7 (2011), pp. 97-123 (em co-autoria com Alaor Leite);
27. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico protegido, in: RBCC 91 (2011), pp. 393-409 (em co-autoria com Heloisa Estelita);
28. Casa de prostituição (Art. 229 do CP) e Direito Penal Liberal: Reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467), in: RBCC 92 (2011), pp. 438-456;
29. Dolo e gestão temerária (Art. 4.º, parágrafo único, Lei 7.492/86), in: Boletim IBCCrim Ano 19 n. 229 (2011), pp. 7-8;
30. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?, in: Revista de Concorrência e Regulação Ano II n. 7/8 (2012), pp. 349-373; também publicado em Anuário de Derecho Penal Económico y de la Empresa (ADPE) 2 (2012), pp. 63-73;
31. Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do Direito Penal, in: RBCC 95 (2012), pp. 43-84;
32. Quanto vale a vida de um brasileiro? Um apelo à Comissão de Reforma do Código Penal, in: Boletim IBCCrim Ano 20 n. 236 (2012), pp. 3-5;
33. Comentário ao estudo "A socialização do direito penal", de Noé Azevedo, in: Revista dos Tribunais 921 (2012), pp. 46-55;
34. Princípios fundamentais e tipo no novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal), in: Revista Liberdades – Edição Especial – Reforma do Código Penal (2012), pp. 35-58;
35. A Ilha de Kant, in: Greco/Martins (coords.), Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu septuagésimo

aniversário em 2 de setembro de 2012, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, pp. 263-279;

36. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade, trad. Alaor Leite, in: Zilio/Bozza (coords.), Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem a Juarez Cirino dos Santos por seu septuagésimo aniversário, LedZe, Curitiba, 2012, pp. 925-937;
37. O que é o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal, in: RI 933 (2013), p. 61-92 (em co-autoria com Alaor Leite);
38. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea, in: Bernd Schünemann, Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2013, p. 5-25.

#### V. Artigos em *lingua alemã*

1. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens (O subjetivo na imputação objetiva: Sobre o “problema” dos conhecimentos especiais), in: Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften 117 (2005), pp. 519-554;
2. Über das so genannte Feindstrafrecht (Sobre o chamado direito penal do inimigo), in: GA 2006, pp. 96-113;
3. Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem, Oder: Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik (O erro de tipo permissivo e o sistema jurídico-penal), in: GA 2006, pp. 777-792 (em colaboração com Bernd Schünemann);
4. Die Regeln hinter der Ausnahme. Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen (As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”), in: GA 2007, pp. 628-643 (com comentário crítico de B. Schünemann, Kommentar zur Abhandlung von Luis Greco, in: GA 2007, pp. 644-647);
5. Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto), in: ZIS 2008, pp. 234-238;
6. Rechtsgüterschutz und Tierquälerei (Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais), in: Böse/Sternberg-Lieben (coords.), Festschrift für Amelung, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pp. 3-16.



7. Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld (Contra a recente relativização da distinção entre injusto e culpabilidade), in: GA 2009, pp. 636-650.
8. Recht und Vernunft. Zur Strafrechtstheorie Luigi Ferrajolis (Direito e razão. Sobre a teoria da pena de Luigi Ferrajoli), in: JJZG 10 (2008/2009), pp. 192-208.
9. Neue Wege der Vorsatzdogmatik – Eine Auseinandersetzung mit drei neuen Monographien zum Vorsatzbegriff (Novos rumos da dogmática do dolo – Um debate com três novas monografias sobre o conceito de dolo), in: ZIS 2009, pp. 813-821.
10. Menschenrechtskonformes Täterstrafrecht? Überlegungen anlässlich der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Lockspitzelproblematik (Direito penal de autor dos direitos humanos? Reflexões por ocasião da recente jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o problema das provocações ao cometimento de delitos), in: StraFo 2010, pp. 52-58.
11. Strafbare Drogenbesitz, Privatsphäre, Autonomie. Überlegungen anlässlich der Entscheidung des argentinischen Verfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des Straftatbestandes des Besitzes von Betäubungsmitteln zum Zwecke des Eigenkonsums (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), in: Hefendehl (coord.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts, BWV, Berlin, 2010, pp. 73-88.
12. Zur Strafbarkeit des Selbstdopings im Leistungssport (Sobre a legitimidade da punição do autodoping no esporte profissional), in: GA 2010, pp. 622-638.
13. Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip (Dominio sobre a organização e princípio da auto-responsabilidade), in: ZIS 2011, pp. 9-13.
14. Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsiguts? (Há critérios para a postulação de um bem jurídico coletivo?), in: Heinrich et alii (coords.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, De Gruyter, Berlin/New York, 2011, pp. 199-214.
15. Strafbare Pornografie im liberalen Staat – Grund und Grenzen der §§ 184, 184a-d StGB (Pornografia punível no Estado liberal – Fundamento e limites dos §§ 184, 184a-d StGB), in: Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung 2 (2011), pp. 275-302.

16. Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten (Problemas de causalidade e imputação nos delitos omissivos impróprios), in: ZIS 2011, pp. 674-691.
  17. Ist der Strafgesetzgeber an das Analogieverbot gebunden? (A proibição de analogia vincula o legislador penal?), in: GA 2012, pp. 452-466.
  18. Ehrenmorde im deutschen Strafrecht (Homicídios por motivo de honra no direito penal alemão), in: Elosegui Itxaso (coord.), La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania, Zaragoza, 2012, pp. 385-408.
  19. Amnestien und Völkerstrafrecht (Anistias e direito penal internacional), in: GA 2012, pp. 670-687.
  20. Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft (Direito penal conforme à constituição ou direito penal legítimo? Sobre os limites da constitucionalização do direito penal), in: Brunhöber/Hoffler/Kaspar/Reinbacher/Normbaum (coords.), Strafrecht und Verfassung, 2013, pp. 13-36.
  21. Tugend im Strafverfahren (Virtude no processo penal), in: Zöllner/Hilger/Küper/Roxin (coords.), Festschrift für Jürgen Wolter, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, p. 61-86.
  22. Die Strafzumessung im Bayerischen StGB von 1813 (A aplicação da pena no Código Penal Bávaro de 1813), in: Koch/Kubicie/Löhning/Pawlik (coords.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 285-303.
- VI. Artigos em espanhol*
1. Acerca del llamado derecho penal del enemigo, trad. Casais Zellis, in: Cancio Meliá/Gómez-Jara (coords.), Derecho penal del enemigo, vol. I, Madrid/Buenos Aires, Edisofer/BdEF, 2006, pp. 1081-1011.
  2. Tiene futuro el concepto de acción?, in: Pelaez Ferrusca/Ontiveros Alonso (coords.), La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamerica. Libro Homenaje a Claus Roxin, Tomo II, México D.F., Inacipe, 2006, pp. 69-88.
  3. Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs, trad. E. J. Riggi, in: InDret 4/2007, Nr. 423, pp. 1-28; también em: Revista Peruana de Ciencias Penales 20 (2008), pp. 205-240; e em: Revista de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Centroamericana (Nicaragua) 12 (2009), pp. 159-187.
  4. Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal, trad. Hernán Bouvier, in: Discusiones 8 (2008), pp. 177-181.



5. Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal, trad. N. Pastor Muñoz, in: *InDret* 4/2010, pp. 1-35;
6. Asesinatos por honor en el derecho penal alemán, in: Elósegui Itxaso (coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Zaragoza, 2012, pp. 227-251.
7. Dominio de la organización y el llamado principio de autorresponsabilidad, trad. Juan Elías Carrión Díaz, in: *Gaceta penal & procesal* penal 40 (2012), pp. 13-22.

#### VII. Artigos em chinês

1. Jakobs的敵人刑法, trad. Liwei Lee/Jyh-Huei Chen, in: *法學新論/Journal of New Perspectives on Law* Vol. 22 (2010.05), Taipei, pp. 45-60;
2. 關於敵人刑法的文獻辨析, trad. Hongbin Chung, in: *法學新論/Journal of New Perspectives on Law* Vol. 22 (2010.05), Taipei, pp. 61-72;
3. 對敵人刑法的批判, trad. Yang-Yi Chou, *Kritik des Feindstrafrechts*, in: *法學新論/Journal of New Perspectives on Law* Vol. 28 (2011.02), Taipei, pp. 63-74;
4. 敵人刑法概念在刑事政策上以及在釋義學上毫無成果, trad. Jyh-Huei Chen, in: *法學新論/Journal of New Perspectives on Law* Vol. 28 (2011.02), Taipei, pp. 55-61.

#### VIII. Prefácios

1. Souza Santos, Humberto: *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, São Paulo, Manole, 2004, pp. XIX-XXI;
2. Pimentel Albuquerque, Mario: *O princípio da confiança no direito penal*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2006, pp. VII-VIII;
3. Bello, Enzo: *Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2007, pp. XIX-XXIII;
4. Alaoir Leite, Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal, São Paulo, Atlas, 2013, S. XI-XIII.
5. Yuri Luz, *Entre bens jurídicos e deveres normativos. Um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*, São Paulo, IBCCRim, 2013, 4 p.

#### IX. Traduções para o português (livros)

1. Claus Roxin, *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro, Renovar, 1. Aufl. 2000, 2. Aufl. 2002. (= *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Aufl., Berlin, 1973);

2. Claus Roxin, *Funcionalismo e imputação objetiva*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002 (= *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 3. Aufl., München, 1997, §§ 7 u. 11);
  3. Claus Roxin, *Estudos de direito penal*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, 2. Aufl. 2008;
  4. Ingeborg Puppe, *A distinção entre dolo e culpa*, Manole, São Paulo, 2004 (= *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1. Aufl., Baden-Baden, 1995, § 15);
- X. *Traduções para o português (artigos)*
1. Claus Roxin, *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 32 (2000), pp. 9-38 (= *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe*, in: Roxin/Schroth [coords.], *Medizinstrafrecht*, 1a ed., Stuttgart etc., 2000, pp. 87 e ss.);
  2. Claus Roxin, *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal*, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 35 (2001), pp. 13-27 (= *Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems*, in: Albrecht u.a. [coords.], *Festschrift für Günther Kaiser*, Berlin, 1998, pp. 885 e ss.);
  3. Claus Roxin, *Tem futuro o direito penal?*, in: *Revista dos Tribunais* 790 (2001), pp. 459-474 (= *Hat das Strafrecht eine Zukunft?*, in: Gössel/Trieffler [coords.], *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg, 1999, pp. 135 e ss.);
  4. Claus Roxin, *A teoria da imputação objetiva*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.38, n.2, p.11-31, 2002, pp. 11-31 (= *Die Lehre von der objektiven Zurechnung*, in: *Chengchi Law Review*, Vol. 50, Maio 1994, pp. 219 e ss.);
  5. Claus Roxin, *A tutela penal da vida humana*, Ed. Damásio de Jesus, São Paulo, 2003, pp. 13-29 (= *Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Lebens*, conferência);
  6. Claus Roxin, *A culpabilidade e sua exclusão no direito penal*, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 46 (2004), pp. 46-72 (= *Schuld und Schuldabschluss im Strafrecht*, in: Bemmann/Spinellis [coords.], *Festschrift für Mangakis*, Athen – Komotini, 1999, pp. 237 e ss.);
  7. Bernd Schünemann, *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal*, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 53 (2005), pp. 9-37 (= *Das Strafrecht ist die ultima ratio zum Rechtsgüterschutz! Von den unverrückbaren Grenzen des Strafrecht in einem liberalen Rechtsstaat*, conferência).



8. Christian Pfeiffer, A demonização do mal, in: RBCC 52 (2005), pp. 277-285 (= Die Dämonisierung des Bösen, Frankfurter Allgemeine Zeitung 5.3.2004);
9. Claus Roxin, Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais, in: Roxin, Estudos de direito penal, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, pp. 31-53 (= Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Rechtfertigung von Straflandrohungen, conferência);
10. Claus Roxin, Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal, in: Roxin, Estudos de direito penal, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, pp. 55-75 (= Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik, in: Dölling [coord.], Festschrift für Lampe, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 423-437);
11. Hans-Joachim Hirsch, Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais 58 (2006), pp. 64-84 (= Zum heutigen Stand der Strafrechtsdogmatik in Deutschland, conferência);
12. Ingeborg Puppe, Ciência do direito penal e jurisprudência, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais 58 (2006), pp. 101-113 (= Strafrechtswissenschaft und Rechtssprechung, conferência);
13. Ingeborg Puppe, Dolo eventual e culpa consciente, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais 58 (2006), pp. 114-132 (= Bedingter Vorsatz und bewußte Fahrlässigkeit, conferência);
14. Rolf-Dietrich Herzberg, A tentativa na autoria mediata, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais 66 (2007), pp. 157-191; e em: Greco/Lobato (coords.), Temas de direito penal, Parte geral, Renovar, Rio de Janeiro, 2008, pp. 345-376 (= Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen, in: Schönemann e outros [coords.], Festschrift für Roxin, DeGruyter, Berlin/New York, 2001, pp. 749 e ss.);
15. Bernd Schönemann, A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas, in: Greco/Lobato (coords.), Temas de direito penal, Parte geral, Renovar, Rio de Janeiro, 2008, pp. 3-17 (= Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege: Ein Drei-Säulen-Modell, in: Schönemann/Dubber [coords.], Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, Heymanns, Köln etc., 2000, pp. 1 e ss.);
16. Bernd Schönemann, Comentário ao estudo de Luis Greco, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais 78 (2009), pp. 35-40 (= Kommentar zur Abhandlung von Luis Greco, in: GA 2007, pp. 644 e ss.);
17. Bernd Schönemann, A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sisifo?, in: Revista Brasileira de Filosofia vol. 58 fasc. 232 (2009), pp.

- 107-132 (= Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus – Eine Sisyphus-Arbeit?, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann [coords.], Paternalismus im Strafrecht, 2010, pp. 221 e ss.);
18. Bernd Schönemann, in: João Paulo O. Martinelli, com o auxílio de Luis Greco, entrevista Bernd Schönemann, in: Revista Libertades 4 (2010) pp. 3-13.
19. Ingeborg Puppe, Dolo, curso causal, imputação, in: Costa Andrade/Antunes/Aires de Sousa (coords.), Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias, Bd. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 821-840;
20. Claus Roxin, Mais uma vez: Sobre a valoração jurídico-penal do fato de consciência, in: Costa Andrade/Antunes/Aires de Sousa (coords.), Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias, Bd. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 863-887.
21. Roland Hefendehl, Uma teoria social do bem jurídico, in: RBCC 87 (2010), pp. 103-120.
22. Bernd Schönemann, O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos, in: Greco/ Tórtima (coords.), O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 25-56 (= Das Rechtsgüterchutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: Hefendehl/Wohlens/v. Hirsch [coords.], Die Rechtsgutstheorie, 2003, pp. 133 e ss.);
23. Roland Hefendehl, O bem jurídico como a pedra angular da norma penal, in: Greco/ Tórtima (coords.), O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 57-75; (= Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, in: Hefendehl/Wohlens/v. Hirsch [coords.], Die Rechtsgutstheorie, 2003, pp. 119 e ss.);
24. Günter Stratenwerth, Sobre o conceito de bem jurídico, in: Greco/ Tórtima (coords.), O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 101-115 (= Zum Begriff des „Rechtsgutes“, in: Eser/Schittenhelm/Schumann [coords.], Festschrift für Lenckner, 1998, pp. 377 e ss.);
25. Knut Amelung, O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos, in: Greco/ Tórtima (coords.), O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 117-158 (= Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: Hefendehl/Wohlens/v. Hirsch [coords.], Die Rechtsgutstheorie, 2003, p. 155 e ss.);
26. Günther Jakobs, O que é protegido pelo direito penal: Bens jurídicos ou a vigência da norma?, in: Greco/ Tórtima (coords.), O bem jurídico



como limitação do poder estatal de incriminar?, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 159-177 (= Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?, in: Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Seiji Saito, 2003, p. 18 e ss.);

27. Claus Roxin, Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, in: Greco/Törtüma (coords.), O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 179-209 (= Zur neueren Entwicklung der Rechtsdebatte, in: Neumann/Herzog [coords.], Festschrift für Hassemer, 2010, p. 561 e ss.);
28. Wolfgang Naucke, A crítica de Kant à teoria empírica do Direito, in: RBCC 95 (2012), pp. 97-116 (= Kant's Kritik der empirischen Rechtslehre. Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an J.G. Universität Frankfurt a.M., 1996);
29. Luigi Ferrajoli, Constitucionalismo e jurisdição, in: Greco/Martins (coords.), Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu septuagésimo aniversário em 2 de setembro de 2012, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, pp. 233-248;
30. Wolfgang Naucke, Direito penal negativo, in: Greco/Martins (coords.), Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu septuagésimo aniversário em 2 de setembro de 2012, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, pp. 473-484 (em colaboração com Fernanda Törtüma);
31. Lorenz Schulz, A suspeita legítima, in: Greco/Martins (coords.), Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu septuagésimo aniversário em 2 de setembro de 2012, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, pp. 617-630;
32. Klaus Volk, Sobre a responsabilidade penal das empresas, in: Greco/Martins (coords.), Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu septuagésimo aniversário em 2 de setembro de 2012, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, pp. 717-730 (= Über die strafrechtliche Haftung von Unternehmen, inédito);
33. Moritz Vormbaum, O caráter restrito da reclamação contra a prisão (Hafbeschwerde) no direito processual penal alemão in: Greco/Martins (coords.), Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu septuagésimo aniversário em 2 de setembro de 2012, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, pp. 745-756 (em colaboração com E. Saad Diniz);
34. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo, in: Schönemann, Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito,

Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2013, p. 127-141 (= Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff, in: Weigend/Küpper [coords.], Festschrift für Hirsch, 1999, p. 363 e s.; em colaboração com Ana Grossi);

35. A chamada "crise financeira" – Falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada? in: Schönemann, Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2013, p. 185-202 (= versão ligeiramente modificada e reduzida de Die sog. Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität, in: Schönemann (coord.), Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität, 2010, p. 71 e ss.);
36. O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal? Uma Confirmação Empírica dos Efeitos Perseverança e Aliança, in: Schönemann, Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2013, p. 205-221 (= Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlussseffekt, in: StV 2000, p. 159 e ss.);
37. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação, in: Schönemann, Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2013, p. 298-323 (= Vom Tempel zum Marktplatz? Wie die Strafrechtstheorie die ökonomische Theorie des Rechts in Praxis, government in governance und Souveränität in Kooperation verwandelt. Conferência realizada na Academia Bávara de Ciências [Bayrische Akademie der Wissenschaften], na sessão de 30.01.2009, inédita).

#### XI. Traduções para o alemão

1. Daniel Pastor, "Recht auf Wahrheit" durch den Strafprozess?, in: Festschrift für Volk, München, Beck, 2009, pp. 540-558.
2. Ricardo Robles Planas, Das Wesen der Strafrechtsdogmatik, in: ZIS 2010, pp. 357-365;
3. Daniel Pastor, Eine Frist, die keine ist? – Über die Durchführung des Strafverfahrens innerhalb einer angemessenen Frist, in: Heinrich et alii (coords.), Festschrift für Roxin zum 80. Geburtstag, DeGruyter, Berlin/New York, 2011, pp. 1287-1299.