

O PAPEL DAS CONDUTAS ALTERNATIVAS CONFORME O DIREITO (RECHTMÄSSIGEN ALTERNATIVVERHALTEN) NA IMPUTAÇÃO DO RESULTADO NOS CRIMES CULPOSOS

Daniel Leonhardt dos Santos¹

Letícia Burgel²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo questionar a relevância que o critério das condutas alternativas, conforme o direito possui para fins de imputação do resultado nos delitos culposos nos casos em que não é certo, mas apenas provável ou possível, que o comportamento alternativo conforme o direito evitaria o resultado. Busca-se analisar quais critérios devem ser utilizados para determinar a evitabilidade do resultado, questionando se as condutas alternativas conforme o direito devem ser utilizadas como um critério de imputação autônomo ou apenas como um elemento auxiliar, verificando as consequências tanto dogmáticas, como práticas, da sua utilização nos delitos culposos.

PALAVRAS-CHAVES: Condutas alternativas conforme o direito; Imputação do resultado; Teoria do incremento do risco.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As condutas alternativas conforme o direito e a sua (ir)relevância para o Direito Penal. 3. A proposta de utilização das condutas alternativas conforme o direito pela *teoria da evitabilidade (Vermeidbarkeitstheorie)*. 4. A *teoria do incremento do risco (Risikoerhöhungstheorie)* de Roxin como critério para imputação. 5. A teoria do fim de proteção da norma. 6. Considerações finais. 7. Referências.

¹ Doutorando (2015 -) e Mestre em Ciência Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2014), especialista em Ciência Penais (2013) e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2012). Bolsista integral CAPES (2015-), bolsista integral FAPERGS (2013-2014) e bolsista de Iniciação Científica (2010-2012). Pesquisador.

² Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bolsista de iniciação científica PIBIC/CNPq. Estudante.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar o papel que as condutas alternativas conforme o direito possuem na imputação do resultado nos delitos culposos na teoria da evitabilidade, na teoria do incremento do risco e na teoria do fim de proteção da norma. A delimitação do problema centrou-se na busca dos critérios a serem utilizados para determinar a evitabilidade do resultado, questionando-se acerca da possibilidade de considerar as condutas alternativas conforme o direito como um critério autônomo de imputação, buscando-se analisar as consequências que podem advir da sua utilização. A escolha da temática se deu em razão da grande discussão dogmática acerca das condutas alternativas conforme o direito, as quais são objeto de inúmeras críticas de renomados doutrinadores, motivo pelo qual selecionamos as principais teorias da imputação que consideram a sua aplicação ou que a rechaçam, analisando os argumentos por elas utilizados, de modo a verificar a (im)possibilidade de aplicação das condutas alternativas conforme o direito nas referidas teorias. Diante do exíguo número de estudos realizados a respeito desse tema em nosso país, mostrou-se academicamente interessante o desenvolvimento de um estudo mais aprofundado. Importante frisar, ainda, que a análise da adequação das condutas alternativas conforme o direito como critério de imputação será centrada apenas aos crimes culposos, excluindo-se, portanto, as condutas dolosas. Ressalta-se que, por ser a análise proposta na presente pesquisa uma verificação de imputação e, dada a restrição imposta, não analisaremos especificamente os crimes culposos; não importando, inclusive, para fins de contraposição com o objeto de pesquisa, o modelo teórico de crime culposos adotado.

As condutas alternativas conforme o direito surgem, como critério, em 1957 no julgamento do “caso do ciclista” pelo Supremo Tribunal Alemão (*Bundesgerichtshof*),³ ocasião em que se abriu espaço, pela primeira vez, em

³ Nesse sentido refere ROXIN: “O motorista de um caminhão deseja ultrapassar um ciclista, mas o faz a 75 cm de distância, não respeitando a distância mínima ordenada. Durante a ultrapassagem, o ciclista, que está bastante bêbado, em virtude uma reação de curto circuito decorrente da alcoolização, move a bicicleta para a esquerda, caindo sob os pneus traseiros da carga do caminhão. Verifica-se que o resultado também teria provavelmente (variante: possivelmente) ocorrido, ainda que tivesse sido respeitada a distância mínima exigida pela Ordenação de Trânsito (*Strassenverkehrsordnung*)”. (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 338.)

âmbito jurisprudencial, para a utilização do denominado critério da “conduta alternativa conforme o direito” como uma tentativa de delimitar a utilização de cursos causais hipotéticos.⁴ A decisão no caso do ciclista representa um grande progresso no estudo da imputação, uma vez que ela esclarece a conexão que deve existir entre a violação do dever de cuidado e o resultado, pois ela demonstra que, para falarmos em imputação do resultado, é necessário algo além da violação de um dever de cuidado e da sua concretização em um resultado. A ação deve ser negligente, ter contribuído causalmente para o resultado e ser componente necessário para a sua ocorrência.⁵

Esse mesmo método é utilizado pela doutrina como um mecanismo para verificar a existência de uma relação específica entre a conduta e o resultado, chamada de nexó de causalidade da infração de dever. Busca-se observar, por meio de um juízo hipotético, a possibilidade de causação do mesmo dano mediante uma conduta alternativa correta. Assim, questiona-se, ante uma ação imprudente, se o agente deverá ser responsabilizado, uma vez que a lesão provavelmente não teria sido evitada caso ele tivesse respeitado a norma de cuidado.⁶

Dessa forma, analisaremos, no primeiro tópico, as condutas alternativas conforme o direito e a sua relação com o sistema jurídico-penal, no segundo tópico; a relação entre as condutas alternativas conforme o direito e sua tentativa de adequação com a teoria da evitabilidade, no terceiro tópico, a teoria do incremento do risco como critério de imputação e, por fim, no quarto tópico, a teoria do fim de proteção da norma e a proposta de utilização auxiliar do critério estabelecido pelas condutas alternativas conforme o direito à análise do fim de proteção da norma.

2 AS CONDUTAS ALTERNATIVAS CONFORME O DIREITO E A SUA (IR)RELEVÂNCIA PARA O DIREITO PENAL

No âmbito da doutrina, ROXIN é o protagonista na discussão sobre

⁴ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 82s.

⁵ PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 mai 2001*, p. 287.

⁶ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 84.

esse tema nos últimos trinta anos. Para o autor, há três circunstâncias que dão unidade a todos esses casos: (i) o agente se comportou da forma incorreta; (ii) há uma lesão a um bem jurídico e, (iii) não obstante, é possível que o dano também viesse a ocorrer ainda que o autor tivesse agido de acordo com a norma.⁷

Contudo, é importante salientar que nem todo cálculo hipotético é relevante para o tipo, pois nem toda a conduta defeituosa hipotética de um terceiro, ou da própria vítima, tem utilidade para explicar a realização do risco. Assim, segundo FEIJÓO SANCHEZ, somente será relevante para a imputação do resultado o cálculo hipotético relacionado com o cumprimento de certas normas de cuidado e com o risco permitido.⁸ Para o autor, a raiz material do problema das condutas alternativas adequadas ao direito consiste na possibilidade de verificar se o resultado é a realização do risco não permitido (da infração do dever), não sendo coincidência que os casos objetos de reflexão estejam no âmbito de subsistemas em que, ainda que o agente aja com o devido cuidado, sempre haverá um resquício de risco considerável, sendo, em algumas ocasiões, difícil delimitar em que ponto começa, de fato, o risco não permitido.⁹ Com o critério das condutas alternativas conforme o direito, pretende-se combater a ideia de que o criador de um risco não permitido responde não somente pelo risco típico por ele desencadeado, mas também por outros riscos permitidos que tenha criado ou favorecido.¹⁰

⁷ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 236. Sobre esse ponto, ver também: FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 12.

⁸ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 17.

⁹ Para FEIJÓO SANCHEZ, os casos analisados através do juízo hipotético de um comportamento alternativo conforme o direito costumam se produzir no marco das atividades com riscos especiais permitidos (indústria, transporte viário, medicina) que possuem regras gerais de conduta, seja por meio de regras jurídicas (segurança e higiene do trabalho, transporte viário, atividades farmacêuticas) ou da *lex artis* (medicina). São exemplos em que há dúvidas se as regras gerais de cuidado teriam alguma utilidade na situação concreta (FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 12).

¹⁰ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 18

Uma das críticas feitas à utilização de condutas alternativas de acordo com o direito é no sentido de que não é necessário acudir a nenhum comportamento hipotético que não tenha ocorrido no caso concreto para determinar se o risco não permitido se integralizou no resultado. Para FEIJÓO SANCHEZ, todos os casos nos quais se tentou resolver por meio da aplicação desse método se solucionam da mesma forma, pois, do ponto de vista do tipo, não há a realização do risco proibido, mas de um risco permitido ou residual acompanhante, ou seja, o risco permitido, o que, por si só, explicaria a ocorrência do dano, independentemente da conduta transgressora do dever.¹¹

No mesmo sentido se posiciona MARTINEZ ESCAMILLA, ao afirmar que a utilização dos cursos causais hipotéticos não auxilia na averiguação do que realmente aconteceu. Segundo a autora, ao questionarmos o risco criado pelo comportamento de acordo com a norma de cuidado, somente saberemos se o perigo real criado pelo agente é maior ou igual ao permitido, não questionando, no entanto, o que importa para fins de imputação, o que de fato ocorreu no caso concreto.¹² Nota-se que grande parte das críticas são realizadas à respeito da utilização do método hipotético para determinar se a conduta alternativa conforme o direito evitaria a ocorrência do resultado. No caso concreto, suprime-se a conduta negligente do agente substituindo-a pela de acordo com a norma, a fim de verificar a permanência do resultado. Esse juízo hipotético de constatação nada mais é do que uma fórmula da teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), o que sem dúvida apresenta inúmeros problemas.

Segundo PUPPE, nos casos de dupla ou múltipla causalidade, como ocorre, por exemplo, no “caso do ciclista”, a teoria da equivalência das condições se mostra insuficiente, uma vez que faz uso de um método de eliminação. Para além disso, muitas vezes não é possível ter conhecimento do número de fatores causais disponíveis, de modo que não se sabe qual poderá substituir qual. A teoria da equivalência das

¹¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 21.

¹² MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992, p. 223.

condições pode conduzir também a resultados incorretos, especialmente nesses casos nos quais há múltiplos fatores que influenciam o resultado, pois os fatos são complexos demais para serem resolvidos da forma proposta por essa teoria.¹³

Afirma ainda a doutrinadora que a aplicação da teoria da equivalência das condições, no caso do ciclista, daria causa a absolvição do caminhoneiro, uma vez que eliminado o seu comportamento negligente; o resultado permaneceria existindo, pois a violação do dever de cuidado do ciclista é suficiente para o esclarecimento do resultado.¹⁴ Para PUPPE, quando substituímos um comportamento que fere o dever de cuidado, por um que é de acordo com ele, não examinamos o risco criado pelo agente com a sua conduta negligente, mas sim um risco que o outro sujeito envolvido, com a sua conduta contrária ao dever de cuidado, criou.¹⁵

Contudo, em que pese os argumentos utilizados pela doutrina a fim de fundamentar a utilização das condutas alternativas como um critério para imputação, tal fato irá se deparar com alguns questionamentos inevitáveis, como, por exemplo, qual deve ser a conduta alternativa conforme o direito utilizável como padrão de comparação com a conduta concreta, na hipótese em que se pode vislumbrar várias outras? Qual seria o meio mais eficaz de se determinar a probabilidade de lesão de uma conduta hipotética adequada ao direito? E como atestar, seguramente, que o resultado constituiu a realização de um determinado risco proibido ou de um risco permitido?¹⁶ Tais questionamentos serão objeto dos próximos pontos do presente trabalho.

¹³ PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, p. 289-290.

¹⁴ PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, p. 291.

¹⁵ PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, p. 291.

¹⁶ MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p.186.

3 A PROPOSTA DE UTILIZAÇÃO DAS CONDUTAS ALTERNATIVAS CONFORME O DIREITO PELA *TEORIA DA EVITABILIDADE (VERMEIDBARKEITSTHEORIE)*

Segundo a *teoria da evitabilidade*, o resultado não deverá ser imputado nos casos em que a lesão não for evitável mediante uma conduta alternativa conforme o direito.¹⁷ De acordo com essa teoria, aquele que provoca um resultado imprudente não deverá responder quando não for possível provar, com uma probabilidade próxima à certeza, que o dano não teria sido produzido se o agente esteve dentro do risco permitido. Ou seja, o autor somente será punido se houver certeza de que o comportamento correto correspondente salvaria o bem jurídico afetado.¹⁸

Parte-se da premissa que o dever de cuidado tem por finalidade evitar resultados típicos, baseando-se no fim de proteção da norma. Assim, se mesmo mediante uma conduta cuidadosa a lesão viesse a ocorrer, tal fato significa que a norma não cumpriu a sua função protetora, de modo que a sua inobservância não terá relevância, devendo ser negada a relação de causalidade entre o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado. Nessa hipótese, a *teoria da evitabilidade* propõe a absolvição do agente, com base no princípio *in dubio pro reo*.¹⁹ A necessária relação entre a conduta contrária ao dever de cuidado e o resultado conduz à conclusão de que os fatos estão submetidos ao pressuposto de que a lesão era evitável e de que ao agente era possível impedi-la. Assim, se o resultado não for evitável também com a conduta conforme o direito, adequada ao caso concreto, torna-se evidente que a infração ao dever de cuidado seria irrelevante para a sua verificação. Com isso, deverá ser excluída a imputação objetiva do resultado, a qual não se orienta pela causalidade física, mas de acordo com um juízo de adequação.²⁰

¹⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 13.

¹⁸ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 90.

¹⁹ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 91.

²⁰ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.332.

Segundo TAVARES, para que haja imputação não basta que a conduta do agente tenha violado uma norma de cuidado e causado um resultado, é necessário, ainda, que o perigo deflagrado com a sua ação tenha se concretizado no dano. Isso se dará quando o resultado, produzido pela conduta descuidada, for evitável. Nas palavras do autor, “a inevitabilidade objetiva do resultado constitui, nos delitos culposos, a essência da imputação no tipo de injusto.”²¹

Um setor da doutrina afirma que o método utilizado pela *teoria da inevitabilidade* conduz à impunidade nos casos em que, apesar de alguém matar ou lesionar, existirem outros riscos em reserva que anulam as possibilidades de sobrevivência de um determinado objeto material.²² Segundo os críticos dessa teoria, ela representa um retrocesso, na medida em faz uso de juízos hipotéticos de constatação e da fórmula da *conditio sine qua non*.²³ Para ROXIN, a *teoria da inevitabilidade* é sustentável apenas do ponto de vista teórico, sendo materialmente injusta, pois suas sentenças se mostram insuficientes do ponto de vista político-criminal, uma vez que conduzem a um nível de impunidade socialmente intolerável.²⁴

4 A TEORIA DO INCREMENTO DO RISCO (RISIKOERHÖHUNGS-THEORIE) DE ROXIN COMO CRITÉRIO PARA IMPUTAÇÃO

O critério do aumento do risco foi inserido por ROXIN, em 1962,

²¹ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.333.

²² FEIJÓO SANCHEZ ilustra com o seguinte exemplo: “aquele que matar alguém, que se espera que seja morto por um assassino profissional, não mataria no sentido do artigo 138 ou 139 do C.P. espanhol (homicídio doloso e assassinato). Entretanto, o assassino que esperava também não matou. Portanto, teríamos um assassinato sem autor. Isso levaria à absurda conclusão de que não se pode imputar um resultado sempre que, além do autor do delito, haja outros dispostos a praticá-lo. Poderia colocar-se em perigo a vida de uma pessoa que vai ser posta em perigo por um terceiro (conduta antijurídica em reserva). Tampouco se consumaria o tipo quando uma pessoa criasse posteriormente outro risco, de conformidade com o direito, ou já estivesse em marcha um fato natural lesivo, como o de uma enfermidade mortal (riscos jurídicos em reserva). A norma perde assim, injustificadamente, seu caráter protetivo dos bens jurídicos mais importantes.” (FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva*: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 14s).

²³ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 92.

²⁴ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 94.

como um critério de imputação nos delitos culposos²⁵ que, nos casos em que não for possível determinar, com probabilidade próxima à certeza, que o risco criado pelo autor acarretou o resultado, de acordo com a *teoria do incremento do risco*, ele deverá ser responsabilizado na hipótese de que um comportamento alternativo conforme ao direito teria, possível ou provavelmente, evitado a concretização do dano. Nesses casos, para que haja imputação, é necessário apenas que o agente ultrapasse o risco permitido e aumente a probabilidade de ocorrência do evento danoso, não sendo preciso verificar se o risco por ele criado foi determinante para a produção do resultado.²⁶ Por ser utilizada e desenvolvida, também, como um critério cujas regras possuem a mesma validade para a aferição da causalidade nos crimes dolosos,²⁷ a teoria do incremento do risco, segundo PRITTWITZ, entra na dogmática jurídico-penal como parâmetro de imputação nos delitos omissivos antes mesmo de ser um critério próprio da imputação objetiva.²⁸

Nas hipóteses de dúvida e em que é possível, mas apenas possível, que o resultado seja produzido por meio de uma conduta conforme a prescrita pelo direito, o tratamento jurídico dessas situações não depende

²⁵ Em que pese a doutrina aponte ROXIN como criador da teoria do incremento do risco, a solução proposta primeiramente por ENGISCH para o problema do comportamento alternativo conforme o direito apresenta claras similitudes com a teoria de ROXIN. Vide MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992, p. 206.

²⁶ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 60.

²⁷ ROXIN expõe como exemplo da aplicação da teoria do incremento do risco aos crimes dolosos o caso dos pincéis de pelo de cabra. O caso original dos "pelos de cabra", julgado pelo Supremo Tribunal do Reich em 1929, consiste no seguinte: "comprado a uma firma comercial chinesa pelo de cabra para a sua fábrica de pincéis e, embora a firma comercial o informasse que teria de desinfetar o pelo, deu ordens para que os seus trabalhadores o transformassem em pincéis sem prévia desinfecção". Quatro trabalhadores foram contaminados por bacilos de carbúnculo e morreram. Segundo as declarações do perito, essas mortes vir-se-iam possivelmente a dar, pois os desinfetantes permitidos não ofereciam suficiente segurança de que os referidos pelos ficariam livres de gérmenes perigosos". (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 236.). Caso o empregador responsável, com dolo de matar os empregados, propositalmente omitisse a desinfecção dos pincéis, em caso de posterior comprovação que a sua ação não acarretou nenhum incremento do risco não permitido, com base na teoria do incremento do risco, apenas seria possível imputá-lo por tentativa de homicídio. E mesmo no caso do ciclista (vide nota n. 3), caso o condutor do caminhão propositalmente ultrapassasse o limite permitido na faixa de condução, com base nos mesmos critérios dessa teoria, seria imputado por homicídio consumado pelo próprio incremento do risco (ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 382-383). I.e., a utilização dos critérios da teoria do incremento do risco para imputação não estaria, segundo o autor, restrita aos delitos culposos, como inicialmente concebida.

²⁸ PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993, p. 323.

da relação de determinação entre o perigo e o dano, mas exclusivamente do fato de saber se uma conduta conforme o dever diminuiria, de modo relevante, o risco de produção do resultado.²⁹ Assim, se fosse possível verificar com segurança que o resultado ocorreria da mesma forma, independentemente do autor atender ao dever de cuidado, não se poderia falar em imputação pela não realização do risco não permitido. No entanto, no “caso do ciclista” não há essa certeza.³⁰ Nesse caso, não é possível verificar com certeza a permanência do resultado danoso (morte) na hipótese de um comportamento diverso conforme o direito por parte do caminhoneiro, e, assim sendo, segundo a *teoria do incremento do risco*, ele deverá responder pela morte do ciclista.³¹

De acordo com ROXIN, para que possamos reconhecer se uma violação do dever de cuidado a qual segue uma morte, fundamenta ou não um homicídio negligente, faz-se necessário “examinar qual a conduta que não poderia ser imputada ao agente como violação do dever, de acordo com os princípios do risco permitido, comparando-se a conduta conforme o direito à forma de atuar do autor.”³² Comprovando-se, então, que a ação do agente aumentou a probabilidade de produção do resultado, ele deverá ser punido a título de crime negligente. Afinal, segundo ROXIN, seria

²⁹ Nesses casos, ROXIN sustenta que essa dúvida deve ser solucionada através de avaliação pericial, tendo por base critérios científicos, não sendo necessária a utilização de processos causais hipotéticos. (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 259.)

³⁰ Sobre o “caso do ciclista” assim refere ROXIN: “Se se puder constatar de modo geral que alguns ciclistas, quando embriagados, se lançam contra os camiões que os ultrapassam, devido a reacções anómalas provocadas pela bebida e se, além disso, se puder constatar que é totalmente irrelevante, quanto a essas reacções e suas consequências, que o condutor do camião mantenha uma distância de 75 cm, que é proibida, ou uma separação de 1m, que é permitida, não se poderá considerar como uma violação do dever de cuidado nos termos do § 222 do StGB a ultrapassagem feita deixando apenas 75 cm de distância, nem, portanto, como tendo existido negligência no respeitante a esse concreto resultado da morte.” (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 258.)

³¹ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 59 e ss.

³² SPENDEL e Eb. SCHMIDT propõe uma solução diferente da de ROXIN. Para eles, estaríamos diante de um homicídio negligente, quando o autor provocou o resultado, e a sua conduta, a qual ocasionou a morte, infringia todos os deveres legais de cuidado, pois nesse caso não faltaria nem a previsibilidade objetiva, nem a subjetiva do processo causal. ROXIN, no entanto, tem essa solução como pouco satisfatória, pois, de acordo com ele, faltaria, ainda, provar que a conjugação da infração do dever legal de cuidado com um resultado típico produziria, necessariamente, um crime negligente. Aceitar essa conclusão seria regressar à antiga, e já superada, teoria da *versari in re illicita*, segundo a qual, se fazemos algo proibido, serão *eo ipso* imputadas como negligentes todas as consequências que daí advêm. (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 257.)

completamente errado supor que a produção de um resultado mediante uma ação que implica um risco maior, não permitido, ficaria impune apenas porque o resultado seria produzido na hipótese de uma ação cuidadosa.³³

Como nos demais casos de realização do risco a sua valoração se dá sob uma perspectiva *ex post*, pois corresponde ao *desvalor* do resultado, devem ser levadas em conta todas as circunstâncias fáticas, mesmo as que somente posteriormente venham a ser conhecidas. Haverá imputação objetiva, portanto, quando, *ex post*, o risco real for maior que o permitido, pois, na concepção de ROXIN, mostra-se político-criminalmente conveniente exigir apenas que a infração de dever do cuidado tenha aumentado o risco já existente de produção do resultado.³⁴

No entanto, em que pese os argumentos trazidos por ROXIN, a *teoria do incremento do risco* é objeto de inúmeras críticas por renomados doutrinadores, enfrentando dificuldades de aceitação, inclusive, pelos tribunais alemães. Dentre seus maiores críticos, podemos citar FEIJÓO SANCHEZ. Segundo ele, a *teoria do incremento do risco* não passa de uma “manipulação dogmática” para poder punir certas “tentativas culposas”, na medida em que, com base nos critérios estabelecidos por ROXIN, não é necessário verificar se o perigo criado pelo sujeito efetivamente se concretizou no dano ao bem jurídico.³⁵ Para FEIJÓO SANCHEZ, a *teoria do incremento do risco* é inaceitável, pois não se pode converter toda e qualquer dúvida sobre a ocorrência de uma tentativa em um delito consumado apenas pelo fato de o ordenamento jurídico-penal não prever uma punição na forma tentada. Tal manobra não respeita os limites dos tipos penais, acarretando uma interpretação extensiva a fim de garantir uma maior punibilidade. Segundo ele, se o legislador decidiu não punir a tentativa culposa, essa decisão deve ser respeitada, assim, não devemos aceitar manipulações dogmáticas para atender a intenções teleológico-político-criminais, sob pena de violação do princípio da

³³ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3º ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 257 e ss.

³⁴CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 97.

³⁵FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 42 e ss.

legalidade.³⁶ Ainda, de acordo com o doutrinador, a ideia de que tudo é objetivamente previsível para quem infringe o dever objetivo de cuidado é responsabilidade objetiva pura, infringindo o princípio da culpabilidade. Não se deve conjecturar sobre o que teria acontecido se o agente não tivesse criado o risco proibido, senão determinar o que efetivamente aconteceu com o risco não permitido, e se houve consumação ou não em um resultado. Dessa forma, não é necessário acudir a nenhum percurso lesivo hipotético que não tenha ocorrido na realidade para determinar se o risco não permitido se integralizou no resultado, bastando apenas observar no caso concreto se o dano ocorreu em razão da ultrapassagem do risco permitido pelo agente.³⁷

Nosso posicionamento, no entanto, difere em parte do de FEIJÓO SANCHEZ. Da mesma forma que o doutrinador espanhol, entendemos que a *teoria do incremento do risco* é dogmaticamente inaceitável, contudo, por motivos diversos. A nosso ver, a *teoria do incremento do risco* equivoca-se na medida em que converte crimes de perigo em crimes de dano,³⁸ afinal, para que o agente seja responsabilizado, basta apenas que ele aumente o risco de produção do resultado. No entanto, nos crimes de lesão, é necessário algo mais do que o mero incremento do risco; é fundamental que o perigo criado se concretize no dano ao bem jurídico.³⁹ Segundo FRISCH, para que possamos falar em relação de causalidade entre o perigo proibido e o evento lesivo, deve ser possível observar no resultado a materialização do risco praticado pelo agente, de modo que, se tal nexa não for constatado, não deverá haver imputação.⁴⁰

³⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 41 e ss.

³⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 20 e ss.

³⁸ No que tange a esta crítica, Santos entende que ela não resiste, pois, segundo ele, a imputação ao tipo objetivo sempre se produz apenas mediante uma colocação em perigo criada pelo autor. A diferença entre os delitos de lesão e os delitos de perigo é que naquele o rico não permitido se realiza no resultado típico, enquanto neste o perigo se realiza em um resultado de colocação em perigo, o qual é determinado de acordo com diversas exigências. Nos casos de conduta alternativa conforme o direito, concorrendo um incremento do risco, ter-se-á plasmado um risco proibido em um resultado lesivo. (SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 129.)

³⁹ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004, p. 572.

⁴⁰ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade Penal: Uma Análise Funcionalista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 113.

Nota-se, também, que ROXIN incorre em uma contradição, visto que a *teoria do incremento do risco* se mostra incompatível com a *teoria da imputação objetiva*. Segundo a *teoria da imputação objetiva*, o resultado somente será imputável ao agente quando a sua conduta tiver criado um perigo para um bem jurídico que tenha ultrapassado o risco permitido, e esse perigo se realizar em um resultado concreto coberto pelo âmbito da norma.⁴¹ Dessa forma, para que houvesse compatibilidade entre essas teorias seria preciso abrir mão de um dos critérios de imputação estabelecido por ROXIN - a verificação do risco não permitido no resultado - pois para a *teoria do incremento do risco* importa apenas que o autor tenha criado um risco proibido que aumentou a probabilidade de ocorrência do dano, sendo irrelevante, para fins de imputação, a concretização do perigo no resultado.⁴²

HERZBERG afirma que, ao imputar objetivamente o resultado à ação nos casos em que mesmo com um comportamento alternativo conforme o direito o resultado típico teria seguramente ocorrido, significaria fazer funcionar a dúvida contra o agente e assim violar um dos princípios do processo penal, o *in dubio pro reo*.⁴³ Assim, ROXIN, ao propor a *teoria do incremento do risco*, pretende trazer para o âmbito da dogmática penal um problema que deve ser resolvido no âmbito do processo penal, por meio da utilização do princípio do *in dubio pro reo*. Nota-se que a presente teoria não possui utilidade dogmática, podendo, inclusive, induzir a erro, acarretando a imputação do resultado nos casos duvidosos ao negar a aplicação do referido princípio com um intuito de evitar uma possível impunidade no âmbito dos delitos culposos.⁴⁴ ROXIN rebate tais críticas afirmando não ser possível fracionarmos o perigo em duas partes autônomas, sendo uma

⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 363 e ss.

⁴² Assim, por meio dos critérios da teoria da imputação objetiva, se o resultado fosse produzido de qualquer maneira, ainda que o sujeito houvesse empregado o cuidado requerido, não poderia haver imputação objetiva, uma vez que o resultado não é precisamente a concreção da lesão de cuidado. (BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal: parte geral*. 3. ed.aum. Barcelona : Ariel, 1989, p. 238.)

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2004, p. 320.

⁴⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997, p. 286.

o risco permitido, e outra, o risco não permitido; e, após, averiguarmos separadamente a realização do perigo. Se o indivíduo, com sua ação, ultrapassa o risco permitido e continua assim o fazendo, cria um risco que, no seu conjunto, é proibido e que, na sua totalidade, ao produzir um resultado, deverá assim ser analisado, não havendo espaço de dúvida para a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.⁴⁵

Para PUPPE, tanto a teoria da evitabilidade, como a teoria do incremento do risco, baseiam-se no estudo da condição necessária e no método, da forma de comprovar a causalidade como um fator para o resultado, se pelas leis naturais, ou pela experiência. O método da teoria da evitabilidade trata da violação do dever de cuidado, substituindo o comportamento negligente do agente por um comportamento de acordo com a norma de cuidado, questionando se o resultado ainda existiria ou se seria evitado. A teoria do incremento do risco segue, mais ou menos, o mesmo princípio. Contudo, ao invés de substituir um comportamento que viola o dever de cuidado por um de acordo com a norma, ela questiona se a violação do dever de cuidado poderia ser suprimida sem que houvesse a diminuição do risco de ocorrência do resultado.⁴⁶

Diante disso, parte da doutrina considera a teoria da evitabilidade e a teoria do incremento do risco como teorias insuficientes, que acabam por induzir a erro, uma vez que as soluções por elas propostas são, muitas vezes, insustentáveis ao conduzir a uma explicação teórica incorreta, fundando-se em critérios de possibilidades, gerando, por conseguinte, uma enorme insegurança jurídica, na medida em que abre margem a um grau exagerado de subjetivismo judiciário, mormente quando analisado mediante critérios garantistas.⁴⁷

Por fim, importa salientar a impossibilidade de recepção da *teoria do incremento do risco* pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro,

⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 380.

⁴⁶ PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 mai 2001*, p. 289.

⁴⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 64.

uma vez que ela terá como barreira o disposto no artigo 13, *caput*, do Código Penal, o qual consagra a teoria da equivalência das condições. Em razão disso, nota-se que a *teoria do incremento do risco* não pode ser recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico-penal, na medida em que a teoria da equivalência das condições estabelece uma noção de essencialidade entre a o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado, ao passo que para a *teoria do incremento do risco* tal relação se mostra irrelevante para fins de imputação.

5 A TEORIA DO FIM DE PROTEÇÃO DA NORMA

Em 1962, o doutrinador espanhol GIMBERNAT ORDEIG desenvolveu, na Alemanha, a *teoria do fim de proteção da norma*,⁴⁸ a qual surge como uma forma distinta de solucionar a problemática das condutas alternativas conforme o direito. O critério do *fim de proteção da norma*⁴⁹ parte de um princípio completamente distinto do da *teoria do incremento do risco*, sendo elas, inclusive, incompatíveis. De acordo com essa teoria, a norma somente desvaloriza certos riscos, pois um resultado somente é considerado típico se supor a realização de um

⁴⁸ Faz-se mister esclarecer que a teoria desenvolvida por GIMBERNAT ORDEIG não é a mesma utilizada por ROXIN na sua *teoria da imputação objetiva*. Posteriormente, na literatura alemã, ROXIN e seus seguidores desenvolveram esse topos do *fim de proteção da norma*, contudo, a partir de uma perspectiva distinta, que serviria ao propósito de interpretação dos tipos penais de acordo com um método teleológico-funcional. O topos da *previsibilidade objetiva*, anteriormente utilizado, facilitava a imputação ilimitada de resultados, na medida em que era um critério demasiado extenso. De acordo com esse critério, se alguém ultrapassa de forma incorreta e o acidente se produz por um defeito irreconhecível de uma roda, ao autor serão imputadas todas as consequências que possam advir do acidente, o qual foi iniciado com a sua ultrapassagem de forma incorreta. Nessa ótica, qualquer resultado que tivesse origem em uma conduta incorreta poderia ser considerado como previsível. O critério do *fim de proteção da norma* permitia soluções diferenciadas, especialmente no que tange à problemática da proibição de regresso, das condutas alternativas conforme o direito, da autor colocação em perigo etc. (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 54s.)

⁴⁹ É importante mencionar que não se deve confundir o *fim de proteção da norma* com o âmbito de proteção do tipo, pois ambos são coisas distintas. A abrangência do tipo se refere ao bem jurídico protegido e à descrição das condutas proibidas ali contidas e que permitem a reprovação. Já no âmbito de proteção da norma há um caráter de valoração do comportamento social, podendo-se analisar com critérios adequados o que é atingido pelo risco permitido e o que ultrapassa esse risco, ingressando na esfera do Direito Penal. (ROSA, Fábio Bitencourt da. Imputação no direito penal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Ano 04, n. 9, 2003, p. 41s.)

risco proibido, mas não de um risco permitido acompanhante.⁵⁰ Para o autor, o fim de proteção da norma é um dos critérios essenciais da teoria da imputação objetiva. Em que pese parte da doutrina o considere como um instrumento sem muita utilidade, tal critério é utilizado reiteradamente na análise de casos concretos a fim de se alcançar uma solução.⁵¹

Para que fique claro o fundamento da *teoria do fim de proteção da norma* pensemos no seguinte caso: um condutor, ao passar em frente a uma escola, não observa a norma que determina a diminuição da velocidade na proximidade de escolas no horário de entrada e saída dos alunos, conduzindo em uma velocidade acima da permitida. Diante disso, um suicida aproveita a oportunidade lançando-se sob o veículo, com o intuito de cometer suicídio. No caso em tela, não há dúvidas que a conduta praticada pelo motorista criou um risco não permitido, contudo ele não deve ser responsabilizado pelo resultado, pois, segundo GIMBERNAT ORDEIG, não seria coerente afirmar que a norma que determina a diminuição de velocidade em frente a escolas tem como fim proteger, além das crianças, pessoas com intenções suicidas.⁵²

Segundo essa teoria, o fim de proteção da norma não consiste em evitar a ocorrência de determinados resultados, mas sim em reduzir determinados riscos a um nível tolerável, ou seja, o fim de proteção da norma não é a diminuição de riscos em geral, mas a redução de riscos determinados.⁵³ O foco da *teoria do fim de proteção da norma* está na finalidade da norma para o caso concreto, pouco importando, para fins de imputação, se o resultado também teria sido produzido com um comportamento correto. Assim, o fato do resultado ser evitável, ou não, não possui relevância para fins de imputação, de modo que o agente deve ser julgado pelo o que realmente aconteceu no caso concreto, e não pelo

⁵⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 48s.

⁵¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Fin de protección de La norma e imputación objetiva. In: *Estudios em homenagem ao Prof. Figueiredo Dias*. n. II, p. 5.

⁵² MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992, p. 229.

⁵³ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992, p. 229.

que hipoteticamente poderia ter acontecido.⁵⁴ Segundo CAVALCANTE DE SOUZA, pode-se haver imputação apesar da inevitabilidade do dano, pois o que importa saber é se a norma de cuidado tinha como missão evitar ou reduzir a lesão.⁵⁵ Nota-se, portanto, que, para GIMBERNAT ORDEIG, as condutas alternativas conforme o direito não possuem nenhuma relevância para determinar a imputação objetiva do resultado. MARTINEZ ESCAMILLA propõe que imaginemos uma variação do “caso dos pelos de cabra”,⁵⁶ na qual teria sido verificado que a desinfecção dos pincéis pelo fabricante não teria eficácia alguma, de modo que o resultado teria ocorrido da mesma forma. Diante dessa formulação, tanto a teoria da evitabilidade, como a do incremento do risco, afastariam a imputação do fabricante. Contudo, na concepção da teoria do fim de proteção da norma, o agente deveria ser punido da mesma forma, uma vez que o fato de uma conduta alternativa conforme o direito ser incapaz de evitar o resultado não possui efeitos relevantes na constatação donexo de risco. Assim, podemos afirmar que o resultado é consequência da realização da lesão do dever de cuidado, pois o que é decisivo consiste no fato de se a lesão é aquela cuja norma infringida tinha como objetivo evitar ou reduzir.⁵⁷

Contudo, a teoria do fim de proteção da norma tem sido vista, por parte da doutrina, como a revitalização do princípio *versari in re illicita*, na medida em que há a possibilidade de fazer com que o sujeito responda por todas as consequências de sua conduta ilícita, inclusive as imprevisíveis. Contudo, os defensores da teoria afirmam que, para que haja imputação, não basta apenas a verificação de causalidade, mas também deve estar presente a previsibilidade, de modo que a aplicação da *teoria do fim de proteção da norma* não geraria uma responsabilização objetiva.⁵⁸

Para GIL E GIL, defensora da teoria do fim de proteção da norma, em que pese as considerações de grande parte da doutrina, especialmente

⁵⁴ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 87.

⁵⁵ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 86.

⁵⁶ Vide nota n. 27.

⁵⁷ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992, p. 236.

⁵⁸ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 88.

de GIMBERNAT ORDEIG, a teoria do fim de proteção da norma deve, sim, considerar o comportamento alternativo conforme o direito para fins de imputação do resultado, contudo apenas como um meio auxiliar da interpretação do fim de proteção da norma, desempenhando um papel secundário, na medida em que caberia a ele apenas demonstrar a eficácia da norma ao caso concreto; ou seja, se ela de fato cumpriu o seu papel protetivo.⁵⁹ Para a doutrinadora, o comportamento hipotético correto teria como missão apenas investigar o caminho causal que não se pretende evitar, tendo por base o critério do risco permitido. Assim, se o resultado é produto de determinados fatores, os quais a proibição não pretendia evitar, tendo em vista que a possibilidade de sua ocorrência estaria dentro do âmbito do risco permitido, o dano estaria, portanto, fora do fim de proteção da norma.⁶⁰

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, pela exposição traçada nos quatro tópicos deste trabalho, analisar o papel que as condutas alternativas conforme o direito possuem na imputação do resultado nos delitos culposos na teoria da evitabilidade, na teoria do incremento do risco e na teoria do fim de proteção da norma. A delimitação do problema centrou-se na busca dos critérios a serem utilizados para determinar a evitabilidade do resultado, questionando-se acerca da possibilidade de considerar as condutas alternativas conforme o direito como um critério autônomo de imputação, buscando-se analisar as consequências que podem advir da sua utilização. Portanto, podemos esboçar, por tudo que foi exposto, as seguintes considerações finais:

Tópico 1: As condutas alternativas conforme o direito têm sua origem no julgamento, em 1957, do “caso do ciclista” pelo Supremo Tribunal Alemão (*Bundesgerichtshof*), ocasião em que se abriu espaço,

⁵⁹ GIL E GIL, Alicia. *El delito Imprudente*. Fundamentos para la Determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, 2007, p. 347s.

⁶⁰ GIL E GIL, Alicia. *El delito Imprudente*. Fundamentos para la Determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, 2007, p. 352.

pela primeira vez, em âmbito jurisprudencial, para a utilização do denominado critério da “conduta alternativa conforme o direito” como uma tentativa de delimitar a utilização de cursos causais hipotéticos. Uma das principais críticas direcionadas às condutas alternativas de acordo com o direito como critério de imputação consiste no fato de não ser necessário acudir a nenhum comportamento hipotético que não tenha ocorrido no caso concreto para determinar se o risco não permitido se integralizou no resultado.

Tópico 2: A teoria da evitabilidade expõe que o resultado não deverá ser imputado nos casos em que a lesão não for evitável mediante uma conduta alternativa conforme o direito, ou seja, aquele que provoca um resultado imprudente não deverá responder quando não for possível provar, com uma probabilidade próxima à certeza, que o dano não teria sido produzido se o agente esteve dentro do risco permitido. Uma das críticas direcionadas a essa teoria consiste na impunidade que a sua utilização ocasionaria nos casos em que, apesar de alguém causar um dano a um bem jurídico, existirem outros riscos em reserva que anulem as possibilidades de sobrevivência de um determinado objeto material.

Tópico 3: A teoria do incremento do risco foi desenvolvida em 1962, por ROXIN, como um critério de imputação nos delitos culposos que, nos casos em que não for possível determinar, com probabilidade próxima à certeza, que o risco criado pelo autor acarretou o resultado, ele deverá ser responsabilizado na hipótese de que um comportamento alternativo conforme ao direito teria, possível ou provavelmente, evitado a concretização do dano. Nesses casos, para que haja imputação, é necessário apenas que o agente ultrapasse o risco permitido e aumente a probabilidade de ocorrência do evento danoso, não sendo preciso verificar se o risco por ele criado foi determinante para a produção do resultado. Tal teoria é bastante criticada, sendo denominada por alguns, inclusive, de “manipulação dogmática”, na medida em que não é necessário verificar se o perigo criado pelo sujeito efetivamente se concretizou no dano ao bem jurídico. Acreditamos que a aplicação da *teoria do incremento do risco* é dogmaticamente inaceitável, uma vez que acaba por converter

delitos de perigo em delitos de dano ao sustentar a ideia de que, para haver imputação, é suficiente a constatação do nexo de aumento do risco, sendo desnecessária a verificação da realização do risco não permitido na lesão. Nosso posicionamento é no sentido de que, para imputarmos um dano em um crime de resultado naturalístico, é essencial constatar que o risco criado pelo agente foi o que determinou a sua ocorrência, na medida em que o nexo existente entre o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado é elementar para a verificação do ilícito-típico negligente. A solução proposta por ROXIN, com essa teoria, mostra-se, além de problemática, também desnecessária, uma vez que, nos casos em que não for possível constatar com uma probabilidade próxima à certeza que um comportamento alternativo conforme o direito evitaria a ocorrência do resultado, o sujeito deve ser absolvido com base no princípio do *in dubio pro reo*, já consagrado em nossa legislação. Assim, se o Estado, o qual possui o dever de comprovar que o agente cometeu o delito que lhe está sendo imputado, não conseguiu produzir as provas necessárias para fazê-lo, não seria justo responsabilizar o sujeito pela ineficácia do papel do Estado na persecução criminal. Diante disso, nota-se que ROXIN procura oferecer uma solução no âmbito do direito penal, contudo, ela já existe na esfera do processo penal (*princípio da presunção de inocência*).

Tópico 4: A teoria do fim de proteção da norma surge como uma forma distinta de solucionar a problemática das condutas alternativas conforme o direito. Partindo de um princípio distinto do utilizado pela teoria do incremento do risco, o fim de proteção da norma não consiste em evitar a ocorrência de determinados resultados, mas sim em reduzir determinados riscos a um nível tolerável, ou seja, o fim de proteção da norma não é a diminuição de riscos em geral, mas a redução de riscos determinados. O foco da *teoria do fim de proteção da norma* está na finalidade da norma para o caso concreto, pouco importando, para fins de imputação, se o resultado também teria sido produzido com um comportamento correto. Assim, o fato do resultado ser evitável, ou não, não possui relevância para fins de imputação, de modo que o agente deve ser julgado pelo o que realmente aconteceu no caso concreto, e não pelo que hipoteticamente

poderia ter acontecido. Concordamos com o exposto por GIL E GIL, segundo a qual a teoria do fim de proteção da norma deve, sim, considerar o comportamento alternativo conforme o direito para fins de imputação do resultado, contudo apenas como um meio auxiliar da interpretação teleológica da norma, desempenhando um papel secundário, na medida em que caberia a ele apenas demonstrar a eficácia da norma ao caso concreto; ou seja, se ela de fato cumpriu o seu papel protetivo.

7 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade Penal: uma análise funcionalista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal: parte geral*. 3. ed.aum. Barcelona: Ariel, 1989.

CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2004.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004.

GIL E GIL, Alicia. *El delito Imprudente*. Fundamentos para la Determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Fin de protección de La norma e imputación objetiva. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Figueiredo Dias*. n. II.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., 1997.

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992.

MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993.

PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 mai 2001*.

ROSA, Fábio Bitencourt da. Imputação no direito penal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Ano 04, n. 9, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004.

SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*. Barueri, SP: Manoele, 2004.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.