

A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS CRIMES CULPOSOS: PARÂMETROS PARA A SUPERAÇÃO DA DOUTRINA TRADICIONAL

Marcos Afonso Johner¹

Diego Alan Schöfer Albrecht²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 O DESVALOR DA AÇÃO. 3 O DESVALOR DO RESULTADO. 4 SUPERAÇÃO DE ALGUNS PONTOS DA TEORIA TRADICIONAL. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: sistematicamente localizado no âmbito do Direito Penal, este estudo objetiva verificar, a partir da teoria da imputação objetiva, quais os critérios de criação e desaprovação jurídica do risco, bem como da materialização deste no resultado, especificamente em relação aos delitos culposos, para superar alguns dos inconvenientes da doutrina tradicional. O método utilizado é o hipotético-dedutivo. Consegue-se, ao fim, aprimorar e até substituir alguns conceitos, como os de homem médio e previsibilidade objetiva, por pautas dogmáticas mais complexas, que permitem maior grau de racionalidade do intérprete quando da valoração normativa do injusto culposos.

Palavras-chave: Crime culposos. Imputação objetiva.

Abstract: systematically located within the scope of Criminal Law, this study aims to verify, from the theory of objective imputation, the criteria of creation and juridical disapproval of risk, as well as the materialization of this in the result, specifically in relation to guilty crimes, to overcome some of the drawbacks of traditional doctrine. The method used is hypothetico-deductive. In the end, it is possible to improve and even substitute some concepts, such as those of medius man and objective predictability, by more complex dogmatic guidelines, which allow a greater degree of rationality of the interpreter when the normative valuation of unjust guilty.

Keywords: Guilty crime. Objective imputation.

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, insta destacar que este trabalho é fruto da monografia elaborada pelo primeiro autor e orientada pelo segundo, intitulada “Crimes culposos e critérios de imputação nos casos de incremento do risco”, apresentada como requisito parcial para a aprovação no Curso de Direito do Centro Universitário FAI, e para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Especificamente à proposta deste escrito, salienta-se que os crimes culposos são espécies delitivas de cunho estritamente normativo, que dependem de um juízo de valoração do intérprete para verificar se a causação ocorrida pode ser atribuída ao autor como obra dele. Destarte, é necessário perquirir acerca da criação de um risco juridicamente desaprovado e se este risco foi aquele que se materializou no resultado.

¹ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário FAI de Itapiranga/SC. E-mail: marcosjohner@yahoo.com.br.

² Doutorando e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Coordenador e professor do Curso de Direito do Centro Universitário FAI de Itapiranga/SC. E-mail: diea2110@yahoo.com.br.

O presente artigo propôs analisar estas pautas dogmáticas para o fim de permitir superar alguns dos inconvenientes da doutrina tradicional e será desenvolvido em três partes. Na primeira, falar-se-á do desvalor da ação, para basicamente verificar quando se está diante de um risco juridicamente desaprovado. Na segunda, dar-se-á ênfase ao desvalor do resultado, visando a explicar quando o risco não permitido foi o responsável pela produção da ofensa ao bem jurídico. Na terceira e última, buscar-se-á, a partir da introdução desses critérios de imputação objetiva, superar alguns pontos inadequados da doutrina usual.

2 O DESVALOR DA AÇÃO

Para que uma conduta seja desvalorada é necessário que ela tenha criado um risco juridicamente desaprovado. Dessa forma, num primeiro momento deve-se verificar se a ação é perigosa, isto é, se se criou “una situación en la qual la producción de un resultado (al menos) es de esperar con cierta probabilidad”³. Trata-se do *juízo de criação do risco*, aferido com base na prognose póstuma objetiva:

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. Objetiva, porque a prognose parte dos dados conhecidos por um observador objetivo, por um homem prudente, cuidadoso – e não apenas por um homem médio – pertencente ao círculo social em que se encontra o autor. Póstuma, 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 da ação, diria que esta gera uma possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico.⁴

O exemplo comumente mencionado é o do sujeito que compra passagem aérea para que outrem realize uma viagem de avião, esperançoso de que a aeronave caia para que a pretensa vítima venha a falecer. Operacionalizando o problema de acordo

³ KINDHÄUSER, Urs. **Incremento del riesgo y disminución del riesgo**. In: SANCINETTI, Marcelo A. Causalidad, riesgo e imputación. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 581-582

⁴ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 35.

com a prognose póstuma objetiva, pode-se afirmar que não há a criação de risco, pois o homem prudente não consideraria perigosa, por si só, a viagem de avião.⁵

E se, no caso apresentado, o agente soubesse que, naquele voo específico, ocorreria um atentado terrorista? Em tal circunstância, ele tem um conhecimento a mais do que o homem prudente: levando-se em consideração apenas os fatores conhecidos pelo observador objetivo, os resultados seriam os mesmos, ou seja, não se criaria risco algum. Para evitar tal inconveniente, inclui-se, na prognose póstuma objetiva, os *conhecimentos especiais e capacidades superiores* de que dispunha o autor,⁶ pois se pode (e deve) esperar daquele que conhece elementos de perigo, desconhecidos pelos demais, que os considere na orientação da sua conduta.⁷

O assunto é controverso, tendo em conta a noção difundida por Jakobs, no sentido de que “um conhecimento sem o respectivo dever de conhecer seria um elemento não jurídico do delito, ao estar definido de maneira totalmente psicológica”⁸. O citado autor se vale do exemplo do estudante de biologia que auferia renda trabalhando como garçom; ao receber a ordem para entregar determinada iguaria exótica, percebe, devido aos seus estudos, que uma fruta é venenosa. Mesmo assim, entrega o alimento aos clientes, que, posteriormente, morrem envenenados. Segundo Jakobs, o estudante não violou seu *papel social*, pois não se espera de um garçom avançados conhecimentos em biologia, razão pela qual sua omissão não ultrapassou

⁵ GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 35. Cuesta Aguado entende tratar-se de um suposto de *ausência de ação*, ainda que se refira ao exemplo do sobrinho que envia o tio à floresta (CUESTA AGUADO, Paz M. de la. **Tipicidad y imputación objetiva**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 136). Não parece correta essa opinião, pois não se está diante de *coação física irresistível, estado de inconsciência, ato reflexo ou caso fortuito ou força maior*. Portanto, ação há; porém, sem criar risco algum.

⁶ BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito penal: parte geral**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 83-84, embora se referindo ao nexos de causalidade e à teoria da adequação; BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 194-195; FRISCH, Wolfgang. **Tipo penal e imputación objetiva**. Tradução do alemão para o espanhol por Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid: Editorial Colex, 1995, p. 101; GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 36; JESUS, Damásio E. de. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 9. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 299; ROXIN, Claus. **Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 367; SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la imputación objetiva**. Teoría actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998, p. 233.

⁷ FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva: estado de la cuestión**. In: ROXIN; Claus; JAKOBS; Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH; Wolfgang; Köhler, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000, p. 56.

⁸ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 51. No entanto, o autor admite a inclusão dos conhecimentos especiais quando estes se entrelaçam com os conhecimentos relativos ao papel do autor, relativamente aos âmbitos da concorrência por organização e da concorrência institucional; a fundamentação se encontra nas páginas 51-53 da obra citada nesta nota.

os níveis do permitido em relação ao tipo penal de homicídio; eventual punição se restringiria, tão só, à omissão de socorro.⁹

A proposta de Jakobs, nesse ponto, é insustentável. Simplesmente ignorar os conhecimentos especiais em hipóteses semelhantes daria azo à impunidade de situações relevantes, como a mencionada, deixando desabrigado o bem jurídico tutelado pela norma.¹⁰ Portanto, crê-se correta a posição daqueles autores que incluem os conhecimentos especiais na criação do risco. Luís Greco arremata: “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”¹¹.

Considerando que “perigosas são apenas as ações que gerem uma possibilidade de dano não tão remota, que pareça desprezível para um homem prudente”¹², os riscos que sequer atingem esta alçada são tidos como *juridicamente irrelevantes*, sem repercussões na imputação objetiva. Tais supostos podem ser enquadrados no chamado *princípio da intangibilidade do risco*, que justamente se reporta à insignificância da contribuição causal. Dessa forma, o fato de o agente jogar um balde de água numa represa que, minutos depois, vem a romper-se, não caracteriza uma atuação perigosa: o homem prudente não diria que um recipiente jogado à imensidão do restante da água seria capaz de causar, por si só, a inundação.¹³

⁹ JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* [n. 8], p. 50.

¹⁰ Uma das críticas que se realiza em relação à inclusão dos conhecimentos especiais é a de que se estaria subjetivando o tipo objetivo. Correto, porém, o rebate de Roxin: “A imputação objetiva se chama “objetiva” não porque circunstâncias subjetivas lhe sejam irrelevantes, mas porque a ação típica constituída pela imputação – o homicídio, as lesões, o dano etc. – é algo objetivo, ao qual só posteriormente, se for o caso, se acrescenta o dolo, no tipo subjetivo. Ao tipo subjetivo pertencem somente elementos subjetivos do tipo, como o dolo e os elementos subjetivos do injusto. Conteúdos de consciência que não são elementares do tipo, mas que têm importância unicamente para o juízo de perigo ou para a distribuição da responsabilidade entre os diversos participantes, dizem respeito à imputação ao tipo objetivo” (ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 122).

¹¹ GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 39.

¹² GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 40.

¹³ Para Juarez Tavares o princípio referido teria aplicabilidade no setor da realização do risco, mais especificamente nos casos de ausência de realização do risco não permitido no resultado, além de não se valer do homem prudente para sustentar a sua tese. A nosso sentir, não há como visualizar a criação de um risco no exemplo ilustrado, tendo em vista que as possibilidades de dano, decorrentes do despejo do vasilhame na represa, são tão remotas que, por isso mesmo, se consideram irrelevantes. Além do mais, subsistindo dúvidas acerca da sua relevância jurídica para erigir a causação a um risco ao bem jurídico, outra medida não há que a aplicação do *in dubio pro reo*.

Ademais, os casos de *diminuição do risco* também afastam a criação de uma situação perigosa; afinal, não estão proibidas “aquelas ações que não são 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*”¹⁴. Exemplo: “A”, no exato instante em que “B” manejava uma arma para disparar contra “C”, consegue mover o braço daquele levemente para cima; o tiro atinge “C” apenas de raspão. Sem a intervenção de “A”, provavelmente o projétil acertaria uma região mortal do corpo de “C”. Portanto, a ação de “A” não pode ser considerada perigosa, justamente porque evitou a ocorrência de um mal maior.¹⁵ Além do mais, é imprescindível que, numa tal situação, o bem jurídico já se encontre em perigo¹⁶ e que a ação do interveniente não crie um risco novo.¹⁷

Constatada a criação de um risco, deve-se ponderar se este pode ser juridicamente desaprovado, isto é, se excedeu os níveis da tolerabilidade social. O risco permitido pelo Direito “é *exatamente aquele proveniente de comportamentos*

¹⁴ GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 40. Assim também ROXIN, Claus. *Op. Cit.* [n. 6], p. 365-366.

¹⁵ Não se deve perder de vista a dificuldade dogmática para resolver alguns casos limites, que podem ser extraídos mediante derivação do exemplo já fornecido: a) o projétil atinge um ou mais dedos da mão da vítima, que é guitarrista de uma banda e aufere renda nesse labor, ensejando a amputação dos órgãos; b) o projétil atinge a vítima em área não letal, mas que, fatalmente, lhe causa tetraplegia. Em ambos os exemplos, é difícil visualizar uma diminuição do risco. No primeiro deles, justamente porque se trata do meio de subsistência da vítima; no segundo, porque as consequências da conduta do desviante foram severamente prejudiciais à saúde corporal do sujeito passivo da infração. Nesse cenário, Kindhäuser sustenta que a teoria da diminuição do risco confunde duas questões: a causação do resultado e a sua possível justificação em virtude da evitação de outro resultado que está prestes a acontecer. O autor sugere que, no caso do exemplo principal (inserido no texto), a conduta daquele que desviou o projétil seria atípica; doutro lado, remetendo à hipótese da paraplegia, ruma pela tipicidade comportamental, ao argumento de que houve incremento considerável do risco (o mesmo fundamento deve ser aplicável à lesão no músico) (KINDHÄUSER, Urs. *Op. Cit.* [n. 3], p. 590-591). Denota-se que a linha distintiva entre a diminuição do risco e a justificação é bastante tênue. Desse modo, a análise dependeria, quase sempre, da aferição das condições da vítima concreta, para o fim de saber se a modificação do curso causal primário diminuiu ou incrementou as possibilidades de risco à sua integridade corporal.

¹⁶ GALVÃO, Fernando. **Imputação objetiva**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 118. Referido autor cita como exemplo o motorista imprudente que atropela um pedestre e lhe causa lesões nas pernas. Devido a isso, a vítima não pôde realizar viagem de avião. Posteriormente, verifica-se que a aeronave caiu e todos os passageiros morreram. Assim sendo, o causador das lesões responde pelos resultados que causou, pois, no momento da conduta, inexistia perigo de morte ao lesionado. Vale dizer, o tipo penal de lesões corporais culposas no trânsito tem por finalidade evitar a ocorrência de danos no respectivo âmbito de incidência, e não mortes decorrentes de quedas de aviões.

¹⁷ FRISCH, Wolfgang. *Op. Cit.* [n. 6], p. 35-36; TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 380, que dá o exemplo do agente que, “ao procurar evitar que a vítima seja alcançada por uma grande pedra, acaba por lançá-la em um buraco, onde tem a perna quebrada”.

tolerados apesar de arriscados” (grifo do autor)¹⁸⁻¹⁹⁻²⁰, apresentando-se como conceito formal,²¹ “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”²²⁻²³, justamente para evitar uma limitação absolutamente insustentável da liberdade de agir.²⁴

Para tanto, é possível recorrer a três critérios preponderantes e verificar se houver a *violação a uma norma jurídica de segurança, afetando a confiança recíproca*

¹⁸ SANTOS, Humberto Souza. Co-autoria em delitos culposos? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 56, p. 9-32. São Paulo. Setembro/Outubro de 2005, p. 23. Martinez Escamilla diz que o risco permitido é todo aquele que acompanha uma conduta objetivamente prudente (MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. **La imputación objetiva del resultado**. Madrid: Edersa, 1992, p. 137).

¹⁹ É interessante a observação de Claudia López Díaz de que a principal fonte para estabelecer quando se está diante de um risco permitido é a configuração social, porque, por intermédio dela, se vão legitimando historicamente os perigos (no século XIX, por exemplo, realizar um voo de avião era uma atividade considerada perigosa; hoje, contudo, é um risco socialmente tolerado) (LÓPEZ DÍAS, Claudia. **La Teoría de la Imputación Objetiva**. In: GONZÁLEZ, Mireya Bolaños. *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Mérida (Venezuela): Universidad de Los Andes, 2005, p. 154). Assim, leciona Corcoy Bidasolo, o âmbito próprio do risco permitido é o das *atividades perigosas que se consideram de utilidade social* e este é, precisamente, o âmbito em que se desenrolam 99,9% da delinquência imprudente. Para a autora, a utilidade social é a base da construção dogmática do risco permitido (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente**. Tomo II. Barcelona: sem informação de editora, 1988, p. 432).

²⁰ Cancio Meliá divide os supostos de risco permitido em dois grandes grupos: a) aqueles nos quais uma atividade criadora de riscos é permitida em determinadas circunstâncias, em que pese existir uma regulamentação expressa (tráfego de veículos automotores, por exemplo) ou sem tal regulamentação (a *lex artis* na atividade médica, *e.g.*); b) aqueles nos quais o elemento preponderante é a normalidade social da conduta geradora de risco (o famoso caso do sobrinho que envia seu tio à tormenta), independentemente da existência de regulamentação em termos quantitativos de *níveis de risco* medidos em velocidade, *standards* de conduta etc. (CANCIO MELIÁ, Manuel; ARANDA, Enrique Díaz. **La imputación normativa del resultado a la conducta**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 23). Se bem que, neste segundo grupo – pelo menos no exemplo fornecido pelo autor – sequer se falaria em criação de risco pela prognose póstuma objetiva (um observador objetivo não diria que enviar o tio a um bosque gera real possibilidade de dano).

²¹ González de Murillo, com amparo em Maiwald, sustenta que o risco permitido somente conteria a indicação de que existem casos em que é permitida a conduta arriscada, mas não a indicação dos motivos substanciais da autorização, que surgem de categorias dogmáticas heterogêneas. Justamente por isso se apresenta como um conceito formal, pois resume formalmente estas diversas categorias, que mostram uma estrutura dogmática comum (que se manifesta quando a colocação em perigo permitida se transforma na lesão de um bem jurídico) (GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano. **Teoría del delito imprudente** (doctrina general y regulación legal). Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1991, p. 150). Também reconhecendo como um princípio formal, conferir: MAIWALD, Manfred. **De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido” para la sistemática del Derecho Penal**. Tradução para o espanhol de Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 18.

²² GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 65-66.

²³ Sem se esquecer, é claro, que a determinação do risco permitido deve realizar-se em cada caso concreto, ante a impossibilidade de generalização, até mesmo em supostos parecidos (CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Op. Cit.* [n. 5], p. 134).

²⁴ FRISCH, Wolfgang. *Op. Cit.* [n. 6], p. 40. Outros, como González de Murillo, advertem que a proibição de atividades socialmente úteis conduziria à paralização da vida social (GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano. *Op. Cit.* [n. 21], p. 138).

das relações intersubjetivas, em situação tal que não seria praticada pelo homem prudente.

A violação a uma *norma jurídica de segurança* constitui *indício* de desaprovação jurídica do risco. A função é indiciária porque “nem sempre a violação da norma fundamentará risco proibido, e nem tampouco a obediência sempre fará do risco algo permitido”²⁵, tendo em vista que aquilo que é abstratamente perigoso pode não vir a sê-lo no caso concreto.²⁶ É o exemplo do motorista imprudente que viola os limites de velocidade impostos na rodovia em que transita.

Doutro giro, o *princípio da confiança* orienta que as pessoas, ao agirem, não precisam se preocupar “com a possibilidade de que outra pessoa possa se comportar erradamente e com isso concorrer para a produção de um resultado indesejável”²⁷, pois, “quando o comportamento dos seres humanos se entrelaça, não faz parte do papel do cidadão controlar de maneira permanente a todos os demais; de outro modo, não seria possível a divisão do trabalho”²⁸⁻²⁹. Seu campo de incidência mais

²⁵ GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 55. No mesmo sentido: D’AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 50: “No entanto, deve ficar claro que a inobservância de normas regulamentares *tem caráter apenas indiciário* da produção de um risco não permitido, na medida em que a norma generalista não tem valoração vinculante” (grifo do autor). Conferir, também: FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Tradução do alemão para o espanhol por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 106; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. Reimpressão da Segunda Edição. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 58; SANTOS, Humberto Souza. *Op. Cit.* [n. 18], p. 9-32. São Paulo. Setembro/Outubro de 2005, p. 24; TERRAGNI, Marco Antonio. **El delito culposo**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1998, p. 75. Por isso crê-se equivocada a afirmação de Felipe Lima de Almeida (**Causalidade e imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 157), para o qual “a regulamentação de uma atividade através de normas de segurança prova a existência de um risco juridicamente relevante”.

²⁶ ROXIN, Claus. *Op. Cit.* [n. 6], p. 1002.

²⁷ GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 59.

²⁸ JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* [n. 8], p. 26. O autor citado se refere ao “papel do cidadão”: a expressão se deve ao fato de que Jakobs constrói sua teoria da imputação na ideia de que cada componente da sociedade é portador de um *papel social*, definido como “um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas” (JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* [n. 8], p. 20). Com efeito, não se trata de (des)valorar a ação do sujeito em si, mas a ação do portador de um papel, com base na orientação normativa correspondente à função exercida pelo indivíduo na sociedade. Além disso, Jakobs transforma o princípio da confiança em *critério geral de imputação* (ao lado do risco permitido, da proibição de regresso e do âmbito de responsabilidade da vítima), e não em etapa da desaprovação jurídica do risco. Mesmo assim, reputou-se possível a inserção da referência no texto, uma vez que o sentido dado à base de apreciação é semelhante.

²⁹ Peñaranda Ramos, Suárez González e Cancio Meliá advogam que “as hipóteses de aplicação do princípio da confiança não deixam de formar parte do grupo de casos nos quais o risco permitido requer uma adaptação às circunstâncias concretas” (PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do Direito Penal: Considerações sobre a Teoria da Imputação Objetiva de Günther Jakobs**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 78). Contudo, apesar de não estar incorreta a

acentuado se dá no *trânsito de veículos automotores* e naquelas atividades em que há *divisão do trabalho*, como numa operação médico-cirúrgica.³⁰

Aliado aos dois critérios acima apresentados, mais uma vez retorna-se ao *homem prudente*; agora, questionar-se-á se, além de considerar a ação perigosa, ainda a praticaria, incluindo-se aí também os *conhecimentos especiais* de que dispunha o autor concreto.³¹

Tais critérios foram cunhados de preponderantes porque, naqueles casos em que não é possível tomá-los por base, recorre-se ao critério residual dos *deveres de informação e de omissão*. Segundo Roxin, há um *dever de informação* para quem se dispõe a realizar uma conduta e não pode valorar os riscos para os bens jurídicos, e um *dever de omissão* no caso de não ser possível ou parecer que de nada servirá a informação. Desse modo, quando o agente não é capaz de fazer frente aos perigos devido a insuficiências físicas ou por falta de prática ou habilidade, deve omitir a conduta. Em síntese: quem não sabe algo, deve informar-se; quem não pode fazer algo, não deve fazê-lo.³² Exemplificando, se o paciente comunica ao médico que “tem algo no coração”, é imprudente proceder a uma anestesia geral sem prévio exame por um especialista.³³

advertência dos autores, é preciso lembrar que, “enquanto, no risco permitido, um conflito deve ser definido como erro do agente ou da vítima ou como adversidade, no princípio da confiança, acrescenta-se a possibilidade de definir o conflito como erro do terceiro envolvido”, sendo que “essa possibilidade de lidar com um conflito constituiria a principal raiz do princípio da confiança” (JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 302).

³⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. *Op. Cit.* [n. 25], p. 52.

³¹ GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 63-64.

³² Juarez Tavares reconhece a abstenção da conduta perigosa como uma das formas, ao lado do reconhecimento da situação de perigo, do conteúdo do dever de cuidado (externo). Segundo o autor, “essa abstenção deve ser imediata e repentina e tomada sempre em vista, desde que o agente, com a atividade, não se encontre em condições efetivas de evitar o perigo”. No mesmo sentido em relação aos deveres de informação (TAVARES, Juarez. *Op. Cit.* [n. 17], p. 320 e ss.).

³³ ROXIN, Claus. *Op. Cit.* [n. 6], p. 1009-1010. Consegue-se pensar em outro exemplo: “A”, numa confraternização entre amigos, gaba-se que é um exímio nadador. Todavia, ele não sabe nadar. Quando “A” se aproxima da piscina, “B”, para testar as habilidades dele, empurra-o contra a água. “B” não sabia que “A” mentira. Em tal caso, “B” tinha o dever de informar-se se, realmente, “A” era tão bom nadador; não tendo a informação, deveria omitir sua conduta. Por derradeiro, se “A” morresse, “B” responderia por homicídio culposo, pois, numa perspectiva *ex post*, o homem prudente reputaria que a ação *ex ante* gerou uma probabilidade de lesão – houve a criação de um risco. Além disso, esse risco excedeu os níveis do permitido, pois o homem prudente buscaria a veracidade das informações – o risco é juridicamente desaprovado. E, por fim, o risco criado pelo agente foi aquele que se realizou no resultado. Referindo-se ao dever de informação, ainda que resumidamente, conferir MONTT, Mario Garrido. **Derecho penal**. Parte General. Tomo II. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 169. Fazendo menção a tais deveres como *conteúdo do dever objetivo de cuidado externo*, consultar CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Op. Cit.* [n. 5], p. 157-158, que ainda alude ao *dever de atuar prudentemente em situações perigosas*.

Em síntese: se o risco criado violou uma norma de segurança e desatendeu ao princípio da confiança, em situação tal que não seria perpetrada pelo homem prudente, ou, na falta desses critérios, violaram-se os deveres de informação e de omissão, pode-se afirmar que a conduta ultrapassou os níveis do permitido e é juridicamente desaprovada pelo Direito – *criou-se um risco não permitido*.³⁴

3 O DESVALOR DO RESULTADO

Como os crimes culposos, por sua essência, são espécies delitivas de cunho normativo e que reclamam a afetação do bem jurídico por intermédio de um resultado naturalístico ou de perigo concreto, a só criação de um risco juridicamente desaprovado é insuficiente para a imputação. Dessa maneira, tal risco deve ser aquele que efetivamente se materializou no resultado, de tal forma a explicá-lo normativamente.

Com efeito, “a realização de um risco não depende daquilo que teria acontecido sem esse risco, mas sim daquilo que aconteceu com ele”³⁵; ou seja, “um risco não permitido realiza-se quando, para esclarecer o dano, necessita-se de todas aquelas informações acerca do evento das quais deduz-se o caráter não permitido do risco”. Sendo desnecessária uma dessas informações, “a relação não permitida não se realizou”.

Muitos desses processos de imputação podem ser resolvidos a partir do *nexo de proteção da norma de cuidado*.³⁶ Para tanto, deve-se questionar se, aquilo que posteriormente ocorreu, era o que anteriormente justificava a proibição.³⁷ Não há nenhum segredo para se estabelecer o nexo referido, consoante adverte Luís Greco:

No 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*

³⁴ Percebe-se que a criação de um risco juridicamente desaprovado nada mais é do que um aperfeiçoamento da violação do dever objetivo de cuidado, tanto é que Roxin consignou que este se trata de um conceito mais vago do que os critérios gerais de imputação, sendo, portanto, dispensável (ROXIN, Claus. *Op. Cit.* [n. 6], p. 1000).

³⁵ JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* [n. 29], p. 322. Com certa semelhança, Frisch declara que, à margem da relação naturalística entre a ação e o resultado, este somente é imputável se for entendido como a precisa realização do risco em virtude do qual a ação está proibida (FRISCH, Wolfgang. *Op. Cit.* [n. 25], p. 556).

³⁶ Para uma leitura crítica acerca do critério de fim de proteção da norma de cuidado, consultar FRISCH, Wolfgang. *Op. Cit.* [n. 25], p. 94 e ss.

³⁷ González de Murillo aduz que, pelo referido critério, restam descartados os resultados *não pensados* pela norma de cuidado (GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano. *Op. Cit.* [n. 21], p. 111).

juridicamente desaprovado, apontando tanto o bem jurídico, como os cursos causais a que ele se refere, e que depois perguntamos 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.³⁸

O exemplo comumente trazido é o do motorista que, dirigindo seu veículo em excesso de velocidade, causa um acidente quando já retornara à condução dentro da normalidade, comprovando-se, em momento póstumo, que, se trafegasse todo o trajeto respeitando os limites máximos estabelecidos, o resultado não teria acontecido. No caso apresentado, a finalidade da norma é evitar a ocorrência de danos no momento da imprudência, e não no instante em que o motorista retornou à esfera do juridicamente permitido, metros ou quilômetros depois da atuação inicial.³⁹⁻⁴⁰

Não se encontram abrangidos pelo nexo de proteção da norma de cuidado, por exemplo, os *danos tardios*,⁴¹ nos quais há a superveniência de uma lesão decorrente de um comportamento pretérito. Representa-se melhor exemplificativamente: “A”, imprudentemente, atropela “B”, causando-lhe lesões corporais de natureza grave. Um ano depois, “B”, ainda não totalmente curado, ao tentar subir uma escada, sente fragilidade nas pernas e vem a cair. A consequência da queda é mais uma lesão corporal. Se se analisasse o exemplo a partir da *teoria da equivalência das condições*, inegavelmente se diria que a conduta de “A” é causa do último resultado. Porém, de um ponto de vista normativo, este por ser imputado ao causador? No caso em apreço, não, tendo em vista que a proibição de dirigir veículos automotores acima do limite de velocidade não tem por fim evitar a queda de uma pessoa da escada.⁴²

³⁸ GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 105.

³⁹ GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 102-103; ROXIN, Claus. *Op. Cit.* [n. 6], p. 376. Consultar, ainda, FRISTER, Helmut. **La imputación objetiva**. In: SANCINETTI, Marcelo A. Causalidad, riesgo e imputación. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 515.

⁴⁰ Frisch visualiza o problema e o soluciona não a partir do fim de proteção da norma de cuidado, mas, sim, do *risco-base*, considerando inexistir, no exemplo, conduta típica (risco juridicamente desaprovado) (FRISCH, Wolfgang. *Op. Cit.* [n. 25], p. 113).

⁴¹ Jakobs (*Op. Cit.* [n. 29], p. 313) se refere a “*conseqüência (sic) tardia* de um *dano permanente* provocado mais cedo” (grifos do autor).

⁴² Luís Greco afirma que, na hipótese, as lesões sequer passariam pelo filtro da prognose póstuma objetiva, pois “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”. O autor argumenta que, ainda que fossem previsíveis as lesões, elas não legitimariam qualquer proibição, “porque isso equivaleria a fazer do agente um eterno fiador da integridade física da vítima”, o que violaria seu fundamento de imputação relativo ao núcleo imponderável de liberdade do agente (GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 110). Juarez Tavares (*Op. Cit.* [n. 17], p. 384-385) afasta a imputação a partir de dois critérios distintos: o da *funcionalidade da condição* e o da *suficiência*. O primeiro muito se assemelha, ou, salvo engano, vem a ser a mesma coisa, que a *causalidade funcional*, que delimitaria, portanto, o próprio nexo causal, afastando-o e impedindo a imputação, ante a inexistência de uma *relação de sentido* entre a ação *ex ante* descuidada e o dano tardio *ex post* ocorrido. O segundo

A princípio, também não se encontram no âmbito de proteção da norma de cuidado os *danos resultantes de choque*.⁴³ Exemplo: “A”, imprudentemente, atropela “B”, que vem a falecer em decorrência do acidente. A polícia telefona para a mãe da vítima, que, devido aos seus problemas cardíacos, não resiste à triste notícia, tem uma parada cardiorrespiratória e morre. O segundo resultado pode ser imputado ao autor? Não, porque a proibição de dirigir veículos automotores de forma imprudente não tem por fim evitar a morte de pessoas que não se encontram diretamente expostas à situação de perigo.

No âmbito do desvalor do resultado assume particular relevância o estudo dos assim chamados *comportamentos alternativos conforme ao direito*, que acende a controvérsia acerca da imputação ao autor daquela causação que poderia ter sido evitada, não com segurança, mas apenas de forma provável.⁴⁴ Eis o *leading case* da jurisprudência alemã:

El conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75 cm. del mismo. Durante el adelantamiento el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de cortocircuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente (variante: posiblemente) el accidente también se habría producido aunque se hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico.⁴⁵

A *teoria do incremento/aumento do risco*, defendida por Roxin, “não considera necessário que o comportamento hipotético conforme ao direito evitasse o resultado, mas apenas que ele o tornasse menos provável”⁴⁶. Desse modo, desde que o

sopesa os diversos fatores produtores do resultado e, se a condição inicial não for mais suficiente para explicar o resultado, excluir-se-á a imputação.

⁴³ Jakobs aloca a categoria no âmbito da proibição de regresso, que retiraria a tipicidade do comportamento no âmbito do desvalor da ação (JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* [n. 29], p. 313-314).

⁴⁴ Tradução livre: “a questão de se se deve imputar um resultado quando, mediante uma conduta alternativa conforme ao Direito, o mesmo teria sido evitado, não com segurança, mas, apenas, provável ou possivelmente” (ROXIN, Claus. *Op. Cit.* [n. 6], p. 379).

⁴⁵ Tradução livre: “O condutor de um caminhão quer ultrapassar um ciclista, mas, ao fazê-lo, não guarda a distância de separação lateral requerida, por aproximar-se cerca de 75 cm. dele. Durante a manobra, o ciclista, que estava fortemente embriagado, gira a bicicleta à esquerda por uma reação de curto-circuito provocada pelo álcool e cai debaixo das rodas traseiras do reboque. Comprova-se que, provavelmente (variante: possivelmente), o acidente também se produziria ainda que se guardasse uma distância de separação lateral suficiente, segundo as normas de tráfego (ROXIN, Claus. *Op. Cit.* [n. 6], p. 379).

⁴⁶ GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 120. Válida é a exposição de Feijóo Sánchez: “O método que propõe para a resolução desses casos é o seguinte: comparar uma conduta hipotética que observe o risco permitido com a conduta realizada pelo autor. Se a conduta do autor incrementa a probabilidade de lesão com respeito à hipoteticamente permitida, a lesão do dever encaixa no tipo e, portanto, teremos

comportamento juridicamente desaprovado implique um risco mais elevado quando comparado ao correto, piorando a situação do bem jurídico e lhe retirando as chances de sobreviver, ter-se-á como obrigatória a imputação do resultado ao autor.⁴⁷ Destarte, “el resultado será la realización de la lesión del deber de cuidado cuando ésta haya dado lugar a un riesgo real que supere la medida tolerada de riesgo”⁴⁸.

Doutro lado, a *teoria da evitabilidade*,⁴⁹ dominante na doutrina e na jurisprudência em geral,⁵⁰ orienta que “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”⁵¹ Assim sendo, “el sujeto que causa imprudentemente un resultado no responderá mientras no se pruebe, con una probabilidad rayana en la certeza, que dicho resultado no se hubiera producido con el comportamiento alternativo correcto”⁵².

Acredita-se que, nesses casos de dúvida, deve preponderar axiologicamente⁵³ a subregra de tratamento decorrente do princípio da presunção de inocência, impondo ao juiz o dever constitucional de absolver o réu. Frisa-se que não se procura um grau de certeza absoluto e insuscetível de discussão, mas, sim, “dentro da margem de erro

um tipo culposos consumado. Ao contrário, se o risco não se incrementa, não se pode imputar o resultado. Isto é, em caso de dúvida sobre se o risco não permitido se integralizou no resultado, este se imputa sempre que se constata que o autor criou um risco não permitido. O autor suporta a dúvida se não pode provar que o resultado é a realização de outro risco que seja irrelevante para o tipo” (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 de Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003, p. 36-39).

⁴⁷ GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 120-121. De acordo com Martínez Escamilla, para a teoria do incremento do risco este se realiza quando o comportamento imprudente cria um risco maior do que o permitido, conclusão a que se chega comparando o perigo realmente criado e aquele que a conduta correta daria lugar no suposto concreto (MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *Op. Cit.* [n. 18], p. 206).

⁴⁸ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *Op. Cit.* [n. 18], p. 209.

⁴⁹ Sobre as críticas à teoria da evitabilidade, conferir MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *Op. Cit.* [n. 18], p. 199 e ss.

⁵⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo. Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Volume LXVIII, p. 21-62. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2015-10002100062_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Teor%EDa_de_la_evitabilidad_versus_teor%EDa_del_aumento_del_riesgo>. Acesso: 16 jan. 2018, p. 26.

⁵¹ GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 119. Conferir também: SOUZA, Luylla Cavalcante de. O nexos de aumento do risco na imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 66, p. 77-117. São Paulo. Maio/Junho de 2007, p. 90.

⁵² Tradução livre: “o sujeito que causa imprudentemente um resultado não responderá enquanto não se prove, com uma probabilidade beirando à certeza, que dito resultado não se produziria com o comportamento alternativo correto” (MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *Op. Cit.* [n. 18], p. 191).

⁵³ No sentido da proposta de FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5. ed. Malheiros Editores, 2010.

inerente a uma apreciação normativa hipotética, quer seja *ex ante*, quer seja *ex post*, ou seja, um critério, na realidade, de ‘quase certeza’, de alta probabilidade”⁵⁴.

Do ponto de vista material, lembra-se que o desvalor do resultado deve fundamentar-se no risco juridicamente desaprovado, por intermédio de uma conexão normativa. Assim, é preciso verificar *o que aconteceu com o risco não permitido efetivamente criado*, é dizer, se ele pode explicar o resultado ocorrido, e *não o que poderia ter acontecido sem esse risco*.⁵⁵⁻⁵⁶ Do contrário, se se contentasse apenas com o aumento do risco para fins de imputação, “os crimes de resultado deveriam ser entendidos como crimes de perigo condicionados pelo resultado”⁵⁷. Dessa forma, as infrações culposas, que, por sua gênese, reclamam um resultado, confundir-se-iam com crimes dolosos de perigo abstrato.

4 SUPERAÇÃO DE ALGUNS PONTOS DA TEORIA TRADICIONAL

Dados os contornos pelos quais se desenha uma nova forma para a análise normativa do injusto culposos, é possível superar alguns dos inconvenientes que geralmente se apresentam na doutrina tradicional e substituir alguns dos critérios por pautas dogmáticas mais firmes.

O primeiro ponto diz respeito ao *dever objetivo de cuidado*, geralmente alçado à posição de *espinha dorsal* (analogamente à finalidade na teoria de Welzel) do injusto culposos. Não se o abandona de todo, pois ele coincide, de certa forma, com a *violação à norma jurídica de segurança*. Portanto, apenas se o concebe com outra roupagem.⁵⁸ Destarte, o ponto nodal passa a residir na *criação de um risco juridicamente desaprovado*.

⁵⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. *Op. Cit.* [n. 25], p. 65.

⁵⁵ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Op. Cit.* [n. 46], p. 20; JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* [n. 29], p. 322.

⁵⁶ Esse é um problema comum tanto da teoria da evitabilidade quanto da teoria do incremento do risco: utilizar dados hipotéticos para o juízo de imputação. Diante disso, explica Martinez Escamilla que, ao se questionar sobre o risco que o comportamento alternativo teria criado, somente permite saber, ou, na maioria dos casos, duvidar se o perigo real gerado pela conduta do autor é maior ou igual ao que seria produzido pela conduta correta. Evidentemente, diz ela, este método pressupõe um conhecimento do curso causal desencadeado, mas a teoria do incremento do risco, bem assim a da evitabilidade, ao acentuar o hipotético, naquilo que teria sucedido com o comportamento correto (se diminuiria ou não o risco), deixam totalmente na penumbra a importância da análise daquilo que efetivamente aconteceu desde uma perspectiva fática (MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *Op. Cit.* [n. 18], p. 223).

⁵⁷ JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* [n. 29], p. 340. No mesmo sentido: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Op. Cit.* [n. 19], p. 563.

⁵⁸ Conforme já declarou TAVARES, Juarez. *Op. Cit.* [n. 17], p. 379.

Do mesmo modo, as assim chamadas *modalidades de culpa* (imprudência, negligência e imperícia) também não apresentam relevância. Já alerta Bitencourt que a distinção entre as três apresenta “pouco ou quase nenhum resultado prático”. Afinal, “tanto na *imprudência* quanto na *negligência* há a inobservância de cuidados recomendados pela experiência comum no exercício dinâmico do cotidiano humano”, assim como na imperícia, que “não deixa de ser somente uma *forma especial* de imprudência ou de negligência”⁵⁹.

Outro passo importante é a agregação de pautas normativas à análise naturalística do processo causal, que geralmente esgotava na teoria da *conditio sine qua non* a relação entre a ação e o resultado no injusto culposos. Ressalta-se que não se está a abandonar a relação de causalidade, uma vez que ela constitui o primeiro pilar do procedimento de imputação. No entanto, não o único, tendo em vista que a adjetivação desvaliosa da causação depende da criação de um risco juridicamente desaprovado e da conexão normativa deste com o resultado.

A previsibilidade objetiva também perde o seu espaço. Desde Hungria, considerava-se previsível “o fato, sob o prisma penal, quando a previsão do seu advento, no caso concreto, podia ser exigida do homem normal, do *homo medius*, do tipo comum de sensibilidade ético-social”⁶⁰. Esse juízo pressupõe a substituição do agente concreto pelo protótipo ideal do *homem médio*: se o resultado desaparecer, é sinal de que era previsível ao sujeito e poderia ter sido evitado; se continuar, tampouco o *standard* tê-lo-ia previsto. No primeiro caso, imputa-se; no segundo, não.

Nos moldes aqui traçados, o homem médio é substituído pelo *observador objetivo*, o *homem prudente*, que pertence ao mesmo círculo social do autor e guarda com ele características semelhantes. Além disso, o fato de se incluírem os conhecimentos especiais do agente no processo de imputação permite uma melhor ponderação acerca do fato praticado.

Da mesma forma, tomando por base as *capacidades superiores*⁶¹ possibilita que se levem em consideração, já no âmbito do injusto, questões relativas à

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 389, grifos do original.

⁶⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 188.

⁶¹ Embora não mencionado no corpo do texto, adota-se um posicionamento parecido ao de Roxin: “las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la antijuridicidad, mientras que las capacidades superiores a la media deben sin embargo emplearse”. Portanto, “se ha de generalizar hacia ‘abajo’ e individualizar hacia ‘arriba’” (ROXIN, Claus. *Op. Cit.* [n. 6], p. 1.015).

capacidade individual do agente. Com isso, tem-se um duplo grau de valoração, primeiramente abordando as questões relativas ao observador objetivo, e, posteriormente, as do próprio sujeito que praticou a infração.

Parte da doutrina faz alusão à culpa mediata ou indireta, que seria verificável naquelas situações em que o agente pratica um comportamento antijurídico contra a vítima, e esta vem a sofrer uma lesão *a posteriori*, desvinculada da atuação inicial. Cleber Masson exemplifica:

É a espécie que ocorre quando o sujeito produz o resultado indiretamente a título de culpa. É o caso, por exemplo, da vítima que acabara de ser torturada no interior de um veículo, parado no acostamento de movimentada via pública. Quando conseguiu fugir, buscou atravessar a pista, foi atropelada e morreu. O agente responde pela tortura e também pelo homicídio, provocado indiretamente por sua atuação culposa, pois lhe era objetivamente previsível a fuga da pessoa torturada na direção da via pública. Deve-se atentar que a culpa mediata punível consiste em fato com relação estreita e realmente eficiente no tocante ao resultado naturalístico, não se podendo confundir-la com a mera condição ou ocasião do ocorrido.⁶²

De fato, pela teoria da equivalência das condições o comportamento prévio do agente é considerado causa do resultado morte, pois, suprimido mentalmente, este último não se realizaria. Damásio de Jesus afirma que “a solução do problema se resolve pela previsibilidade ou imprevisibilidade do segundo resultado”⁶³.

Contudo, a peça para desvendar o quebra-cabeça não pode ser tão simplista. Não se trata de problema de causalidade, tampouco de previsibilidade; é, de outra banda, objeto de imputação. No caso apresentado acima, o agente, ao estacionar o carro no acostamento da via, não cria um risco juridicamente desaprovado de homicídio, mas, tão só, da tortura que praticou. O deslinde subsequente não se encontra na linha de desdobramento da conduta originária, pois o que efetivamente ocorreu não foi aquilo que, *ex ante*, justificava a proibição.⁶⁴ Portanto, por intermédio do *nexo do fim de proteção da norma de cuidado* é que se soluciona a questão.

⁶² MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 147. Mais detalhes, também, em CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 1, parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 232, o qual assenta que “a culpa indireta pressupõe: nexo causal (que o agente tenha dado causa ao segundo evento) e nexo normativo (que tenha contribuído culposamente para ele).

⁶³ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**, volume 1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 296.

⁶⁴ GRECO, Luís. *Op. Cit.* [n. 4], p. 105.

5 CONCLUSÃO

O crime culposo é uma espécie delitiva de caráter eminentemente normativo, que depende de um juízo de valoração do intérprete para verificar se a causação ocorrida pode ser atribuída ao autor como obra dele. De acordo com a proposta aqui assumida, a base da imputação reside no critério do risco, mais precisamente na sua criação e desaprovação jurídica (*desvalor da ação*), conjugada à respectiva materialização no resultado (*desvalor do resultado*).

Para que se considere criado um risco, é necessário que a conduta se apresente perigosa de um ponto de vista *ex ante*, levando em consideração os dados conhecidos por um observador objetivo dotado dos conhecimentos especiais do autor concreto – *critério da prognose póstuma objetiva*. Isso não acontece, sobretudo, nos riscos tidos como irrelevantes e naqueles casos em que o comportamento humano diminua a possibilidade do risco ao bem jurídico.

Apenas isso, contudo, não basta para desvalorar a conduta. É preciso desaprovar o risco criado, a fim de verificar se ele realmente excede os níveis da autorização normativa. Desse modo, ter-se-á um *risco juridicamente desaprovado/risco não permitido* quando a ação violar uma norma jurídica de segurança e o concomitante princípio de confiança ínsito às relações intersubjetivas, em situação tal que não seria praticada pelo observador objetivo, atentando-se, residualmente, aos deveres de informação e de omissão.

Como a própria gênese do injusto culposo reclama a superveniência de um resultado de afetação do bem jurídico por intermédio de um resultado naturalístico ou de perigo concreto, a só criação de um risco juridicamente desaprovado é insuficiente para a imputação. Dessa maneira, tal risco deve ser aquele que efetivamente se materializou no resultado, de tal forma a explicá-lo normativamente. Para isso, pode-se recorrer ao *nexo do fim de proteção da norma de cuidado*: o que posteriormente aconteceu deve corresponder àquilo que anteriormente justificava a proibição.

Portanto, a inclusão dessas novas pautas dogmáticas ao tratamento do injusto culposo fornece parâmetros firmes para a gradativa superação de alguns pontos da doutrina tradicional, quais sejam: a) o risco é o cerne da estrutura do crime culposo, e não mais a violação ao dever objetivo de cuidado; b) prescinde-se da distinção entre as modalidades de culpa; c) o processo de imputação é enriquecido e não se contenta

apenas com a relação de causalidade; d) substitui-se o homem médio e o critério da previsibilidade objetiva pelo homem prudente, ao qual se agremiam conhecimentos especiais, bem como pelas capacidades superiores que detinha o agente concreto; e) resolvem-se pelo critério do nexu do fim de proteção da norma de cuidado questões não tão bem esclarecidas, principalmente no que tange à chamada culpada mediata.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Felipe Lima de. **Causalidade e imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito penal: parte geral**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.
- CANCIO MELIÁ, Manuel; ARANDA, Enrique Díaz. **La imputación normativa del resultado a la conducta**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 1, parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente**. Tomo II. Barcelona: sem informação de editora, 1988.
- CUESTA AGUADO, Paz M. de la. **Tipicidad y imputación objetiva**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- D'AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- 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 de Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5. ed. Malheiros Editores, 2010.
- FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Tradução do alemão para o espanhol por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva**: estado de la cuestión. In: ROXIN; Claus; JAKOBS; Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH; Wolfgang; Köhler, Michael. Sobre el estado de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 2000.

FRISCH, Wolfgang. **Tipo penal e imputación objetiva**. Tradução do alemão para o espanhol por Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid: Editorial Colex, 1995.

FRISTER, Helmut. **La imputación objetiva**. In: SANCINETTI, Marcelo A. Causalidad, riesgo e imputación. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

GALVÃO, Fernando. **Imputação objetiva**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Teoría de la evitabilidad *versus* teoría del aumento del riesgo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Volume LXVIII, p. 21-62. Disponível em:
<https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2015-10002100062_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Teor%EDa_de_la_evitabilidad_versus_teor%EDa_del_aumento_del_riesgo>. Acesso: 8 nov. 2018.

GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano. **Teoría del delito imprudente** (doctrina general y regulación legal). Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1991.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**, volume 1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

KINDHÄUSER, Urs. **Incremento del riesgo y disminución del riesgo**. In: SANCINETTI, Marcelo A. Causalidad, riesgo e imputación. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

LÓPEZ DÍAS, Claudia. **La Teoría de la Imputación Objetiva**. In: GONZÁLEZ, Mireya Bolaños. *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Mérida (Venezuela): Universidad de Los Andes, 2005.

MAIWALD, Manfred. **De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido” para la sistemática del Derecho Penal**. Tradução para o espanhol de Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. **La imputación objetiva del resultado**. Madrid: Edersa, 1992.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 9. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011.

MONTT, Mario Garrido. **Derecho penal**. Parte General. Tomo II. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. Reimpressão da Segunda Edição. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do Direito Penal: Considerações sobre a Teoria da Imputação Objetiva de Günther Jakobs**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal - Parte General**: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Humberto Souza. Co-autoria em delitos culposos? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 56, p. 9-32. São Paulo. Setembro/Outubro de 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la imputación objetiva**. Teoría actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

SOUZA, Luylla Cavalcante de. O nexo de aumento do risco na imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 66, p. 77-117. São Paulo. Maio/Junho de 2007.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

TERRAGNI, Marco Antonio. **El delito culposo**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1998.