

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO – FND

LETÍCIA PITTARO NEVES

IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA

RIO DE JANEIRO

2022

LETÍCIA PITTARO NEVES

IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Eduardo A. Japiassú.**

RIO DE JANEIRO

2022

CIP - Catalogação na Publicação

P518i Pittaro Neves, Leticia
Imputação Objetiva e a Heterocolocação em Perigo
Consentida / Leticia Pittaro Neves. -- Rio de
Janeiro, 2022.
67 f.

Orientadora: Japiassú Carlos Eduardo Adriano.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Teoria da Imputação Objetiva. 2.
Heterocolocação em Perigo Consentida. I. Carlos
Eduardo Adriano, Japiassú, orient. II. Título.

LETÍCIA PITTARO NEVES

IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Eduardo A. Japiassú.**

Data da Aprovação: 14/07/2022.

Banca Examinadora:

Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Orientador

Dra. Ana Lúcia Tavares Ferreira

Membro da Banca

Dra. Beatriz Abraão

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2022

DEDICATÓRIA

Para meu Pai Alexandre, por ter me ensinado a ser mais forte. E para minha Mãe Elisa, por ter sempre abraçado minha vulnerabilidade.

AGRADECIMENTOS

Sempre acreditei que somos formados por aqueles que cruzam nossos caminhos, trazendo memórias, lições, decepções ou alegrias para nossas vidas. Tudo o que fiz em minha trajetória foi pautado nas experiências que obtive através de outros, e sou absurdamente grata por todos que, até o momento, passaram pela minha vida.

Primeiramente, devo agradecer à minha família, meus pais Elisa e Alexandre e meus dois irmãos, Gabriel e Beatriz. Todos os dias na companhia de cada um de vocês me faz perceber o quão abençoada eu sou de ter uma família tão amorosa, unida e estável. Eu amo vocês incondicionalmente. Vocês são a minha maior fonte de felicidade.

Para minhas amigas mais próximas, Vivian e Roberta, que estão comigo desde minha adolescência. Passamos por diversas fases da vida juntas e sou muito grata por terem me acompanhado em mais uma etapa. Obrigada por todos os momentos que vocês me proporcionaram durante esses oito anos.

Para minha melhor amiga, Gabriela, simplesmente por ser quem você é. Por aturar meus desabafos, por comemorar minhas vitórias e acompanhar meus corações partidos. Obrigada pela leveza e alegria que me proporciona todos os dias.

Para as três advogadas mais sensacionais do Rio de Janeiro (e Espírito Santo): Carol, Paula e Walquíria. Se não fosse pela ajuda, paciência e carinho comigo, talvez eu não estivesse me formando hoje em Direito. Vocês não sabem a importância e influência do nosso tempo juntas dentro do escritório. Muito obrigada a todas, do fundo do meu coração.

Devo agradecer também aos dois estágios criminais que pude exercer ao longo da minha graduação, que me permitiram ampliar não só meu conhecimento em Processo Penal, mas como intensificar consideravelmente meu amor pelo Direito Penal. Em especial, menciono com demasiado carinho a minha experiência no 47º Ofício Criminal do Ministério Público Federal, órgão em que sonhei em estagiar desde o início do curso de Direito. Um grandioso abraço para o Procurador da República José Maria Panoeiro, cujos ensinamentos – dados com muita ternura e apreço – levarei para sempre em minha formação acadêmica. Nada obstante, deixo registrado

um gigantesco obrigado à Mônica, Márcio e Fernando, pela serenidade nas orientações, brandura nos alertas e o companheirismo proporcionado pela convivência no gabinete.

Abro um parágrafo por demais pessoal para agradecer a Deus pela constante força e paz que Ele me proporcionou ao longo da minha graduação. Passei por intensos problemas de saúde nos últimos anos e por diversas vezes pensei em desistir dos meus objetivos. Entretanto, o Senhor estava sempre presente, me lembrando de ser forte, corajosa e perseverante.

Por último, mas não menos importante, gostaria de agradecer à Faculdade Nacional de Direito, por todos os ensinamentos, amizades, perrengues e triunfos. Tenho muito orgulho de estar me formando nessa honrosa instituição e, por isso, agradeço a todos os funcionários, professores, Centro Acadêmico e corpo discente da Nacional, pela dedicação, carinho e prontidão.

Com enorme amor e sinceridade, Letícia.

“Colocai o texto sagrado das leis nas mãos do povo, e, quanto mais homens houver que o lerem, tanto menos delitos haverá; pois não se pode duvidar que no espírito daquele que medita um crime, o conhecimento e a certeza das penas ponham freio à eloquência das paixões.”

(Cesare Beccaria)

RESUMO

O principal objetivo da presente pesquisa é a discorrer sobre a heterocolocação em perigo consentida, seu surgimento e a possibilidade jurídica dogmática de se retirar ou atenuar a responsabilidade do agente que, em tese, gerou um resultado que veio a ofender um bem jurídico, a partir da análise do comportamento da vítima e de sua aceitação do risco de produção do resultado lesivo. Através da Teoria da Imputação Objetiva, mais particularmente ao desenvolvimento das teses de Claus Roxin sobre o alcance do tipo, avaliaremos os limites da proteção dada pela norma de cuidado, entre os quais poderíamos regular a imputação do agente com base no consenso daquele que sofre a lesão. Não se busca na presente monografia uma única resposta para os questionamentos levantados na problemática da tese, mas sim um estudo aprofundado acerca da possibilidade de uma nova análise do nexo causal, fruto das inovações recentes da teoria do crime, advindas do funcionalismo. Nesse contexto, a participação da vítima anuindo com o risco, é um fator que deve ser levado em consideração, ou ao menos debatidos, para os delineamentos da responsabilidade criminal.

Palavras-chave: Imputação objetiva; Bens jurídicos; Alcance do tipo; Fim de proteção da norma; Autocolocação em perigo dolosa; Heterocolocação em perigo consentida.

ABSTRACT

The main objective of the present study is to discuss the consented heterocolocation in danger of the victim, his emergence and the dogmatic legal possibility of withdrawing or mitigating the agent's responsibility that, in theory, generated a result that came to offend a legal asset, from the analysis of the victim's behavior and his acceptance of the risk of producing the harmful result. Through the Objective Imputation theory, more particularly to the development of Claus Roxin's theses on the scope of the legal type, we will evaluate the limits of the protection given by the norm of care, among which we could regulate the agent's imputation based on the consensus of the one who suffers the injury. This study does not seek a single answer to the questions raised in the thesis, but an in-depth study of the possibility of a new analysis of the causal nexus, the result of recent innovations in the theory of crime, arising from functionalism. In this context, the victim's participation in accepting the risk is a factor that must be taken into consideration, or at least debated, for the delineations of criminal responsibility.

Keywords: Objective imputation; Legal assets; Legal reach; Purpose of the norm protection; Willful self-putting at risk; Consented heterocolocation in danger.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. TEORIA DA CAUSALIDADE E A IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	14
1.1. Considerações Iniciais.....	14
1.2. A Equivalência dos Antecedentes Causais.....	16
1.3. Causalidade Adequada.....	19
1.4. A Imputação Objetiva.....	22
1.4.1. O Sistema Funcional de Claus Roxin.....	23
1.4.2. Teoria dos Papéis de Günther Jakobs.....	27
2. TUTELA PENAL DE BENS JURÍDICOS E O FIM DE PROTEÇÃO DA NORMA DE CUIDADO.....	30
2.1. Origem da Teoria do Bem Jurídico.....	30
2.2. O Direito Penal como protetor do bem jurídico.....	35
2.3. A realização do risco e o injusto penal.....	39
2.4. Exclusão da imputação mediante resultados não protegidos pelo fim de proteção da norma de cuidado.....	41
3. A HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA.....	46
3.1. O alcance do tipo na atribuição ao âmbito de responsabilidade de terceiros.....	46
3.2. Contribuição para a autocolocação em perigo dolosa: um paralelo entre as doutrinas alemã e brasileira.....	48
3.3. Uma breve introdução à heterocolocação em perigo consentida.....	51
3.3.1. Consentimento do ofendido como solução da heterocolocação em perigo.....	53
3.3.2. A teoria do domínio do fato na distinção entre a heterocolocação em perigo consentida e a contribuição para a autocolocação em perigo dolosa.....	55
3.3.3. A exclusão da imputação objetiva nos casos de heterocolocação em perigo consentida.....	57
3.3.4. Aplicabilidade no Direito Penal brasileiro.....	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo central a análise da heterocolocação em perigo consentida e a possibilidade de essa excluir, por meio de sua aplicabilidade em casos concretos, a imputação objetiva de um agente. Discorreremos sobre o tema através de minucioso exame a respeito da teoria da imputação objetiva - originada em 1930, na Alemanha, por Richard Honig, e desdobrada, posteriormente, pela teoria do risco de Claus Roxin -, sendo de suma importância para o estudo da relação de causalidade, permitido delimitarmos o alcance imputação de um delito.

No capítulo inicial, destrincharemos as linhas mestras da teoria da imputação objetiva, para que possamos entender a conexão entre a relação de causalidade normativa e o nexos causal naturalístico, proporcionando destaque a importância da aplicabilidade do tipo objetivo na realidade fática. A pesquisa acadêmica gravita em torno do sistema funcional de Roxin, que dá causa a condutas que exponham, evidentemente, bens jurídicos ao risco de lesão ou à lesão.

Conforme veremos no capítulo dois, o conceito de bem jurídico passou por intensas mudanças ao longo da evolução dogmática do direito, em especial do Direito Penal. Atribuindo uma análise histórica ao tema, observaremos no decorrer do segundo capítulo que os ideais iluministas possibilitaram uma alteração no paradigma político social que culminou em uma visão limitadora do poder punitivo estatal. Tal perspectiva fez com que o Direito Penal visasse proteger somente bens jurídicos relevantes à preservação e convivência dos indivíduos em sociedade. Dessa forma, Roxin – autor chave para o desenvolvimento da temática - acredita que o Direito Penal somente conseguirá proteger os bens jurídicos através da proibição de riscos não permitidos, considerando o crime como a lesão ou colocação em perigo de tais bens jurídicos.

A teoria da imputação objetiva, ao desenvolver requisitos para o preenchimento do tipo objetivo, afirma que a existência do nexos entre o resultado e o risco não permitido criado pelo causador não é o suficiente para a imputação: é necessário que o resultado esteja abarcado pelo fim de proteção da norma de cuidado. Ao encerrar o segundo capítulo da presente pesquisa, estudando minuciosamente o alcance do tipo penal, veremos ser possível excluir a imputação nos casos onde a fim de proteção da norma não compreender o resultado naturalístico.

Finalmente, o capítulo três se dedicará inteiramente ao exame da heterocolocação em perigo consentida, dando intensa delimitação ao tema trabalhado até então na presente pesquisa. Por meio do artigo “*Sobre a heterocolocação em perigo consentida*”, de Claus Roxin, o último capítulo analisará como o tópico se relaciona com o princípio do consentimento do ofendido e sua a diferenciação entre aquele e a autocolocação em perigo dolosa. A seguir, alcançaremos a possibilidade de se excluir a imputação objetiva de um tipo penal através dos casos de heterocolocação em perigo consentida, finalizando a pesquisa debatendo sua possível aplicabilidade no Direito Penal brasileiro.

1. TEORIAS DA CAUSALIDADE E A IMPUTAÇÃO OBJETIVA

1.1. Considerações Iniciais

A razão do porquê de a realidade estar em constante transformação foi alvo de sucessivas análises por diversos ramos do estudo das ciências humanas ao longo da história. O exame que conecta o mundo fático àquilo que gerou sua existência, assim como suas decorrentes alterações, se sucede desde a Teoria das Quatro Causas desenvolvida por Aristóteles em sua obra *Metafísica*¹, até a presente e cada vez mais desenvolvida física quântica, que estuda o comportamento de sistemas físicos de dimensões reduzidas, gerando a possibilidade de futuros resultados não determinísticos da realidade.

Divergem entre si os variados setores científicos ao analisar a causa dos eventos naturais visíveis e não visíveis pelos humanos. É de se esperar que o Direito, traduzido como ramo científico jurídico, dedique um conceito para a causalidade, tópico altamente atrelado a responsabilização legal, do qual decorrem incontáveis teorias que tentam explicar os casos em que uma conduta pode ser considerada causa de um fenômeno.

Bunge², atribuiu à palavra causalidade três aspectos semânticos distintos. Primeiramente, poderíamos observar a causalidade como doutrina, que defende a validade do princípio da causalidade universal, descrito por Moritz Schlick³ como “suposição de que todos os acontecimentos estão sujeitos a leis universais” (Schlick *apud* nota de rodapé nº 3, p. 24-25), sendo uma maneira determinística de se observar os eventos naturais. Outrossim, conseguiríamos entender a causalidade como um princípio, fundamentado pela lei da causalidade de Kant, que esboça a possibilidade, por meio de experiências empíricas dos fenômenos naturais, de determinarmos eventos futuros ou passados.

¹ ANGIONI, L. As quatro causas na filosofia da natureza de Aristóteles. *Anais de Filosofia Clássica*, Laboratório OUSIA, vol. V, nº 10, 2011. Disponível em: <<https://revistas.uftj.br/index.php/FilosofiaClassica/article/view/16447/10218>>. Acesso em 29 de nov. de 2021.

² BUNGE, Mario. *La causalidad: el principio de causalidad en la ciencia moderna*. Trad. Hernán Rodríguez. Buenos Aires: Sudamericana, 1997, pág. 17.

³ POPPER, K.R. *O Universo Aberto (Argumentos a Favor do Indeterminismo)*, 2º v. do Pós-Escrito à Lógica da Descoberta Científica (Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1988), pág. 24 e 25.

Entretanto, na presente pesquisa, abordaremos a causalidade por meio do terceiro significado dado por Bunge em sua obra. Trataremos o tópico dando à palavra um sentido categórico, representado pelo vínculo causal necessário dentro do contexto da atual Teoria do Crime.

O nexo de causalidade, como elemento a ser ponderado no conceito analítico de crime, pode ser definido como o elo que liga a conduta do agente ao resultado de sua ação. O vínculo entre o resultado e a conduta é intrínseco para unirmos o agente ao delito, uma vez que sua ausência nos impede de imputar um fato ao seu suposto causador.

Os crimes podem produzir resultados naturalísticos ou não, dependendo de sua espécie. Alguns delitos são capazes de alterar externamente a percepção da realidade, enquanto outros produzem apenas um resultado jurídico, sendo esses uma lesão ou um risco de lesão ao bem jurídico tutelado pela lei. Destaca-se que a questão do nexo causal tange somente os crimes materiais, não sendo possível aplicá-la em delitos omissivos puros e nos crimes de mera conduta. Isso ocorre pois, nos crimes materiais, o momento consumativo depende, intrinsecamente, do resultado naturalístico exterior à ação, sendo possível estabelecer, com isso, a relação de causalidade entre a ação e o resultado.

O artigo 13, *caput*, do Código Penal, responsável por definir um conceito da relação de causalidade ao afirmar “*o resultado, de que depende a existência do crime*”, refere-se tanto ao resultado naturalístico, praticado por crimes materiais, quando aos de resultado jurídico, resultante de crimes formais. Importante frisar que a interpretação do artigo 13, *caput*, é ainda controversa dentro da doutrina, uma vez que muitos autores consideram que a relação de causalidade abordada pelo dispositivo se refere apenas aos crimes materiais.

Entretanto, analisar o supracitado dispositivo apenas dando foco aos crimes materiais faz com que a responsabilidade penal nos crimes formais e de mera conduta, que não exigem resultados naturalísticos, do agente garantidor, seja mitigada. Luiz Flávio Gomes traça a importância de se interpretar o artigo 13, *caput*, do Código Penal, reconhecendo a abrangência dos delitos formais e de mera conduta:

“Não existe crime sem resultado, diz o art. 13. A existência do crime depende de um resultado. Leia-se: todos os crimes exigem um resultado. Se é assim, pergunta-se: qual

resultado é sempre exigido para a configuração de um crime? Lógico que não pode ser um resultado natural (ou naturalístico ou típico), porque esse só é exigido nos crimes materiais. Crimes formais e de mera conduta não possuem ou não exigem resultado (natural). Conseqüentemente, o resultado exigido pelo art. 13 só pode ser o jurídico. Este sim está presente em todos os crimes.”⁴

Contudo, independentemente da abordagem doutrinária atribuída ao dispositivo supracitado, tenhamos em mente a necessidade da natureza material nos delitos aqui analisados, para que a causalidade limite a responsabilidade penal. Independentemente da conclusão de que todos os crimes possuem um resultado normativo, a relação de causalidade desfruta de especial destaque quando um delito apresenta resultado naturalístico decorrente de uma ação humana, uma vez que apenas esses possuem o condão de alterar o mundo físico e, com isso, possibilitar a conexão entre o indivíduo e o evento.⁵

Diversas são as teorias que visam elucidar, com maior precisão, o conceito de causa pelo ponto de vista jurídico. Cabe destacar que o elemento resultado da Teoria do Crime, muitas vezes não é fruto de apenas uma ação ou omissão, mas sim de uma série de eventos, uma teia complexa e estruturada episódios que culminou na materialização do resultado em questão.

1.2. A Equivalência dos Antecedentes Causais

Desenvolvida no ano de 1858 por Julius Glaser, e posteriormente aplicada, no final do século XIX, por Maximilian Von Buri, a teoria da equivalência dos antecedentes causais é também conhecida como a teoria da condição simples ou, como mais comumente atribuída, teoria *conditio sine qua non*. Poderíamos apontar, logo de início, sua primeira controvérsia, uma vez que a indicação do real criador da teoria da equivalência dos antecedentes se mostra divergente na doutrina. Enquanto Nelson Húngria e Zaffaroni apontam Von Buri como o precursor da presente acepção, a corrente majoritária, que inclui Claus Roxin e Juarez Tavares, apontam Glaser como o verdadeiro criador da mesma.⁶

⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 59 e 60.

⁵ SILVA, Danielle Souza de Andrade. **Relação de Causalidade e Imputação Objetiva do Resultado**. Revista ESMAFE, Vol. 4, 5ª Ed, 2002, pág. 258.

⁶ ROCHA, Ronan de Oliveira. **A Relação de Causalidade no Direito Penal**. Belo Horizonte, 2013, pág. 67.

Tal teoria foi acolhida pelo Código Penal em vigor, sendo a que possui maior aceitação na doutrina para identificar o vínculo entre conduta e resultado material.⁷ Porém, para compreendermos o porquê da conexão entre a *conditio sine qua non* e o referido diploma, devemos nos aprofundar, não só na construção da teoria dos antecedentes causais, mas nas suas visíveis falhas.

A teoria da equivalência dos antecedentes causais define causa como toda a ação ou omissão que participa de produção de um resultado, independentemente do quanto essa(s) causa(s) coopera(m) para a realização desse. Nas palavras de Fernando Galvão, para essa acepção, causa é toda conduta anterior ao resultado que contribuiu para a sua produção⁸. Ora, se observarmos que todas as condutas que antecedem o resultado - e que, de alguma forma, ajudaram na sua materialização - possuem equivalência valorativa, é impossível distinguirmos aquelas essenciais das não essenciais para a realização do resultado.

A visão doutrinária que opta por considerar como causa qualquer conduta que tenha contribuído para a produção do resultado é demasiadamente perigosa, pois tende a reprimir indivíduos ou ações que, por mais que participem da cadeia de eventos naturalísticos que culminaram no resultado, pouco contribuíram para esse. Basta imaginarmos um padeiro que vende uma baguete, sem saber que posteriormente essa será envenenada pelo comprador, com a intenção de assassinar outrem. Ou, em um exemplo mais comum, pensemos em um vendedor de armas de fogo que realiza uma venda para um futuro homicida. Para Galvão, esses cenários são facilmente resolvidos se termos em mente que o nexos causal não gera responsabilidade penal nos casos onde a conduta for juridicamente irrelevante.⁹

Em uma tentativa de refinar a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, Johan Thyrén desenvolveu, em 1894, o método de eliminação hipotética. Esse método consiste em eliminar mentalmente determinados acontecimentos no curso causal. Se, com a eliminação hipotética, o fato ocorreria, essa conduta não seria causa, ou seja, não existiria o nexos causal entre a ação e o resultado.¹⁰ Desse modo, a conduta não será vista como causa quando, ao ser

⁷ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed., Belo Horizonte: Editoria D'Plácido, 2016. Pág. 339.

⁸ *Ibid*, Pág. 339.

⁹ *Ibid*, Pág. 340.

¹⁰ Conforme explicam Artur Gueiros e Carlos Japiassú: “Se, com a eliminação hipotética, o resultado desaparece ou se altera, tem-se que aquela condição é causa do resultado; há nexos de causalidade. Do contrário, não existirá

retirada da teia de eventos anteriores ao resultado, não altera a produção do mesmo. Entretanto, embora o método de Thyrén tenha contribuído para uma melhor aplicação da teoria dos antecedentes causais, não foi possível barrar as dificuldades intrínsecas a essa acepção.

Como poderíamos dar causa a uma conduta que teria, em tese, gerado um resultado, enquanto uma outra ação, ocorrida simultaneamente e de forma independente, também poderia ser considerada contribuidora para a produção daquele? Para solucionar esse claro empecilho, devemos ter consciência do real processo causal, caso contrário, estaríamos apenas fazendo conexões, cujo único embasamento são suposições. Imaginemos que um indivíduo esteja com uma terrível dor de garganta e, para tentar solucionar esse contratempo, se dirige a uma farmácia. Lá, ele compra pastilhas analgésicas e um spray anti-inflamatório. Após uma semana usando ambos medicamentos, a dor de garganta do indivíduo desaparece. Ora, como saberemos, com certeza, qual dos dois métodos utilizados foi responsável pela melhora da dor? Para isso, deveríamos ter avaliado os pormenores relacionados ao problema na garganta, para entendermos qual remédio agiu de forma mais eficiente em face da doença.

Os problemas relacionados não só a teoria dos antecedentes causais, mas ao método de Thyrén evidenciam-se quando falamos de crimes omissivos e tentados. Como aplicar o procedimento hipotético em crimes onde o resultado não ocorreu? Ademais, em casos onde a conduta produtora do resultado é omissiva, a abordagem de Thyrén deve ser mitigada, acrescentando a ação do indivíduo e indagar se poderia ter evitado o resultado.¹¹

Poderíamos concluir, assim como Galvão, que a teoria da equivalência dos antecedentes causais, bem como o método de eliminação hipotética não são penalmente relevantes, uma vez que estudam a causalidade física. É demasiado importante termos em mente que essa teoria não permite distinguir a causa que efetivamente gerou o resultado, de meras circunstâncias concomitantes, uma vez que não são juridicamente relevantes.

Entretanto, seria equivocado não parabenizarmos a teoria da condição simples por traçar um linde para a responsabilidade penal, afinal, mesmo que estejamos falando da causalidade

nexo causal, excluindo-se, desde logo, tal conduta, sem necessidade de se investigar dolo ou culpa do agente.” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, Pág. 173).

¹¹ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed., Belo Horizonte: Editoria D'Plácido, 2016, pág. 341.

natural em crimes de resultado, ela é intrínseca na manutenção de um limite mínimo na imputação do delito.¹² Ademais, a teoria da equivalência dos antecedentes é considerada por muitos doutrinadores como um método eficaz para solucionar o problema da causalidade, tendo sido considerada a principal teoria por diversos autores.¹³

Destaca-se que o nosso Código Penal, em seu artigo 13, *caput*, adotou tal acepção, uma vez que afirma, no mencionado dispositivo: “*Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”. Analisando sua redação, percebemos que o legislador optou pela teoria da condição simples, ao definir causa como toda conduta (comissiva ou omissiva) que antecede o resultado, mantendo um status de igualdade – equivalência - entre eles.

Devido às críticas feitas sobre a teoria da equivalência dos antecedentes causais, novas variadas teorias foram surgindo ao longo dos anos, sendo de imensa importância a menção da teoria da causalidade adequada, que abriu um terreno fértil para a teoria da imputação objetiva.

1.3. Causalidade Adequada

Apontar os defeitos na teoria da equivalência dos antecedentes é de suma importância para introduzirmos a teoria da causalidade adequada na discussão, uma vez que essa se originou na tentativa de superar as falhas daquela. Entretanto, de todas as incorreções da *conditio sine qua non*, merece destaque o chamado *regressus ad infinitum* ou regresso ao infinito. Conforme analisado anteriormente, a teoria da condição simples prevê que toda ação que antecede ao resultado deve ser considerada causa desse, sem distinguir causa das concausas.

Tal acepção gera uma problemática em torno do quão longe devemos retroceder na linha dos eventos que antecederam ao resultado, para evitarmos – mentalmente- que esse ocorra. Basta imaginarmos um indivíduo que, consumido pela raiva, desfere golpes no amante de sua esposa, utilizando um pé de cabra, com a intenção de lesionar esse. Pela lógica da teoria da condição simples, em conjunto com o método de eliminação hipotética de Thyrén, poderíamos considerar a infidelidade da esposa do agente como causa, assim como o fabricante do objeto

¹² SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pág. 173.

¹³ Para Ronan Rocha, a teoria da *conditio sine qua non* teria sido amplamente acolhida pela doutrina devido a facilidade do emprego de sua fórmula para definir a causalidade (ROCHA, Ronan de Oliveira. **A Relação de Causalidade no Direito Penal**. Belo Horizonte, 2013, pág. 73).

que ocasionou os ferimentos na vítima. Ou, regredindo ainda mais na linha de fatos, poderíamos culpar os pais do agente, afinal, se não tivessem eventualmente concebido esse, o delito em comento não teria ocorrido.

Para os defensores da teoria da equivalência dos antecedentes causais, o problema ocasionado pelo *regressus ad infinitum* conseguiria ser facilmente resolvido se reduzirmos o alcance da regressão utilizando o dolo e a culpa.¹⁴ Porém, com um simples exemplo, podemos explicitar que a solução encontrada ainda não ajuda na análise de concausas:

O policial “A” está conversando com seu amigo “B” sobre o novo equipamento distribuído pelo batalhão de polícia. Em um momento de descuido, “A”, ao mostrar sua nova arma de fogo, atira no peito de seu colega. Desesperado, o policial chama uma ambulância que, durante o percurso até o hospital, capota e, eventualmente, ocasiona a morte de “B”.

Ora, é explícito a relação entre o disparo dado pelo policial e a morte de seu amigo. Aplicando a teoria da equivalência, em conjunto com o método de eliminação, se retirarmos a conduta de “A” da linha de eventos, “B” não precisaria ser levado ao hospital por meio de uma ambulância que posteriormente capotaria. Adicionar o elemento culpa na ação do policial não alteraria o problema envolvendo o regresso infinito da *conditio sine qua non*, uma vez que seria errôneo atribuir a causa da morte de “B” a conduta de “A”.

Em face de todas essas contradições, a teoria da causalidade adequada surge, deixando evidente para aqueles que tentassem entendê-la que não são equivalentes os antecedentes causais, uma vez ter sido demonstrado a impossibilidade de considerar todos os fatos que antecedem o resultado como iguais – intrínsecos para a produção do resultado-, mas simultaneamente evitar o regresso ao infinito.

A teoria da causalidade adequada surgiu no ano de 1871, por Ludwig Von Bar e foi aprimorada, posteriormente, pelo professor Johannes Von Kries. Segundo essa acepção, causa é o antecedente necessário e adequado para a produção do resultado. Em outros termos, apenas deverá ser considerado causa aquilo que se constatar, dentre todos os antecedentes causais, indispensável para proporcionar o resultado.

¹⁴ ROCHA, Ronan de Oliveira. **A Relação de Causalidade no Direito Penal**. Belo Horizonte, 2013, pág. 87.

Como, entretanto, seríamos capazes de medir a importância de uma ação para a produção de determinado resultado? Utiliza-se, na corrente da causalidade adequada, o chamado juízo de prognose póstuma objetiva – também apelidado como “fatos da vida” ou “regra da vida”-segundo o qual um terceiro observador deve analisar, objetivamente, a probabilidade do resultado, na posição de alguém que estivesse com a posse das informações existentes e disponíveis sobre o evento, na época do fato.¹⁵ Nas palavras de Fernando Galvão, a adequação fica visível quando medimos a probabilidade do antecedente produzir o resultado. Dessa forma, poderíamos descartar os acontecimentos anormais, singulares ou insignificantes, da relação causal.¹⁶ Por meio desse método, o regresso ao infinito é brechado, uma vez sendo inadequado retroceder demasiadamente para um evento que, embora esteja ligado ao resultado, não é idôneo para a produção desse.

Porém, a teoria da causalidade adequada não escapa de críticas doutrinárias, em especial sobre a incerteza em torno dos critérios envolvendo previsibilidade. Quando tal aceção surgiu, no século XIX, a teoria finalista do crime ainda não havia sido desenvolvida, e, portanto, a análise da culpa e dolo se encontravam dentro da culpabilidade¹⁷. Quando utilizamos a teoria da adequação, é necessário investigar o conhecimento do agente sobre as circunstâncias que ocasionaram a concretização do resultado, visando saber se esse era previsível ou não. A necessidade de examinar se o indivíduo responsável pela ação - que culminou no resultado final- obtinha potencial conhecimento do contexto que se encontrava, remete à análise da culpabilidade. Com isso, confundiu-se demasiadamente o problema envolvendo a causalidade, com o estudo da culpabilidade.¹⁸

Segundo Edmund Mezger, o estudo da causalidade partiu, erroneamente, do pressuposto que a punibilidade de uma ação se baseia no nexos causal do agente com o resultado, assim como na medida da culpabilidade desse com o resultado. Deixaram de analisar, no contexto da

¹⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pág. 174.

¹⁶ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed., Belo Horizonte: Editoria D'Plácido, 2016. Pág. 343.

¹⁷ A teoria finalista do crime foi desenvolvida no ano de 1930, pelo jurista alemão Hans Welzel, que reestruturou as aceções anteriores, sendo essas as teorias naturalistas (final do séc. XIX) e neokantianas (início do séc. XX). Para Welzel, a finalidade da conduta se equipara ao dolo e, dessa forma, os elementos subjetivos do crime deveriam pertencer ao tipo. (SOUZA; JAPIASSÚ, op. cit., pág. 144).

¹⁸ ROCHA, Ronan de Oliveira. **A Relação de Causalidade no Direito Penal**. Belo Horizonte, 2013, pág. 90.

causalidade, a relevância jurídica do ato de vontade de um indivíduo e sua conexão com o resultado. Ainda conforme Mezger, para acharmos a relevância jurídica do nexo causal, devemos observar os tipos penais, na tentativa de interpretar seus significados.¹⁹

A similaridade entre causalidade e o termo “causalidade adequada” faz com que se atribua à teoria de Von Bar uma análise da causa. Tal pensamento, para Mezger, é equivocado, uma vez que a Teoria da Causalidade Adequada se aproxima mais do estudo da atribuição jurídica, ou, em outras palavras, da imputação. O observado na causalidade adequada não é a causalidade natural em si, mas o juízo do que é ou não correto de se imputar ao agente.²⁰ Procurou-se, com ela, identificar a relevância jurídica no contexto do nexo causal, para que se impute juridicamente, um resultado lesivo ao agente causador desse.

O grande mérito da teoria da adequação foi corrigir os erros da teoria da equivalência dos antecedentes, fixando um critério que impedia o regresso ao infinito, assim como consertava os defeitos na imputação dos crimes impossíveis, omissivos, qualificados pelo resultado, dentre outros.²¹ Entretanto, a ambiguidade de sua natureza, uma vez que o objetivo dela parece ser direcionado a valoração jurídica de uma relação de causalidade, pode ser apontada como sua mais dura crítica. Conforme explica Roxin, embora haja similaridades entre a teoria da adequação e a imputação objetiva, aquela tem seu âmbito de atuação limitado a solucionar a imputação em eventos causais incomuns.²²

1.4. A Imputação Objetiva

Na virada do século XIX, a sociedade observava pela primeira vez os avanços tecnológicos e sociais advindos da ciência e de seu desenvolvimento. O culto à ciência natural

¹⁹ Observa Mezger: “*Por ello, es preciso que nos ocupemos especialmente, además causalidad, de la relevancia jurídica de la misma, investigando cómo y dónde ésta ha de determinarse. La contestación a tal pregunta no podemos hallarla en las confusas "concepciones populares sobre la causalidad", ni en criterios preconcebidos del Derecho natural. Es preciso una base más firme y segura, esto es, una base en el Derecho positivo. Pues, ciertamente, no existe la "unidad" de la relevancia jurídica en las diferentes ramas del Derecho, ni siquiera como "último límite de la posibilidad de la responsabilidad". La contestación a la pregunta respecto a la relevancia (importancia jurídica) de la conexión causal sólo puede ser hallada en los tipos penales legales, en virtud de una interpretación de su sentido.* (MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal.**, Buenos Aires, 2010, pág. 237.)

²⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pág. 175.

²¹ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral.** 7ª ed., Belo Horizonte: Editoria D'Plácido, 2016, pág. 344.

²² ROCHA, Ronan de Oliveira. **A Relação de Causalidade no Direito Penal.** Belo Horizonte, 2013, pág. 92.

influenciou na abordagem metodológica aplicada no estudo do Direito, com forte impregnação do positivismo jurídico, uma vez que se tentava explicar a matéria legal, ao invés de compreendê-la. Nesse cenário, foi desenvolvida o sistema-jurídico penal atualmente conhecido como a “teoria causalista” da ação, fundamentado pela ideia de causa e efeito, conceito primordial nas ciências naturais.²³

Elaborada por Liszt e Beling, a teoria da causalidade conceituava ação por meio de três componentes, sendo eles a vontade, a modificação no mundo exterior e o nexo de causalidade. Conforme ensina a teoria, poderíamos considerar realizado o tipo quando um agente executa uma condição para a concretização do resultado, aplicando dessa forma a teoria dos equivalentes causais. Porém, como anteriormente discorrido, a teoria da *conditio sine qua non* é exígua para o atual direito penal, uma vez que foca a análise na causalidade física, não permitindo distinguir a causa que efetivamente gerou o resultado, de meras circunstâncias concomitantes. Portanto, ao trabalhar com a teoria causalista da ação, teríamos que restringir a responsabilidade penal do agente em outros componentes do sistema jurídico penal, como na ilicitude ou culpabilidade, sendo presente na última os elementos subjetivos da culpa e dolo.

Em face desse empecilho, surge a teoria finalista da ação, desenvolvida por Hans Welzel, na década de 1930. O nome atribuído a acepção faz referência direta ao seu raciocínio, uma vez que compreende a conduta como um ato finalístico destinado a um objetivo. Com ela, se analisa o dolo e a culpa no tipo, como parte subjetiva desse, brechando efetivamente o *regressus ad infinitum*.²⁴ Todavia, embora a teoria finalista tenha avançado consideravelmente no âmbito subjetivo do tipo, não ocorreu desenvolvimento no tipo objetivo, tendo esse ainda estado a mercê da teoria dos equivalentes causais, se perpetuando extenso na linha de eventos causais, sendo inutilizável para a análise de concausas.

²³ Sobre a lei da causalidade e sua influência na teoria causalista da ação: “*Um exemplo da causalidade é a fervura da água: a cem graus centígrados, nas condições naturais de temperatura e pressão, dar-se-á a fervura da água; pode-se dizer que a fervura da água foi efeito da situação de ela estar a cem graus centígrados. Nesse mesmo raciocínio, transmutando-o para a ação, pode-se dizer que a modificação do mundo exterior é efeito da volição do sujeito.*” (BRANDÃO, Cláudio. **Teorias da Conduta no Direito Penal**. Brasília, a. 37, n. 148, out./dez. 2000, pág. 90).

²⁴ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 102.

Nesse cenário, surge como solução a teoria da imputação objetiva, originada em 1930, por Richard Honig, e desdobrada, posteriormente, pela teoria do risco, de Claus Roxin, e a teoria dos papéis, de Günther Jakobs.

1.4.1. O sistema funcional de Claus Roxin

A peça central do sistema funcional de Claus Roxin se baseia na premissa de que a importância, para a análise da imputação, atribuída a investigação prévia dos fatos, não é de todo correto. Deveríamos, segundo o jurista, partir de uma análise das finalidades políticas e criminais do Direito Penal.²⁵ O seu caráter preventivo resulta na atribuição de causa a condutas que exponham, claramente, bens jurídicos ao risco de lesão ou à lesão. A teoria de Roxin pressupõe que, após a análise da causalidade, devemos checar se os requisitos da imputação objetiva foram cumpridos, para assim verificarmos se o agente pode (ou não) ser responsabilizado por aquele resultado.

Conforme leciona Roxin em sua doutrina, as linhas mestras da teoria da imputação objetiva se dividem em três tópicos, nos quais um resultado poderá ser imputado a um agente – preenchendo o tipo objetivo – somente quando (i) sua ação cria um risco não permitido juridicamente, (ii) tendo esse perigo se concretizado e (iii) quando o resultado se encontra dentro da esfera de proteção da norma.²⁶

Em um primeiro momento, cabe destrincharmos o que Roxin quis demonstrar com a importância da criação de um risco juridicamente relevante. A melhor maneira de fazê-lo, é imaginar uma situação onde o perigo provocado pelo agente não possui nenhuma importância, assim como sua concretização não dependeu exclusivamente da vontade daquele.²⁷

Pensemos no agente “A” que, desejando matar “B”, compra passagens de avião para esse, na esperança que a aeronave sofra um acidente. Indo além, imaginemos que o avião realmente caia, provocando a morte de “B”.

²⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pág. 179.

²⁶ ROXIN, **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 104.

²⁷ SOUZA; JAPIASSÚ, op. cit., pág. 182.

Seguindo o raciocínio de Roxin, embora a ação de “A” tenha sido responsável, em parte, pela causa objetiva da morte de “B”, assim como era de seu desejo subjetivo que o resultado morte ocorresse, a ação de comprar passagens, por si só, não constitui um risco jurídico relevante, uma vez que não elevou consideravelmente o perigo de vida de “B”. Poderíamos regredir ao exemplo oferecido anteriormente, na qual um padeiro vende uma baguete que posteriormente essa será envenenada pelo comprador, com a intenção de assassinar outrem. Ora, embora a venda realizada pelo padeiro participa do curso causal de uma futura morte, sua ação não possui relevância jurídica, o risco criado – ainda que ínfimo- é permitido.

Estamos diante de um raciocínio jurídico pautado no princípio da confiança, uma vez ser impossível conviver em uma sociedade sem confiabilidade entre indivíduos, em um cenário no qual pequenas interações possam resultar em eventuais delitos. Segundo tal princípio, indivíduos agem conforme as regras da comunidade onde se encontram, esperando que os demais façam o mesmo. Entretanto, devemos ter em mente que a aplicabilidade desse princípio social não poderá ocorrer em casos onde a conduta do agente seja explicitamente suspeita.²⁸

Porém, para Roxin, mesmo que a ação do agente seja passível de desconfiança, o princípio da confiabilidade ainda vigora. Ademais, embora o agente tenha participado objetivamente na criação de um risco, esse é juridicamente irrelevante e, portanto, seria errôneo imputar o resultado a esse.

Outro tópico apontado por Roxin, na construção de seu modelo de imputação, foi a necessidade da produção do resultado diretamente pelo risco criado. Pensemos em um indivíduo que intencionalmente, com desejo de matar, atira na vítima, sendo essa prontamente levada ao hospital e socorrida. No dia seguinte, um desabamento ocorre, fruto de problemas estruturais do hospital, levando assim a vítima a morte. É notável que o tiro proferido pelo agente criou um claro risco à vida da vítima, sendo suficiente para a punição deste por tentativa de homicídio. Entretanto, a vítima não faleceu devido aos ferimentos ocasionados pelo tiro, mas sim pelo desabamento do hospital onde se encontrava. Com isso, errôneo seria imputar ao

²⁸ Conforme leciona Roxin sobre o princípio da confiança: “ (...) *pode-se confiar em que os outros se comportarão conforme ao direito, enquanto não existirem pontos de apoio concretos em sentido contrário, os quais não seriam de afirmar-se diante de uma aparência suspeita (pois se trata de um critério vago, passível de aleatórias interpretações), mas só diante de uma reconhecível inclinação para o fato [erkennbare Tatgeneigtheit]*” (ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 105.)

agente o crime de homicídio consumado, uma vez que faltou a realização do risco criado por esse.²⁹ O resultado, portanto, não ocorreu diretamente devido ao perigo criado pelo agente.

Caminhando adiante na teoria de Roxin, conclui o jurista que uma norma possui determinadas finalidades e, nos casos onde a ação de um indivíduo excede o âmbito de proteção de um dispositivo jurídico, não existe sentido na imputação do resultado a esse, uma vez que o objetivo da norma não englobou sua conduta. Em sua doutrina, Gueiros e Japiassú mencionam o exemplo de uma mãe que, ao descobrir que sua filha “B” foi morta atropelada pelo automóvel dirigido imprudentemente por “C”, sobre um infarto mortal.³⁰ Se analisarmos a norma jurídica imputável a “C” pela morte de “B”, perceberemos que esta não abrange experiências vivenciadas por parentes, amigos ou terceiros relacionados à vítima. A morte por infarto da mãe não pode ser, objetivamente, atribuída à “C”, uma vez que o resultado não está em consonância com a finalidade da proteção da norma.

Outra excludente de imputação desenvolvida por Roxin está presente nos casos onde ocorre a diminuição do risco ao bem jurídico. Seria equivocado responsabilizarmos um agente que, na tentativa de atenuar o perigo iminente para a vítima, altera o curso causal - que culminaria em um resultado mais lesivo àquela. Roxin, portanto, se desvinculando da atual teoria do crime – que opta por excluir a ilicitude em casos semelhantes – decide por tornar a ação do agente não típica. O mesmo raciocínio poderia ser aplicado para condutas que, embora não tenham aumentado o risco de lesão ao bem jurídico, não expandiu consideravelmente o perigo a esse.

Entretanto, ingênuo pensar que a teoria da imputação de Roxin não passou por críticas ao longo de seu desenvolvimento. Talvez a principal delas esteja relacionada ao alcance da norma penal, a sua finalidade de proteção. Muitos doutrinadores afirmam ser desnecessário tal critério, declarando ser possível, sem prejuízo à sua teoria, resolver o problema em torno da imputação por meio dos demais parâmetros supracitados. Ademais, existem resultados, atrelados a condutas dolosas ou culposas, cujo fim de proteção da norma jurídica não englobe. Nessa seara, poderíamos mencionar a autocolocação em perigo consentida, objeto de estudo nos subseqüentes capítulos da presente pesquisa.

²⁹ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 106.

³⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pág. 181.

1.4.2. Teoria dos Papéis de Günther Jakobs

Para compreendermos a teoria da imputação objetiva desenvolvida por Jakobs, a qual cumpre papel de suma importância no desenvolvimento de sua tese sobre a teoria do crime, mostra-se necessário explorarmos brevemente a maneira pela qual o doutrinador enxerga o Direito Penal como um todo.³¹ Isso pois, a acepção de Jakobs se divide em dois elos, sendo um deles a finalidade político-criminal do direito.

Recusa-se o alemão a aceitar que o Direito Penal tem como objetivo a proteção de bens jurídicos intrínsecos para a vida em sociedade, apontando como finalidade máxima daquela a certificação do cumprimento da norma penal. Sua análise objetiva parte do pressuposto de que toda norma traz consigo regras que orientam o convívio em sociedade, uma espécie de cartilha comportamental. Quem fere o direito, para Jakobs, externaliza uma visão de mundo delinquente, diferenciada dos demais indivíduos em sociedade, onde regras normativas não vigoram da mesma maneira.³² Portanto, fica responsável o Direito Penal reafirmar sua prevalência sobre a comunidade, punindo a violação do agente por meio da imputação.

Apoia-se Jakobs, com o objetivo de robustecer sua visão acerca da função máxima do Direito Penal, na sociologia de Niklas Luhmann³³. Para o sociólogo, o convívio em sociedade traz ao homem a possibilidade de desfrutar de inúmeras experiências, sendo a interação com os demais indivíduos uma delas. Dessas trocas entre sujeitos, brotam inseguranças, uma vez ser impossível conhecer, perfeitamente, as intenções dos comportamentos de indivíduos. Nesse cenário, surge o Direito como pacificador de expectativas, uma garantia a sociedade de que ações desvirtuadas serão passíveis de adequação.

³¹ ROCHA, Ronan de Oliveira. **A Relação de Causalidade no Direito Penal**. Belo Horizonte, 2013, pág. 44.

³² Conforme leciona Luís Greco: “*Quem viola a norma, antes de destruir um bem jurídico, antes de eliminar uma vida ou destruir o patrimônio alheio, exterioriza "um esboço de um mundo", de um mundo no qual a norma não vige. Esta visão de mundo do delinquente desafia a visão dos demais membros da sociedade, que se vêem inseguros, desorientados quanto a qual das visões realmente prevalece. O Direito Penal, através da explicação do comportamento violador da norma, através da imputação desta violação a determinado autor, e, por fim, através do sancionamento deste autor, reafirmará a prevalência do Direito e da norma aos olhos dos demais membros da sociedade.* (GRECO, Luís. **Imputação Objetiva: Uma introdução** apud ROCHA, pág. 44).

³³ Niklas Luhmann (8 de dezembro de 1927 - 6 de novembro de 1998) foi um sociólogo alemão, criador da famosa Teoria dos Sistemas (*Funktionen und Folgen Formaler Organisation*), em 1964, obra que moldou demasiadamente a visão elaborada por Günther Jakobs sobre as funções do Direito Penal.

Moldando a visão de Luhmann para as palavras de Jakobs, “*os seres humanos encontram-se num mundo social na condição de portadores de um papel, isto é, como pessoas que devem administrar um determinado segmento do acontecer social conforme um determinado padrão*”.³⁴ Surge dessa forma o nome dado à acepção de Jakobs – teoria dos papéis- na qual considera o comportamento humano atrelado a papéis sociais.

Importante mencionar que, para compreendermos a visão dada por Jakobs sobre a imputação objetiva, devemos ter em mente que essa se subdivide em duas camadas, sendo a primeira relacionada a imputação do comportamento, enquanto a segunda se baseia meramente no resultado.

Em relação ao critério de comportamento, ressalta-se aqui a noção de papéis sociais e suas supostas violações. Nessa camada da teoria de Jakobs, imputa-se resultados a condutas que venham a burlar expectativas atreladas aos papéis sociais de cada indivíduo. Apresenta-se, portanto, quatro critérios de imputação, sendo eles: (i) o *risco permitido*, impossibilitando a imputação sobre indivíduos que, se comportando conforme seu papel social, tenha gerado algum risco; (ii) o *princípio da confiança*, também abordado por Roxin em sua acepção, não permitindo a incriminação de agentes que tinham expectativas legítimas sobre o comportamento de outrem; (iii) a *proibição ao regresso*, uma maneira de burlar o *regressus ad infinitum*; (iv) e, por último, a *competência/capacidade da vítima*, critério que avalia o consentimento do ofendido e a autocolocação em perigo.

Avançando para a segunda camada da teoria dos papéis, não tão bem desenvolvida pelo doutrinador quanto a anterior, Jakobs liga a criação de um risco não permitido pelo agente ao seu resultado lesivo. Em sua concepção, mostra-se necessário entender a lesão ao bem jurídico, para podemos distinguir as causas responsáveis pelo resultado. Nesse cenário, Jakobs faz uso da teoria da causalidade para medir se uma conduta aclimou – ou não - um resultado.³⁵ Entretanto, uma das principais críticas ao desenvolvimento da imputação objetiva de Jakobs é

³⁴ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. 2ª Ed. São Paulo, 2007, pág. 24.

³⁵ “*Buscando vincular a realização de riscos com o nível da imputação do comportamento, define o risco como o conjunto de condições explicativas de um acontecimento e propõe a solução dos problemas dos ‘comportamentos alternativos ajustados ao Direito’ através do critério da causação planejada ou não. Dessa forma, o comportamento não permitido só representará a explicação do acontecimento lesivo quando o curso causal dele derivado tiver sido produzido de forma que sua evitação fosse planejável. Caso contrário, a explicação da lesão estará na realização de um risco geral da vida.*” (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **A imputação objetiva no direito penal brasileiro**. Revista dos Tribunais Online, Vol. 3, 2005, pág. 6).

o uso da teoria da condição, cujas inúmeras falhas foram analisadas anteriormente no presente trabalho. Não há o que dizer, todavia, sobre a singularidade e inovação da teoria dos papéis, erguida brilhantemente por meio de um apoio forte dado pela sociologia de Luhmann.³⁶

A teoria da imputação objetiva ainda se mantém em desenvolvimento por diversos juristas e doutrinadores, sendo aperfeiçoada e elaborada de formas distintas. Porém, o ponto em comum de todas as suas diferentes interpretações é o desenvolvimento de uma relação de causalidade normativa que se alia ao nexos causal naturalístico. Diferentemente das demais teorias da causalidade, que buscaram analisar somente as modificações no mundo fático, a teoria da imputação surge destacando a importância da adequação da norma jurídica ao contexto naturalístico. Porém, a inovação gerada pela imputação objetiva acaba por repercutir em vários aspectos da atual teoria do crime, o que será analisado no capítulo a seguir.

³⁶ ROCHA, Ronan de Oliveira. **A Relação de Causalidade no Direito Penal**. Belo Horizonte, 2013, pág. 48.

2. TUTELA PENAL DE BENS JURÍDICOS E A ANÁLISE DO RISCO

2.1. Origem da Teoria do Bem Jurídico

Não seria errôneo apontarmos o Direito Penal como o ramo jurídico que iniciou, mesmo que de forma embrionária, as primeiras exteriorizações da existência de um ordenamento jurídico. A função punitiva atrelada a área penal, muitas vezes manifestada por meio de supressões de liberdades e de direitos individuais, permitiu que determinado grupo, tendo esse a capacidade de punir, pudesse fazer prevalecer suas ordens e regras. Em outras palavras, a evolução da sociedade humana é um reflexo veraz do progresso do Direito Penal, assim como daquilo que esse ramo pretende tutelar.

Traçando uma linha histórica sobre o tema, observaremos que o direito vigente até meados do século XVII possuía um intenso aspecto religioso e tirânico, caracterizado por um profundo atraso e uma extrema brutalidade em suas punições. Conhecida por historiadores como “*a fase da vingança*”, o nascimento do Direito Penal se deu com os então chamados tribunais eclesiásticos, que desenvolveram sua ordem com base em leis romanas, baseando suas práticas em severos castigos, confundindo assim o conceito de justiça com vingança.³⁷

Conforme o avanço da sociedade e a aproximação da modernidade, ocorreu uma monopolização do uso da força física pelo Estado em relação aos outros poderes vigentes. Tal manobra possuía um certo aspecto de legitimidade, o que possibilitou o exercício de políticas criminais mais efetivas. Na visão de Max Weber, o Estado moderno constituiria uma “*associação de domínio*” capaz de se institucionalizar, uma vez que essa era detentora do uso da força física, sendo então apontada como a ferramenta de pacificação em uma sociedade que previamente era considerada anárquica e tumultuada. Dessa forma, com o monopólio do uso da força pelo poder estatal, iniciou-se um processo social civilizatório.³⁸

Para compreender a turbulenta relação entre a sociedade e o Estado, Thomas Hobbes elaborou, no século XVII, uma justificativa para a existência e manutenção de um poder

³⁷ LUISE, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre, 1995, Editora Sete Mares, pág 34.

³⁸ PEGORARO Juan S. **A construção histórica do poder de punir e da política penal**. 2010, Editora UNESP, pág. 75.

soberano possuidor de legitimidade para punir. Segundo ele, antes dos homens viverem em uma sociedade teoricamente pacífica e minimamente organizada, teriam esses experienciado algo que Hobbes denominou de “*estado de natureza*”, no qual as relações humanas eram pautadas em disputas egoísticas e guerras.³⁹

Na visão do contratualista, o homem pré-civilizatório se preocupava somente em satisfazer seus desejos pessoais, independentemente de o alvo de sua aspiração pertencer a outrem. Dessa forma, a humanidade vivia em constantes conflitos, algo que Hobbes chamou de *bellum omnia omnes* ("guerra de todos contra todos"). Entretanto, com medo da constante violência e, principalmente, da morte, o homem, pautado na racionalidade, chega à conclusão da necessidade de uma entidade capaz de apaziguar esse ininterrupto estado de guerra, conduzindo as vontades dos humanos em completa independência e força. Hobbes decide então apelidar esse poder absoluto de *Leviatã*, baseado na figura bíblica presente no livro de Jó, uma espécie de monstro marinho que habitava uma determinada região e se incumbia de proteger as demais criaturas que ali viviam⁴⁰.

O Estado então surge como a solução para uma sociedade coesa, um instrumento para que os homens resolvessem seus conflitos interpessoais, uma vez que aquele possuía o poder de punir e premiar indivíduos, harmonizando um determinado grupo social. O ser humano, portanto, é forçado a priorizar a vontade coletiva sobre a sua individualidade, despertando sua consciência gregária.

Importante destacar a quebra no paradigma de pensamento iniciado pelos pensadores denominados contratualistas, uma vez que a legitimação para a existência do poder de punir

³⁹ Segundo Hobbes: “*E dado que a condição do homem (conforme foi declarado no capítulo anterior) é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão, e não havendo nada, de que possa lançar mão, que não possa servir-lhe de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos, segue-se daqui que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros. Portanto, enquanto perdurar este direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver.*” (HOBBS, Thomas. **Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo, 1983, pág. 91).

⁴⁰ “*Você consegue pescar com anzol o Leviatã ou prender sua língua com uma corda? (...) Acha que ele vai fazer acordo com você, para que o tenha como escravo pelo resto da vida?(...) Se puser a mão nele, a luta ficará em sua memória, e nunca mais você tornará a fazê-lo. Esperar vencê-lo é ilusão; apenas vê-lo já é assustador. Ninguém é suficientemente corajoso para despertá-lo.*” (BÍBLIA. Jó. Português. In: **Bíblia Sagrada Leitura Perfeita: Nova Versão Internacional.** Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2019, pág. 503).

não está mais na mão de um rei soberano (ou uma figura imperiosa) que exteriorizava a vontade de Deus, mas sim na pré-existência de um “*contrato social*” feito entre homens para que a vida em comunidade seja minimamente pacífica.

Iniciou-se, dessa forma, a concepção iluminista de que o Estado deve existir em função do homem, devendo ele atingir essa finalidade para que sua legitimidade mantenha-se vigorando. A proteção e respeito de direitos subjetivos e/ou inatos, por parte dos governantes, mostrou-se não mais apenas uma generosidade do rei absoluto, mas um dever ser do Estado. Discutia-se agora a tutela de direitos naturais tais como a liberdade, igualdade, a manutenção da propriedade privada, dentre outros.

Há de se observar as evidentes mudanças evocadas por meio do Iluminismo no Direito Penal, em especial a obra de Cesare Beccaria, *Dos Delitos e Das Penas*, publicada na segunda metade do século XVIII. Inspirado na nova forma de pensamento vigente durante o movimento, Beccaria criticou fervorosamente o modelo punitivo da época, ainda altamente pautado no Direito Romano, afirmando que o ser humano, possuidor de direitos intrínsecos e irrenunciáveis, transborda a figura estatal, devendo esse último respeitar e proteger aqueles.

“A humanidade gemia sob o jugo da implacável superstição; a avareza e a ambição de um pequeno número de homens poderosos inundavam de sangue humano os palácios dos grandes e os tronos dos reis. Eram traições secretas e morticínios públicos. O povo só encontrava na nobreza opressores e tiranos; e os ministros do Evangelho, manchados na carnificina e as mãos ainda sangrentas, ousavam oferecer aos olhos do povo um Deus de misericórdia e de paz.”⁴¹

Dessarte, o Direito Penal mudou sua maneira de estudar o delito, analisando esse não mais sobre uma ótica exclusivamente religiosa ou moralizante, mas com uma lesão a um direito subjetivo de uma pessoa natural.⁴² A partir de Beccaria, fundou-se a Escola Clássica do Direito Penal, possuindo como integrantes Paul Johann von Feuerbach e Francesco Carrara, sendo esse último o seu maior expoente. Carrara entendia o delito como um ente jurídico possuidor de duas vertentes: a física e a moral. Segundo o jurista, o crime é composto pela força física, ou seja, o

⁴¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. 1764, Ed. Ridendo Castigat Mores, pág. 14.

⁴² PITTARO, Elisa. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto da expansão do direito penal e suas repercussões na dogmática clássica do direito e do processo penal**. 2017. Tese (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2017, pág. 14.

movimento corpóreo acompanhado de seu dano, assim como a moralidade, traduzida como a vontade livre e consciente do criminoso, que atribui responsabilidade ao agente e permite a aplicação da pena.⁴³

Com a Escola Clássica Penalista, a pena é considerada um castigo, uma resposta ao indivíduo que cometeu, de forma consciente e voluntária, uma ação classificada como criminosa. A pena, portanto, é traduzida como um anteparo jurídico, voltado para o bem social, protegendo bens jurídicos penalmente tutelados.

Ocorreu, dessa forma, a ruptura no modelo punitivo voltado para a vingança pública, encerrando-se, lentamente, os suplícios impostos pelas penas vigentes até então. Tentava-se encontrar uma maneira mais humanitária para punir aqueles que desvirtuavam as normas vigentes, devendo haver a proporcionalidade entre delito e punição. O criminoso, portanto, não era aquele indivíduo que desagradou, mediante suas condutas, a divindade, precisando o rei absoluto reafirmar seu poder por meio da dor e sofrimento daquele, mas sim um mero violador do contrato social.⁴⁴

O Iluminismo evocou severas e fundadas críticas ao modelo punitivista do Antigo Regime, que muitas vezes recorria ao medo e superstições para se fazer legítimo. A arbitrariedade da justiça antiga fazia com que os direitos subjetivos do homem fossem violados pela força da submissão injustificada. As teorias filosóficas liberais iluministas permitiram que o Direito Penal fosse visto pela ótica da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, impondo limites ao poder estatal no exercício de seu poder punitivo.

Ferrajoli compara a busca pela legitimação do Direito Penal com a justificação da necessidade de existência do Estado, declarando que, muitas vezes, confundimos a soberania

⁴³ CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. **Evolução histórica do direito penal**. 2002, Equipe Âmbito Jurídico. 2002. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal/>>. Acesso em 2 mai. 2022

⁴⁴ PITTARO, Elisa. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto da expansão do direito penal e suas repercussões na dogmática clássica do direito e do processo penal**. 2017, UERJ, pág. 14.

desse com sua capacidade de restringir as liberdades individuais e interesses fundamentais dos indivíduos dentro do contrato social, papel associado ao Direito Penal.⁴⁵

Segundo Fernando Galvão, o modelo teórico garantista de Ferrajoli, atualmente, é tido como a maior e mais importante referência de um sistema jurídico liberal de garantias.⁴⁶ Conforme leciona o Ferrajoli, a finalidade do Direito Penal pode ser traduzida como a proteção dos indivíduos contra as arbitrariedades das punições e proibições, a manutenção da igualdade entre as partes no decorrer do processo e a tutela da dignidade do acusado. Dessa forma, o Direito Penal passa a ser considerado um instrumento para a manutenção da paz social, protegendo valores basilares de um Estado Democrático de Direito, obedecendo ao princípio da intervenção mínima, uma vez que no processo para a tutela de valores, o ramo é encarado como a *ultima ratio*.⁴⁷

A materialização do poder de punir, exteriorizado mediante a aplicação de sanções penais após a realização de um delito, evocou a necessidade de reformular como o Direito Penal era manifestado. Nesse ínterim, a teoria do bem jurídico se desenvolveu, mediante a busca por um conteúdo material para o crime, uma vez insuficiente a explicação para o conceito de delito, resumida como a realização de uma conduta proibida pela norma. O tipo penal deveria externalizar uma justificativa especial, para que o poder punitivo estatal fosse legitimado e, ao mesmo tempo, limitado.⁴⁸

As mudanças evocadas pelas reformas no pensamento social, frutos do movimento iluminista, estão intimamente relacionadas com a procura pelo conteúdo justificador da pena e da existência de normas penais. O Estado não poderia mais considerar “agressões ao Divino” ou ao “soberano” como crimes, assim como o mero descumprimento de deveres impostos aos cidadãos conforme os desejos dos detentores do poder. O mínimo necessário para um convívio social pacífico passou a ocupar o papel que antes era dado ao pecado, retirando da base conceitual dos delitos conteúdos religiosos.⁴⁹

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 230.

⁴⁶ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed., Belo Horizonte: Editoria D’Plácido, 2016, pág. 121.

⁴⁷ JESHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal- Parte Geral**. Barcelona: Bosh, 1981, pág. 2.

⁴⁸ RODRIGUES, Sávio Guimarães. **Bem jurídico-penal tributário, A legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal**. Ed, Nuria Fabris, 2013, pág. 30.

⁴⁹ *Ibid.*, pág. 31.

Com as mudanças no paradigma filosófico-penal provocadas pelo Iluminismo, dando prioridade para a proteção das liberdades individuais contra abusos estatais, o Direito Penal passa por uma reforma humanística, possibilitando o surgimento das primeiras teorias sobre o bem jurídico, ocorridas no início do século XIX.

2.2. O Direito Penal como protetor do bem jurídico

O conceito de bem jurídico sofreu, desde seu nascimento, a influência de determinadas teorias elaboradas com o intuito de legitimar a existência de normas penais em face de certo organismo social. Dessa forma, a evolução do conceito de bem jurídico ficou intimamente vinculada ao regime político adotado pelo Estado, assim como a sua exteriorização do poder punitivo.⁵⁰

Conforme estudado no tópico anterior, os ideais iluministas possibilitaram que o delito fosse visto como uma lesão a um direito subjetivo de uma pessoa natural, uma vez que a limitação do poder punitivo do Estado estava intrinsecamente atrelada a noção de violação de direitos naturais de um indivíduo. Portanto, a ofensa a um direito subjetivo era vista sob a ótica da violação do “contrato social” estabelecido entre os homens, sendo dever da organização estatal suprimir o agente transgressor, por meio de seu poder punitivo, para o restabelecimento do pacto social.⁵¹

Buscando um conceito de delito, Feuerbach fez uso de elementos jusnaturalísticos, na tentativa de se afastar das antigas ideologias absolutistas. Para o autor, após o pacto contratualista, o indivíduo cede uma parcela de sua liberdade para a formação do Estado, devendo aquele agir de forma ética e racional, contribuindo para a manutenção da paz social. Dessa forma, o delito seria relevante para o direito positivo se, ao mesmo tempo, ocorresse uma lesão a um bem jurídico de direito natural.^{52 53}

⁵⁰ PITTARO, Elisa. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto da expansão do direito penal e suas repercussões na dogmática clássica do direito e do processo penal**. 2017, UERJ, Pág. 25.

⁵¹ RODRIGUES, op. cit., pág. 33.

⁵² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pág. 31.

⁵³ Conforme leciona Feuerbach: “(...) qualquer forma de lesão jurídica contradiz com o objetivo do Estado, qual seja que no Estado não haja nenhuma lesão jurídica” FEUERBACH, Paul J. A. R. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania**. Editorial Hamurabi. Buenos Aires. 1989, pág. 58.

Em 1834, John Michael Franz Birnbaum construiu sua teoria a partir de uma perspectiva sociológica, vendo o bem jurídico como um elemento que estaria, inicialmente, ao lado do direito e do Estado, uma vez que um dos objetivos da atividade legislativa penal era o reconhecimento de características intrínsecas e preexistentes do indivíduo.⁵⁴ Birnbaum se afastou dos pensamentos iluministas que consideravam o Direito Penal protetor de direitos subjetivos, enxergando o ramo como o zelador dos bem jurídicos passíveis de ações criminosas, contanto que importantes para o indivíduo e a sociedade.⁵⁵

Dessa forma, surgiu uma visão do Direito Penal voltada para os aspectos sociais. Birnbaum e Feuerbach partem, em suas teorias, de um mesmo fator antecedente, embora para Birnbaum o delito teria capacidade de lesionar não somente direitos subjetivos, mas também interesses de maior amplitude: os bens.

Por outro lado, Karl Binding, partindo de bases positivistas, definiu bem jurídico como tudo aquilo que o legislador considerasse como tal, negando a existência de bens jurídicos preexistentes. Por conseguinte, o Estado, em sua visão, possuía uma discricionariedade legislativa para incriminar condutas de forma aleatória e arbitrária, não importando o real interesse social de sua proteção.

Partindo do mesmo contexto positivista, Franz von Liszt entendeu que o direito apenas existe por desejo humano, se voltando para a tutela de situações verídicas. Dessa forma, o Direito Penal tinha como objetivo a proteção de interesses sociais vitais, propensões essas denominadas por Liszt de bens jurídicos. Não seriam, portanto, os bens jurídicos, conforme o entendimento de Liszt, produto do ordenamento jurídico, mas sim da existência humana, sendo considerados preexistentes.

Conforme o passar dos anos e com as mudanças no paradigma político-sociais, a teoria do bem jurídico foi se incorporando a dogmática penal, sendo analisado sob uma ótica limitadora do poder punitivo estatal. Atualmente, a doutrina contemporânea busca respeitar o

⁵⁴BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pág. 31.

⁵⁵ CAMPOS, Lidiany Mendes. **Em busca da definição do bem jurídico-penal no Estado contemporâneo**. Disponível em: < <https://projetos.extras.ufg.br/conpeex/2004/posgraduacao/PGHumanas/lidiany.html>>. Acesso em: 2 mai. 2022.

postulado garantista que visa a intervenção mínima do Direito Penal, sinalizando que o poder punitivo tem o dever de tutelar bens jurídicos relevantes à preservação e convivência dos indivíduos.⁵⁶

Segundo Jorge de Figueiredo Dias, a definição de bem jurídico estaria ligada a conceitos constitucionais, devendo o Direito Penal intervir em casos cujas lesões ao indivíduo sejam de natureza crítica. Para o doutrinador, os bens jurídicos penais deverão ser um reflexo daquilo que a Constituição se dispôs a considerar merecedor de atenção, impulsionando a elaboração de novas leis e propiciando diretrizes para a tarefa legislativa estatal.⁵⁷

Avocando esse entendimento para o Direito Penal, perceberemos que, uma vez sendo a Constituição o documento que engloba os valores mais preciosos de uma determinada sociedade, deverá o legislador se pautar nela quando escolher os bens a serem protegidos pelo poder punitivo. Para a vertente constitucionalista, a legitimidade do Direito Penal estaria relacionada com a identificação dos bens que a Carta Magna julgou passíveis de tutela pelo ramo jurídico.⁵⁸

Se, anteriormente, o Direito Penal estava limitado pelos valores sociais de uma determinada comunidade, as teorias constitucionais abalizavam a atuação penal para dentro dos preceitos sociais previstos na ordem constitucional. Devido a essa peculiar característica da vertente, Ferrajoli definiu a forte influência constitucional no Direito Penal como uma espécie de “*segunda revolução*” do ramo, voltada para o legalismo substancial.⁵⁹

Uma vez traçada a linha temporal sobre a evolução das teorias do bem jurídico, assim como a devida tutela penal desses, finalmente chegamos no conceito de bens jurídicos de Claus

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág 35.

⁵⁷ Para Figueiredo: “*Um Estado democrático deve exigir do Direito Penal uma intervenção apenas onde se verifique lesões insuportáveis às condições essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem, de forma que os bens jurídicos penais devem expressar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, político e econômica.*” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Direito Penal do Bem jurídico como princípio jurídico constitucional à luz da Jurisprudência constitucional portuguesa. Direito Penal como Crítica da pena**. Ed. Marcial Pons, pág. 252)

⁵⁸ PITTARO, Elisa. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto da expansão do direito penal e suas repercussões na dogmática clássica do direito e do processo penal**. 2017, UERJ, pág. 28.

⁵⁹ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo**. Ed. RT. Pág. 53.

Roxin, que problematiza não só a sua proteção, mas também a limitação da liberdade individual do homem. Partindo da premissa que o Direito Penal existe para garantir a seus cidadãos uma existência socialmente pacífica, Roxin define bens jurídicos como:

“(...)circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”⁶⁰

Ao afirmar que bens jurídicos são circunstâncias reais ou meras finalidades, Roxin demonstrou que a sua existência não se baseia somente em uma fixação prévia disponibilizada ao legislador, mas que esses bens também podem ser criados por ele. Indo contra o disposto por Marx e Hassemer, Roxin afirma que o conceito de bem jurídico jamais poderia ser limitado ao individualismo, abrangendo também bens coletivos. Entretanto, ratifica o autor que esses últimos somente serão legítimos quando se tratar de bens jurídicos universais, transmitidos e reconhecidos pela generalidade.⁶¹

O bem jurídico, para Roxin, é visto sobre um aspecto crítico para com a legislação. Conforme teoriza o doutrinador, o conceito de bens possibilita o legislador a traçar fronteiras para uma punição legítima, afastando-se da visão doutrinária que analisa o tópico por meio de uma definição metódica. Para ele, o conceito sistemático defendido por Honig em sua obra *Die Einwilligung des Verletzten* (1919), que entende os bens jurídicos como *ratio legis* – o fim das normas - deve ser rejeitado, uma vez que esse não ultrapassa o princípio da interpretação teleológica.

Traçando uma perspectiva crítica e liberal de bens jurídicos, Roxin esboça diversas situações onde tal visão doutrinária acerca do tema se destaca em sua importância. Nos atentemos, entretanto, a sua tese sobre a limitação imposta ao legislador quanto a consciente autolesão, assim como sua viabilização e incentivo por terceiros. Para Roxin, o “*paternalismo estatal*”, no âmbito do Direito Penal, somente deve ser praticado e justificado quando o indivíduo - no qual se pretende proteger - possui déficits de autonomia, como nos casos de menores de idade ou pessoas com deficiências mentais, cujo resultado da ação não é

⁶⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ED., 2006, Pág. 18 e ss.

⁶¹ *Ibid.*, pág. 19.

compreendido totalmente. Nessa seara, defende o autor a descriminalização da aquisição de pequena quantidade de drogas suaves para o consumo de um dependente químico, assim como menciona a discursão moderna acerca da eutanásia, definindo o tema como um dos pontos mais sensíveis do Direito Penal.^{62 63}

Por conseguinte, Roxin afirma que a intervenção estatal deve existir em equilíbrio com a liberdade civil, garantindo ao indivíduo uma proteção do Estado somente quando necessária, assim como tanta liberdade individual quanto possível.⁶⁴

2.3. A realização do risco e o injusto penal

Conforme mencionado em ocasião anterior na presente pesquisa, diversas concepções doutrinárias famosas concebiam o delito por meio de um conceito único, se pautando no desvalor da ação ou no desrespeito à norma. Roxin, por outro lado, faz parte do grupo doutrinário que considera o “*injusto penal*” como a lesão ou colocação em perigo dos bens jurídicos. Dessa forma, para que o Direito Penal proteja bens jurídicos contra males, aquele somente conseguirá por meio da proibição de riscos não permitidos, assim como mediante a valoração da infração frente a lesão ao bem jurídico. Em outras palavras:

“(...) ações típicas sempre serão lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelos homens.”

A análise de Roxin acerca do conceito e proteção de bens jurídicos gira em torno da conexão desses com a sua capacidade de serem expostos a riscos não permitidos. O doutrinador exemplifica sua tese ao citar uma situação na qual um transeunte se atira, inesperadamente, na frente de um veículo conduzido corretamente por seu motorista. Embora os fatos apresentem,

⁶² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ED., 2006, Pág. 23.

⁶³ “*A apreciação da eutanásia é um dos pontos mais complicados do Direito Penal. Isso tem três motivos: primeiramente, falta um dispositivo legal que dela trate expressamente. (...) Em segundo lugar, os problemas existenciais que surgem em decisões sobre a vida e a morte dificilmente podem ser regulados através de normas abstratas; pois o direito vive de situações cotidianas tipificáveis, nem sempre se conseguindo, em sua necessária conceituação generalizante, dar um tratamento adequando ao processo individual e irrepetível da morte. Em terceiro lugar, o consenso sobre o permitido e o proibido na eutanásia é dificultado por não se tratar de tarefa exclusiva do penalista. Nesta esfera, também médicos, filósofos, teólogos e literatos reclamam para si – e com razão, o direito de ingressar no debate.*” (ROXIN, Claus. **A Apreciação Jurídico Penal da Eutanásia**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n.º 32, outubro-dezembro de 2000, pág. 11.)

⁶⁴ ROXIN, op. cit., pág. 39.

no cenário hipotético, uma clara lesão ao bem jurídico, essas não fundamentariam uma ação típica de lesão corporal ou homicídio, uma vez que o condutor, dirigindo conforme as regras de trânsito, produziu um risco permitido.⁶⁵

Roxin utiliza o risco ao bem jurídico como medida de ponderação entre a intervenção estatal e a liberdade individual, afirmando que somente lesões produzidas mediante riscos não permitidos deverão ser visadas pelo Direito Penal. Ao descartar a causalidade do resultado e a finalidade da ação humana como únicos elementos do injusto penal, Roxin foca em uma visão normativista, intrinsecamente ligada com sua teoria da imputação objetiva. A ponderação do risco permitido por si só não é o suficiente para uma normatização da aplicação penal, mas deve ser combinada com a realização de um risco não permitido, delimitada pela esfera de proteção da norma.

Dessa forma, o resultado somente poderá ser imputado a um agente, preenchendo o tipo objetivo, quando os três requisitos, cumulativamente, se encontrarem presentes no caso concreto em análise. Se mantivermos em mente que o Direito Penal possui, como fundamento de legitimidade político-criminal, apenas a proibição de ações nocivas, a criação de um risco juridicamente relevante como elemento do tipo evita a mera “*proibição pela proibição*”, que limitaria a liberdade individual sem nenhum benefício social, desvirtuando o princípio da proteção de bens jurídicos.⁶⁶

Embora uma das denominações da teoria da imputação objetiva possua “*do resultado*” em seu título, Frisch aponta que o centro gravitacional daquela gira em torno do chamado “*desvalor da ação*”, traduzido pela desaprovação da conduta de um agente. Entretanto, para a configuração do injusto penal, é indispensável sua consideração ao lado do desvalor do resultado. Ora, todo delito possui um resultado jurídico, sendo ele de natureza formal, material ou de mera conduta. Dessa forma, pressupondo que não existe crime sem lesão ou risco de lesão

⁶⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ED., 2006, Pág. 41 et seq.

⁶⁶ Conforme leciona Luís Greco: “*Essa exigência tem suas raízes mais profundas no próprio propósito do direito penal, que é proteger os bens jurídicos: proibir ações não perigosas é proibir por proibir, é limitar a liberdade sem qualquer ganho social correlato. Somente as proibições que geram algum ganho social podem ser legítimas, somente as proibições adequadas à proteção de um bem jurídico podem ser legítimas.*” (GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 37)

a um bem jurídico, o Direito Penal não poderá punir condutas que não geraram resultados (jurídicos).

O raciocínio inverso também deve ser discorrido, uma vez que determinados resultados - que venham a ofender bens jurídicos - possam ter sido produzidos mediante condutas não proibidas pelo poder punitivo. Nesse sentido, é apontado por Luís Greco a importância da realização do risco, haja visto que o desvalor do resultado sem a desaprovação da ação é impossível. O resultado, nesses casos, estaria apenas casualmente atrelado à ação proibida, mas não teria sido causado por ela. Uma morte por ataque cardíaco é apenas uma morte, enquanto uma morte causada por tiros de arma de fogo é o desvalor do resultado.⁶⁷

Todavia, existem hipóteses concretas nas quais, mesmo tendo ocorrido a realização o risco não permitido, expondo perigo ao bem jurídico, a imputação do resultado deve ser excluída. Isso ocorre pois, como será analisado a seguir, quando o perigo que a norma infringida desejou prevenir não se realizou, o fim de proteção não foi atingido pela conduta, eliminando a imputação ao agente.⁶⁸

2.4. Exclusão da imputação mediante resultados não protegidos pelo fim de proteção da norma de cuidado

Se concluirmos que o desvalor da ação possui forte ligação com o desvalor do resultado, estaríamos assim constatando que somente haverá a realização do perigo se a proibição da ação for juridicamente justificada para evitar a lesão a um bem jurídico, que ocorreu mediante determinado curso causal.⁶⁹ A norma proibitiva visa proteger um bem jurídico, entretanto, se esse for afetado por um curso causal diverso, o que ocorreu no resultado não foi o risco pleiteado pelo ordenamento.

A teoria da imputação objetiva, ao desenvolver requisitos para o preenchimento do tipo objetivo, afirma que a existência do nexo entre o resultado e o risco não permitido criado pelo causador não é o suficiente para a imputação: é necessário que o resultado esteja abarcado pelo

⁶⁷ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 33 e 102.

⁶⁸ NETO, Arcio Milton Wailler Neto. **Teoria da Imputação Objetiva e Crimes Culposos**, pág. 26.

⁶⁹RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Systematischer Kommentar**, 6ª. ed. Verlag: Heymann Luchterhand, 1994.

fim de proteção da norma de cuidado. Roxin, para ilustrar o pressuposto, evoca um caso julgado pelo Tribunal do Reich alemão:

Dois ciclistas passeiam um atrás do outro, no escuro, sem estarem com as bicicletas iluminadas. Em virtude da inexistência de iluminação, o ciclista que vai à frente colide com outro ciclista, vindo da direção oposta. O resultado teria sido evitado, se o ciclista que vinha atrás tivesse ligado a iluminação de sua bicicleta.⁷⁰

O primeiro ciclista, pedalando no escuro, criou um perigo não permitido de um acidente, que se realizou no caso concreto. Entretanto, foquemos no segundo ciclista, que vinha atrás daquele: deveríamos imputar nesse o delito de lesão corporal culposa? Ora, não restam dúvidas que a conduta do segundo ciclista, ao pedalar sem iluminação, aumentou consideravelmente o risco do primeiro de causar um acidente, uma vez que o dever de usar faróis tem como finalidade evitar possíveis colisões. Porém, a finalidade do dever de iluminação, ou seja, o fim de proteção da norma de cuidado, não tem como objetivo impedir colisões de terceiros, mas sim aqueles provocados pela própria bicicleta envolvida no acidente. Dessa forma, o segundo ciclista não realizou o risco não permitido que a norma pretendia evitar, não devendo esse ser punido por lesões corporais culposas.⁷¹

Ao analisar o caso supracitado, Jescheck sustenta que a esfera de proteção da norma englobaria somente danos diretos, não sendo o resultado imputável ao segundo ciclista. Veremos adiante que Roxin possui semelhante raciocínio acerca de danos subsequentes, chamando tais situações de “desvios causais”. Ademais, apontaremos no decorrer do presente capítulo o fato de que tal método seria idôneo para retirar a imputação nos casos de heterocolocação em perigo consentida e autolesão.⁷²

Importante mencionar que o critério do fim de proteção da norma de cuidado possui uma duplicidade de significados: por um ângulo, aludia ao alcance da norma de cuidado acerca dos crimes culposos; por outro, delimitava o alcance da norma relacionado à figura do delito. Roxin, que em primeiro momento não identificou as suas acepções sobre o tema, recentemente passou a utilizar da expressão “*alcance do tipo*” para se referir ao segundo significado. Essa distinção

⁷⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 111.

⁷¹ *Ibid.*, pág. 112.

⁷² PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teoria da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2006. pág. 99 e 100.

na visão de Roxin é de extrema relevância para a presente pesquisa, uma vez que o doutrinador analisa a heterocolocação em perigo consentida sobre o ponto de vista de delitos dolosos e culposos.⁷³

Para termos certeza da realização do risco não permitido, é necessário reconhecer se o comportamento que desvirtuou o dever de cuidado teve efeitos causais e se esses elevaram o risco de forma significativa. Entretanto, se o objetivo da norma não for a prevenção das consequências dispostas no caso concreto, mas somente um reflexo da proteção, a imputação estará excluída.

Segundo a análise feita por Luiz Régis Prado, seria um erro alegarmos uma falta de previsibilidade objetiva, sendo a única solução possível entender que o fim de proteção da norma, em relação aos crimes de homicídio e lesões corporais, não possuem como objetivo proteger indivíduos e bens que diferem daqueles que foram afetados pelas suas repercussões físicas ou emocionais. Dessarte, a imputação objetiva permite que vinculemos o aumento ou realização do risco não permitido ao fim de proteção da norma de cuidado. Tratando-se de crimes culposos, existe a necessidade de que a ação que lesionou o bem jurídico seja fruto de negligência, ou seja, do risco decorrente da desatenção do devido cuidado que, conseqüentemente, traça limites para o alcance dos delitos culposos.⁷⁴

Roxin vai além em seu exame, rechaçando a imputação ao primeiro responsável – pelo acidente – das consequências advindas da atitude culposa de terceiros. Segundo ele, resultados secundários não estariam englobados pela proteção da norma que pune a conduta primária culposa, uma vez que a ação culposa de terceiros poderia ser deduzida a partir de um primeiro acidente provocado de forma lícita.

Suscito, a fim de esboçar os limites da incidência do fim de proteção da norma, um exemplo de um delito de cunho doloso: A, desejando matar a vítima B, a esfaqueia diversas vezes. B sobrevive e, posteriormente, é hospitalizado, falecendo dias depois devido a um incêndio na ala hospitalar onde se encontrava. É óbvio que o ato de esfaquear outrem, com o

⁷³ PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teoria da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2006, pág. 99 e 100.

⁷⁴ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime Culposos e a Teoria da Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pág. 66 et seq.

intuito de causar sua morte, mesmo sem sucesso, é caracterizado como tentativa de homicídio, uma vez que os cursos causais que efetivaram o resultado legitimam a sua proibição. Entretanto, o incêndio na ala hospitalar é um fato, posicionado no curso causal que ocasionou a morte da vítima, imprevisível para qualquer observador externo. Conforme leciona Luís Greco: não existe a realização do risco, porque o fato posterior (*ex post*) não foi aquilo que, anteriormente (*ex ante*), justificava sua proibição. Em resumo, o curso causal que afetou o bem jurídico não foi aquele que a proibição da conduta visava evitar, mas sim outro.⁷⁵

Traçando uma síntese das situações abrangidas pelo critério do âmbito de proteção da norma de cuidado, Luiz Régis Prado esboça quatro hipóteses de sua aplicação, sendo o primeiro deles os casos onde o risco criado não se reflete no resultado. Como discorrido anteriormente, existem diversos casos onde o risco criado não nasceu com a conduta que a norma de cuidado visa proteger, mas de outras fontes de perigo. Uma segunda hipótese se encontra nas situações onde o resultado é reflexo do risco produzido, porém o perigo criado não está entre aqueles que a norma busca evitar.⁷⁶

Um terceiro caso de incidência da proteção da norma de cuidado é o que Roxin chama de “desvios causais”. Régis Prado, utilizando a obra de Roxin *La problemática de la imputación objetiva*, evoca o exemplo de um indivíduo que, com o objetivo de afogar a vítima, lança essa de uma ponte. Entretanto, sua morte não ocorre por afogamento, mas porque essa bateu com a cabeça na estrutura da ponte. Afirma Roxin que, no caso hipotético em tela, o homicídio se deu por consumado, uma vez que a simples queda da ponte criou, por si só, um risco grande o suficiente para produzir o resultado. Dessa forma, estaríamos diante da imputação ao tipo subjetivo, pela presença de dolo em sua conduta. Ademais, os desvios causais podem se apresentar hipóteses onde a ação não cria um risco juridicamente relevante ou em casos nos quais o risco não se encontra refletido no resultado.⁷⁷

Por fim, temos a delimitação da imputação sobre danos secundários ao principal, causados por uma conduta. Nesses casos, parece óbvio que a solução mais viável é recorrer ao

⁷⁵ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 109.

⁷⁶ PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teoria da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2006, pág. 102.

⁷⁷ *Ibid.*, pág. 102, nota de rodapé n. 60.

tipo subjetivo para saber se o resultado é ou não imputável. A fórmula parece mais efetiva quando nos deparamos com delitos culposos: a produção de danos secundários pode ser analisada sob a inobservância do dever de cuidado presente na norma violada.⁷⁸

Segundo Luís Greco, o fim de proteção da norma não estaria pronto para ser utilizado como fundamento para decisões judiciais, sendo somente uma conclusão fruto de uma longa cadeia de argumentos que visam medir se a proibição também se legitimava mediante a prevenção de certos cursos causas frente a um determinado bem jurídico. Teríamos, portanto, que nos atentar ao fato de que o fim de proteção a norma, por si só, não exclui a imputação, mas sim as situações, presentes no caso concreto, que demonstraram que o resultado não estava abacado pelo fim de proteção.⁷⁹

Portanto, conclui-se que, embora a realização de um perigo fora dos limites do risco permitido, em regra, gerará a imputação do tipo objetivo, existem casos onde essa última é retirada quando o alcance do tipo – o fim de proteção da norma – não compreender o resultado obtido no plano fático. Parece intuitivo pensar que, nos casos onde um indivíduo provoca uma lesão a um bem jurídico, é a tarefa do tipo assegurar a proteção contra tal ação.

Entretanto, Roxin aponta três casos excepcionais que serão trabalhados no próximo capítulo onde a imputação há de ser retirada, uma vez a norma de proteção não abarcar o específico resultado causado pelo agente. São hipóteses nas quais a vítima não somente interage com o autor do delito, como também cria o risco para si própria, adentrando, por mera opção, em situações que acarretaram no dano ao bem jurídico.⁸⁰ São essas as circunstâncias levantadas pelos casos de uma contribuição a uma autocolocação em perigo dolosa, imputação de um resultado a um âmbito de responsabilidade alheia e a heterocolocação em perigo consentida.⁸¹

⁷⁸ PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teoria da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2006, pág. 103.

⁷⁹ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 104.

⁸⁰ NETO, Arcio Milton Wailler. **Teoria da Imputação objetiva e crimes culposos**. Curitiba, 2016, pág. 29.

⁸¹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 352 e 353.

3. HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA

3.1. O alcance do tipo na atribuição ao âmbito de responsabilidade de terceiros

Roxin decide por dividir as exceções no uso do alcance do tipo em três casos distintos, sendo um grupo de situações específicas de grande relevância, uma vez ser possível excluir a imputação da lesão, ou até mesmo atenuar a culpabilidade do autor, haja visto que sua conduta por si só não foi o único fator responsável pela produção do resultado lesivo.⁸²

Embora a grande maioria das doutrinas e artigos que estudam as situações excepcionais atreladas ao alcance do tipo optam por seguir a ordem disposta por Claus Roxin em suas obras, decido por analisar o âmbito de responsabilidade de terceiros em primeiro lugar. O ponto central da presente pesquisa orbita em torno da heterocolocação da vítima em perigo, sendo desnecessário entrar em detalhes sobre o tema da responsabilidade alheia. Todavia, sua breve menção e análise são necessárias para manter o raciocínio de Roxin – autor chave para a tese em questão – intacto e bem explanado.

A teoria dos âmbitos de responsabilidade alheia possui como fundamento central a exclusão da imputação em casos de condutas cuja competência possa estar atribuída a certos profissionais, em especial a atividades que servem ao combate de perigos - salva-vidas, bombeiros, policiais, soldados, médicos, dentre outros -, sendo muitas vezes o seu dever a eliminação do risco e a proteção de bens jurídicos alheios.⁸³

Para esboçar seu raciocínio, Roxin faz uso de um caso julgado pelo tribunal alemão, no qual um caminhoneiro conduz seu veículo sem luzes traseiras, sendo parado e advertido por um policial rodoviário, que decide colocar um sinalizador vermelho na pista enquanto o caminhão se encontra estacionado. O policial instrui o motorista do caminhão a dirigir até o posto de gasolina mais próximo, protegendo o veículo ao dirigir o carro da patrulha logo atrás. Entretanto, assim que o policial retira a lanterna antes do caminhão partir sentido ao posto de gasolina, outro veículo o atinge, falecendo o passageiro do segundo automóvel.⁸⁴

⁸² NETO, Arcio Milton Wailler. **Teoria da Imputação objetiva e crimes culposos**. Curitiba, 2016, pág. 29.

⁸³ *Ibid.*, pág. 33.

⁸⁴ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 378.

No exemplo supracitado, o Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof*, BGH) julgou o primeiro motorista culpado por homicídio culposo. Entretanto, refletiu o tribunal sobre a causalidade do presente caso, atrelada a previsibilidade das condutas dos envolvidos. É cabível imaginar que policiais, como todo ser humano passível de defeitos, possa cometer erros. Porém, não seria dever do cidadão vigiar essas incorreções. Dessa forma, pensa Roxin que, a partir do momento em que a polícia assumiu a segurança do tráfego, o acidente caiu em seu âmbito de responsabilidade, não podendo mais ser imputado ao caminhoneiro o delito de homicídio culposo.⁸⁵

Abordando o assunto sob o prisma do Direito Penal brasileiro, pensa-se na figura do garantidor, mencionada no Código Penal pátrio ao dispor sobre os delitos omissivos impróprios. Considera-se como crime comissivo por omissão a não realização de uma atividade que o agente possuía deveres legais de executar. Em outras palavras, a punibilidade do tipo previsto no artigo 13, parágrafo segundo, alínea a, do Código Penal, gravita em torno da obrigação de se evitar um resultado danoso, tendo o agente a possibilidade de fazê-lo. O dever de impedir o resultado por meio de sua ação é requisito obrigatório do então chamado dever especial que caracteriza o instituto do garantidor. Tem-se, portanto, instituída em lei a obrigação de proteção, cuidado e vigilância, de determinados indivíduos com características especiais que assumem a responsabilidade de evitar o resultado criado por situação fruto de comportamento anterior.⁸⁶

No exemplo evocado por Roxin, trata-se de uma espécie de migração - da tipificação objetiva - para o agente garantidor, mediante a análise do alcance do tipo. A partir do momento em que um profissional especializado intervém em uma situação, o risco criado por uma causa superveniente estaria sob seu controle, passando os resultados posteriores para o seu âmbito de responsabilidade. Contudo, admite Roxin que a teoria do âmbito de responsabilidade alheia ainda não se encontra suficientemente delimitada, não podendo formular enunciados seguros e de reconhecimento geral.⁸⁷

⁸⁵ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 378.

⁸⁶ SILVA, Michael da. **Crime Omissivo Impróprio na Atividade do Bombeiro Militar: Análise Teórica E Jurisprudencial**. Araranguá, 2015. Pág. 55 et seq.

⁸⁷ ROXIN, op. cit., pág. 376.

3.2. Contribuição para a autocolocação em perigo dolosa: um paralelo entre as doutrinas alemã e brasileira

A teoria da imputação objetiva teve suma importância para uma reavaliação do comportamento da vítima e sua participação para a concretização do resultado e, desse modo, sua relevância para a tipicidade. Conforme analisado no capítulo anterior, a imputação do tipo objetivo requer que a finalidade da norma penal de cuidado seja verificada, ou seja, se o indivíduo – mediante sua conduta – violou (ou não) o âmbito de proteção do tipo. Nessa seara, a contribuição para uma colocação dolosa em perigo surge como um tema de extrema importância, merecendo sua explanação no presente trabalho.

Dessa forma, o que poderia ser definido como uma cooperação em uma autocolocação em perigo consentida? Segundo Bacila, a expressão faz referência ao estímulo à pessoa em agir de forma arriscada para com sua própria vida ou integridade física sem nenhuma coação irresistível, somente fazendo uso da persuasão. Imaginemos que A convence seu amigo B a escalar um edifício de dezoito andares, e, durante a empreitada, B despenca do prédio e falece. Ora, podemos concluir que ocorreu a criação do perigo por A, que eventualmente levou a morte de seu amigo, possuindo sua conduta uma relação de causalidade com o resultado fatal. Entretanto, A não será punido pela morte de B, mesmo se desejasse, secretamente, que ela ocorresse.⁸⁸ Para compreendermos o porquê, devemos voltar o foco para o direito alemão, mais especificamente, ao famoso caso das seringas de heroína, julgado pelo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*, BGH).

Na supracitada demanda judicial alemã, um indivíduo consumidor regular de drogas ilícitas não conseguia comprar seringas em farmácia alguma, recorrendo ao autor, que fornece o material para aquele. Ambos injetam a substância juntos, adormecendo logo em seguida. Todavia, somente o autor acorda, tendo a vítima usuária falecido por overdose. O Tribunal alemão concluiu que o autor não teria criado um risco juridicamente desaprovado de homicídio, tendo apenas se limitado a participar de uma autocolocação em perigo.⁸⁹

⁸⁸ BACILA, Carlos Roberto. **Teoria da imputação objetiva no direito penal**. Curitiba: Juruá, 1ª ed, 2011, pág. 96.

⁸⁹ Transcreve Luís Greco a emenda do julgamento: “*Autocolocações em perigo queridas e realizadas de modo autorresponsável não estão abrangidas no tipo de um delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco a que a vítima conscientemente se expôs se realize. Quem apenas provoca, possibilita ou facilita uma tal*

O argumento suscitado pela doutrina alemã gira em torno do pressuposto de que, na legislação do país, o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio não são condutas típicas. Dessa forma, conclui-se que a punição a participação de uma autocolocação em perigo consentida, nos casos onde a vítima possui plena consciência do perigo (visão do risco), é errônea, uma vez ser ilógico um tipo incidir sobre uma conduta menos gravosa do que outra, que nem ao menos é tipificada.

O grande óbice da questão sucede quando importamos a explicação fornecida pela doutrina alemã, para o Brasil. Isso ocorre pois, na legislação pátria, o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio são condutas tipificadas no Código Penal, em seu artigo 122.⁹⁰ Dessa forma, não poderíamos empregar o argumento suscitado anteriormente, quando o utilizamos para explanar a realidade penal brasileira.

Ora, a conclusão fornecida pelo *Bundesgerichtshof* está longe de ser considerada equivocada, uma vez que a punição do autor pela morte da vítima faria desse uma espécie de “*tutor*”, uma figura sarcasticamente paternal de um indivíduo (vítima) adulto, com capacidade fática de julgamento e escolha. Todavia, muito se critica a fundamentação espalhada pela doutrina alemã sobre a não punibilidade de cooperação na autocolocação em perigo por ser uma conduta menos gravosa do que aquela não tipificada. Tal censura ocorre pois o argumento apenas possibilitaria excluir a punibilidade de condutas culposas na participação de uma autocolocação em risco, e não quando for verdadeiramente uma autoria planejada.⁹¹

Portanto, sintetiza Luís Greco ao afirmar que a razão para não se punir o autor nos presentes casos está no respeito à liberdade da vítima em praticar ações perigosas, deixando impune aquele que ajuda essa em sua empreitada. Com isso, o autor aponta dois requisitos para que fique excluída a imputação: o primeiro deles é a necessidade de que a vítima, e não o autor, que se coloque em perigo, ou seja, possua o domínio do fato. Dessa forma, fica abandonada as hipóteses nas quais o autor possui conhecimentos superiores ao que a vítima precisaria para avaliar os riscos que incorre. O segundo requisito citado por Greco, que será explorado no

autocolocação em perigo não é punível por delito de lesões corporais ou homicídio.” (GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 70 et seq.)

⁹⁰ “**Art. 122.** Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça. Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.”

⁹¹ GRECO, op. cit., pág. 74.

subcapítulo seguinte, diz a respeito da responsabilidade da vítima. Em outros termos, a vítima não possui capacidade de consentir ou estar mediante coação irresistível, dentre outros.⁹²

Alterando brevemente a situação evocada pelo Tribunal alemão para engatarmos no raciocínio de Roxin, pensemos em um traficante de heroína que entrega certa quantidade de drogas para um indivíduo, que falece após seu consumo exacerbado. Para o autor, o ato de entregar a substância para um usuário constitui a criação de um risco não permitido, uma vez que a entrega de drogas está tipificada na Lei de Drogas alemã (§29, I, 1, *Betäubungsmittelgesetz*), com uma pena considerável. Ademais, não somente o risco se realizou com a morte da vítima, como – na visão de Roxin – o delito teria ocorrido com dolo eventual.⁹³ Entretanto, sustenta o doutrinador que, se o usuário reconhece o risco e o perigo do entorpecente que lhe foi entregue, decidindo livremente o consumir, é errôneo imputar objetivamente o resultado ao traficante.

Analisando o delito de tráfico de drogas sobre o caso em tela, o argumento mais propício para retirarmos a imputação objetiva é a finalidade da proteção dada pelo tipo penal que condena o tráfico de substâncias ilícitas, que prevalece sobre uma análise isolada da contribuição para uma autocolocação em perigo dolosa. Voltado à antiga jurisprudência alemã, até os anos 80, entendia essa ser passível de condenação por homicídio culposo (assim como por tráfico) o indivíduo que entregava drogas para um usuário que falecia por overdose, com base no raciocínio da contribuição dolosa para a autocolocação em perigo. Entretanto, conforme a evolução do Direito Penal germânico, a doutrina alemã esboçou críticas ao tratamento do tema – em especial de Bernd Schünemann – que evocou uma virada na jurisprudência do país.

Ora, em nossa legislação, o bem jurídico protegido pelos tipos penais que condenam o tráfico de drogas é a saúde pública, conforme entendimento majoritário de doutrinadores. Alegar que o agente estaria cometendo homicídio culposo, na realidade pátria, seria de extremo equívoco: como visto anteriormente, a justificativa de que, no Brasil, o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio não pode imputar, por si só, o tipo culposo ao agente, assim como a entrega de drogas não cria o risco proibido de suicídio, algo que poderia levar à imputação pelo artigo 122, do Código Penal. Dessa forma, o que a norma da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06)

⁹² GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 74 et seq.

⁹³ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 107.

pretende proteger é a saúde da coletividade, alvo de punição pelo artigo 33, *caput*, da mesma lei. Portanto, segundo Roxin, o fim de proteção da norma não está na participação na autocolocação em perigo, pois muitas vezes, trata-se apenas de uma negligência em relação ao resultado.⁹⁴

Finalizando o tópico, a jurisprudência alemã contemporânea entende, assim como Roxin, que o fim de proteção da norma, no caso da lei de drogas da Alemanha, limita o grupo de pessoas que são passíveis de imputação para somente aqueles que fornecem as drogas para os usuários que não possuíam conhecimento das consequências fatais de seu consumo. Dessa maneira, o traficante que fornece a droga ao consumidor, sabendo se sua ingenuidade e ignorância, se aproveitando dessa, realiza o risco proibido, passando a ser responsável pelo resultado causado.⁹⁵

3.3. Uma breve introdução à heterocolocação em perigo consentida

Propagada por Roxin desde 1973, a heterocolocação em perigo consentida se tornou uma teoria de intenso debate e contradições dentro da doutrina alemã. Ainda pouco propagada no direito brasileiro, concentraremos – no presente trabalho acadêmico – em quatro tópicos que cercam o tema, três deles mencionados por Roxin em seu artigo “*Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida*”: sua relação com o princípio do consentimento; a diferença entre a heterocolocação em perigo consentida e a contribuição para a autocolocação em perigo dolosa; sua possibilidade de exclusão da imputação objetiva; e, por último, sua possível aplicabilidade no Brasil.⁹⁶

Diversos são os casos evocados por Roxin para esboçar a existência de uma figura autônoma da heterocolocação em perigo consentida, situação longe de ser reconhecida pela doutrina alemã, embora dada como correta pela jurisprudência.⁹⁷ Muitos estudiosos a consideram como pertencente ao grupo de casos da autocolocação em perigo dolosa, ou como um conjunto de hipóteses facilmente resolvidas por meio do consentimento do ofendido.

⁹⁴ BACILA, Carlos Roberto. **Teoria da imputação objetiva no direito penal**. Curitiba: Juruá, 1ª ed, 2011, Pág. 98.

⁹⁵ *Ibid.*, pág. 99.

⁹⁶ ROXIN, Claus. **Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Direito Penal como Crítica da pena**. Ed. Marcial Pons. pág. 563 et seq.

⁹⁷ *Ibid.*, pág. 566.

Entretanto, em uma famosa decisão do Tribunal Federal Alemão, realizada no ano de 2011 – da qual será alvo de minuciosa análise a seguir –, que versou sobre um “*teste de aceleração*” realizado ilegalmente por jovens, atualizou a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.⁹⁸

Pensemos em uma situação diversa da tratada no tópico anterior: a vítima - o indivíduo cujo bem jurídico foi atingido - não possui domínio do fato, ou seja, ela não se autocoloca em perigo.⁹⁹ Entretanto, essa permite se colocar em risco por outrem, tendo completa consciência do perigo. O caso Memel, clássico exemplo do tema em tela, esboça o antigo posicionamento e a abordagem da jurisprudência alemã sobre o reconhecimento da figura da heterocolocação em perigo consentida:

“(RGSt 57, 172): Apesar da tempestade, o freguês quer que o condutor de um barco faça com ele a travessia do Rio Memel. O condutor desaconselha a que se proceda a travessia, apontando para os perigos nela envolvidos. O freguês insiste, o condutor acaba correndo o risco, o barco afunda e o freguês afoga-se.”¹⁰⁰

O tribunal do Reich optou por absorver o condutor da embarcação ao negar, nos delitos culposos, a lesão ao dever de cuidado desse quando a vítima aceitou correr o risco, tendo plena consciência do perigo, e o autor apenas satisfaz seu dever geral de cuidado (BGHSt 4, 93). Entendia a jurisprudência alemã que a violação do dever de cuidado – nos grupos de casos que englobam a autocolocação em perigo dolosa e a heterocolocação em perigo consentida – mudaria dependendo do caso concreto, pesando sempre o eventual consentimento das vítimas em face do perigo claramente reconhecível, assim como a finalidade da atividade que gerou o risco, a ponderação da falta de cuidado e o nível do perigo.¹⁰¹

Roxin discorda por completo desta via de solução, afirmando que a melhor maneira de se averiguar a existência (ou não) da imputação objetiva no caso concreto seria analisar se o fim de proteção da norma de cuidado do tipo abarcaria a colocação em perigo por um terceiro

⁹⁸ *Ibid.*, pág. 565.

⁹⁹ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 74.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 367.

¹⁰¹ *Ibid.*, pág. 369.

consentida por esse, uma vez que o dever geral de cuidado estará sempre violado em frente ao perigo do comportamento, ultrapassado o risco permitido.¹⁰² A solução dada por Roxin será alvo de exame futuramente, quando abordarmos a possibilidade ou não de exclusão da imputação objetiva.

3.3.1. O consentimento do ofendido como solução para a heterocolocação em perigo

Embora a figura da heterocolocação em perigo consentida seja reconhecida como objeto autônomo – ou seja, separado da autocolocação em perigo dolosa – seu tratamento permanece voltado para o prisma do consentimento, sem fazer uso a teoria da imputação objetiva, aplicando, de forma errônea, o consentimento do ofendido, excluindo a ilicitude.¹⁰³ Ora, é necessário observamos a diferença entre permitir que a ação perigosa seja realizada com o resultado dessa: aquele que se expõe a um risco, na maioria das vezes, confia que tudo termine bem.¹⁰⁴ Portanto, o consentimento do ofendido deverá se voltar para a concordância em relação a conduta descuidada, e não efetivamente com o resultado produzido.¹⁰⁵

Roxin declara que as regras do consentimento não se aplicariam aos casos onde se incide a heterocolocação em perigo consentida, dividindo seu raciocínio em três tópicos interligados. Primeiramente, o autor compara o dolo voltado à realização do dano a si mesmo em relação ao dano causado a terceiros, afirmando que ambos devem ser tratados de formas distintas nos casos de heterocolocação em perigo. Em sua visão, o dolo de atingir bens jurídicos de terceiros somente se verifica quando o agente se conforma com o resultado, sendo indiferente a sua ocorrência (dolo eventual) ou desejando a realização do resultado (dolo simples). Se o agente confiou na esquiva do resultado, por conseguinte não haverá dolo. Dessa forma, não faria sentido algum um indivíduo consentir dolosamente com uma lesão realizada por terceiro, se essa última ocorreu apenas de forma culposa.¹⁰⁶

¹⁰² *Ibid.*, pág. 370.

¹⁰³ ROXIN, Claus. **Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Direito Penal como Crítica da pena.** Ed. Marcial Pons. Pág. 572.

¹⁰⁴ ROXIN, op. cit., pág. 378.

¹⁰⁵ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime Culposos e a Teoria da Imputação Objetiva.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pág. 73.

¹⁰⁶ ROXIN, op. cit., pág. 574.

Prosseguindo com sua explanação, Roxin objeta a possibilidade de o consentimento do ofendido excluir o desvalor da ação da conduta perigosa do terceiro, evocando o exemplo do indivíduo que, conhecendo os riscos, aceita ser carona de um motorista embriagado. Ora, o consentimento da vítima em nada altera o desvalor da ação em dirigir após fazer uso de substância alcoólica, mas somente ao dano atribuído ao bem jurídico. Quando o legislador elabora a norma de cuidado, o bem jurídico que esse visa proteger não está à disposição de seu detentor (vítima) que, embora possa abrir mão daquele, não pode jamais apagar o objetivo protetor da norma. Em resumo, nas palavras de Roxin: “*Uma conduta negligente permanece negligente, ainda que o prejudicado (atingido) tenha consentido nela*”.¹⁰⁷

Diversos são os doutrinadores que usam a solução do consentimento para resolver a questão da heterocolocação em perigo consentida, tendo se destacado – em minha opinião – os argumentos de Beulke e Dölling. Defende o primeiro que, ao consentir com a heterocolocação em perigo, a vítima também consentiria com o resultado danoso, uma vez não fazer sentido – em sua visão – que um indivíduo permita a colocação em perigo de seu bem jurídico e, posteriormente, afirme que não contava com a ocorrência do dano. Entretanto, o indivíduo que coloca um bem jurídico de outrem em perigo, esperando que o resultado danoso não ocorra, age de forma culposa, independentemente da previsibilidade de sua ocorrência.¹⁰⁸

Dölling, por outro lado, defende a exclusão da punibilidade por homicídio culposo nos casos de heterocolocação em perigo consentida, apenas em face de um consentimento qualificado: quando a autonomia da vítima se manifesta por meio do consentimento, assim como aquilo que se busca com a realização da conduta arriscada superar o desvalor presente na colocação de perigo. Roxin retorna ao caso Memel para esboçar o raciocínio de Dölling, assim como para moldar sua crítica a tal, afirmando que a punibilidade do comandante só poderia ser vetada se a vítima estivesse visitando seu pai, que estaria sofrendo uma doença terminal. Tal raciocínio de Dölling, entretanto, se pauta apenas na valoração entre bens e interesses presente no caso concreto, sem relação nenhuma com o princípio do consentimento.¹⁰⁹

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. **Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Direito Penal como Crítica da pena.** Ed. Marcial Pons, pág. 575.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pág. 577.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pág. 578.

Contudo, embora o tema em torno do consentimento do ofendido na heterocolocação em perigo consentida seja passível de acalorada discussão, tal tema definitivamente possui maior compatibilidade com a imputação objetiva, sendo cabível sua exclusão a partir da análise da norma de cuidado, assim como do bem jurídico que o legislador, ao confeccionar essa, pretendeu tutelar.

3.3.2. A teoria do domínio do fato na diferenciação entre heterocolocação em perigo consentida e a contribuição para a autocolocação em perigo dolosa

Conforme visto anteriormente, a distinção entre a heterocolocação em perigo consentida e o princípio do consentimento do ofendido gravita em torno da ligação que este último possui com o resultado final. Entretanto, a diferenciação entre aquele e a cooperação para a autocolocação em perigo dolosa possui diferentes nuances, que serão esclarecidos a seguir. Sua distinção merece devida elucidação, uma vez que muitos doutrinadores ainda teimam considerar a heterocolocação em perigo consentida como uma figura jurídica autônoma.

Inicialmente, nos atentemos ao famoso caso da jurisprudência alemã – julgado em 2011 pelo BGH – sobre o teste de aceleração que culminou na morte de um indivíduo, para destrincharmos a tese jurídica elaborada pela corte germânica:

“Jovens protagonizavam uma corrida ilegal de automóveis. No decorrer dessa eles tentaram ultrapassar um terceiro – não participante e desprevenido – carro a mais de 240 km/h, em um trecho em que a velocidade máxima permitida era de 120 km/h. Durante a manobra, por conta de uma movimentação um pouco mais ríspida do volante realizada pelo seu condutor, um dos carros derrapou e capotou. Os passageiros morreram (...)”¹¹⁰

A pergunta suscitada pelo caso em tela era se ambos os condutores poderiam ser responsabilizados por homicídio culposo, uma vez que os passageiros estavam de acordo com o teste de aceleração, além de filmarem a corrida e dar o sinal de partida ao automóvel. O *Bundesgerichtshof* esboçou uma distinção entre a heterocolocação em perigo consentida e a autocolocação em perigo dolosa, fazendo uso da teoria do domínio do fato:

¹¹⁰ ROXIN, Claus. **Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Direito Penal como Crítica da pena.** Ed. Marcial Pons. Pág. 565 et seq.

“Se não apenas aquele que se autocoloca em perigo ou se autolesiona detiver o domínio do fato sobre a ação perigosa ou ação lesionante, mas o colaborador ao menos também o detiver, cometera este um fato próprio. Dessa forma, ele não poderia estar livre de pena por razões de acessoriedade, ou seja, em decorrência da ausência de um fato principal do autolesado... isso se aplica da mesma maneira aos casos culposos de auto- ou heterocolocação em perigo. Portanto, também aqui a distinção entre auto- ou heterocolocação em perigo dá-se a partir do domínio sobre o desenrolar do acontecimento, que pode ser satisfatoriamente determinado com base nos critérios objetivos desenvolvidos para averiguar o domínio do fato nos delitos culposos.” (BGHSt, v. 53, p. 60 e ss)¹¹¹

A expressão “domínio do fato” foi utilizada por Hegler em 1915, não possuindo na época, o significado que se lhe emprega atualmente, estando apenas interligada com os fundamentos da culpabilidade. Apenas em 1933, Lobe conferiu ao termo sua conexão com o plano da autoria de um delito, ajudando Welzel a redigir, em 1939, seu famoso estudo sobre o domínio final do fato.¹¹² Entretanto, destaca-se o estudo monográfico de Roxin “*Autoria e domínio do fato*” – aderido por parte majoritária da doutrina – que deu estrutura concreta ao tema, inovando a dogmática do tema.

O ponto de partida da teoria é diferenciar o autor do partícipe, propondo Roxin a tese de que a autoria, no Direito Penal, é relacionada àquele que atua com domínio do fato. O estudo de Roxin parte da idéia abstrata de que o autor é a figura central do acontecer típico. Dessa forma, o conceito de autor possui caráter primário e significado central, sendo o partícipe quem contribui para a realização do fato de forma secundária, sendo a figura lateral do acontecer típico. Para Roxin, existem três manifestações concretas do domínio do fato: o domínio da ação, o domínio da vontade e o domínio funcional do fato.¹¹³ Evitando prolongar no tema sobre o domínio do fato e, conseqüentemente, desviar do objetivo central da presente pesquisa, focarei apenas na primeira manifestação do domínio do fato: o domínio da ação.

¹¹¹ ROXIN, Claus. **Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Direito Penal como Crítica da pena.** Ed. Marcial Pons, pág. 570.

¹¹² ABDALLA, Gabriel Mendes. **A teoria do Domínio do Fato. Evolução dogmática e principais características.** Disponível em: < <https://gabrielabdalla.jusbrasil.com.br/artigos/140774358/a-teoria-do-dominio-dofato#:~:text=Hegler%20considerava%20que%20o%20dom%C3%ADnio,de%20causas%20excludentes%20de%20ilicitude.>> Acesso em 13 jun. 2022.

¹¹³ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.** 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, pág. 24 et seq.

O domínio sobre a realização do tipo se manifesta, primeiramente, como um domínio sobre a própria ação, ou seja, o domínio de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um fato típico, sendo esse o autor imediato.¹¹⁴ Trazendo a teoria de Roxin para a decisão no caso concreto do teste de aceleração, a menção a teoria do domínio do fato pelo BGH estaria equivocada, sendo passível de crítica em dois aspectos: primeiramente, é confuso e surpreso observar uma distinção entre autoria e participação em delitos culposos, uma vez que ambos geralmente não se dividem; ademais, se considerarmos como correta a análise do domínio do fato disposta por Roxin, sendo essa traduzida pelo domínio da ação típica – realização do núcleo verbal do tipo – não poderíamos verificar essa nos casos de autocolocação em perigo consentida ou na autocolocação em perigo. A importância não deve estar ligada ao agente que possui domínio do fato, mas de quem parte a colocação em perigo que gera o resultado. Dessa forma, se um indivíduo injeta em si mesmo uma dose letal de heroína ou decide participar de uma corrida ilegal, teremos uma autocolocação em perigo, sendo a contribuição de terceiros imputável. Entretanto, se alguém diferente da vítima coloca essa em risco – tendo ela a consciência do perigo que está enfrentando – existirá uma heterocolocação em perigo consentida, cujas regras de imputação divergem e merecem sua devida atenção.¹¹⁵

3.3.3. A exclusão da imputação objetiva nos casos de heterocolocação em perigo consentida

O estudo da imputação objetiva no presente trabalho acadêmico, que se afinou para o exame minucioso dos grupos de casos de incidência da heterocolocação em perigo consentida, tem como principal objetivo demonstrar a possibilidade, mesmo que remota, de uma exclusão da imputação, visando a redução do alcance do Direito Penal em áreas onde a sua incidência não contribui com a justificativa para sua intervenção na vida privada dos indivíduos. Como veremos adiante, Roxin propõe um interessante esquema para que consideremos os casos em que a colocação em perigo de um terceiro consentida por este flutua na margem de limitação do âmbito de proteção do tipo penal, quando essa equivaler - nos principais aspectos – a uma autocolocação em perigo.

¹¹⁴ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, pág. 24 et seq.

¹¹⁵ ROXIN, Claus. **Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Direito Penal como Crítica da pena**. Ed. Marcial Pons. pág. 570.

Tratar-se-ia, dessa forma, de uma aplicação analógica das regras presentes nos casos de autocolocação em perigo – nos quais, conforme visto anteriormente, impede a punibilidade da contribuição de terceiros – para com a heterocolocação em perigo. Podemos, entretanto, sentir uma certa estranheza na analogia, uma vez tendo o tópico anterior se dedicado exclusivamente em diferenciar a autocolocação em perigo de uma heterocolocação consentida. Ora, é evidente que o indivíduo que permite ser colocado em perigo por terceiro possui menor controle sobre o resultado final (o que Roxin traduz como “*poder de evitação*”), sem poder avaliar plenamente a capacidade daquele que o coloca em perigo possui de dominar o risco tão bem quanto o próprio. Foi sabendo desse grande imbróglio doutrinário que Roxin vinculou a equivalências da autocolocação e heterocolocação em dois pressupostos, que serão destrinchados a seguir.¹¹⁶

Roxin cita a necessidade de o dano ser consequência do risco corrido, e não de outros erros adicionais. Ademais, a vítima não somente deve conhecer a anuir com o risco, mas como essa deve ter o mesmo grau de responsabilidade pelo fato comum que o autor. Para esse último pressuposto, cuja leitura causou-me bizzarria, o doutrinador se propõe a explicar de forma mais detalhada.

O critério da responsabilidade equivalente (*Kriterium der gleichrangigen Verantwortlichkeit*) prevê que o indivíduo o qual se expõe a um perigo criado por um terceiro possui o mesmo grau de responsabilidade que este quando decide assumir o risco e seguir em frente por decisão própria, ou seja, sem ter sido pressionado por aquele que o coloca em perigo. Seria, portanto, na visão de Roxin, uma compensação do menor poder de evitação pela vontade incondicional de realizar a ação. Poderíamos imaginar, para fins exemplificativos, um indivíduo que opta por ser passageiro de um motorista que consumiu substâncias alcoólicas, mesmo aquele sendo alertado pelo último de sua condição. Para Roxin, o caso em tela se equipararia a uma autocolocação em perigo, não devendo o resultado ser imputado ao motorista. Entretanto, caso o motorista tente convencer o carona de que seu estado mental e físico não fora afetado pelo álcool (“*eu estou bem*”, “*nosso destino é perto, não seja medroso*”), uma futura lesão corporal ou homicídio culposos deverão ser imputados ao motorista, uma vez não ser possível

¹¹⁶ ROXIN, Claus. **Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Direito Penal como Crítica da pena.** Ed. Marcial Pons, pág. 579.

utilizar o critério da responsabilidade equivalente, pela tentativa de convencimento do agente cuja ação gerou o resultado final.¹¹⁷

Retornando ao caso do teste de aceleração, o BGH – como visto anteriormente – admitiu a incidência da figura da heterocolocação em perigo consentida, porém, de forma errônea, examinou o ocorrido sob o prisma do consentimento, uma manobra inválida, uma vez ter havido o risco concreto de vida dos participantes. Devemos ter em mente que, na situação em comento, todos os participantes estavam de acordo com o teste de aceleração, sendo igualmente responsáveis - mediante o critério da responsabilidade equivalente – pelo resultado ocorrido.¹¹⁸

A equivalência à autocolocação em perigo, assim como a figura jurídica da heterocolocação em perigo consentida necessita de estudos doutrinários mais aprofundados. Muitos doutrinadores divergem de Roxin em diversos pontos, especialmente no que tange ao princípio do consentimento e na possibilidade da existência de dolo eventual na conduta do terceiro criador do risco não permitido. Todavia, observando os grupos de casos da heterocolocação em perigo mediante o alcance do tipo, a exclusão da imputação – em especial em delitos culposos, podendo ser estendidos, segundo Roxin, para crimes dolosos – parece correta. Uma vez utilizando o raciocínio analisado anteriormente, a exclusão da tipicidade ou uma mera redução da culpabilidade pode ser possível nos casos concretos.

3.3.4. Aplicabilidade no Direito Penal brasileiro

O Código Penal Brasileiro (Lei nº 2.848/40) entrou em vigor durante a Segunda Guerra Mundial, não firmando compromisso filosófico ou jurídico com nenhuma escola penalista específica, embora possamos afirmar que a exposição de motivos de tal diploma legal fez jus aos princípios da Escola Positivista. Ao longo das décadas seguintes, o Código Penal sofreria inúmeras mudanças, justificadas pelo desejo de se erradicar a criminalidade cada vez maior no

¹¹⁷ ROXIN, Claus. **Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Direito Penal como Crítica da pena.** Ed. Marcial Pons, pág. 579.

¹¹⁸ Embora se defenda a exclusão da imputação objetiva dos condutores dos veículos no caso do teste de aceleração, Roxin concorda com a decisão do tribunal alemão em condenar ambos os motoristas por homicídio culposo. Entende o doutrinador que a anuência para com a situação não se estendeu à manobra de tripla ultrapassagem, que possuía um grau absurdo de risco de vida. Dessa forma, independentemente de os passageiros concordarem ou não com essa última, esses não poderiam – mediante conduta própria – afastar a colocação em perigo a que foram submetidos. A narrativa seria diferente se o passageiro tivesse instigado o motorista a realizar a manobra ou apoiado a mesma. Nesse último caso, a heterocolocação em perigo excluiria a imputação objetiva. (*Ibid.*, pág. 581 et seq.)

país. O sentimento de impunidade no cenário nacional fez com que a função dada ao Direito Penal – ramo protetor dos bens jurídicos – se voltasse ao resultado, sendo a pena medida em razão desse.¹¹⁹

Dessa forma, a vítima assumiu, no Direito brasileiro, o único papel teoricamente imaginável à luz da responsabilidade do agir: a destinatária dos danos causados pelas ações típicas de outros. Entretanto, até o presente momento, observamos que o comportamento da vítima como determinante na ordem dos fatos jurídico-penais foi alvo de intenso estudo doutrinário alemão, embora rasas as análises acadêmicas brasileiras sobre o tópico, em especial o escasso tratamento dado pelos Tribunais Superiores e juízos de primeira instância. Lentamente, a doutrina alemã reconheceu a relevância no papel da vítima para o alcance do resultado, uma vez tendo a autocolocação em perigo decorrido da sua própria consciência de risco, não havendo o porquê de se falar em fato típico.¹²⁰

Não devemos, contudo, analisar com severidade a ausência de uma discussão mais acalorada no âmbito do Direito Penal brasileiro, uma vez que o assunto está longe de se chegar a uma pacificação até mesmo no direito germânico, local onde as teses sobre autocolocação em perigo dolosa e heterocolocação em perigo por terceiros nasceram. Todavia, o debate parece deveras distante no cenário nacional, dado que o consentimento do ofendido não é pacificamente aceito como uma possível causa supralegal de exclusão de culpabilidade ou ilicitude. Embora tenhamos visto que o caminho através da análise do consentimento – para exclusão da antijuridicidade ou culpabilidade, nos casos de autocolocação em perigo dolosa ou heterocolocação em perigo - não seria o correto, ele certamente demonstra uma espécie de “desmistificação” da influência da vítima sobre o resultado.

É por demasiado tentador analisar a aplicabilidade da tese da heterocolocação em perigo consentida sob a ótica da culpabilidade ou da ilicitude, uma vez que tais elementos da teoria finalista tripartida permitem uma análise mais subjetiva do desenrolar dos fatos no caso concreto. Entretanto, a aplicabilidade de ambos gravita sempre em torno da conduta do agente que afetou o bem jurídico de outrem, não nos permitindo aprofundar no papel da vítima para com o resultado. A teoria da imputação objetiva – tema no qual se encontra a colocação em

¹¹⁹ CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e o Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Cultural Paulista, 2001, pág. 117 et seq.

¹²⁰ *Ibid*, pág. 158 et seq.

perigo consentida - se baseia na exclusão da tipicidade, não sendo possível um agente cometer um delito nos casos onde o risco criado não é proibido, havendo completa ausência da prática do tipo objetivo. A heterocolocação em perigo consentida por terceiros deve ser analisada sobre o prisma do alcance do tipo, conforme estudado até então na presente pesquisa. A conduta do agente deve ser analisada sobre o fim de proteção da norma de cuidado e se essa tem como objetivo evitar o resultado danoso ou ao menos censurar a conduta do agente.

A importação da tese da heterocolocação em perigo consentida para o Direito Penal pátrio não apresenta problemas cuja solução plausível seja a criação de nova leis, mas apenas uma nova interpretação e aplicação dessas. Conforme destrinchado no primeiro capítulo, observamos que a relação de causalidade adotada pelo artigo 13, *caput*, do Código Penal, é conhecida como Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, também denominada teoria da *conditio sine qua non*. A tese define a causa de um resultado como toda a ação ou omissão que colabora para a sua produção, independentemente do quanto essas causas cooperam para a realização do resultado. Em resumo, tudo que concorre para o resultado é causa dele, não podendo apontar para um fator específico que gerou aquele. Tal visão arcaica acerca do nexos causal, demonstrada através da apresentação de novas teses sobre a relação de causalidade (em especial a teoria da imputação objetiva), possibilita um aumento da aplicação do Direito Penal sobre fatos não tutelados pela norma penal, desvirtuando a função *ultima ratio* de tal ramo jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a teoria da imputação objetiva tenha construído um intenso debate na doutrina alemã, tal tema mostra-se tímido nas análises acadêmicas e aplicações jurisprudenciais brasileiras. Na presente pesquisa, abordamos diferentes visões doutrinárias sobre o tópico, demonstrando sua complexidade, inovações e interessantes nuances que complementam a discussão a respeito da causalidade e imputação do tipo objetivo. Focando primordialmente na teoria do risco de Claus Roxin, passamos a observar que o objetivo-fim do Direito Penal é proteger bens jurídicos contra lesões ou riscos de lesões, sendo as normas penais elaboradas com tais finalidades.

Não obstante, uma vez moldado o tipo penal objetivo, seu âmbito de aplicação se encontra inserido em um espectro de proteção jurídica, um dever de cuidado presente na norma que deveria guiar o operador do direito em sua aplicação. Em outras palavras, a teoria da imputação objetiva de Roxin sustenta que, para o devido preenchimento do tipo objetivo, é necessário que o resultado esteja abarcado pelo fim de proteção da norma de cuidado, não sendo suficiente a mera existência do nexó entre o resultado e o risco não permitido criado pelo agente.

O supracitado entendimento permitiu que analisássemos casos onde ocorre a incidência da heterocolocação em perigo consentida, possibilitando seu exame a luz da exclusão da imputação do tipo objetivo mediante a aceitação do risco ao bem jurídico pela vítima/ofendido. Importante frisar que a presente monografia não pôde delimitar uma linha de raciocínio única ou um modelo uno de aplicação para os casos de colocação de perigo por terceiros consentida, uma vez não tendo esse sido desenvolvido pela doutrina. Tratou-se, portanto, de um estudo realizado mediante apresentações de casos concretos, não afastando, entretanto, sua importância e aplicabilidade.

Mediante a equiparação entre a autocolocação em perigo dolosa fornecida por Roxin, assim como a aplicação do critério da responsabilidade equivalente (*Kriterium der gleichrangigen Verantwortlichkeit*), o estudo da imputação objetiva no presente trabalho acadêmico, delimitado por meio da análise dos casos de incidência da heterocolocação em perigo consentida, demonstrou a possibilidade da exclusão da imputação, visando a redução do alcance do Direito Penal.

Conquanto, concluímos – mediante o breve estudo acerca do tratamento doutrinário ofertado à vítima pelo Direito Penal brasileiro - que a exclusão da imputação do tipo objetivo ou a atenuação da responsabilidade criminal do agente, nos casos de heterocolocação em perigo consentida ou autocolocação em perigo dolosa, ainda se encontram distante no cenário nacional, sendo desnecessária a criação de novas leis penais, mas apenas uma nova interpretação e aplicação dessas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALLA, Gabriel Mendes. **A teoria do Domínio do Fato. Evolução dogmática e principais características.** Jusbrasil, 2014. Disponível em: <<https://gabrielabdalla.jusbrasil.com.br/artigos/140774358/a-teoria-do-dominio-dofato#:~:text=Hegler%20considerava%20que%20o%20dom%C3%ADnio,de%20causas%20excludentes%20de%20ilicitude.>> Acesso em 13 jun. 2022.

ANGIONI, L. As quatro causas na filosofia da natureza de Aristóteles. **Anais de Filosofia Clássica**, Laboratório OUSIA, vol. V, nº 10, 2011. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/FilosofiaClassica/article/view/16447/10218>>. Acesso em 29 de nov. de 2021.

BACILA, Carlos Roberto. **Teoria da imputação objetiva no direito penal.** 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas.** Editora Ridendo Castigat Mores, 1764.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2014.

BÍBLIA. Português. In: **Bíblia Sagrada Leitura Perfeita: Nova Versão Internacional.** Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2019.

BRANDÃO, Cláudio. **Teorias da Conduta no Direito Penal.** Revista de informação legislativa. Brasília, vol. 37, n. 148, pág. 89-95, out./dez., 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BUNGE, Mario. **La causalidad: el principio de causalidad en la ciencia moderna.** Trad. Hernán Rodríguez. Buenos Aires: Editora Sudamericana, 1997.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e o Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Editora Cultural Paulista, 2001.

CAMPOS, Lidiany Mendes. **Em busca da definição do bem jurídico-penal no Estado contemporâneo.** 1º Congresso de Pesquisa, Ensino e Extensão, 2004. Disponível em: <<https://projetos.extras.ufg.br/conpeex/2004/posgraduacao/PGHumanas/lidiany.html>>. Acesso em: 2 mai. 2022.

CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. **Evolução histórica do direito penal. Âmbito Jurídico,** 2002. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal/>>. Acesso em 2 mai. 2022.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime Culposos e a Teoria da Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Direito Penal do Bem jurídico como princípio jurídico constitucional à luz da Jurisprudência constitucional portuguesa**. Direito Penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FEUERBACH, Paul J. A. R. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania**. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1989.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed., Belo Horizonte: Editoria D'Plácido, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Imputação Objetiva: Uma introdução** *apud* ROCHA, Ronan de Oliveira. **A Relação de Causalidade no Direito Penal**. Dissertação de pós-graduação. Universidade Federal de Minas. Belo Horizonte, 2014.

_____. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo, 1983.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. 2ª Ed. São Paulo, 2007.

JESHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal - Parte General**. Barcelona: Bosh, 1981.

LUISE, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Editora Sete Mares, 1995.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 2010.

NETO, Arcio Milton Wailler Neto. **Teoria da Imputação Objetiva e Crimes Culposos**. Projeto de Pesquisa. Pós-graduação. Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Curitiba, 2016.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo**. 2002. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. Acesso em: 2 mai. 2022.

PEGORARO Juan S. **A construção histórica do poder de punir e da política penal.** São Paulo: Editora UNESP, 2010.

PITTARO, Elisa. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto da expansão do direito penal e suas repercussões na dogmática clássica do direito e do processo penal.** 2017. Tese (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2017.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. **A imputação objetiva no direito penal brasileiro.** Revista dos Tribunais Online, Vol. 3, 2005, pág. 6).

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teoria da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos.** 2. Ed. São Paulo: RT, 2006. Pág. 99 e 100.

ROCHA, Ronan de Oliveira. **A Relação de Causalidade no Direito Penal.** Belo Horizonte, 2013, pág. 67.

RODRIGUES, Sávio Guimarães. **Bem jurídico-penal tributário, A legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal.** Ed, Nuria Fabris, 2013. Pág. 30.

ROXIN, Claus. **A Apreciação Jurídico Penal da Eutanásia.** In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n.º 32, out./dez. de 2000.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Estudos de Direito Penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 352 e 353.

_____. **Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Direito Penal como crítica da pena.** Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Systematischer Kommentar,** 6ª. ed. Verlag: Heymann Luchterhand, 1994.

SCHILICK, Moritz *apud* POPPER, K.R. **O Universo Aberto (Argumentos a Favor do Indeterminismo),** 2º v. do Pós-Escrito à Lógica da Descoberta Científica. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988.

SILVA, Danielle Souza de Andrade. **Relação de Causalidade e Imputação Objetiva do Resultado.** Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife, n.4, Pág. 253-276, dez. de 2022.

SILVA, Michael da. **Crime Omissivo Impróprio na Atividade do Bombeiro Militar: Análise Teórica E Jurisprudencial,** 2015. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade do Sul de Santa Catarina, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.