

AUMENTO DO RISCO E IMPUTAÇÃO DO RESULTADO. ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA APLICAÇÃO DA *TEORIA DO INCREMENTO DO RISCO* (*RISIKOERHÖHUNGSTHEORIE*) NOS DELITOS CULPOSOS¹

Letícia Bürgel²

RESUMO

A presente investigação busca analisar a forma pela qual o resultado é imputado nos crimes culposos, através da utilização de critérios normativos da *teoria do incremento do risco*, desenvolvida por ROXIN. A proposta deste trabalho é trazer os fundamentos e as principais críticas feitas à *teoria do incremento do risco*. Pretendemos, também, analisar a possibilidade de recepção da referida teoria pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro. Por fim, serão realizados estudos de casos, à luz da jurisprudência pátria, verificando se a *teoria do incremento do risco* tem sido aplicada pelos tribunais brasileiros. Na hipótese de uma constatação positiva, procuraremos demonstrar a fundamentação utilizada pelos atores do processo penal a fim de justificar a sua aplicação.

Palavras-chave: Incremento do risco. Imputação do resultado. Teoria do incremento do risco. Crime culposos.

1. INTRODUÇÃO

O paradigmático “caso do ciclista”,³ julgado pelo Supremo Tribunal alemão (*Bundesgerichtshof*) em 1957, criou a possibilidade de se auferir

¹ Artigo elaborado a partir do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora composta pelo orientador, Prof. Fabio Roberto D’Avila, pelo Prof. Paulo Vinicus Sporleder de Souza, e pelo Prof. Giovani Saavedra, em 20 de novembro de 2014.

² Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bolsista de Iniciação Científica PIBIC/CNPq, sob a orientação do Prof. Dr. Fabio Roberto D’Avila.

responsabilidade penal mediante o emprego de cursos causais hipotéticos. Assim, surgiu o critério da “conduta alternativa conforme o direito”, como uma tentativa de delimitar a utilização de cursos causais hipotéticos.⁴

Esse critério é utilizado pela doutrina como um mecanismo para verificar a existência de uma relação específica entre a conduta e o resultado, a qual é chamada de nexos de causalidade da infração de dever. Busca-se verificar, através de um juízo hipotético, a possibilidade de causação do mesmo dano mediante uma conduta alternativa correta. Assim, questiona-se, ante uma ação imprudente, se o agente deverá responder ainda que a lesão não teria, possível ou provavelmente, sido evitada caso ele tivesse se comportado corretamente.⁵

No âmbito da doutrina, ROXIN é o protagonista na discussão sobre esse tema nos últimos trinta anos. Para ele, há três circunstâncias que dão unidade a todos esses casos: o sujeito não se comportou de forma correta, existe uma duvidosa relação de causalidade entre a ação e o resultado, e o dano também poderia ser produzido se o agente tivesse se comportado de forma correta.⁶

Assim, ROXIN desenvolve a chamada *teoria do incremento do risco* (*Risikoerhöhungstheorie*), a qual prevê que nos casos em que não for possível determinar, com probabilidade próxima a certeza, que o risco criado pelo autor acarretou o resultado, ele deverá ser responsabilizado na hipótese de que um comportamento alternativo conforme ao direito teria, possível ou provavelmente, evitado a ocorrência do evento. Nesses casos, o agente é

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

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

⁵ *Ibidem*. p. 84.

⁶ Para FEIJÓO SANCHEZ, os casos analisados através do juízo hipotético de um comportamento alternativo conforme o direito costumam se produzir no marco das atividades com riscos especiais permitidos (indústria, transporte viário, medicina) que possuem regras gerais de conduta, seja por meio de regras jurídicas (segurança e higiene do trabalho, transporte viário, atividades farmacêuticas) ou da *lex artis* (medicina). São exemplos em que há dúvidas se as regras gerais de cuidado teriam alguma utilidade na situação concreta. (FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva**: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 12.)

responsabilizado pelo resultado apenas pelo fato de ter ultrapassado o risco permitido, aumentando a possibilidade de sua concreção, não sendo necessário verificar se a ação foi decisiva para a sua produção.⁷

Nesse contexto, pretende-se, nesse artigo, realizar um estudo da possibilidade de imputação nos casos em que uma conduta alternativa conforme o direito evitaria, possível ou provavelmente, a ocorrência do dano, utilizando, para tanto, os critérios normativos da *teoria do incremento do risco* (*Risikoerhöhungstheorie*), desenvolvida por ROXIN, buscando seus possíveis equívocos dogmáticos, bem como analisando a possibilidade de recepção da referida teoria pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro. Por fim, busca-se, com o presente estudo, verificar se a *teoria do incremento do risco* tem sido aplicada pelos tribunais brasileiros, observando os critérios e fundamentos utilizados pelos operadores do Direito.

2. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO À AÇÃO

2.1. Análise dos critérios de imputação da teoria da imputação objetiva (*objektiven Zurechnung*) de ROXIN

Para que se possa considerar determinado fato objetivamente típico, não basta que estejam presentes os elementos ação, causalidade e resultado. É necessário, além disso, um conjunto de determinados requisitos, os quais fazem parte de uma determinada causação, chamada imputação objetiva.⁸ Dessa forma, devemos individualizar o processo causal e verificar, por fim, se o evento danoso pode ser ainda atribuído ao sujeito.⁹

⁷D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 60.

⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **A teoria da imputação objetiva e o direito penal brasileiro**. In: <http://ww3.lfg.com.br/artigos/A_teorias_da_imputacao_objetiva.pdf>. Acesso em 30 de set. de 2014.

⁹Para que possamos chegar a um termo final dessa demonstração, são utilizados diversos critérios, não apenas meros juízos de constatação empírica acerca da causalidade, mas sim ponderações de ordem normativa, que delimitam, consoante os pressupostos dos princípios de necessidade e danosidade. Só, então, o resultado será imputável ao agente. Essa exigência de critérios normativos funda-se na ideia de que o direito penal não é apenas um recepcionista do real, mas uma ordem de normas, com finalidade social específica, a proteção de lesão ou

Segundo ROXIN, o resultado somente será imputável ao agente quando “sua conduta tiver criado um perigo para um bem jurídico não coberto pelo risco permitido, e esse perigo se realizar em um resultado concreto que esteja dentro do âmbito da norma”.¹⁰ Para que possamos imputar o resultado, deve-se analisar, primeiramente, a existência de causalidade natural; e, em seguida, caso esteja presente o vínculo causal, parte-se para um segundo momento, no qual utilizar-se-á critérios eminentemente normativos.¹¹¹²

Antes de valorarmos se o risco é proibido ou permitido, devemos saber se ele realmente existe, e se, de fato, foi criado pelo agente.¹³ A doutrina, a fim de determinar quando estamos diante de uma ação perigosa, utiliza como critério a prognose póstuma objetiva. Trata-se de um juízo formulado por uma perspectiva *ex ante*, levando em conta apenas dados conhecidos no momento da prática da ação, por um observador objetivo, um homem prudente – e não um homem médio-, pertencente ao círculo social que se encontra o autor. Essa prognose é póstuma, pois é realizada pelo juiz após a prática do fato.¹⁴

perigo de lesão a determinados bens jurídicos. (TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.206s.)

¹⁰ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997.p.363s.

¹¹D’ÁVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.p.41.

¹²RIGHI afirma que a teoria da imputação objetiva foi explicada, em suas primeiras formulações, como um modelo que ‘antecipa’ juízos de antijuridicidade, ou seja, valorações normativas. O autor argumenta não ser possível resolver de outra forma os problemas que existem no juízo de adequação típica, pois não se encontravam soluções adequadas em uma sistemática tradicional, a qual delimita a subsunção ao sistema da equivalência das condições, utilizando como corretivos o dolo e o domínio do fato. (tradução nossa) (RIGHI, Esteban. Causalidad natural e imputación objetiva. In: **Dogmatica y ley penal**: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. p. 789.)

¹³Para que fique claro ao leitor, faz-se necessário esclarecer que, da mesma forma que faz Roxin, utilizamos risco e perigo como sinônimos. Nesse sentido: GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.31. Sobre isso refere ZAFFARONI: “Cabe observar que não existe uma explicação do conceito de risco dentro dessa teoria, em geral, em todo o desenvolvimento de todas as teorias de imputação objetiva. Tomam como equivalentes risco e perigo e sempre são concebidos *ex ante*, sempre remetendo ao futuro, com o compromisso que isso importa para o princípio da lesividade, o que em ROXIN é menos evidente do que nos outros autores que desprezam a regra da realização do risco no resultado. Por outro lado, o risco (de risco, barco que encalha) nem sempre é considerado sinônimo de perigo. Na sociologia tem-se distinguido risco como um perigo que é calculado para diminuí-lo, e perigo, o que pode o não ser calculável. Dessa perspectiva, seria uma contradição afirmar que há aumento de risco: somente há aumento do perigo.” (tradução nossa) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Panorama de los Esfuerzos Teóricos para Establecer Criterios de Imputación Objetiva. In: **Estudios em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior**. Rio de Janeiro :Lumen Juris. p. 202.)

¹⁴GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.34s.

Assim, se o juiz, levando em conta os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática da ação, afirmar que a conduta do sujeito gera uma possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico,¹⁵ ela será, portanto, considerada perigosa.¹⁶ A problemática da utilização do método da prognose póstuma objetiva ocorre nos casos em que o sujeito possui um conhecimento especial. Nesses casos, a doutrina majoritária exige a inclusão dos conhecimentos especiais na prognose póstuma objetiva, devendo o juiz considerá-los na análise dos casos concretos.¹⁷

Constatada, então, a criação, ou aumento, de um risco não permitido, deve-se analisar se este risco se realizou em um resultado concreto. Essa determinação constitui uma tarefa de alta dificuldade e, em certos casos – especialmente nos casos em que há concurso de riscos –, de tratamento que continua a ser tão duvidoso que se mantêm sensivelmente divididas a doutrina e jurisprudência.¹⁸ Tomemos como exemplo o “caso do pêlo de cabra”.¹⁹ Neste caso, o perigo criado pelo autor não teve influência na produção do resultado em sua forma concreta, portanto, não deve o agente ser punido, pois o dever por ele violado não tinha utilidade alguma, de modo que se tivesse

¹⁵ROXIN refere que o risco criado pelo autor deve ser juridicamente relevante, de modo que a conduta praticada pelo agente faz esperar o resultado como consequência não improvável. Assim, considera-se uma conduta adequada para produção o resultado quando ela coloca determinado bem jurídico em perigo; enquanto a conduta inadequada traz consigo apenas casualmente o resultado, não sendo perigosa em relação ao resultado. Na esfera dos crimes negligentes, o critério da previsibilidade objetiva serve para impedir a imputação de lesões a bens jurídicos que se produziram acidentalmente nos casos de condutas que não comportavam um risco juridicamente relevante de produção de um resultado. (ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004. p. 149s.)

¹⁶GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.35.

¹⁷ Referimos aqui o exemplo ilustrado por GRECO em que um sujeito, amigo de um terrorista, com quem costuma jogar futebol aos sábados, sabe que uma organização radical colocará uma bomba em determinado voo e convence a criança a viajar neste voo específico. Nesse caso, se não considerássemos o conhecimento especial que o autor possui, não poderíamos afirmar que houve a criação de um risco, pois um homem prudente não teria razão alguma para considerar perigosa a conduta de mandar alguém pegar um avião. Assim, o agente não responderia pelo resultado danoso. (GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 35s.)

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 336.

¹⁹“O gerente de uma fábrica de pincéis entrega a suas trabalhadoras pêlos de cabra chineses, sem tomar as devidas medidas de desinfecção. Quatro trabalhadoras são infectadas pelo bacilo antrácico (Milzbrandbazillen) e falecem. Uma investigação posterior concluiu que os meios de desinfecção prescritos seriam ineficazes em face do bacilo, até então desconhecido na Europa.” (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 332.)

permanecido dentro do âmbito do risco permitido, o resultado teria ocorrido da mesma forma.²⁰

Ocorre que, muitas vezes, apesar de o agente ter criado um risco não permitido, e esse risco ter se verificado em um resultado concreto, o evento lesivo não está coberto pelo fim de proteção da norma de cuidado, ou seja, a norma de cuidado está direcionada a acautelar fato ou objeto diverso do efetivamente lesado, de modo que, nesta hipótese, não haverá imputação.²¹ Um caso que comumente se resolve com o critério do fim de proteção da norma é o do sujeito que dirige seu automóvel em excesso de velocidade e depois, quando volta a dirigir na velocidade permitida, vem a atropelar um pedestre que atravessava a rua sem tomar o devido cuidado. Nesse caso, se o motorista não tivesse ultrapassado a velocidade máxima permitida, ele não chegaria ao local do acidente no momento em que o pedestre atravessava a rua e, portanto, não o teria atropelado.²²

Contudo, o resultado se encontra fora do fim de proteção da norma que define a velocidade máxima, pois essa objetiva evitar colisões enquanto se está na velocidade não permitida e não em momento posterior. Assim, não poderíamos proibir a ação de dirigir em excesso de velocidade com o propósito de evitar que uma pessoa que se encontre em um outro local seja atropelada, afinal, sob esse aspecto, a conduta sequer pode ser considerada criadora de um risco, pois tal ação não geraria uma possibilidade real de atropelar alguém em momento posterior.²³

Dessa forma, se preenchidos todos os requisitos propostos por ROXIN – a criação de um risco não permitido, a verificação do risco em um resultado concreto, abrangido pelo âmbito da norma – poderemos falar em imputação do resultado. No entanto, caso não seja possível verificar a existência de um desses critérios, o resultado não deverá ser imputado autor.

²⁰ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.. p. 332.

²¹ D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.66.

²² GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.102s.

²³ GRECO, Luís. op. cit. p.103.

3. A TEORIA DO INCREMENTO DO RISCO DE ROXIN (Risikoerhöhungstheorie)

3.1. Fundamentos da *teoria do incremento do risco* (Risikoerhöhungstheorie) de Roxin

Em 1962, tendo em consideração o julgamento pelo Superior Tribunal alemão (*Bundesgerichtshof*) do conhecido “caso do ciclista”, ROXIN desenvolveu a chamada *teoria do incremento do risco* (*Risikoerhöhungstheorie*). De acordo com essa teoria, nos casos em que não for possível determinar, com probabilidade próxima à certeza, que o risco criado pelo autor acarretou o resultado, ele deverá ser responsabilizado na hipótese de que um comportamento alternativo conforme ao direito teria, possível ou provavelmente, evitado a concretização do dano. Nesses casos, para que haja imputação, é necessário apenas que o agente ultrapasse o risco permitido e aumente a probabilidade de ocorrência do evento danoso, não sendo preciso verificar se o risco por ele criado foi determinante para a produção do resultado.²⁴

Nas hipóteses de dúvida, em que é possível, mas apenas possível, que o resultado seja produzido através de uma conduta conforme a prescrita pelo direito, o tratamento jurídico dessas situações não depende da relação de determinação entre o perigo e o dano, mas exclusivamente do fato de saber se uma conduta conforme o dever diminuiria de modo relevante o risco de produção do resultado.²⁵ Assim, se fosse possível verificar com segurança que o resultado ocorreria da mesma forma, independentemente do autor atender ao dever de cuidado, não se poderia falar em imputação pela não realização do risco não permitido. No entanto, no “caso do ciclista” não há essa certeza.²⁶

²⁴D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.60.

²⁵Nesses casos, ROXIN sustenta que essa dúvida deve ser solucionada através de avaliação pericial, tendo por base critérios científicos, não sendo necessária a utilização de processos causais hipotéticos. (ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004.p. 259.)

²⁶Sobre o “caso do ciclista” assim refere ROXIN: “Se se puder constatar de modo geral que alguns ciclistas, quando embriagados, se lançam contra os caminhões que os ultrapassam, devido a reacções anômalas provocadas pela bebida e se, além disso, se puder constatar que é totalmente irrelevante, quanto a essas reacções e suas consequências, que o condutor do

Nesse caso, não é possível verificar com certeza a permanência do resultado danoso (morte) na hipótese de um comportamento diverso conforme o direito por parte do caminhoneiro, e, assim sendo, segundo a *teoria do incremento do risco*, ele deverá responder pela morte do ciclista.²⁷

De acordo com ROXIN, para que possamos reconhecer se uma violação do dever de cuidado, a qual segue uma morte, fundamenta ou não um homicídio negligente faz-se necessário “examinar qual a conduta que não poderia ser imputada ao agente como violação do dever, de acordo com os princípios do risco permitido, comparando-se a conduta conforme o direito à forma de atuar do autor”.²⁸ Comprovando-se, então, que a ação do agente aumentou a probabilidade de produção do resultado, ele deverá ser punido a título de crime negligente. Afinal, segundo ROXIN, seria completamente errado supor que a produção de um resultado mediante uma ação que implica um risco maior, não permitido, ficaria impune apenas porque o resultado seria produzido na hipótese de uma ação cuidadosa.²⁹

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

camião mantenha uma distância de 75 cm, que é proibida, ou uma separação de 1m, que é permitida, não se poderá considerar como uma violação do dever de cuidado nos termos do § 222 do StGB a ultrapassagem feita deixando apenas 75 cm de distância, nem, portanto, como tendo existido negligência no respeitante a esse concreto resultado da morte.” (ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004. p. 258.)

²⁷ D’ÁVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.59s.

²⁸ SPENDEL e Eb. SCHMIDT propõe uma solução diferente da de ROXIN. Para eles, estaríamos diante de um homicídio negligente, quando o autor provocou o resultado, e a sua conduta, a qual ocasionou a morte, infringia todos os deveres legais de cuidado, pois nesse caso não faltaria nem a previsibilidade objetiva, nem a subjetiva do processo causal. ROXIN, no entanto, tem essa solução como pouco satisfatória, pois, de acordo com ele, faltaria, ainda, provar que a conjugação da infração do dever legal de cuidado com um resultado típico produziria, necessariamente, um crime negligente. Aceitar essa conclusão seria regressar à antiga, e já superada, teoria da *versari in reillicita*, segundo a qual, se fazemos algo proibido, serão *eo ipso* imputadas como negligentes todas as consequências que daí advêm. (ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004. p. 257.)

²⁹ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004. p. 257ss.

apenas que a infração de dever do cuidado tenha aumentado o risco já existente de produção do resultado.³⁰

ULSENHEIMER, um dos autores que tem aprofundado seus estudos sobre essa teoria, afirma que os deveres de diligência têm como finalidade preponderante evitar a ocorrência de resultados típicos. Assim, se demonstrado que no caso concreto, ainda que respeitada a norma, o resultado produzir-se-ia da mesma forma, então está claro que a norma, neste caso, não cumpre nenhum efeito protetor. Dessa forma, segundo o autor alemão, quando, “diante das circunstâncias especiais do caso concreto, a norma não estiver cumprindo o seu efeito protetor, a lesão do dever de cuidado será irrelevante, não havendo a necessidade de imputar o dano ao autor”.³¹

Um dos casos que é solucionado da mesma forma por ROXIN é o “caso dos pincéis de pêlo de cabra”. Segundo ROXIN, se a utilização de um desinfetante legalmente permitido tiver como fim a prevenção de um contágio, o fato de entregar os pêlos de cabra sem desinfecção prévia constituiria uma circunstância de aumento do risco, o que justifica, por sua vez, a afirmação de que existe um homicídio negligente. Contudo, se pelo contrário era inútil a desinfecção, porque os bacilos de carbúnculo chinês não podiam ser destruídos com os meios então conhecidos e permitidos, ficaria excluída a imputação. No entanto, neste caso não há essa certeza. Assim, a entrega incontrolada do pêlo significava um considerável aumento do risco, motivo pelo qual o empresário deveria, com base na *teoria do incremento do risco*, ser punido.³²

3.3. Apontamentos críticos à *teoria do incremento do risco*

Em que pese os argumentos trazidos por ROXIN, a *teoria do incremento do risco* tem sido objeto de inúmeras críticas por renomados doutrinadores,

³⁰ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 66, ano X, 2007. p. 97.

³¹ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente. **Cuaderno de doctrina y jurisprudência penal**, n. 3, v. 2, 1996. p. 63.

³² ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004.p. 263s.

enfrentando dificuldades de aceitação, inclusive, pelos tribunais alemães. Dentre seus maiores críticos podemos citar FEIJÓO SANCHEZ. Segundo ele, a *teoria do incremento do risco* não passa de uma “manipulação dogmática” para poder punir certas “tentativas culposas”, na medida em que, com base nos critérios estabelecidos por ROXIN, não é necessário verificar se o perigo criado pelo sujeito efetivamente se concretizou no dano ao bem jurídico.³³

Para FEIJÓO SANCHEZ, a *teoria do incremento do risco* é inaceitável, pois não se pode converter toda e qualquer dúvida sobre a ocorrência de uma tentativa em um delito consumado apenas pelo fato do ordenamento jurídico-penal não prever uma punição na forma tentada. Tal manobra não respeita os limites dos tipos penais, acarretando uma interpretação extensiva, a fim de garantir uma maior punibilidade. Segundo ele, se o legislador decidiu não punir a tentativa culposa, essa decisão deve ser respeitada, assim, não devemos aceitar manipulações dogmáticas para atender a fins político-criminais, sob pena de violação do princípio da legalidade.³⁴

De acordo o doutrinador, a ideia de que tudo é objetivamente previsível para quem infringe o dever objetivo de cuidado é responsabilidade objetiva pura, infringindo o princípio da culpabilidade. Não se deve conjecturar sobre o que teria acontecido se o agente não tivesse criado o risco proibido, senão determinar o que efetivamente aconteceu com o risco não permitido, e se houve consumação ou não em um resultado. Assim, não é necessário acudir a nenhum percurso lesivo hipotético que não tenha ocorrido na realidade para determinar se o risco não permitido se integralizou no resultado, basta apenas observar no caso concreto se o dano ocorreu em razão da ultrapassagem do risco permitido pelo agente.³⁵

Nosso posicionamento, no entanto, difere em parte do de FEIJÓO SANCHEZ. Da mesma forma que o doutrinador espanhol, entendemos que a *teoria do incremento do risco* é dogmaticamente inaceitável, contudo, por motivos diversos. A nosso ver, a *teoria do incremento do risco* equivoca-se na

³³ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva**: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 42s.

³⁴ Ibid. p. 41s.

³⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva**: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 20s.

medida em que converte crimes de perigo em crimes de dano,³⁶ afinal, para que o agente seja responsabilizado, basta apenas que ele aumente o risco de produção do resultado. No entanto, nos crimes de lesão é necessário algo mais do que o mero incremento do risco; é fundamental que o perigo criado se concretize no dano ao bem jurídico.³⁷ Segundo FRISCH, para que possamos falar em relação de causalidade entre o perigo proibido e o evento lesivo, deve ser possível observar no resultado a materialização do risco praticado pelo agente, de modo que, se tal nexos não for constatado, não deverá haver imputação.³⁸

JAKOBS sustenta que para a *teoria do incremento do risco* ser viável deveríamos prescindir da realização do risco e dos cursos causais hipotéticos, pois, para que o agente responda por delito consumado, no tipo objetivo, é necessário apenas que ele tenha criado um risco de magnitude não permitida e que o resultado tenha sido produzido causalmente por meio da ação do autor. Assim, a relação de imputação estaria atrelada à ação, o resultado seria apenas uma condição objetiva da tipicidade penal. Com base nesse raciocínio, JAKOBS afirma que “os delitos de resultado deveriam ser entendidos como delitos de perigo condicionados pelo resultado”.³⁹

Diante disso, nota-se que ROXIN incorre em uma contradição, visto que a *teoria do incremento do risco* se mostra incompatível com a *teoria da imputação objetiva*. Dessa forma, para que houvesse compatibilidade entre essas teorias seria preciso abrir mão de um dos critérios de imputação estabelecido por ROXIN - a verificação do risco não permitido no resultado - pois para a *teoria do incremento do risco* importa apenas que o autor tenha criado um risco proibido que aumentou a probabilidade de ocorrência do dano,

³⁶ No que tange a esta crítica, Santos entende que ela não resiste, pois, segundo ele, a imputação ao tipo objetivo sempre se produz apenas mediante uma colocação em perigo criada pelo autor. A diferença entre os delitos de lesão e os delitos de perigo, é que naquele o risco não permitido se realiza no resultado típico, enquanto neste o perigo se realiza em um resultado de colocação em perigo, o qual é determinado de acordo com diversas exigências. Nos casos de conduta alternativa conforme o direito, concorrendo um incremento do risco, se terá plasmado um risco proibido em um resultado lesivo. (SANTOS, Humberto Souza. **Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva**. Barueri, SP: Manoele, 2004. p. 129.)

³⁷ FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento Típico e Imputación del Resultado**. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004. p. 572.

³⁸ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Tipicidade Penal – Uma Análise Funcionalista**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 113.

³⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación**. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997. p. 285.

sendo irrelevante, para fins de imputação, a concretização do perigo no resultado.⁴⁰

Para KORIATH, a *teoria do incremento do risco* parte de uma ideia fundada em na fórmula “evite riscos”, criando uma espécie de “teoria dos imperativos”, alheia à essência das normas jurídico-penais. O autor afirma que é impossível utilizar essa teoria com exatidão, afinal, segundo ele, não se pode acreditar em análise *ex post* que propõe assumir um ponto de vista totalmente objetivo e neutro, pois “se estará muito facilmente inclinado a deduzir o aumento do risco da realização do resultado, havendo, desde já, a tendência a imputar o resultado ao agente”.⁴¹

De acordo com FRISCH, conceitos como o do incremento notável do risco, em razão de não ter uma definição, abrem uma porta ao arbítrio, deixando para ele a tarefa de determinar a aplicação justa do direito, apenas pelo fato de que por notável cada um pode representar algo distinto. Assim, ele questiona se o limite da punibilidade poderia depender de um conceito tão difuso, especialmente se não é possível esclarecer detalhadamente o fato. Nesses casos, o requisito da relação de causalidade entre a ação e o resultado, em que é preciso verificar a realização do perigo no dano, perde, em definitivo, a sua funcionalidade para fins de imputação.⁴²

Para além disso, as conclusões obtidas através de uma operação com hipóteses são arbitrárias, pois, como regra geral, se dispõe de inúmeras modalidades alternativas de comportamento permitido, com suas respectivas e distintas consequências, de modo que o resultado pode ser manipulado através da seleção de um determinado comportamento pelo julgador. Dessa forma, a quantidade de comportamentos conforme o direito que teriam produzido do mesmo modo o resultado, e a quantidade de comportamentos alternativos que

⁴⁰Assim, através dos critérios da teoria da imputação objetiva, se o resultado fosse produzido de qualquer maneira, ainda que o sujeito houvesse empregado o cuidado requerido, não poderia haver imputação objetiva, uma vez que o resultado não é precisamente a concreção da lesão de cuidado. (BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Manual de derecho penal**: parte geral. 3. ed.aum. Barcelona : Ariel, 1989. p. 238.)

⁴¹ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 343s.

⁴²FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento Típico e Imputación del Resultado**. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004.p. 576s.

o teriam evitado estariam limitados apenas pela imaginação do intérprete da lei.⁴³

No que concerne aos delitos culposos, PRADO, questiona se o critério do aumento do risco não seria, em realidade, um elemento integrante do tipo de injusto culposo, pois nesses casos o resultado somente poderia ser imputado ao agente se fosse comprovado que a sua conduta negligente, em comparação com uma conduta que observa o devido cuidado, elevou ou incrementou o risco de produção do dano.⁴⁴ Nesse sentido também se posiciona WELZEL, afirmando que o tipo de injusto dos delitos culposos não é observado pelo mero nexos de condição, mas somente por aquela causa do resultado que for evitável na aplicação da diligência objetivamente imposta. Se, contudo, o resultado não teria sido evitado, ainda que observada a diligência objetiva, então o tipo de injusto do delito culposo não está cumprido, já que a observância da norma imposta pelo direito tampouco teria modificado o resultado.⁴⁵

HERZBERG afirma que ao imputar objetivamente o resultado à ação nos casos em que mesmo com um comportamento alternativo conforme o direito o resultado típico teria seguramente ocorrido, significaria fazer funcionar a dúvida contra o agente e, assim violar um dos princípios do processo penal, o *in dubio pro reo*.⁴⁶ ROXIN, ao propor a *teoria do incremento do risco*, pretende trazer para o âmbito da dogmática penal um problema que deve ser resolvido no âmbito do processo penal, através de utilização do princípio do *in dubio pro reo*. Nota-se que a presente teoria não possui utilidade dogmática, podendo, inclusive, induzir a erro, acarretando a imputação do resultado nos casos duvidosos, ao negar a aplicação do referido princípio com um intuito de evitar uma possível impunidade no âmbito dos delitos culposos.⁴⁷

⁴³ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La relevância del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente. **Cuaderno de doctrina y jurisprudência penal**, n. 3, v. 2, 1996. p. 66.

⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, n. 3. V. 2, 2005. p. 3.

⁴⁵ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003. p. 89.

⁴⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2004. p. 320.

⁴⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación**. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., 1997.p. 286.

Contudo, é importante esclarecer que existem dois aspectos sobre os quais a dúvida pode pesar. Há casos em que a dúvida recai unicamente sobre a evitação do resultado, em que os adeptos da teoria sustentam que o que importa é a elevação do risco, e não saber se o resultado seria produzido da mesma forma por uma conduta alternativa conforme o direito. No entanto, muitas vezes, há dúvidas a respeito do próprio aumento do risco, o qual é o ponto nodal da *teoria do incremento do risco*. Assim, se a própria teoria pressupõe esse requisito (elevação do risco) para punição, o aplicador do direito não pode responsabilizar o agente quando não sabe se o elemento principal está presente, devendo absolver o autor com base no princípio *in dúbio pro reo*.⁴⁸

Esses são apenas alguns dos equívocos dogmáticos que encerra a *teoria do incremento do risco*, a qual se funda em critérios de possibilidades, gerando, por conseguinte, uma enorme insegurança jurídica, na medida em que abre margem a um grau exagerado de subjetivismo judiciário, mormente quando analisado mediante critérios garantistas.⁴⁹

2.2.1. A teoria da evitabilidade

A *teoria da evitabilidade* defende que não se pode imputar um resultado quando a lesão é inevitável mediante uma conduta alternativa conforme o direito.⁵⁰ Segundo essa teoria, aquele que provoca um resultado imprudente não deverá responder quando não for possível provar, com uma probabilidade próxima à certeza, que o dano não teria sido produzido se o agente estive dentro do risco permitido. Ou seja, o autor somente será punido se houver certeza de que o comportamento correto correspondente salvaria o bem jurídico afetado.⁵¹

⁴⁸ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 66, ano X, 2007. p. 104.

⁴⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 64.

⁵⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva**: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.p. 13.

⁵¹ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 66, ano X, 2007. p. 90.

Parte-se da premissa que o dever de cuidado tem por finalidade evitar resultados típicos, baseando-se no fim de proteção da norma. Assim, se mesmo mediante uma conduta cuidadosa a lesão viesse a ocorrer, tal fato significa que a norma não cumpriu a sua função protetora, de modo que a sua inobservância não terá relevância, devendo ser negada a relação de causalidade entre o *desvalor da ação* e o *desvalor* do resultado. Nessa hipótese, a *teoria da inevitabilidade* propõe a absolvição do agente, com base no princípio *in dúbio pro reo*.⁵²

A necessária relação entre a conduta contrária ao dever de cuidado e o resultado conduz à conclusão de que os fatos estão submetidos ao pressuposto de que a lesão era evitável e de que ao agente era possível impedi-la. Assim, se o resultado não for evitável também com a conduta conforme o direito, adequada ao caso concreto, torna-se evidente que a infração ao dever de cuidado seria irrelevante para a sua verificação. Com isso, deverá ser excluída a imputação objetiva do resultado, a qual não se orienta pela causalidade física, mas de acordo com um juízo de adequação.⁵³

De acordo com TAVARES, para haver imputação não basta que a conduta do agente tenha violado uma norma de cuidado e causado o resultado, é necessário, ainda, que o perigo deflagrado com a sua ação tenha se concretizado no dano. Isso se dará quando o resultado, produzido pela conduta descuidada, for evitável. Nas palavras do autor, “a inevitabilidade objetiva do resultado constitui, nos delitos culposos, a essência da imputação no tipo de injusto”.⁵⁴

Um setor da doutrina afirma que o método utilizado pela *teoria da inevitabilidade* conduz à impunidade nos casos em que, apesar de alguém matar ou lesionar, existem outros riscos em reserva, que anulam as possibilidades de sobrevivência de um determinado objeto material.⁵⁵ Segundo os críticos dessa

⁵² Ibid. p. 91.

⁵³ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**. Uma contribuição à teoria do crime culposos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 332.

⁵⁴ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**. Uma contribuição à teoria do crime culposos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p.333.

⁵⁵ FEIJÓO SANCHEZ ilustra com o seguinte exemplo: “aquele que matar alguém, que se espera que seja morto por um assassino profissional, não mataria no sentido do artigo 138 ou 139 do C.P. espanhol (homicídio doloso e assassinato). Entretanto, o assassino que esperava também não matou. Portanto, teríamos um assassinato sem autor. Isso levaria à absurda conclusão de que não se pode imputar um resultado sempre que, além do autor do delito, haja

teoria, ela representa um retrocesso, na medida em faz uso de juízos hipotéticos de constatação e da fórmula da *conditio sine qua non*.⁵⁶ Além disso, de acordo com as críticas formuladas à *teoria da inevitabilidade*, ela propõe a divisão do risco em um *quantum* permitido e um *quantum* proibido, o que, para parte da doutrina, é incorreto, pois o risco deve ser visto como um todo unitário, não sendo possível dividi-lo em uma parte permitida e outra não permitida, analisando-as separadamente, e exigindo uma comprovação de causalidade de cada uma.⁵⁷ Para ROXIN, a *teoria da inevitabilidade* é sustentável apenas do ponto de vista teórico, sendo materialmente injusta, pois suas sentenças se mostram insuficientes do ponto de vista político-criminal.⁵⁸

2.2.2. A teoria do fim de proteção da norma

Em 1962, o doutrinador espanhol GIMBERNAT ORDEIG, desenvolveu na Alemanha a *teoria do fim de proteção da norma*,⁵⁹ a qual surge como uma forma distinta de solucionar a problemática das condutas alternativas conforme

outros dispostos a praticá-lo. Poderia colocar-se em perigo a vida de uma pessoa que vai ser posta em perigo por um terceiro (conduta antijurídica em reserva). Tampouco se consumiria o tipo quando uma pessoa criasse posteriormente outro risco, de conformidade com o direito, ou já estivesse em marcha um fato natural lesivo, como o de uma enfermidade mortal (riscos jurídicos em reserva). A norma perde assim, injustificadamente, seu caráter protetivo dos bens jurídicos mais importantes.” (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva**: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.p. 14s.)

⁵⁶ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 66, ano X, 2007. p. 92.

⁵⁷ *Ibid.* p. 95.

⁵⁸ *Ibid.* p. 94.

⁵⁹ Faz-se mister esclarecer que a teoria desenvolvida por GIMBERNAT ORDEIG não é a mesma utilizada por ROXIN na sua *teoria da imputação objetiva*. Posteriormente, na literatura alemã, ROXIN e seus seguidores desenvolveram esse topos do *fim de proteção da norma*, contudo, a partir de uma perspectiva distinta, que serviria ao propósito de interpretação dos tipos penais de acordo com um método teleológico-funcional. O topos da *previsibilidade objetiva*, anteriormente utilizado, facilitava a imputação ilimitada de resultados, na medida em que era um critério demasiado extenso. De acordo com esse critério, se alguém ultrapassa de forma incorreta e o acidente se produz por um defeito irreconhecível de uma roda, ao autor serão imputadas todas as consequências que possam advir do acidente, o qual foi iniciado com a sua ultrapassagem de forma incorreta. Nessa ótica, qualquer resultado que tivesse origem em uma conduta incorreta poderia ser considerado como previsível. O critério do *fim de proteção da norma* permitia soluções diferenciadas, especialmente no que tange à problemática da proibição de regresso, das condutas alternativas conforme o direito, da autor colocação em perigo etc. (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva**: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.p. 54s.)

o direito. O critério do *fim de proteção da norma*⁶⁰ parte de um princípio completamente distinto ao da *teoria do incremento do risco*, sendo elas, inclusive, incompatíveis. De acordo com a teoria de GIMBERNAT ORDEIG, a norma somente desvaloriza certos riscos, pois um resultado somente é considerado típico se supor a realização de um risco proibido, mas não de um risco permitido acompanhante.⁶¹

Analisemos o seguinte caso: A dirige seu carro sem habilitação e é colhido por B, que está devidamente habilitado, mas que invade a pista contrária e, de forma imprudente, bate no veículo de A, ferindo C que o acompanhava. A cometeu uma infração administrativa ao dirigir sem habilitação, mas sua conduta não está abrangida pela norma penal que apenas imputa o resultado àquele que se manteve fora da margem admitida do risco. Na hipótese, apenas B teria praticado tal excesso a ele, sendo exclusivamente, imputada a lesão provocada em C.⁶²

Essa teoria propõe que o agente seja julgado pelo o que realmente aconteceu, e não pelo que hipoteticamente poderia ter acontecido.⁶³ O foco da *teoria do fim de proteção da norma* está na finalidade da norma para o caso concreto, pouco importando, para fins de imputação, se o resultado também teria sido produzido com um comportamento correto. Segundo CAVALCANTE DE SOUZA, podemos ter imputação apesar da inevitabilidade do dano, pois o que importa saber é se a norma de cuidado tinha como missão evitar ou reduzir a lesão.⁶⁴ Para CALLEGARI, o critério do fim de proteção da norma pode operar em distintos níveis. Entretanto, encontra seu âmbito próprio de aplicação como critério de imputação, na determinação da existência ou não de

⁶⁰ É importante mencionar que não se deve confundir o *fim de proteção da norma* com o âmbito de proteção do tipo, pois ambos são coisas distintas. A abrangência do tipo se refere ao bem jurídico protegido e à descrição das condutas proibidas ali contidas e que permitem a reprovação. Já no âmbito de proteção da norma há um caráter de valoração do comportamento social, podendo-se analisar com critérios adequados o que é atingido pelo risco permitido e o que ultrapassa esse risco, ingressando na esfera do Direito Penal. (ROSA, Fábio Bitencourt da. Imputação no direito penal. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Ano 04, n. 9, 2003. p. 41s.)

⁶¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva**: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 48s.

⁶² FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva**: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.p. 41.

⁶³ CAVALCANTE DE SOUZA, Luylla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 66, ano X, 2007. p. 87.

⁶⁴Ibid. p. 86.

relação de risco. A sua função mediata, ou última, é essencialmente político-criminal, visando evitar que continuem existindo punições claramente *versaristas*.⁶⁵

No entanto, a teoria do fim de proteção da norma tem sido vista, por parte da doutrina, como a revitalização do princípio *versari in re illicita*, na medida em que há a possibilidade de fazer com que o sujeito responda por todas as consequências de sua conduta ilícita, inclusive as imprevisíveis. Contudo, os defensores da teoria afirmam que, para que haja imputação, não basta apenas a verificação de causalidade, mas também deve estar presente a previsibilidade, de modo que a aplicação da *teoria do fim de proteção da norma* não geraria uma responsabilização objetiva.⁶⁶

3.3. A (im)possibilidade de recepção da teoria do incremento do risco pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro

O ordenamento jurídico-penal brasileiro adota da teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*) para determinar a relação de causalidade.⁶⁷ Segundo o texto do *caput* do artigo 13 do Código Penal, “*considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”.⁶⁸ De acordo essa teoria, “é causa toda a condição necessária para a produção do resultado”,⁶⁹ ou seja, a conduta deve ser “a condição indispensável para a ocorrência do evento”.⁷⁰ Em outras palavras, para que possamos falar em imputação, a ação ou omissão deve ser a *conditio sine qua non* do resultado.⁷¹

⁶⁵ CALLEGARI, André Luis. **Imputação objetiva**: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 38.

⁶⁶ CAVALCANTE DE SOUZA, Luylla. op. cit. p. 88.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 288.

⁶⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. A teoria da imputação objetiva e o código penal brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas. In: **Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos**. p. 223.

⁶⁹ ALMEIDA, Felipe Lima de. **Causalidade e imputação no Direito Penal**: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 69

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 289.

⁷¹ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. Introdução e parte geral. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 121.

Aos nos depararmos com tal afirmação notamos que a recepção da *teoria do incremento do risco* pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro se mostra dogmaticamente impossível, pois para ROXIN, não possui relevância alguma determinar se a ação ou omissão do agente foi elementar para a produção do dano, basta apenas apurar que ele agiu sem a observância das normas de cuidado, e que tal fato possa ter sido a razão da concretização do resultado. Assim, observa-se que a *teoria do incremento do risco* não se encaixa ao nosso ordenamento jurídico-penal, na medida em que ele propõe uma relação de essencialidade entre a ação e o resultado, de modo que o dano não ocorreria se o agente não tivesse praticado a conduta descuidada, enquanto a *teoria do incremento do risco* exige apenas o nexos de aumento do risco, ou seja, que “a infração do dever de cuidado do sujeito tenha aumentado o risco já existente de produção do resultado”.⁷²

Além disso, segundo GRECO, a teoria do incremento do risco não se mostra sequer necessária para o ordenamento jurídico-penal brasileiro, nem mesmo em um viés político-criminal, na medida em que nosso diploma penal comina uma pena, prevista no artigo 132, à exposição da vida ou da saúde de outrem em perigo. Tal norma não existe no Direito Penal Alemão, assim, as lacunas existentes na *teoria da evitabilidade* não seriam demasiado amplas no âmbito do Direito Penal Brasileiro em razão do dispositivo previsto em nosso Código Penal.⁷³

A relevância da causalidade para o crime culposos não reside na sua utilidade para a determinação da tipicidade objetiva, mas apenas na sua delimitação, tendo em vista que a conduta daquele que viola o dever objetivo de cuidado é tão causal como a daquele que age com a sua observância. Assim, se dois veículos colidem em um cruzamento, avançando um pela direita quando atravessava o outro que não tinha a preferencial, de imediato diremos que a conduta culposa é a de quem não tinha a prioridade de passagem, pois não respeitou a preferência do outro. Contudo, o fato de o agente ter violado um dever de cuidado não significa que ele tenha causado a colisão, ou seja, embora o motorista tenha criado um perigo não permitido, tal fato não é

⁷²CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexos de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 66, ano X, 2007. p. 97.

⁷³GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.123.

suficiente para imputá-lo o resultado, é necessário comprovar, através da causalidade, que o risco por ele criado se concretizou no dano (colisão).⁷⁴

É através da causalidade que se pode concluir se o fazer ou não fazer do agente foi o que ocasionou a ocorrência típica. Esse é o problema inicial de toda a investigação que tenha por fim incluir o agente no acontecer punível e fixar a sua responsabilidade penal. Assim, nos moldes da teoria da equivalência das condições, faz-se mister verificar que sem essa condição (a conduta descuidada do autor) o resultado não aconteceria da forma que ocorreu, de modo que, se eliminada mentalmente o perigo criado pelo agente, desapareceria, do mesmo modo, o dano.⁷⁵

Pelo exposto, podemos concluir que a *teoria do incremento do risco* se mostra incompatível com o ordenamento jurídico-penal brasileiro, na medida em que propõe a responsabilização do agente pelo mero incremento do risco, não sendo necessário apurar a relação de essencialidade entre a ação e o resultado. Ao passo, que no sistema jurídico-penal brasileiro, a ação deve se mostrar determinante na produção do resultado, de modo que sem ela, este não ocorreria, tendo em vista que no âmbito dos crimes culposos, o *desvalor* da ação (conduta negligente) não é, por si só, suficiente para determinar a imputação. É preciso, ademais, que seja possível associá-lo ao *desvalor* do resultado (dano).⁷⁶

3.4. Análise da aplicação da *teoria do incremento do risco* pelos tribunais brasileiros

Apesar da teoria do incremento do risco não ser aplicada com frequência pelos operadores do direito, ao realizarmos o presente estudo, notamos que ela tem sido, de alguma forma, objeto de alguns julgados. Um dos objetivos propostos neste trabalho é a análise de como os tribunais pátrios tem utilizado a *teoria do incremento do risco* na solução de casos concretos. Para tanto,

⁷⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed.rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 510s.

⁷⁵BRUNO, Anibal. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: introdução, norma penal, fato punível. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 199s.

⁷⁶MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988. p. 75.

realizamos uma pesquisa no âmbito de todos os tribunais estaduais brasileiros, em busca de decisões que tratassem do tema.⁷⁷

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, encontramos um julgado (ACR 2.0000.00.317274-7/000) em que o motorista de um veículo VW Brasília colidiu com a traseira de uma motocicleta Lambreta tripulada por duas pessoas, provocando ferimentos fatais em uma das vítimas e lesões corporais em outra. O motorista do veículo VW Brasília foi condenado em primeira instância. A problemática deste caso reside na análise da perícia, a qual foi feita de forma superficial, deixando margens de dúvida. Analisando-se a perícia não é possível afirmar, com certeza, que o acidente ocorreu por responsabilidade exclusiva da vítima, por ser ela inabilitada e estar dirigindo à noite sem os faróis traseiros e dianteiros. O laudo elaborado não determina se a colisão ocorreu em razão do réu estar dirigindo a velocidade acima da permitida ou em razão da negligência da vítima. Em segunda instância, por decisão da maioria, vencido o relator, foi mantida a condenação do réu. Nos termos do seguinte fundamento:

Lado outro, a meu sentir, não há que se falar que tenha o apelante agido dentro dos limites do risco permitido, consoante entendeu o nobre Relator, tampouco que tal risco tenha sido incrementado pela vítima, situação esta que excluiria a responsabilidade do autor, pois os elementos demonstrados nos autos indicam uma realidade totalmente diversa, ou seja, o risco socialmente tolerado, foi, em dado momento, incrementado pela conduta manifestamente imprudente por parte do apelante, que estabeleceu com isso outro processo causal de risco, anteriormente ausente, havendo, pois, que ser-lhe imputado o resultado.⁷⁸

Ao fim do julgado, não temos dúvidas de que foi aplicada, neste caso, a *teoria do incremento do risco* como forma de fundamentar a punição do motorista, ante a precariedade da prova técnica, incapaz de determinar se a

⁷⁷ A pesquisa de jurisprudência foi feita no âmbito dos tribunais estaduais brasileiros, utilizando como critério de pesquisa os seguintes termos: “aumento do risco e imputação do resultado; incremento do risco e imputação do resultado; aumento do risco e imputação objetiva do resultado; incremento do risco e imputação objetiva do resultado; aumento do risco não permitido; incremento do risco não permitido; aumento do risco; incremento do risco; teoria do incremento do risco; imputação objetiva do resultado”. Ao final da busca, encontramos 12 (doze) julgados que tratavam do tema.

⁷⁸ Apelação Criminal n.º 2.0000.00317274-7/000. Rel. Alexandre Victor de Carvalho. Comarca de Araguari.

conduta negligente do apelante foi elementar para a produção do resultado. Assim, em face da dúvida, o desembargador utilizou da *teoria do incremento do risco* como um instrumento para garantir a punição. Podemos observar isso no seguinte trecho do julgado:

‘Segundo o princípio do incremento do risco, elaborado por Claus Roxin em 1962, se a conduta incorreta do autor fizer aumentar a probabilidade de produção do resultado, em comparação com o risco permitido, caracteriza-se o tipo objetivo; caso contrário, não haverá tipicidade objetiva’ (Imputação Objetiva, Belo Horizonte – Ed. Mandamentos – 2000, p.51).⁷⁹

Em outro julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (ACR 1.0344.03.009847-1/001), o autor dirigia um veículo VW Gol Special, e, ao entrar em um trevo, veio a colidir com o veículo da vítima, causando-lhe ferimentos que a levaram a óbito. No decorrer das investigações, foi apurado que o agente agiu sem observar as regras de cuidado, na medida em que conduzia seu automóvel em velocidade superior à permitida. No Juízo de primeiro grau, o réu foi absolvido em razão da culpa exclusiva da vítima e a não comprovação da sua culpa, a qual era apenas duvidosa. Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação, postulando a condenação do autor por estar comprovado nos autos que ele estava dirigindo acima da velocidade permitida. O *parquet* traz o seguinte questionamento:

Se o condutor acusado estivesse dirigindo dentro da velocidade permitida, o acidente teria ocorrido da mesma forma? O dirigir acima da velocidade permitida, conduta descuidada apontada na prova técnica, promoveu o incremento do risco, contribuindo para o resultado ou o resultado teria ocorrido ainda que não houvesse, por parte do acusado, incremento do risco?⁸⁰

No caso em questão, a resposta é imprecisa. Não é possível determinar se houve contribuição do réu para o incremento do risco, na medida em que é provável que mesmo respeitando a velocidade correta (se dentro do risco

⁷⁹Apelação Criminal n.º 2.0000.00317274-7/000. Rel. Alexandre Victor de Carvalho. Comarca de Araguari.

⁸⁰Apelação Criminal n.º 1.0344.03.009847-1/001. Rel. Alexandre Victor de Carvalho. Comarca de Iturama.

permitido), o acidente teria ocorrido da mesma forma, pois a velocidade desenvolvida pelo autor não era expressivamente acima do permitido. Sabe-se que o agente criou um risco não permitido, aumentando a probabilidade de ocorrência do resultado, contudo, o que não se sabe é se esse incremento do risco por ele criado é considerável a ponto de fundamentar a imputação do resultado. Assim, diante da insignificância do risco incrementado pelo motorista, foi negado, na segunda instância, o provimento a apelação, mantendo-se a absolvição do réu.⁸¹

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul julgou uma apelação (ACR 2010.038049-7/0000-00) em que o réu dirigia um veículo Fiat Fiorino em velocidade excessiva, violando o cuidado devido, quando abalroou o motociclo conduzido pela vítima, ocasionando a sua morte. Em primeiro grau, o motorista foi absolvido, em razão da culpa exclusiva da vítima, não havendo elementos de que a conduta do agente foi causa determinante para a produção do resultado. A perícia constatou que a vítima pilotava sua motocicleta sem sinalização, concomitante a isso, o local em que ocorreu o fato era desprovido de iluminação pública, o que, por si só, já cria um risco considerável. O Ministério Público apelou da decisão, postulando a aplicação da *teoria do incremento do risco* no caso em tela. Contudo, foi negado provimento ao recurso, ante a impossibilidade de verificar que a ação do réu foi determinante para a produção do resultado, sendo, portanto, afastada a aplicação da *teoria do incremento do risco*.⁸²

Pelo que podemos observar, a *teoria do incremento do risco* tem sido objeto de vasta discussão, inclusive nos tribunais brasileiros, que ora afirmam a sua aplicação, com o intuito de evitar uma possível impunidade, e ora negam a sua aplicação, em face da *teoria da imputação objetiva*. Notamos que, no momento em que a *teoria da imputação objetiva* incide sobre o caso analisado, a aplicação da *teoria do incremento do risco* se mostra dogmaticamente impossível, na medida em que os argumentos utilizados para fundamentar a aplicação daquela são geralmente no sentido de que se não foi possível verificar que a conduta do agente se concretizou no resultado, de forma que ele

⁸¹Apelação Criminal n.º 1.0344.03.009847-1/001. Rel. Alexandre Victor de Carvalho. Comarca de Iturama.

⁸²Apelação Criminal n.º 2010.038049-7/0000-00. Rel. Claudionor Miguel Abss Duarte. Comarca de Campo Grande.

não poderia ser responsabilizado, sob pena de fazer funcionar a dúvida contra o réu.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, concluímos que a aplicação da *teoria do incremento do risco* é dogmaticamente inaceitável, uma vez que acaba por converter delitos de perigo em delitos de dano, ao sustentar a ideia de que para haver imputação é suficiente a constatação do nexo de aumento do risco, sendo desnecessária a verificação da realização do risco não permitido na lesão. Nosso posicionamento é no sentido de que para imputarmos um dano em um crime de resultado naturalístico é essencial constatar que o risco criado pelo agente foi o que determinou a sua ocorrência, na medida em que o nexo existente entre o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado é elementar para a verificação do ilícito-típico negligente.

Além disso, para que a *teoria do incremento do risco* possa coexistir com a *teoria da imputação objetiva* de ROXIN, precisaríamos prescindir de um dos critérios estabelecidos como base dessa teoria, qual seja, a concretização do risco não permitido criado pelo agente no resultado lesivo, ao passo que para a *teoria do incremento do risco* a mera possibilidade de evitar lesão mediante uma conduta alternativa conforme o direito seria, por si só, suficiente a ponto de fundamentar a responsabilização do sujeito.

O próprio conceito núcleo da *teoria do incremento do risco* – incremento notável do risco – apresenta debilidades. Com base nesse conceito, podemos definir como incremento notável do risco o que bem entendermos, pois se trata de um conceito difuso, facilmente relativizável, abrindo uma porta ao arbítrio dos magistrados. Para além disso, a ideia de conduta alternativa conforme o direito também comporta inúmeros problemas, na medida em que há uma quantidade incontável de condutas que podem ser consideradas como alternativas de acordo com o direito, estando elas à disposição para a livre manipulação do julgador, o que pode conduzir a decisões arbitrárias.

A solução proposta por ROXIN com essa teoria se mostra, além de problemática, também desnecessária, uma vez que nos casos em que não for

possível constatar com uma probabilidade próxima à certeza que um comportamento alternativo conforme o direito evitaria a ocorrência do resultado, o sujeito deve ser absolvido com base no princípio do *in dubio pro reo*, já consagrado em nossa legislação. Assim, se o Estado, que possui o dever de comprovar que o agente cometeu o delito que lhe está sendo imputado, não conseguiu produzir as provas necessárias para fazê-lo, não seria justo responsabilizar o sujeito pela ineficácia do papel estatal na persecução criminal. Diante disso, nota-se que ROXIN procura oferecer uma solução no âmbito do direito penal, contudo, ela já existe na esfera do processo penal.

No que tange à possibilidade de recepção da *teoria do incremento do risco* pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro, esta tem como sua maior barreira o artigo 13, *caput*, do Código Penal, o qual consagra a teoria da equivalência das condições. Dessa forma, constatamos que a *teoria do incremento do risco* não poderá ser recepcionada pelo nosso ordenamento, na medida em que a teoria da equivalência das condições estabelece uma relação de essencialidade entre a o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado.

Além disso, observamos, também, que a *teoria do incremento do risco* não desempenharia sequer um papel no âmbito da política criminal, pois em nosso diploma penal temos o artigo 132 que prevê uma pena à exposição de perigo à vida ou à saúde de outrem. Tal norma não existe no ordenamento jurídico-penal alemão, o que acarretar a sensação de impunidade da população.

Por fim, ao analisarmos alguns julgados dos tribunais pátrios notamos que em, alguns casos, a *teoria do incremento do risco* foi utilizada como uma forma de assegurar a punição pelo delito de lesão, ao passo que, em outros casos, foi negada a sua aplicação com base na *teoria da imputação objetiva* de ROXIN, bem como na aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Do exposto, verificamos que além dos equívocos de ordem dogmática, a *teoria do incremento do risco* encerra um grande risco para a segurança jurídica, na medida em que trabalha com meras possibilidades, deixando na mão dos atores do processo penal uma grande margem de discricionariedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Lima de. **Causalidade e imputação no Direito Penal:** análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. 302 p.

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Tipicidade Penal** – Uma Análise Funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2012. 157 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 872 p.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 de dezembro de 1940. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 30 de setembro de 2014.

BRUNO, Anibal. **Direito penal:** parte geral. Tomo I: introdução, norma penal, fato punível. 5. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 256 p.

CALLEGARI, André Luis. **Imputação objetiva:** lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 38.

CAVALCANTE DE SOUZA, Luylla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 66, ano X, 2007. p. 77-117.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 147 p.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva:** estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. 178p.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal:** parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2004. 743 p.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal:** parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. 1061 p.

FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento Típico e Imputación del Resultado.** Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004. 698p.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva.** 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 173 p.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación.** 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997. 1113 p.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. 5 ed. Renovada y ampliada. Traducción de Miguel Omedo Cardenete. Granada, Diciembre, 2002. 1065 p.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. A teoria da imputação objetiva e o código penal brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas. In: **Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos**.p. 200-228.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: parte general. 2. ed.rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. 654p.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. Introdução e parte geral. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. 386p.

PRADO, Luiz Regis. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, v. 3, Jul, 2005. p 81-110.

RIGHI, Esteban. Causalidad natural e imputación objetiva. In: **Dogmatica y ley penal**: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. p.781-794.

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

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 383 p.

ROXIN, Claus. La problemática de la imputación objetiva. **Cuadernos de Política Criminal**, n. 39, 1989. p. 749-769.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004. 361 p.

RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente. **Cuaderno de doctrina y jurisprudência penal**, n. 3, v. 2, 1996. p. 62-68.

SANTOS, Daniel Leonhardt dos. Breves considerações acerca dos elementos estruturantes do ilícito-típico nos crimes culposos: o princípio da confiança. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, v. 15, 2014. p. 88-98.

SANTOS, Humberto Souza. **Co-autoria em crime culposos e imputação objetiva**. Barueri, SP: Manoele, 2004. 191 p.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**. Uma contribuição à teoria do crime culposos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. 475 p.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 335 p.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003. 374 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed.rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 890 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Panorama de los Esfuerzos Teóricos para Establecer Criterios de Imputación Objetiva. In: **Estudos em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 187-215.