

O papel das condutas alternativas para o direito penal no âmbito dos delitos culposos: análise do nexo jurídico entre a infração de um dever e o seu resultado *The role of criminal law alternative conducts for the involuntary action: the legal analysis between the infringement of a duty and your result*

Rodrigo Sánchez Rios¹

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)

Sumário: 1. Introdução; 2. Suporte teórico: dos juízos hipotéticos à perspectiva normativa; 2.1. A teoria da evitabilidade; 2.2. A teoria do incremento do risco; 3. O âmbito de proteção da norma e sua relevância no âmbito da imputação dos delitos imprudentes; 4. Conclusões finais; 5. Referências bibliográficas.

Resumo: O artigo teve por objetivo analisar a utilidade dos juízos hipotéticos, e das chamadas condutas alternativas conforme o Direito para a atribuição da responsabilidade em Direito penal, sobretudo nos delitos negligentes. A partir de um levantamento dos principais casos discutidos pelos tribunais alemães, a saber, do ciclista, dos pelos de cabra, do farmacêutico e da novocaína. Estes casos se apresentam como referência para uma possível contribuição de adequação da tradicional Teoria da Evitabilidade, e dos seus critérios de incremento do risco e do fim da proteção de norma no marco da Teoria da Imputação Objetiva. Conclui-se com um balanço dos aportes essenciais e das principais críticas a cada uma delas, de forma a viabilizar soluções mais calculáveis e previsíveis no âmbito de Direito penal político-criminalmente orientado.

Palavras-chave: Causalidade; Evitabilidade; Incremento do Risco; proteção da norma; Imputação objetiva.

Abstract: The article aims to analyze the hypothetical judgments usefulness and the criminal law alternative conducts and the duty over the involuntary action, especially the negligently. The research begin in the main cases discuss by the German Courts, for example, the cyclist, the goat hair, the pharmacist and novocaine. These cases are presented as a reference for a possible contribution to permit a eventual adecuacion of the traditional Theory of Avoidability, beside that it's discription for a development about the risk and the end of the norm's protection, and having the Objective Imputation Theory's as a guide. Lastly, it is concluded with a balance of the essential contributions and the main critical thoughts for each of them, with the intention of enable calculable and predictable solutions for the Criminal Law as a politically-criminally orientation.

Keywords: Causality; Avoidability; Risk Increase; normative protection; Objective Imputation.

¹ Doutor em Direito Penal e Criminologia pela Università Degli Studi Di Roma Tre, "La Sapienza", Itália. Professor de Direito Penal da Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Advogado penalista.

1. Introdução

No marco da reflexão sobre o papel desempenhado pelo critério da confiança nos delitos culposos, sobretudo na configuração do risco permitido, surgem naturalmente outras inquietações de cunho dogmático, em especial quanto a atribuição decorrente da infração de um dever. Nos argumentos levantados naquele espaço teórico, buscou-se definir os limites entre o risco permitido e proibido, e sua relevância em relação ao comportamento de terceiros, sob a perspectiva eminentemente normativa conferida pela teoria da imputação objetiva. Isto além de verificar a recepção de seus pressupostos pelos tribunais pátrios².

A relevância prática deste campo de análise é evidente. Situações decorrentes das atividades da construção civil, do atendimento médico, do tráfego viário e das relações de consumo – apenas para citar alguns exemplos mais corriqueiros – desafiavam os pressupostos outrora delineados pela teoria finalista. Como é sabido, a concepção ontológica da ação não apresentou resposta satisfatória para os delitos de infração de dever, a saber, principalmente, os culposos e os omissivos impróprios³. A presença exclusiva da causalidade, sem critérios normativos orientados a sua correção jurídica, não raramente acarretava excessos de responsabilidade penal, repercutindo em decisões judiciais eivadas de reprovável ecletismo metodológico. Basta lembrar que a acolhida ao critério da confiança por parte dos tribunais superiores deu-se apenas no ano de 2006⁴.

Ao incursionar nas limitações do postulado da confiança, deparou-se com situações nas quais a solução apenas poderia ser verificada sob uma perspectiva *ex post*. No caso do condutor embriagado que se envolve em um acidente em razão de um outro motorista não respeitar seu direito de preferência, sendo que tal incidente não poderia ter sido evitado mesmo em situação de sobriedade, a isenção de responsabilidade do primeiro fica evidente, sob pena de, em se aplicando uma sanção penal, incorrer no inadmissível princípio do *versari in re illicita*⁵. Deste modo, revela-se a importância da conduta alternativa conforme ao Direito, englobando condutas não abrangidas *prima facie* na esfera da criação do risco, cujas preocupações estão adstritas a uma ponderação *ex ante*.

De um singelo levantamento bibliográfico da literatura penal, é possível extrair um conjunto de casos indispensáveis para o deslinde de tal discussão no marco da realização do risco no resultado. Pela sua notória divulgação, tais casos se tornaram verdadeiros *clássicos* debatidos pela teoria da imputação objetiva⁶, sendo

²SANCHEZ RIOS, R. "Limites a aplicação do princípio da confiança e sua repercussão na jurisprudência", In: *Direito, Justiça e Sociedade: estudos em homenagem a criação da escola judicial do Paraná*, Editora Clássica, Curitiba, 2021, pp. 1069 e ss.

³ROXIN, C. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. *Problemas fundamentais de Direito Penal*, Editora Veja, Lisboa, 1986, pp. 235 e ss.

⁴SIQUEIRA, F. *O Princípio da confiança no Direito Penal*, Editora D'Placido, Belo Horizonte, 2016, p. 64.

⁵ROXIN, C. *Derecho Penal* - tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 1005 e ss.

⁶MARTINEZ ESCAMILLA, M. "Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?", In: *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Servicios de publicaciones, Madrid, 1994, pp. 103 e ss.

eles: o caso do ciclista⁷, dos pinceis de pelo de cabra⁸, do farmacêutico⁹ e da novocaína¹⁰. Mesmo diante de tais casos terem sido enfrentados pelos tribunais alemães na primeira metade do século passado na seara dos delitos imprudentes, sua atualidade permanece indiscutível, conforme atesta o estudo monográfico específico de Carolina Bolea Bardon^{11 12}, apontando novas situações fáticas exigentes, *cum granum salis*, de um refinamento teórico apto a esclarecer, para além da causalidade, um nexos específico entre a violação de dever de cuidado e o resultado. Não é por outra razão a legitimidade da indagação proposta por Antônio Brito Neves ao reiterar o valor pragmático dos percursos causais hipotéticos na aferição da tipicidade objetiva¹³. Depreende-se, *ab initio*, parâmetros capazes de afastar a incidência da imputação objetiva, impeditivos da atribuição de um resultado.

Portanto, e a título de introdução, torna-se imprescindível um percurso histórico sobre as teorias acerca da relevância de um juízo hipotético de imputação para delimitar os contornos do comportamento alternativo conforme o Direito. Apenas desta forma poder-se-á avaliar os méritos e insuficiências de cada uma delas para funcionar como critério norteador aos problemas da realidade contemporânea. Não é por demais frisar, também, as implicações de natureza processual da solução do caso concreto partindo de uma perspectiva *ex post*, significando, ao mesmo tempo, a apresentação no enunciado do artigo 156 da lei penal adjetiva, por parte da defesa, de uma carga probatória capaz de ensejar o afastamento em uma decisão de mérito – pela falta de nexos específico entre a violação do dever de cuidado e o resultado – do tipo objetivo respectivo.

⁷Caso do Ciclista (1957): “O condutor de um caminhão resolveu ultrapassar um ciclista e, ao fazê-lo, não guardou a distância mínima de separação imposta pelo Código da Estrada. Durante a ultrapassagem, o ciclista que estava embriagado, guinou a bicicleta para a esquerda devido a uma inesperada reação provocada pelo álcool, caiu debaixo das rodas traseiras do caminhão que neste momento lhe passava ao lado e morreu em consequência do acidente. Comprovou-se que o acidente ter-se-ia sempre produzido, bem assim como seu fatal desenlace mesmo que o condutor do caminhão tivesse mantido uma separação suficiente ao efetuar a ultrapassagem”. In: ROXIN, C. *Violação do dever...*, Op. Cit., p. 235.

⁸Caso dos pinceis de pelo de cabra (1929): “Um industrial entrega a suas empregadas pelos de cabra provenientes da China para serem utilizados na fábrica de pinceis. Apesar de o fornecedor ter avisado de que os pelos precisavam de ser desinfetados, o fabricante ignorou a advertência, não tomando qualquer cuidado, várias operárias morreram. No decorrer do julgamento, foi afirmado por peritos que nenhum dos desinfetantes conhecidos poderia garantir a eliminação de todos os bacilos, da espécie que provocou a morte das vítimas”. In: CURADO NEVES, J. *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*, AAFDL, Lisboa, 2019, p. 320.

⁹Caso do Farmacêutico (1887): “Uma receita médica autorizou um farmacêutico a vender de uma só vez determinado medicamento composto por fósforo; contudo, este medicamento voltou a ser fornecido pelo farmacêutico algumas vezes mais, embora sem consulta prévia do médico, porque tal lhe sido pedido pela mãe da criança doente. A criança veio a morrer por envenenamento devido ao fósforo, embora se tenha depois averiguado que o médico, caso tivesse sido consultado autorizaria o mesmo tratamento”. In: ROXIN, C. *Violação do Dever...*, Op. Cit., p. 236.

¹⁰Caso da Novocaína (1926): Um médico emprega cocaína para realizar uma anestesia local em uma criança, ao invés de utilizar novocaína como exigia a *lex artis*. Em consequência da injeção ministrada, o paciente veio a falecer. Posteriormente, constatou-se que, em razão de sua posição física desfavorável, inclusive a novocaína teria provocado o mesmo resultado fatal. In: GIMBERNAT ORDEIG, E. *El comportamiento alternativo conforme a Derecho: de la causalidad a la imputación objetiva*, BdeF, Buenos Aires, 2021, p. 08.

¹¹BOLEA BARDON, C. *Conducta alternativa e imputación del resultado*. Barcelona: Atelier Editorial, 2020, pp. 15 e ss.

¹²Anteriormente, da mesma autora acima citada vide o estudo específico: Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión. In: BOLEA BARDON, C. *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, BdeF, Buenos Aires, 2017, pp. 459 e ss.

¹³BRITO NEVES, A. “Notas sobre comportamento lícito alternativo”, In: *Livro em memória do Prof. Dr. João Curado Neves*, AAFDL, Lisboa, 2020, pp. 130 e ss.

2. Suporte teórico: dos juízos hipotéticos à perspectiva normativa

Há quase seis décadas, Claus Roxin refletia em torno da problemática oriunda da jurisprudência alemã relativa a situações que demandavam um esforço dogmático visando um consenso de critérios claros e unitários de forma a harmonizar fundamentos discrepantes refletidos a partir da teoria da causalidade. Dos quatro clássicos casos, nomeadamente o do ciclista, do farmacêutico, do pelo de cabra e da novocaína, já se extraíam três aspectos comuns: a) a atuação incorreta do autor; b) a lesão ao bem jurídico; e, c) a possibilidade da produção do igual resultado mesmo diante de uma atuação irrepreensível do agente¹⁴. Naquelas hipóteses, doutrina e jurisprudência vacilavam em decisões não uniformes, fosse para absolver fosse para condenar um acusado em um crime imprudente.

As primeiras tratativas para encontrar uma resposta satisfatória advieram a partir do marco do elemento típico da relação de causalidade, seja na perspectiva de um delito de ação ou de omissão¹⁵. Ao se considerar delitos de ação, poder-se-ia negar a relação de causalidade e, conseqüentemente, a negação da responsabilidade penal, aplicando-se a fórmula da *conditio sine qua non*, a depender da robustez exigida da conduta alternativa. Por outro lado, ao se tratar de condutas omissivas, a solução seria da absolvição em todos os casos. Como leciona Claus Roxin: *"apenas se pode imputar uma omissão se a realização de ação requerida tiver impedido o resultado com uma probabilidade quase segura; nessas quatro situações haveria que negar a tipicidade, dado que, em tais casos, de uma maneira ou de outra, o dano ter-se-ia produzido com maior ou menor probabilidade"*¹⁶.

Certamente, a depender do caso concreto, a distinção entre o comportamento comissivo e omissivo^{17 18} é indispensável para uma solução na qual se afirme ou se negue a responsabilidade. E tanto a resposta pela ausência de causalidade ou da quase-causalidade acabariam conferindo conclusões parciais e insuficientes ao julgamento do autor do delito culposos.

João Curado Neves apontou um consenso, na grande maioria dos autores de língua alemã, no sentido de atribuir relevância ao comportamento hipotético do autor em um crime imprudente. Essa assertiva não encontraria respaldo nos crimes dolosos, onde haveria uma exígua discussão em torno de sua incidência. E aquela relevância, nos delitos culposos, estaria traduzida em não se imputar um evento ao autor de um fato típico caso se constatasse que seu comportamento correto teria provocado igualmente o resultado danoso¹⁹.

Em matéria de cursos causais hipotéticos, em especial às concernentes as condutas alternativas conforme o Direito, e objetivando como problema central a constatação de um vínculo jurídico entre a infração de um dever e o resultado, duas teorias têm concorrido para demonstrar (ou não) sua relevância circunscrita à esfera da tipicidade objetiva. Trata-se da teoria da evitabilidade e da teoria do incremento do risco.

2.1. A Teoria da evitabilidade

É possível se extrair das discussões iniciais dos tribunais alemães e dos estudos doutrinários preocupados com suas conseqüências que, diante de um resultado causado por uma conduta imprudente, um critério adicional seria necessário para a atribuição da responsabilidade – critério este vinculado na relação

¹⁴ROXIN, C. Violação do dever..., *Op. Cit.*, p. 236.

¹⁵GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op.Cit.*, p. 37.

¹⁶ROXIN, C. Violação do dever..., *Op. Cit.* p. 238.

¹⁷Juarez Tavares a respeito dos critérios de distinção entre a ação e omissão. *In: TAVARES, J. Teoria dos crimes omissivos*, Marcial Pons, São Paulo, 2012, pp. 283 e ss.

¹⁸Na mesma linha explicou Jesús-María Silva Sánchez. *In: SILVA SÁNCHEZ, J.M. El delito de omisión*, BdeF, Buenos Aires, 2010, pp. 201 e ss.

¹⁹CURADO NEVES, J. *Op. Cit.*, p. 195.

existente entre o resultado e a precedente violação de um dever, além da causalidade em sentido natural²⁰. Quanto aos primeiros intentos elucidativos da controvérsia dos cursos causais hipotéticos, é indiscutível terem sido gestados no cerne da teoria da equivalência das condições²¹.

Todavia, demandava-se um raciocínio complementar à causalidade naturalística, consubstanciado em um postulado jurídico. E neste último ponto vislumbrava-se, já na época²², o problema central acerca da possível impunidade fundada em cursos hipotéticos, segundo os quais, com uma segurança próxima aos limites da certeza, manter-se-ia o resultado mesmo diante de uma conduta alternativa correta. Somente a partir desse silogismo seria possível distinguir o contingente do necessário para eventual condenação ou absolvição²³. Desse modo, se o resultado se produzisse diante de uma conduta hipotética fundada no Direito, mesmo com a infração do dever, poder-se-ia ser considerado meramente accidental. Sob outro prisma, em não sendo possível verificar o resultado como decorrência da conduta alternativa, a violação do dever seria, portanto, determinante para o resultado. Em termos objetivos: no tocante às condutas imprudentes, deve sempre se auferir inicialmente estar-se diante de uma situação accidental ou de outra digna de responsabilidade penal.

Não se desconhece a produção teórica focada na crítica à ideia de causalidade e a fórmula da *conditio sine qua non* como princípio de validade geral para a atribuição de um resultado típico^{24 25}. Perante os crimes omissivos, nos quais não se constatava *a priori* uma causalidade natural, a doutrina se dedicou a investigar outros critérios aptos a englobar a generalidade de figuras típicas previstas na legislação^{26 27 28}. Nesse marco, com o escopo de gestar uma teoria jurídica da imputação, as questões naturalísticas ficariam relegadas a um plano secundário, emergindo a orientação segundo a qual a responsabilidade deveria ser buscada no sentido e na finalidade das normas penais. Tais contornos dão ensejo a concepção do princípio da *evitabilidade*, pelo qual um resultado só poderia ser imputado a alguém se este não o evita diante das exigências próprias do Direito^{29 30}.

Em pesquisa monográfica sobre o tema, Enrique Gimbernat Ordeig sintetiza a ideia de *evitabilidade* quando, na hipótese de um autor imprudente ter causado uma lesão típica, a este não poderá lhe ser imputado se o comportamento alternativo conforme o Direito tivesse produzido o mesmo resultado³¹. Desde sua versão inicial, várias vertentes pugnam pela ausência de responsabilidade penal diante de uma

²⁰BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, p. 45.

²¹REYES ALVARADO, Y. *Imputación Objetiva*, Editorial Temis, Bogotá, 2005, pp. 240 e ss.

²²REYES ALVARADO, Y. *Idem*.

²³GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, pp. 9 e ss.

²⁴OTTO, H. *Manual de Derecho Penal: Teoría general del Derecho Penal*, Atelier Editorial, Barcelona, 2017, pp. 105 e ss.

²⁵Sobre a relação de causalidade no Direito Penal no Brasil tratou Ronan Rocha. In: ROCHA, R. *A relação de causalidade no Direito Penal*, D'Placido, Belo Horizonte, 2017, pp. 44 e ss.

²⁶Na literatura penal pátria a respeito da causalidade nos crimes omissivos vide o trabalho pioneiro de Alcides Munhoz Netto. In: MUNHOZ NETTO, A. *Os crimes omissivos no Brasil*, UFPR, Curitiba, 1982, p.16 e ss.

²⁷Na esteira, também tratou sobre o tema Juarez Tavarez. In: TAVARES, J. *Op. Cit.*, p. 359.

²⁸E mais recente, sobre o tema, Victor Costa. In: COSTA, V. *Crimes Omissivos impróprios*, Editora D'Placido, Belo Horizonte, 2017, pp. 194 e ss.

²⁹Em especial referência a teoria da Evitabilidade de Hardwig e Kahrs, conferir João Curado Neves. Segundo Curado Neves esses autores "propõem que a imputação do resultado tenha por base um conceito de causa exclusivamente jurídico. Este conceito encontra-se na evitabilidade: o agente não evitou a verificação do evento, quando tal lhe era possível e a isso estava obrigado, quer pela existência de uma posição de garante (nos crimes omissivos), quer por violar uma proibição de provocar o resultado (nos crimes comissivos)". In: CURADO NEVES, J. *Op. Cit.*, pp. 261-262.

³⁰Em igual sentido vide Luis Greco. In: GRECO, L. *La teoría de la imputación Objetiva*, Una introducción, Zela Editorial, Puno, 2021, pp. 52-60.

³¹GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 15.

conduta ajustada ao Direito conduzir a idêntico desfecho. A diferença repousa no grau de certeza exigido por cada uma para a consecução da mesma finalidade.

Dignas de destaque são seus corolários da evitabilidade *estrita, ampla e extrema*. Quanto a primeira, decorrente da concepção registrada inicialmente pelo *Reichsgericht*^{32 33}, uma absolvição seria viável somente quando o comportamento correto acarretasse o mesmo resultado com segurança ou com uma probabilidade fronteiriça à certeza³⁴. A segunda vertente, dominante doutrinariamente, principalmente a partir do caso do ciclista, diminuiu a exigência da probabilidade do curso hipotético, não mais para uma probabilidade próxima à certeza, mas sim diante da concorrência de uma alta probabilidade da produção de igual resultado^{35 36 37}. Por fim, em sua versão *extrema* e minoritária, se demanda, no curso hipotético, segurança entre o comportamento alternativo correto e a *não* produção do resultado, levando as últimas consequências o princípio do *in dubio pro reo*. Essa última postura recebe severas críticas ao propalar uma ampla irresponsabilidade. Para absolver um acusado bastaria uma mínima dúvida de que a conduta alternativa correta tivesse causado o mesmo resultado³⁸.

Entre as críticas doutrinárias opostas às vertentes da teoria da *evitabilidade*, uma delas adquiriu um perfil homogêneo e central: qual deveria ser o grau de probabilidade requerido para a avaliação dos juízos hipotéticos das condutas lícitas alternativas como fator de isenção de responsabilidade penal³⁹. Evidentemente, partindo de uma suposição lógica, não se pode exigir certeza ou segurança a respeito do curso de determinados acontecimentos hipotéticos, pois notoriamente um juízo valorativo está para além da causalidade natural. O curso causal hipotético não coloca em dúvida a causalidade da atuação do agente.

Não se ignoram as consequências advindas de uma discussão a respeito da probabilidade exigida por cada uma das correntes, em especial a inversão da carga probatória referente a caracterização do juízo hipotético, afetando o princípio do *in dubio pro reo*^{40 41}. De fato, adotando-se os postulados da teoria da evitabilidade, poder-se-ia chegar a conclusões tanto no sentido de absolver quanto de condenar, a depender da formulação da pergunta acerca da conduta hipotética. A absolvição condicionada à exigência da demonstração de que o comportamento alternativo teria evitado o resultado com segurança plena ou próxima a certeza seria, *mutatis mutandis*, equivalente à prova de que a conduta correta produziria o mesmo resultado com idêntica certeza⁴². Em outras palavras: tanto a produção como a evitação do resultado seriam equivalentes, restando este raciocínio infrutiferamente no campo da abstração.

Cabe ressaltar, a partir do magistério de Arthur Kaufmann, que nenhuma das vertentes mencionadas está orientada a dimensionar a relevância dos resultados

³²GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 08.

³³Assim como observou Carolina Bolea Bardon. *In: BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa...*, *Op. Cit.*, p. 74.

³⁴GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 18.

³⁵GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 19.

³⁶GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 26.

³⁷Esteban Perez Alonso também tratou do tema. *In: PEREZ ALONSO, E. "Notas sobre la imputación objetiva en el Derecho Penal". In: Teoría del Delito: Problemas fundamentales, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 89.*

³⁸BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, p. 76.

³⁹REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, p. 243.

⁴⁰FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Caso de los pelos de cabra". *In: Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, La Ley, Madrid, 2011, p. 148.*

⁴¹BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, p. 74.

⁴²BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, pp. 74-75.

hipotéticos como problema exclusivo de causalidade em seu viés naturalístico⁴³. Em todos os casos “clássicos” era indiscutível uma relação causal entre a conduta e o resultado; isto é, o condutor do caminhão efetivamente atropelou o ciclista, ou o farmacêutico ministrou um medicamento causador da morte de uma pessoa. Portanto, a produção de um resultado ocorreu efetivamente. Precisava-se ir além de um mero conhecimento empírico próprio das ciências naturais, reivindicando-se, desde então, uma valoração no campo lógico-normativo^{44 45 46}. Malgrado Arthur Kaufmann aderisse a matriz ontológico-real, própria do finalismo, já intuía, no procedimento adotado na solução de citados casos por parte dos tribunais alemães, a necessidade de elementos valorativos adicionais a causalidade, aos quais atribui o nome de *responsabilidade*⁴⁷.

A reivindicação de um elemento extra para a atribuição típica de um delito negligente é considerada a segunda crítica esboçada ante a teoria da evitabilidade, precipuamente nas suas vertentes ampla e extrema⁴⁸. Formaria parte do tipo imprudente, além da exigência dos seus já conhecidos elementos, a *conexão da infração de um dever*, na forma de uma “conexão misteriosa”^{49 50}, do qual ainda não se tinha certeza quanto a extensão dos seus efeitos normativos. Isso porque o redimensionamento de tais critérios, como o do *risco permitido*, apenas foram revelados na doutrina após os anos 70.

Para Enrique Gimbernat Ordeig, ao se adotar a ideia de conexão de infração de um dever como elemento da tipicidade de um delito imprudente, seria inconsistente a tese ampla segundo a qual apenas se poderia negar a tipicidade quando o comportamento alternativo, provável ou possível, tivesse produzido o mesmo resultado. Deveria se descartar a existência da tipicidade sempre quando não se constate com certeza a ausência desta conexão⁵¹. Aufere-se uma utilidade exaustiva dos juízos hipotéticos recepcionados convincentemente na baliza da *evitabilidade*.

Entretanto, uma singela incursão bibliográfica irá retratar a constelação de diversos exemplos de laboratório⁵², os quais denotariam a dispensabilidade de processos hipotéticos virtuais enraizados na seara dos delitos dolosos. É comum na doutrina as aventadas hipóteses permeadas pela ideia de um percurso hipotético, tais como: da execução praticada pelo pai da vítima minutos antes de uma morte inevitável por uma causa pré-existente⁵³, do envio do prisioneiro ao campo de concentração, ou do representativo exemplo de delitos patrimoniais trazido por Enrique Díaz Aranda, segundo o qual a vítima que transita em um bairro notoriamente perigoso, ostentando bens de valor poderá ser assaltada

⁴³KAUFMANN, A. “La importancia de las causas del resultado hipotéticas en el Derecho Penal”. In: *Causalidad, riesgo e imputación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 145-146.

⁴⁴KAUFMANN, A. *Ob. Cit.*, p. 147.

⁴⁵KAUFMANN, A. *Ob. Cit.*, p. 148.

⁴⁶Uma passagem significativa merece transcrição: “De los muchos méritos de Eberhard Schmidt el haber acentuado una y otra vez `que el problema causal y el problema de la responsabilidad deben ser separados del modo más tajante””. In: KAUFMANN, A. *Ob. Cit.*, p. 150.

⁴⁷KAUFMANN, A. *Ob. Cit.*, p. 155.

⁴⁸Frise-se conforme a lição de Gimbernat Ordeig, que a vertente estrita chegará aos mesmos resultados da teoria do incremento do risco. In: GIMBERNAT ORDEIG, E. *El comportamiento alternativo...*, *Op. Cit.*, p. 42.

⁴⁹GIMBERNAT ORDEIG, E. *El comportamiento alternativo...*, *Op. Cit.*, p. 40.

⁵⁰Na intuição de Arthur Kauffman, seria “outra relação juridicamente significativa”. In: KAUFMANN, A. *La importancia de las causas ...*, *Op. Cit.*, p. 159.

⁵¹GIMBERNAT ORDEIG, E. *El comportamiento alternativo...*, *Op. Cit.*, p. 45.

⁵²HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 20.

⁵³SOUSA MENDES, P. “O problema da relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objectiva”. In: *Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão - Vol II*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1395 e ss.

inevitavelmente⁵⁴, ou ainda a hipótese de Antonio Brito Neves pela qual a fungibilidade dos agentes executores tornaria invencível a prática de um crime contra a vida⁵⁵.

Em todos os casos anteriormente descritos, tais cursos causais hipotéticos são irrelevantes. O fato de mais de um agente estar disposto a infringir determinada proibição, ou na hipótese de um sujeito se antecipar voluntariamente a um resultado inevitável, não afasta a necessária proteção de bens jurídicos em relação a condutas perigosas, especialmente quando se está a tratar de delitos dolosos. Inexiste intenção de, neste tópico, confundir imputação objetiva da subjetiva. Cumpre frisar, em matéria de crimes negligentes, que a infração do dever de cuidado e o seu vínculo com o resultado configuram substancialmente elementos objetivos do tipo. Por conseguinte, uma eventual relevância dos cursos causais hipotéticos implica necessariamente, nesta seara, no nexó inerente a infração de um dever, e não no atuar doloso de um terceiro.

2.2. Teoria do incremento do risco

Sob essa premissa, é possível verificar que as preocupações próprias da teoria da imputação objetiva se consolidam com a problemática inerente aos delitos negligentes⁵⁶. Buscando apontar uma essência normativa à intuição de Arthur Kaufmann de uma "situação jurídica significativa"⁵⁷ paralela à causalidade, Claus Roxin propõe, à época, o critério do *incremento do risco* como pedra basilar de sua teoria da imputação objetiva. Sua formulação se dá na seguinte forma: "*a questão fundamental e decisiva é a seguinte: como se pode reconhecer se uma violação do dever de cuidado a qual se segue uma morte, fundamenta ou não um homicídio negligente? Como método de resposta, proponho o seguinte procedimento: examina-se qual a conduta que não poderia se imputar ao agente como violação de acordo com os princípios do risco permitido, faça-se uma comparação entre ela e a forma de actuar do arguido, e comprove-se então se, na configuração dos factos submetidos a julgamento, a conduta incorrecta do autor fez aumentar a probabilidade de produção do resultado em comparação com o risco permitido. Se assim for, existe uma violação de um dever que se integra na tipicidade e dever-se-á punir a título de crime negligente. Se não houver aumento do risco o agente não poderá ser responsabilizado pelo resultado e, conseqüentemente, deverá ser absolvido*"⁵⁸.

A proposta de Claus Roxin, por ocasião do artigo publicado no livro em homenagem aos setenta anos de Honig, veicula a elaboração dos pressupostos de uma teoria geral da imputação, desligada do dogma causal e assentada no princípio do risco. Desse modo propõe quatro conseqüências dessa sua máxima fundamental. A primeira relativa a chamada diminuição de risco, segundo a qual uma diminuição do perigo não poderia ser imputada como típica. Em segundo, os casos de risco juridicamente irrelevantes (vide o famoso caso do sobrinho). Em terceiro, o *incremento do risco* nos casos em que se verifica a superação do risco permitido e a causação do resultado. E, por fim, como concretização do princípio do risco, o critério

⁵⁴DIAZ ARANDA, E. "Imputación normativa del resultado a la conducta". In: *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, p. 813.

⁵⁵BRITO NEVES, A. Notas sobre comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, p. 131.

⁵⁶BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, pp. 77-78.

⁵⁷GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 159.

⁵⁸ROXIN, C. Violação de dever...*Op. Cit.*, pp. 257-258.

de fim de proteção da norma, pelo qual os resultados não amparados no âmbito da norma de cuidado não seriam imputáveis a quem os causou^{59 60 61}.

Atendendo ao critério do *incremento do risco*, Claus Roxin apresenta uma dificuldade prática quanto aos casos até então verificados sob o prisma da conduta lícita alternativa, pois frequentemente não se pode ter certeza da ocorrência do resultado diante do comportamento ajustado ao Direito⁶². Se for provável que a ação correta teria possivelmente causado o mesmo resultado significa, ao mesmo tempo, ser tal comportamento efetivamente mais perigoso do que aquele, elevando-se, conseqüentemente, o risco da produção do resultado e, deste modo, fundamentando o juízo de tipicidade de um homicídio imprudente⁶³. O exemplo trazido por Claus Roxin no estudo em comento é aquele do médico cujo paciente falece por consequência de um grave erro profissional. O próprio autor se questiona: “*poderá exonerar-se um médico de toda responsabilidade alegando-se que, dada a dificuldade do caso, sempre causaria a morte uma operação realizada conforme a lex artis?*”⁶⁴. A resposta é negativa, posto que assim se admitisse, “*(...) como a maioria das operações envolvem riscos, poder-se-ia prescindir tranquilamente de todas as medidas de precaução e quase nunca seria possível rebater a objeção de que de outro modo as coisas também poderiam ter corrido mal*”⁶⁵. Se este igualmente tivesse falecido em virtude de uma atuação correta do profissional da saúde, não se anularia a responsabilidade por homicídio imprudente, em virtude do fato de ter incrementado o risco frente a conduta correta exigida pela norma^{66 67}.

No entender de Claus Roxin, o tratamento jurídico dos casos duvidosos, nos quais possivelmente, também com o comportamento correto, se tivesse produzido o resultado, “*não depende do que na realidade tenha sucedido - facto que na maioria dos casos não se pode saber -, mas exclusivamente do facto de saber se uma conduta conforme ao dever diminuiria de modo relevante o perigo de produção do resultado. Não estamos aqui perante uma questão de prova de hipotéticos processos causais, mas sim ante um problema de avaliação pericial que se pode normalmente solucionar de acordo com critérios científicos*”^{68 69}.

O critério do *incremento do risco* da produção do resultado pressupõe, nos delitos culposos, uma violação ao dever de cuidado e que objetivamente aumente o risco de lesão ao bem jurídico em relação a um comportamento conforme a norma, isto é, dentro do risco permitido. O aumento do risco será um estado de coisas real, verificável *a posteriori*, a ser comprovado com recurso a métodos científicos periciais⁷⁰. Compreende-se, sob esses pressupostos normativos, o eventual papel a ser desempenhado pela categoria do comportamento ajustado ao Direito, ressignificado por Claus Roxin à luz do pressuposto do risco ao bem jurídico.

Lança-se um exemplo capaz de confirmar ou não a viabilidade de tal juízo hipotético: considere-se o motorista de um meio de transporte escolar, no qual

⁵⁹ROXIN, C. “Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito penal”. In: *Problemas fundamentais de Direito Penal*, Editora Vega, Lisboa, 1986, pp. 145 e ss.

⁶⁰No mesmo sentido vide Luis Greco. In: GRECO, L. *La teoría de la imputación Objetiva...*, Op. Cit., p. 62.

⁶¹WOLTER, J. “La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal”. In: *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Servicios de publicaciones, Madrid, 1994, pp. 65 e ss.

⁶²BOLEA BARDON, C. *Conducta alternativa...*, Op. Cit., p. 78.

⁶³GIMBERNAT ORDEIG, E. *El comportamiento alternativo...*, Op. Cit., pp. 28-29.

⁶⁴ROXIN, C. *Violação do dever...*, Op. Cit., pp. 247-248.

⁶⁵ROXIN, C. *Violação do dever...*, Op. Cit., p. 248.

⁶⁶GIMBERNAT ORDEIG, E. *El comportamiento alternativo...*, Op. Cit. p. 29.

⁶⁷Anteriormente este autor também se ocupou deste tema na sua obra: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. In: GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, IBdeF, Buenos Aires, 2007, pp. 143-158.

⁶⁸ROXIN, C. *Violação do dever...*, Op. Cit., p. 259.

⁶⁹Em posição diversa do Roxin, vide Maria Fernanda Palma. In: PALMA, M.F. *Direito Penal. Parte Geral*. A teoria geral da infração como teoria da decisão penal, 5ª ed. AAFDL, Lisboa, 2020, pp. 114-124.

⁷⁰BRITO NEVES, A. *Notas sobre comportamento lícito alternativo...*, Op. Cit., p. 144.

transportava oito crianças com idades de oito a dez anos, estando sete deles dispostos no banco traseiro, e um, de dez anos, no banco dianteiro, ao qual não lhe foi colocado o respectivo cinto de segurança. Ao adentrar numa rotatória, onde este motorista tinha a preferencial, aproximou-se em alta velocidade um outro veículo desrespeitando as regras de trânsito, e obrigando ao primeiro motorista frear abruptamente. Nesta manobra, o menor sentado no banco dianteiro foi arremessado contra o vidro do automóvel, sofrendo um traumatismo craniano. Pode-se deduzir ter violado o motorista o seu dever de cuidado ao não paramentar a criança com o devido cinto de segurança, elevando o risco em relação a conduta dele esperada, ou seja, aquela amparada pelo risco permitido. Por ter incrementado o risco da ocorrência do resultado, poderá lhe ser imputada a lesão a título culposo⁷¹.

Eventual juízo hipotético apenas será considerado sob um ponto de vista heurístico⁷² para valoração normativa daquilo efetivamente ocorrido pois, se diante de uma conduta hipotética alternativa se deparar com alguma dúvida sobre a ocorrência do resultado, o caminho coerente seria a aplicação do princípio *in dubio pro reo*. É dizer, retomando o exemplo aqui esboçado, caso o motorista tivesse colocado o cinto do passageiro do banco dianteiro e este se rompesse pela súbita frenagem, neste cenário alternativo, conformado às prescrições normativas, o resultado não lhe seria imputado⁷³.

Ao adentrar em pormenores da teoria do *incremento do risco*, mais ainda na versão aperfeiçoada por Claus Roxin em seu manual^{74 75 76 77 78}, constata-se que a imputação de um resultado depende sempre de uma dupla análise: uma perspectiva *ex ante*, na qual se vislumbra previamente o alcance da norma de cuidado, balizando a conduta entre o permitido e o proibido (criação do risco juridicamente desaprovado) e; a perspectiva *ex-post*, na qual a ideia de incremento do risco se concretiza, ou seja, apenas posteriormente se pode conhecer circunstâncias indispensáveis à imputação de um evento lesivo. Como, por exemplo, no famoso caso do ciclista, a constatação da sua embriaguez, a distância exata entre este e o caminhão etc. Na prática, e conforme a assertiva de Antônio Brito Neves, essa verificação irá paralisar a imputação objetiva quando se chegue à certeza da produção do resultado pelo comportamento lícito alternativo, mas não nos outros casos, pois nestes o comportamento proibido terá sempre representado, em relação ao permitido, um *plus* de risco por acima da dimensão aceite pelo legislador, passando a se lhe imputar o resultado pelos eventos causalmente provocados⁷⁹.

Em seu estudo originário sobre o tema, Claus Roxin reconhece alguma importância do juízo hipotético para a verificação de se a conduta alternativa ajustada ao Direito teria diminuído o risco da produção do resultado. Todavia, a solução jurídica não depende do não ocorrido na realidade, a partir de tal suposição, senão unicamente se o comportamento conforme ao dever tivesse minorado de uma forma mensurável o perigo de produção do resultado. Não se estaria falando de uma prova dos processos causais hipotéticos, senão de um problema de avaliação pericial a ser

⁷¹Na normativa pátria o artigo 64 do CTB impõe a crianças menores de 10 anos e que não tenham atingido 1.45 metros de altura, a necessidade de serem transportadas nos bancos traseiros do veículo. Exemplo lançando por Enrique Diaz Aranda. *In: DIAZ ARANDA, E. Imputación normativa del resultado...Op. Cit.*, p. 822.

⁷²ROXIN, C. Violação do dever...*Op. Cit.*, p. 267.

⁷³Poder-se-ia questionar de qualquer modo, que mesmo tendo colocado o cinto na criança, haveria um resultado lesivo mas este, com a devida vênia, só poderia ser atribuído ao terceiro, cujo comportamento desrespeitou as normas viárias.

⁷⁴ROXIN, C. Derecho Penal... *Op. Cit.*, p. 364.

⁷⁵ROXIN, C. Derecho Penal... *Op. Cit.*, p. 381.

⁷⁶WOLTER, J. La imputación objetiva..., *Op. Cit.*, p. 74.

⁷⁷GRECO, L. *La teoría de la imputación Objetiva:...*, *Op. Cit.*, pp. 81-85.

⁷⁸PEREZ ALONSO, E. Notas sobre la imputación objetiva..., *Op. Cit.*, p. 90.

⁷⁹BRITO NEVES, A. Notas sobre comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, p. 144.

resolvida por regras científicas^{80 81 82}. Na literatura penal brasileira, corretamente sintetizam Adriano Teixeira e Felipe Campana: “a discussão sobre o grau de certeza da não ocorrência do resultado em caso de comportamento alternativo conforme ao Direito que se deve exigir, não é uma questão de natureza cognitiva-epistemológica, mas sim de natureza argumentativa-normativa, razão pela qual sua escolha pelo magistrado no caso concreto pode ser impugnada por meio de recurso especial”^{83 84}.

Aguda observação tem identificado o direcionamento da teoria do *incremento do risco* objetivando superar “o inconveniente político-criminal”⁸⁵ da ampla extensão no campo da irresponsabilidade penal emanada pelos defensores da teoria da evitabilidade. Ressalte-se, de qualquer modo, haver uma identificação, no tocante aos resultados obtidos entre a teoria de Claus Roxin e aqueles da vertente estrita – isto é, na circunstância de haver uma probabilidade próxima à certeza da eficácia da conduta lícita alternativa. Ainda, depreende-se da bibliografia sobre o tema, malgrado a aceitação por parte de relevantes autores^{86 87 88 89 90} e de um tímido acolhimento pelos tribunais^{91 92}, ter a teoria do *incremento do risco* desempenhado uma função minoritária em termos de sua aplicabilidade. Essa menor receptividade encontraria lastro nas críticas opostas durante seu desenvolvimento, destacando-se ter sido sua ideia original a de conceber um mecanismo para determinar a relação entre o risco desaprovado e o resultado, para além do recurso aos cursos causais hipotéticos^{93 94}.

Duas objeções à teoria do *incremento do risco* se destacam no objetivo de invalidar suas conclusões. A primeira delas relaciona-se a uma vulneração do

⁸⁰ROXIN, C. Violação do dever..., *Op. Cit.*, p. 259.

⁸¹Neste sentido, ainda, explica Enrique Gimbernat Ordeig. *In: GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo...*, *Op. Cit.*, p. 31.

⁸²Enrique Gimbernat Ordeig afirma, na sua obra “Delitos cualificados por el resultado y causalidad”, que “Roxin piensa que si se sigue su procedimiento, no es necesario acudir a procesos causales hipotéticos sobre los cuales casi nunca se podrá llegar a un conocimiento exacto; su tesis opera con factores comprobables científicamente, y un examen pericial podrá indicarle al juez cual es el grado de posibilidad que representa para la muerte el comportamiento prudente y el imprudente”. *In: GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos...*, *Op. Cit.*, p. 146.

⁸³TEIXEIRA, A. & CAMPANA, F. “O juízo acerca do nexo de causalidade e da imputação objetiva depende de reexame de prova, nos termos da Súmula n.7 do STJ? Uma análise a partir do Resp 1.840.263/SP”, *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, Vol. 6, nº 2, 2021. p. 539.

⁸⁴Adriano Teixeira e Felipe Campana afirmam também que na fiel descrição dos pressupostos normativos desenvolvidos no marco da teoria da imputação objetivo, merece transcrição: “para que exista uma conduta típica exige-se, além de um desvalor da ação dado pelo descumprimento da norma de comportamento, de perspectiva *ex ante*, um desvalor do resultado dado pela ocorrência de um resultado valorativamente negativo pelo ordenamento (norma de valoração), de perspectiva *ex post*”. *In: TEIXEIRA, A. & CAMPANA, F. O juízo acerca ...*, *Op. Cit.*, p. 537.

⁸⁵FEIJOO SÁNCHEZ, B. Casos de los pelos de Cabra..., *Op. Cit.*, p. 148.

⁸⁶Vide Enrique Bacigalupo. *In: BACIGALUPO, E. Principios de Derecho Penal: Parte General*, Akal, Madrid, 1994, pp. 198-199.

⁸⁷FIGUEIREDO DIAS, J. Direito Penal - Parte Geral, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2007, p. 337.

⁸⁸OTTO, H. Manual de Derecho Penal... *Op. Cit.*, pp. 101 e ss.

⁸⁹STRATENWERTH, G. *Derecho Penal - Parte General*, Civitas, Navarra, 2005, pp. 135-137.

⁹⁰Vinculando a ideia do *incremento do risco* com o fim de proteção da norma vide Enrique Gimbernat Ordeig. *In: GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo...*, *Op. Cit.*, p. 96.

⁹¹A respeito do acolhimento da teoria do *incremento do risco* em recentes decisões judiciais vide Carolina Bolea Bardon. *In: BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa...*, *Op. Cit.*, p. 79.

⁹²Na mesma orientação vide Enrique Gimbernat Ordeig. *In: GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo...*, *Op. Cit.*, pp. 101 e ss.

⁹³REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, p. 260.

⁹⁴LUZON PEÑA, D.M. *Curso de Derecho Penal - Parte General*, Editorial Universitas, Madrid, 2002, p. 385.

princípio *in dubio pro reo*. A segunda, decorrente de uma suposição segundo a qual os delitos de resultado (exigentes de um juízo de imputação da lesão) se converteriam em delitos de perigo (nos quais o resultado operaria apenas como condição objetiva de punibilidade).

Quanto a primeira objeção, hipótese na qual um juízo hipotético não poderia designar de forma segura a produção de um resultado, mas apenas a partir de uma alta probabilidade (como as conclusões obtidas pela vertente ampla de evitabilidade), surge um espaço de incerteza que a princípio não poderia ser valorada contra o réu. A teoria do *incremento do risco* chega a soluções análogas a essa, segundo a qual o aumento do perigo tenha, com alta probabilidade, produzido o resultado, em relação àquela conduta amparada pelo risco permitido. Contudo, o espaço dispensado entre a alta probabilidade e a certeza seria utilizada para fundamentar uma condenação, na medida em que o autor só será absolvido se existir a segurança de que o resultado se verificaria de forma idêntica. Também, no caso de um juízo hipotético ajustado ao direito, o próprio agente se depararia com as dificuldades próprias de uma inversão probatória^{95 96}. Partindo desta análise, Santiago Mir Puig⁹⁷ indica a principal reserva à admissibilidade geral da proposta de Claus Roxin.

Derivação desta objeção seria o reconhecimento do seu caráter expansivo ao convolar na incidência da norma penal em casos passíveis, à luz da teoria da evitabilidade, de absolvição. Isso se percebe quando Claus Roxin faz pender a balança a favor da ideia de proteção de bens jurídicos em casos nos quais não se apresentam de forma definida parâmetros objetivos a respeito do que constituiria um incremento considerável ou substancial de um risco permitido. O exemplo trazido por Bernardo Feijoo Sánchez é assaz paradigmático: em uma via onde o limite de velocidade é de 50 km/h e um condutor trafegando a 53 km/h atropela um pedestre, não se pode saber com certeza se a conduta dentro do âmbito do risco permitido teria evitado o resultado, ou se o limite de velocidade teria reduzido o risco. Nesse ponto, transparece uma questão inafastável: qual seria a velocidade considerável para se demonstrar um relevante incremento do risco^{98 99 100}.

A essas críticas rebate Claus Roxin, advogando por sua tese, no sentido da não procedência das objeções acima descritas, pois seria incorreto dividir um risco em uma parte permitida e outra não permitida, averiguando de forma separada para cada uma a realização do perigo: *“si el autor rebasa el riesgo permitido y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido. Y ese riesgo prohibido en su totalidad también se realiza si se produce el resultado; de ello no cabe la menor duda, por lo que no hay*

⁹⁵CURADO NEVES, J. Comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, p. 304.

⁹⁶GIMENEZ MEZA, G. “Cursos causales hipotéticos”, *El derecho Penal: doctrina y jurisprudência*, Buenos Aires, nº 6, jun. 2016, p. 09.

⁹⁷Extraí-se da obra de Santiago Mir Puig, a seguinte conclusão: *“Es cierto que en algunos de los casos aquí contemplados esta teoría llega a absolver por entender que no existe incremento del riesgo. Pero ello solo puede hacerlo a costa de manejar un concepto de riesgo ex post que, aparte de no hallarse claramente diferenciado del riesgo ex ante, ya no constituye un verdadero concepto de riesgo efectivo, sino de probabilidad estadística que puede fallar en el caso concreto”*. In: MIR PUIG, S. *Derecho Penal: Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, p. 295.

⁹⁸FEIJOO SÁNCHEZ, B. Caso de los pelos de cabra..., *Op. Cit.*, p. 150.

⁹⁹FEIJOO SÁNCHEZ, B. Caso de los pelos de cabra..., *Op. Cit.*, p. 85.

¹⁰⁰No Brasil, Juarez Tavares, elabora o seguinte exemplo: *“Um motorista dirige seu carro em excesso de velocidade; ao passar por debaixo de uma passarela de pedestres, vem a atropelar e, conseqüentemente, matar alguém, que, em atitude suicida, se lança desde cima por sobre o veículo. Esta claro que se o motorista estivesse em velocidade normal o fato provavelmente também aconteceria do mesmo modo. Mas, poderíamos raciocinar, ainda, ad absurdum, que a morte inclusive não teria ocorrido, se o motorista dirigisse em velocidade ainda maior, pois neste caso, chegaria ao local do acidente bem antes de a vítima se lançar da passarela”*. In: TAVARES, J. *Teoria do crime culposos*, Tirant Lo blanch, Florianópolis, 2018, p. 371.

*campo de aplicación para el principio del in dubio pro reo*¹⁰¹. Evidentemente, não há como relativizar o limite entre o permitido e o proibido. Porém, isto não pode importar no fato do delito imprudente se contentar com a mera violação do dever de cuidado exigido pela norma. Resta nítido, neste pensamento, a carência de um parâmetro de proporcionalidade para questões limítrofes¹⁰² na demarcação do risco permitido. A ausência de seu delineamento inviabilizaria o vínculo de imputação com o resultado, podendo se colocar em causa a atribuição da lesão ao agente como obra sua¹⁰³.

Günter Stratenwerth não deixou de advertir, contra a ideia do incremento do risco, que a dúvida acerca do efetivamente ocorrido sem a ação proibida teria de ser resolvida em prejuízo do autor. Todavia, somente se poderia constatar o incremento do risco quando o agente tenha aumentado o perigo preexistente para o bem jurídico ou diminuído as probabilidades de salvamento. Tal premissa pressupõe ter o autor frustrado de forma comprovável medidas suficientes a impedir o resultado com uma probabilidade quantificável¹⁰⁴.

Ainda na doutrina, buscando rebater os juízos negativos em torno do *in dubio pro reo*, tem se delineado dois aspectos diferenciados de imprescindível consideração quanto ao incremento do risco. Nesse sentido, para Yesid Reyes Alvarado, de um lado se exigiria do julgador um convencimento absoluto segundo o qual a conduta do autor tenha gerado um risco superior àquele permitido, de modo que, ao se deparar com a incerteza da elevação do risco, o magistrado deva julgar em favor do acusado^{105 106}. De outro lado, diante de situações nas quais tenha sido demonstrada a elevação do risco, porém não existindo segurança sobre se a conduta conforme ao Direito teria evitado com absoluta certeza o resultado, nestes casos não se deveriam resolver em favor do acusado, pois sua conduta já gerou um risco superior ao normalmente permitido^{107 108 109}.

¹⁰¹ROXIN, C. Derecho Penal... *Op. Cit.*, p. 380.

¹⁰²Yesid Reyes Alvarado afirmou que: "*Dentro de quienes abogan por la aplicación de la teoría de la elevación del riesgo existe confusión respecto del grado de probabilidad que debe existir para poder considerar que una conducta há elevado el riesgo por encima del limite permitido. Prescindiendo de estas opiniones que en forma genérica emplean términos como los de 'considerable' 'mensurable', es importante destacar que al formular su teoría ROXIN combatió las posiciones radicales de quienes exigen tanto la simple posibilidad de que el mismo resultado se hubiera producido com una conducta conforme a derecho, como las de quienes propugnan por una probabilidad rayana en la certeza*". In: REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, p. 257.

¹⁰³BRITO NEVES, A. Notas sobre comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, p. 139.

¹⁰⁴Günter Stratenwerth afirma haver incremento do risco quando são eliminadas ou debilitadas as possibilidades do salvamento de um bem jurídico; por exemplo "a quien detiene la ambulancia que transporta com urgência a uma persona acidentada, debe serle imputada la muerte de esta, si, em caso de um traslado oportuno al hospital habrían existido mayores chances de que ella sobreviviera". In: STRATENWERTH, G. Derecho Penal... *Op. Cit.*, pp. 136-137.

¹⁰⁵REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, pp. 258-259.

¹⁰⁶Segundo Maria Fernanda Palma: "*A imputação objetiva não se justificará no caso da dúvida razoável, porque a censura penal tem necessariamente como fronteira (importa pelo princípio da legalidade) uma estrita 'correspondência' entre a descrição do facto pela norma e o facto verificado*". In: PALMA, M.F. Direito Penal..., *Op. Cit.*, p. 116.

¹⁰⁷Yesid Reyes Alvarado ressalta que mesmo diante de tal defesa da teoria do incremento do risco, isto não altera a objeção segundo a qual haveria uma carência de um critério de proporcionalidade para aferir com razoável consideração o limite entre o permitido e o proibido. In: REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, pp. 258-259.

¹⁰⁸Por sua vez, Maria Fernanda Palma afirma não se poder converter a dúvida razoável sobre o que teria ocorrido, em um fundamento da ativação normativa, pois estar-se-ia, antes de tudo, frente a uma questão de fato. Significa que o objeto da proibição relativa a realização da ação típica é objeto de prova no processo penal, apesar de se encontrar em uma dimensão não naturalística, mas sim diante da evitabilidade do resultado. In: PALMA, M.F. Direito Penal..., *Op. Cit.*, p. 116.

¹⁰⁹ Não é demais mencionar que o pensamento de Maria Fernanda Palma, acima citado, parece divergir das lições de Roxin.

No tocante à crítica relativa à conversão dos crimes de resultado em crimes de perigo, os adeptos da corrente majoritária da evitabilidade registram uma suposta intenção da teoria do incremento do risco em desviar o conceito central dos delitos de resultado da exigência de uma lesão efetiva para a colocação em perigo da vítima. Segundo tais críticos, o essencial para a conformação do delito não estaria na produção do resultado desaprovado, senão na infração de norma de comportamento¹¹⁰. Contudo, o fato de a teoria da imputação objetiva centrar seus pressupostos partindo da ideia de risco, não significa invalidar a necessidade do desvalor do resultado. Pelo contrário, quando uma ação supera o risco permitido, impõe efetivamente uma lesão ao bem jurídico, não apenas um mero perigo, ao exigir, além da criação do risco, a produção efetiva da lesão, enquanto elemento necessário para o juízo de tipicidade¹¹¹. A concretização do risco criado ou aumentado no resultado seria o critério da imputação objetiva¹¹².

Neste tópico, um aspecto da problemática demanda uma atenção especial. Merece relevo o fato de, em sua grande maioria, não se resumirem a casos de manual nos quais incide apenas um perigo capaz de perfazer o dano material. De fato, depara-se com a concorrência de novas fontes de perigo – reais, não hipotéticas – atreladas, no momento da lesão, com outras já existentes, procedentes da vítima ou de terceiros. Uma observação detalhada se poderá dessumir quando da impossibilidade de se estabelecer, *in casu*, qual dentre elas foi decisiva para o resultado ou quando se materializarem simultaneamente os diversos perigos, ou ainda diante da efetivação de apenas um deles¹¹³.

A teoria do incremento do risco surge justamente a partir do resultado concreto, e extraída de uma avaliação posterior, levando em consideração todas as circunstâncias influenciadoras em grau de probabilidade da superveniência do resultado. A questão relativa sobre qual foi o risco determinante para o resultado será sempre de resolução *ex post*¹¹⁴. Em conclusão, e seguindo o magistério de Antônio Brito Neves, a verificação do incremento do risco pouco irá auxiliar no juízo de atribuição do resultado ainda restando carente a demonstração entre a violação do dever e o dano efetivamente causado¹¹⁵.

3. A Teoria do fim de proteção da norma de cuidado e sua relevância no âmbito da imputação dos delitos imprudentes

Pode-se encontrar atualmente um consenso doutrinário a respeito da exigência de um nexos entre a violação de um dever e o resultado para a imputação de um delito culposos. Há décadas a mera desobediência é insuficiente para a subsunção de um delito eminentemente normativo. Na configuração do tipo imprudente, a sua função de garantia apenas se perfaz quando o resultado pode ser tido como consequência de uma conduta violadora de um dever. Em atenção às insuficiências verificadas na teoria do *incremento do risco*, parte da doutrina tem reivindicado outro critério adicional exigido para fins de imputação: “*que la causación*

¹¹⁰GINBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 53.

¹¹¹GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 55.

¹¹²Na lapidar síntese de Maria Fernanda Palma: “Seria, assim, a criação ou o aumento do risco proibido o fator decisivo da imputação objetiva de um resultado, sempre que houvesse uma conexão entre a criação ou aumento de risco proibido e o próprio resultado”. In: PALMA, M.F. Direito Penal..., *Op. Cit.*, p. 115.

¹¹³CURADO NEVES, J. Comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, p. 217.

¹¹⁴O exemplo extraído de Günter Stratenwerth é elucidativo: “*Que ocurriría si el accidentado hubiera estado tan gravemente herido que posiblemente tampoco habría podido ser salvado en caso de que hubiera sido trasladado al hospital sin ninguna dilación?*”. In: STRATENWERTH, G. Derecho Penal..., *Op. Cit.*, p. 136.

¹¹⁵BRITO NEVES, A. Notas sobre comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, p. 145.

del resultado entre dentro de la finalidad de protección de la norma de prudencia vulnerada^{116 117 118 119}.

As origens da teoria do *fin de protección da norma de cuidado* na seara penal estão atreladas a uma preocupação da jurisprudência alemã em corrigir problemas apresentados pela teoria da causalidade adequada no âmbito da responsabilidade civil¹²⁰. Na seara penal, esse critério foi inicialmente vinculado a contribuir na solução das controvérsias estritamente causais. Em sua versão mais moderna, o *fin de protección da norma* passa a ser um fator de relevância nas preocupações inerentes a teoria da imputação objetiva, ao se lhe intentar conferir uma autonomia conceitual¹²¹, passando a ser visto como elemento adicional aos pressupostos normativos da criação e de sua realização no resultado. Como bem já definiu Luis Greco “*a norma proibitiva visa evitar que um certo bem jurídico seja afetado de certa maneira*”^{122 123}. Em outras palavras, se houver afetação não de um, mas de outro bem jurídico, ou se for lesionado por outro curso causal completamente diverso, o resultado observado não pode ser considerado como derivado do risco inicial. Não é despidiendo repetir ser o critério do fim de proteção de norma de cuidado a concretização definitiva do princípio do risco¹²⁴.

Santiago Mir Puig enaltece uma função negativa do âmbito protetivo da norma de cuidado ao apontar situações nas quais restará evidente a ausência deste critério, excluindo-se, assim, a imputação. O primeiro deles diz respeito a hipóteses nas quais mesmo diante da criação do risco não se poderia considerar previsível o resultado causado¹²⁵. O segundo, quando o resultado efetivamente não tenha qualquer vínculo com a infração cometida¹²⁶. E, por fim, em terceiro, quando o resultado tenha ocorrido pela conduta imprudente, mas também teria sido causado com uma probabilidade próxima a certeza com outra conduta não violadora do dever de cuidado (casos de comportamento alternativo correto)^{127 128}.

Na literatura penal, o exemplo por excelência é o dos dois ciclistas que, ao pilotarem bicicletas a noite em uma estrada, um atrás do outro e sem luz, o primeiro

¹¹⁶MIR PUIG, S. Derecho Penal..., *Op. Cit.*, p. 292.

¹¹⁷REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, p. 218.

¹¹⁸Neste sentido também explica Harro Otto. *In: OTTO, H. Manual de Derecho Penal..., Op. Cit.*, p. 301.

¹¹⁹Na literatura pátria a conclusão de Paulo César Busato é certa: “*Quando o risco criado e realizado no resultado não se encontra compreendido no espectro de proteção da norma não pode gerar a imputação pelo tipo descrito nesta mesma norma*”. *In: BUSATO, P.C. Fatos e mitos sobre a imputação objetiva*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 100.

¹²⁰REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, p. 216.

¹²¹REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, p. 218.

¹²²GRECO, L. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 103.

¹²³Em seu estudo introdutório sobre a teoria da imputação objetiva publicada em espanhol, Luis Greco, oferece o seguinte exemplo: “*La norma que prohíbe rebases peligrosos, p. ex., tiene por finalidad evitar colisiones; si el conductor que fue rebasado sufre, en virtud del susto, un ataque cardíaco, tal resultado se encuentra fuera del fin de la protección de la norma. El razonamiento que está detrás de esa exigencia es simple: punir al autor inclusive cuando se realicen resultados que la norma no pretendía evitar en nada aumentará la seguridad de los bienes jurídicos.*”. *In: GRECO, L. La Teoría de la imputación Objetiva..., Op. Cit.*, pp. 85-86.

¹²⁴GRECO, L. La teoría de la imputación objetiva..., *Op. Cit.*, p. 62.

¹²⁵Complementa este autor a respeito dessa função negativa, se eram previsíveis apenas lesões leves e não a morte, não se podem considerar abrangidos pela norma a evitação de resultados fatais. *In: MIR PUIG, S. Derecho Penal..., Op. Cit.*, p. 293.

¹²⁶No caso do condutor de veículo em excesso de velocidade ao atropelar um suicida que se joga na sua frente, não se pode considerar a previsão deste fato no âmbito na norma de trânsito. *In: MIR PUIG, S. Idem.*

¹²⁷MIR PUIG, S. *Idem.*

¹²⁸Ainda na doutrina alemã, desenvolvendo o critério da relação de contrariedade ao dever vide Helmut Frister. *In: FRISTER, H. Derecho Penal: Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pp. 213-214.*

choca-se com outro proveniente de direção contrária, pois não pode dele desviar¹²⁹
¹³⁰ ¹³¹. O fato do seu colega vir atrás, também sem iluminação, aumentou a
 ocorrência de um choque, ao impedir que o primeiro fosse enxergado pelos demais.
 Em síntese, a norma, ao obrigar a iluminação para o tráfego viário, tem por objetivo
 prevenir acidentes envolvendo o próprio condutor, e não outros possivelmente
 beneficiados de tal iluminação.

Reconhecimento especial deverá ser conferido a inovadora pesquisa de
 Enrique Gimbernat Ordeig quando, nos anos sessenta do século passado, debatia o
 real papel¹³² ¹³³ a ser desempenhado pelos juízos hipotéticos, sobretudo diante dos
 “clássicos” problemas emanados na jurisprudência acerca dos delitos culposos. Já
 naquela época este autor advogava pela exclusão da responsabilidade do agente
 imprudente de um resultado típico quando a norma de cuidado violada não tivesse
 sido criada para impedir uma lesão como a efetivamente produzida. Por esse motivo,
 o critério do fim de proteção da norma funcionaria como base de uma interpretação
 teleológica, segundo a qual a questão primordial sobre a proibição de determinadas
 condutas imprudentes e de sua relevância para o resultado não transitaria por
 nenhum juízo de especulação, mas sim pelo próprio fundamento da norma
 vulnerada¹³⁴ ¹³⁵.

Depreende-se da lição de Enrique Gimbernat Ordeig o esforço, a partir de
 supostos fáticos, em distinguir os casos nos quais a utilidade hermenêutica auxiliar
 do comportamento lícito alternativo seja realmente dispensável ante a exegese
 extraída das finalidades próprias da norma de cuidado. O peculiar exemplo
 apresentado é o da carona oferecida por um motorista de *scooter* de baixa cilindrada,
 na qual apenas uma pessoa está habilitada a circular. No caso em tela, diante de um
 choque provocado pela investida de um caminhão, causando a morte do passageiro,
 indaga-se a respeito da responsabilidade imprudente do condutor do ciclomotor. *In*
casu, não há dúvidas de que a conduta do motorista criou ou aumentou o risco da
 produção do resultado. No entanto, foi ele absolvido sob o fundamento do fim de
 proteção da norma, pois a proibição contida na norma a respeito da circulação de
 uma pessoa em veículos de baixa cilindrada diz respeito a sua maneabilidade ou
 estabilidade causada pelo sobrepeso, mas não relacionada a outros incidentes que
 se encontrariam fora do âmbito dessa proteção normativa. Se, por outro lado, o
 passageiro vitimado estivesse em sua residência, e não usufruindo de uma carona
 indevida, obviamente o resultado não se teria produzido, registrando-se, nesse caso,
 a escassa relevância do comportamento hipotético conforme o Direito¹³⁶ ¹³⁷ ¹³⁸.

¹²⁹ROXIN, C. Reflexões sobre a problemática da imputação..., *Op. Cit.*, pp. 155-156.

¹³⁰JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Comares, Granada, 2002, p. 631.

¹³¹BUSATO, P.C. Fatos e Mitos..., *Op. Cit.*, p. 85.

¹³²GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 96.

¹³³Também vide Bernardo Feijoo Sánchez. *In*: FEIJOO SÁNCHEZ, B. Caso de los pelos de
 cabra..., *Op. Cit.*, p. 156.

¹³⁴GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, pp. 96-97.

¹³⁵João Curado Neves trouxe à colação os autores que defendem a compatibilidade entre os
 critérios do fim de proteção e o comportamento ajustado ao Direito. *In*: CURADO NEVES, J.
 Comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, p. 231.

¹³⁶GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, pp. 94-95.

¹³⁷No tocante ao respaldo de Enrique Gimbernat Ordeig a teoria do fim de proteção da norma.
In: GIMÉNEZ MEZA, German. Cursos causales hipotéticos..., *Op. Cit.*, pp. 9-10.

¹³⁸Na literatura penal portuguesa, o exemplo inserido no marco dos resultados não cobertos
 pelo fim de proteção da norma, Jorge Figueiredo Dias, traz um exemplo extraído no marco da
 jurisprudência portuguesa: “A inicia uma manobra de ultrapassagem sobre B. No decurso da
 manobra, B, sem reparar que está a ser ultrapassado, virá à esquerda e embate no outro
 automóvel, que já se encontrava na outra faixa de rodagem. Do acidente, resultou a morte de
 C, acompanhante de B. A foi acusado da prática de homicídio negligente, por, ao realizar a
 ultrapassagem, seguir a 80km/h quando a velocidade máxima permitida era de 50 km/h.
 Contudo, o Tribunal considerou que este limite de velocidade se devia a um sinal de

Inobstante esse entendimento, uma reflexão a partir do mesmo exemplo poderá dar margem a diferenciação de outras categorias da dogmática penal, como no caso das discussões do comportamento da vítima em torno do *alcance do tipo*¹³⁹. A contribuição de Claus Roxin, de 1962, será decisiva para a reformulação do pensamento de Enrique Gimbernat Ordeig. De fato, com a adoção da teoria do *incremento do risco*, este último autor passa a recepcioná-la como um tópico do *fim de proteção da norma*, no sentido de estabelecer uma relação de gênero e espécie entre ambas¹⁴⁰.

As objeções apresentadas a teoria do *incremento do risco*, sobretudo diante dos autores que rechaçam a ideia de conduta alternativa conforme o Direito em favor da concepção exclusiva de *fim de proteção da norma*, impeliram Claus Roxin a redesenhar sua utilidade na hipótese dos resultados não cobertos pelo fim de proteção da norma, como critério “complementar” ao do *incremento do risco*.

Com efeito, no seu pensamento, não se trata de substituir o nexos do aumento do risco, mas o de verificar se o risco aumentado estaria abrangido pelo fim próprio da proibição. A título de exemplo: diante do caso do ciclista, seria legítimo, depois de se ter previamente provado o incremento do risco, como pressuposto de toda imputação, questionar-se se o resultado está coberto pelo fim de proteção dado pela regulamentação da distância exigida por aqueles condutores que visam ultrapassá-lo. No caso concreto, a norma prescritiva de 1,5 metros de distância pretende minimizar o risco de choque para todos os ciclistas, diante do fato de inexistir um condutor ideal¹⁴¹. Nessa perspectiva, em citado cenário¹⁴², Claus Roxin fundamenta um critério apto a ensejar a condenação do condutor, partindo do pressuposto de que aumentado o risco, este incremento estaria abarcado pelo fim de proteção da norma de cuidado, protetora de todos os ciclistas (sóbrios ou alcoolizados)¹⁴³.

aproximação de travessia de peões e que o acidente nada teve a ver com uma tal travessia; o que, aliado ao facto de A ter cumprido as demais regras rodoviárias, determinou a sua absolvição. Esta decisão judicial expressou, ainda que de forma implícita, o referido critério do âmbito de proteção da norma”. In: FIGUEIREDO DIAS, J. Direito Penal..., *Op. Cit.*, p. 339.

¹³⁹Fazendo um paralelo com o caso no qual um adulto tem o dever de zelar pela integridade física de um menor no banco traseiro do veículo, idêntica conclusão não sucede quando um adulto, usufruindo de um carro por aplicativo, ao não se proteger com o cinto de segurança é arremessado contra o para-brisa em um acidente automobilístico. Nesse caso se extrapola o fim de proteção da norma para o *alcance do tipo*, no qual se analisa a relevância da conduta da vítima, para o fim de imputação, a partir de critérios tão relevante como da auto ou heterocolocação em perigo. Evidentemente o *alcance do tipo* como critério auxiliar aos pressupostos normativos de imputação objetiva merecem uma sede própria de reflexão. A respeito o estudo inicial de Rodrigo Sánchez Rios (SANCHEZ RIOS, R. “Atividade empresarial e a responsabilidade penal por acidentes laborais: breves ponderações a luz da teoria da imputação objetiva”, In: *Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio, Lumenjuris*, Rio de Janeiro, 2013, pp. 123 e ss), e posteriormente o de Esteban Perez Alonso apontou dúvidas sobre a necessidade de ulteriores filtros normativos. In: PEREZ ALONSO, E. *Notas sobre la imputación Objetiva...*, *Op. Cit.*, p. 92.

¹⁴⁰GIMBERNAT ORDEIG, E. *El comportamiento alternativo...*, *Op. Cit.*, p. 98.

¹⁴¹ROXIN, C. *Derecho Penal...*, *Op. Cit.*, p. 386.

¹⁴²Vide nota 7 *supra*.

¹⁴³Cabe frisar os dois entendimentos de Roxin a respeito do caso do ciclista. Na primeira versão dos anos sessenta Roxin pleiteava pela sua absolvição, e em sua versão posterior pela condenação. Crítico a este último posicionamento, Enrique Gimbernat Ordeig, ao contrário de Claus Roxin, vislumbra uma dúvida razoável quando se tem em consideração, a partir de um conhecimento pericial posterior, a embriaguez do ciclista, ensejando assim, a incidência do princípio do *in dubio pro reo*, em função da possibilidade da ocorrência do resultado, mesmo se a manobra do motorista fosse efetivada em atenção a distancia regulamentar. Segundo suas palavras: “...si hemos de creer el dictamen del perito, no se puede descartar que el adelantamiento antireglamentario no haya supuesto un peligro igual del atropello del ciclista que el que hubiera corrido si en esa manobra se hubiera guardado la distancia debida, es decir: que existe la duda razonable de si dicho adelantamiento guardando una separación de

Por sua vez, já em uma moldura crítica, é perceptível na lição de Bernardo Sánchez Feijoo uma certa incompatibilidade entre os critérios do incremento do risco e do fim de proteção da norma de cuidado¹⁴⁴. Assim, este último seria proveniente de um princípio completamente distinto daquele: a norma apenas desvaloriza certos riscos, sendo o resultado imputável quando se pressupõe a realização de um risco típico, mas não quando advindo de um risco permitido. Por exemplo, se alguém não respeita um limite de velocidade, mas o resultado não é consequência desse aumento de risco, senão que se realiza no risco geral de conduzir, não se poderá imputar o resultado. E aqui residiria um dos pontos centrais da discussão sobre os tipos imprudentes de resultado: ou se admite a ideia da possibilidade de delimitar *ex post* os riscos permitidos dos não permitidos ou não se admitem. Afirmar que o critério de proteção da norma apenas se aplicaria quando não houver dúvidas sobre ser o resultado consequência de um risco não permitido, e o critério do incremento do risco quando existem dúvidas sobre âmbitos compatíveis com a presença de riscos gerais elevados, seria uma contradição permanente¹⁴⁵.

Cumprir mencionar, sob um ponto de vista diametralmente oposto, a existência de autores defensores de um critério exclusivo do *fim de proteção da norma de cuidado*. Margarida Martínez Escamilla, por exemplo, aponta ser este último capaz de substituir por completo o princípio da evitabilidade ou do incremento do risco, e não complementá-los. Isto seria devido ao fato de tais propostas anteriores propiciarem conclusões completamente diversas, dado a incompatibilidade entre o fim da norma de cuidado e os efeitos de um comportamento lícito alternativo¹⁴⁶. O alicerce dessa conclusão é extraído a partir de um caso prático: um médico prescreve a um paciente um medicamento forte em uma dose maior daquele indicada pelos protocolos recomendados; ao invés de ingerir uma capsula, sugere-se a ingestão de três doses ao dia. O paciente, ao seguir essas instruções, é levado ao óbito. Ao se investigar posteriormente o fato, descobre-se um erro do laboratório pelo qual as pílulas continham uma substância letal alheias a composição original do fármaco.

Diante de um juízo alternativo, poder-se-ia sustentar ausência de responsabilidade tanto pela teoria da evitabilidade quanto pelo juízo do incremento do risco, partindo da hipótese de que o resultado também teria ocorrido ao se consumir a dose adequada. Sob a matriz do fim de proteção da norma, neste caso, o resultado poderia ser imputado, pois a obrigação omitida tratava de diminuir a materialização do risco, ao limitar a toxicidade do fármaco – logo, teria se incrementado o risco¹⁴⁷.

Concessa vênha, esta última conclusão não convence nem sob uma perspectiva político-criminal, nem sob uma perspectiva dogmática. Primeiro porque, na seara da política criminal, representa um expansionismo indevido da norma penal, ao considerar circunstâncias imprevisíveis como determinantes para o resultado, pois de antemão se desconhecia o erro de produção atribuível exclusivamente ao laboratório farmacêutico. Segundo, sob o viés dogmático, ignorar circunstâncias conhecíveis apenas *ex post*, sobrevalorizando unicamente a produção do resultado importa em desconsiderar a dúvida razoável a respeito de qual dos riscos daria

0.75m há incrementado el riesgo (permitido) de lesión que el legislador há fijado en 1.5m...".
In: GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 85.

¹⁴⁴FEIJOO SÁNCHEZ, B. Caso de los pelos de cabra..., *Op. Cit.*, p. 159.

¹⁴⁵FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Idem*.

¹⁴⁶MARTINEZ ESCAMILLA, M. Relevancia de los comportamientos alternativos..., *Op. Cit.*, p. 107.

¹⁴⁷MARTINEZ ESCAMILLA, M. Relevancia de los comportamientos alternativos..., *Op. Cit.*, p. 108.

sentido a concretização da lesão^{148 149 150}. A doutrina devidamente apontou ser o critério do fim de proteção da norma de cuidado parte de uma espécie de concorrência de riscos, pelo qual será preciso constatar que o resultado é realização do risco típico, e não de um permitido. Este critério tem como pressuposto a ideia de que a norma de cuidado apenas está vinculada a determinados riscos, não se podendo evitar a realização de riscos permitidos¹⁵¹.

Ainda sob o verniz da crítica vertida a teoria do fim de proteção da norma, Carolina Bolea Bardón afirma estar contida sob essa orientação questões diversas como a definição da conduta proibida e da imputação do resultado em seu sentido estrito, não bastando uma definição global e indiferenciada da problemática. Ao se exigir a inserção do resultado no âmbito da norma de cuidado nada se conclui sobre a identificação do risco efetivamente concretizado no resultado. Demanda-se, outrossim, um outro questionamento: por que os demais riscos concorrentes estariam fora do alcance da proibição¹⁵²? Por tais motivos citada autora propõe para a solução desta interrogante dois níveis de análise: um que atenda a desaprovação da conduta e outro sobre a realização do risco. Este último daria margem para o exame de possíveis incidências de riscos reais concorrentes¹⁵³.

Independentemente do esforço empreendido para revestir eventuais insuficiências da teoria do incremento do risco e do fim de proteção da norma, não se pode ignorar que o princípio do risco, lançado inicialmente por Claus Roxin, se assenta na base segundo a qual, ao objetivar a proteção de bens jurídicos e o cumprimento de sua função preventiva, só se pode proibir ações perigosas sob uma ótica *ex ante*. No entanto, apenas resultados e cursos causais previsíveis, isto é, verificáveis *ex post*, podem ser imputados ao autor como obra sua¹⁵⁴. Nesse formato, a função da teoria do fim da norma de cuidado orienta-se a complementar o segundo nível da imputação objetiva, e, principalmente, diante de outras fontes de riscos, possibilitar a identificação de qual tenha sido determinante para o resultado, impedindo qualquer escolha arbitrária em prejuízo do réu. Eventual readequação do âmbito de proteção da norma ao primeiro pressuposto da criação do risco dispensaria um critério lógico de atribuição do resultado, tornando-se mera abstração^{155 156 157}.

4. Conclusões finais

Das reflexões aqui lançadas, é possível deduzir que o ponto fulcral da teoria da imputação objetiva é sempre o de imputar ou não o resultado ao autor. Em um

¹⁴⁸BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, p. 107.

¹⁴⁹Sem aderir integralmente a proposta de Carolina Bolea Bardón, não podemos deixar de concordar com sua conclusão de que: "Hay que insistir en la necesidad de establecer una relación de sentido que permita conectar el resultado con el comportamiento activo u omisivo penalmente desaprovado". *In*: BOLEA BARDON, C. *Idem*.

¹⁵⁰Nas palavras de Helmut Frister: "el tipo objetivo de un delito de resultado requiere, además de la relación causal general entre la acción y el resultado también una relación causal específica entre la objetiva contrariedad al deber de la acción y el resultado, la cual – en razón de que la objetiva contrariedad al deber de la acción tiene que ser definida previamente – debe ser analizada recién en el marco de la imputación objetiva". *In*: FRISTER, H. Derecho Penal..., *Op. Cit.*, p. 214.

¹⁵¹FEIJOO SÁNCHEZ, B. Caso de los pelos de cabra..., *Op. Cit.*, p. 154.

¹⁵²BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, p. 98.

¹⁵³BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, pp. 98-99.

¹⁵⁴GRECO, L. La Teoría de la imputación objetiva..., *Op. Cit.*, p. 85.

¹⁵⁵REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, p. 219.

¹⁵⁶Yesid Reyes Alvaredo verte uma contundente crítica à teoria do fim de proteção da norma, pois esta acabaria se transformando em uma "formula vazia" e de conteúdo supérfluo, com pouca utilidade dentro da teoria da imputação objetiva. *In*: REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Ob. Cit.*, p. 225.

¹⁵⁷Com críticas sobre a perspectiva do fim de proteção da norma como critério de decisão da imputação do resultado, frisa-se também João Curado Neves. *In*: CURADO NEVES, J. Comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, pp. 235 e ss.

panorama próprio dos crimes negligentes, é preciso se atentar para uma imprescindível conexão entre a violação de uma norma de cuidado e a efetiva lesão ao bem jurídico. A investigação quanto aos limites de tal conexão assume peculiar relevância para um efeito concreto, qual seja, afastar a imputação¹⁵⁸. Aderindo aos postulados normativos da teoria da imputação objetiva tal juízo de atribuição do resultado dependerá de uma dupla via: de um lado, o desvalor do comportamento, partindo-se da proibição *ex ante* da conduta perigosa e com isso delimitando as fronteiras entre o risco permitido e o proibido. De outro lado, exige-se no plano da realização do risco o desvalor do resultado, verificável *ex post*, levando-se em consideração todos os elementos fáticos, inclusive aqueles reconhecíveis após a prática da conduta. A identificação do resultado, contudo, deve estar atrelada ao risco efetivamente criado no âmbito da proteção de cuidado imposto pela norma vulnerada.

É possível inferir desta pesquisa o processo de superação dos juízos hipotéticos assentados em um comportamento ajustado ao Direito no marco da teoria do incremento do risco, ao se avaliar *ex post* a atribuição de um resultado típico. Com base nessa última, bastaria provar ter o autor, mediante a infração da norma de cuidado, superado o risco permitido para lhe imputar o resultado como realização deste risco. Essa assertiva tem motivado diversas resistências teóricas, sobretudo em casos de dúvidas sobre o aumento do risco para além do permitido. Seria suficiente a possibilidade de o risco abstrato criado pelo autor ter se concretizado em um risco concreto. Entretanto, há uma carência probatória na sequência do perfazimento do risco, dando margem para os partidários da teoria da evitabilidade, especialmente na sua vertente estrita, defenderem corretamente o afastamento da imputação do resultado¹⁵⁹.

As críticas ao incremento do risco propiciaram – dentro do marco da teoria da imputação objetiva – a exigência de uma complementação adicional, por meio do critério do fim de proteção da norma de cuidado. A reflexão de Enrique Gimbernat Ordeig tem o mérito de auxiliar na compreensão da dispensabilidade de qualquer possibilidade hipotética, como seria o caso da conduta alternativa conforme a Direito. Sempre com a devida vênia, diante de situações fáticas onde restaria aberta a discussão quanto a dúvida na determinação de se o risco criado teria sido menor com a conduta devida, denotar-se-ia a utilidade do recurso do juízo hipotético em favor do acusado de um delito imprudente.

Portanto, descobrir a sucessão dos fatos em caso de atuação conforme ao Direito só poderia adquirir importância quando se procurasse afastar a imputação. E isso será constatado na eventualidade da negação dessa conexão entre a violação da norma e a lesão. Diante da hipótese na qual se apresentem diversas fontes de perigo originárias de risco, bastará o questionamento efetivo da vinculação entre a violação da norma de cuidado e o resultado, por parte de uma dessas variantes para corroborar a utilidade do juízo hipotético. Por sua vez, quando essa variante não seja apta a conduzir um questionamento da conexão entre a vulneração da norma de cuidado e o resultado, o papel a ser desempenhado pelo comportamento lícito alternativo é irrelevante para efeitos de imputação.

Nada obstante o esforço teórico empreendido pela doutrina nos últimos anos para fazer avançar orientações normativas de imputação, a jurisprudência, nomeadamente a brasileira, ainda tem vacilado em recorrer a teses causalistas, sobrevalorizando a relevância de juízos hipotéticos, quando não se limitando a meras observações de cunho processual. Algumas, dignas de nota, avançam em parâmetros normativos, ainda que não os analisem *cum grano salis*. Não raras vezes, há uma combinação entre diversos critérios, muitos dos quais incompatíveis entre si. Um

¹⁵⁸Antônio Brito Neves fez notas sobre comportamento lícito alternativo. *In*: BRITO NEVES, A. *Op. Cit.*, p. 153.

¹⁵⁹OTTO, H. *Manual del Derecho Penal...*, *Op. Cit.*, pp. 299-300.

estudo teórico não pode se limitar a meras abstrações e exemplos desvinculados da realidade, mas, antes disso, pleitear um diálogo constante entre teoria e prática de modo a permitir o avanço e aprimoramento das discussões, tudo a viabilizar soluções jurídicas mais racionais e adequadas aos casos concretos.

5. Referências bibliográficas

- BACIGALUPO, E. *Principios de Derecho Penal: Parte General*, Akal, Madrid, 1994.
- BOLEA BARDON, C. *Conducta alternativa e imputación del resultado*, Atelier Editorial, Barcelona, 2020.
- BOLEA BARDON, C. *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, BdeF, Buenos Aires, 2017.
- BUSATO, P.C. *Fatos e mitos sobre a imputação objetiva*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- BRITO NEVES, A. "Notas sobre comportamento lícito alternativo". In: *Livro em memória do Prof. Dr. João Curado Neves*, AAFDL, Lisboa, 2020.
- COSTA, V. *Crimes Omissivos impróprios*, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2017.
- CURADO NEVES, J. *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*, AAFDL, Lisboa, 2019.
- DIAZ ARANDA, E. "Imputación normativa del resultado a la conducta". In: *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Caso de los pelos de cabra". In: *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2011.
- FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal - Parte Geral*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- FRISTER, H. *Derecho Penal: Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. *El comportamiento alternativo conforme a Derecho: de la causalidad a la imputación objetiva*, BdeF, Buenos Aires, 2021.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, IBdeF, Buenos Aires, 2007.
- GIMENEZ MEZA, G. "Cursos causales hipotéticos", *El derecho Penal: doctrina y jurisprudência*, Buenos Aires, nº 6, jun. 2016.
- GRECO, L. *La teoría de la imputación Objetiva*, Una introducción, Zela Editorial, Puno, 2021.
- GRECO, L. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.
- HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Comares, Granada, 2002.
- KAUFMANN, A. "La importancia de las causas del resultado hipotéticas en el Derecho Penal". In: *Causalidad, riesgo e imputación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- LUZON PEÑA, D.M. *Curso de Derecho Penal - Parte General*, Editorial Universitas, Madrid, 2002.
- MARTINEZ ESCAMILLA, M. Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?, In: *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Servicios de publicaciones, Madrid, 1994.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal: Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002.
- MUNHOZ NETTO, A. *Os crimes omissivos no Brasil*, UFPR, Curitiba, 1982.
- OTTO, H. *Manual de Derecho Penal: Teoría general del Derecho Penal*, Atelier Editorial, Barcelona, 2017.
- PALMA, M.F. *Direito Penal. Parte Geral. A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, 5º ed. AAFDL, Lisboa, 2020.

- PEREZ ALONSO, E. "Notas sobre la imputación objetiva en el Derecho Penal". In: *Teoría del Delito: Problemas fundamentales*, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- REYES ALVARADO, Y. *Imputación Objetiva*, Editorial Temis, Bogotá, 2005.
- ROCHA, R. *A relação de causalidade no Direito Penal*, D'Placido, Belo Horizonte, 2017.
- ROXIN, C. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. *Problemas fundamentais de Direito Penal*, Editora Vega, Lisboa, 1986.
- ROXIN, C. *Derecho Penal - tomo I*, Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, C. "Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito penal". In: *Problemas fundamentais de Direito Penal*, Editora Vega, Lisboa, 1986.
- SANCHEZ RIOS, R. "Limites a aplicação do princípio da confiança e sua repercussão na jurisprudência", In: *Direito, Justiça e Sociedade: estudos em homenagem a criação da escola judicial do Paraná*, Editora Clássica, Curitiba, 2021.
- SANCHEZ RIOS, R. "Atividade empresarial e a responsabilidade penal por acidentes laborais: breves ponderações a luz da teoria da imputação objetiva", In: *Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio*, Lumenjuris, Rio de Janeiro, 2013.
- SIQUEIRA, F. *O Princípio da confiança no Direito Penal*, Editora D'Placido, Belo Horizonte, 2016.
- SOUSA MENDES, P. "O problema da relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objectiva". In: *Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão - Vol II*, Almedina, Coimbra, 2008.
- STRATENWERTH, G. *Derecho Penal - Parte General*, Civitas, Navarra, 2005.
- TAVARES, J. *Teoria dos crimes omissivos*, Marcial Pons, São Paulo, 2012.
- TAVARES, J. *Teoria do crime culposos*, Tirant Lo blanch, Florianópolis, 2018.
- TEIXEIRA, A. & CAMPANA, F. "O juízo acerca do nexos de causalidade e da imputação objetiva depende de reexame de prova, nos termos da Súmula n.7 do STJ? Uma análise a partir do Resp 1.840.263/SP", *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, Vol. 6, nº 2, 2021.
- WOLTER, J. "La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal". In: *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Servicios de publicaciones, Madrid, 1994.