



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

LUCAS GABRIEL SANTOS COSTA

**O COMPORTAMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO COMO  
CRITÉRIO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RISCO PROIBIDO NAS  
RELAÇÕES DE TRÂNSITO**

Salvador  
2016

LUCAS GABRIEL SANTOS COSTA

O COMPORTAMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO COMO  
CRITÉRIO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RISCO PROIBIDO NAS  
RELAÇÕES DE TRÂNSITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-  
Graduação em Direito da Universidade Federal  
da Bahia como requisito parcial para obtenção  
do título de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim

Salvador  
2016

---

Costa, Lucas Gabriel Santos

C837O comportamento do titular do bem jurídico como critério de imputação objetiva do  
riscoproibido nas relações de trânsito / Lucas Gabriel Santos Costa. . – Salvador, 2015.  
306 f.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito.  
Salvador, 2015.

1. Dogmatismo – Direito penal. 2. Autonomia. 3. Periculosidade (Direito).  
4. Danos (Direito). 5. Responsabilidade (Direito). 6. Acidentes de trânsito. I.  
Minahim, Maria Auxiliadora. II. Universidade Federal da Bahia. III. Título.

CDD – 345

---

LUCAS GABRIEL SANTOS COSTA

O COMPORTAMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO COMO  
CRITÉRIO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RISCO PROIBIDO NAS  
RELAÇÕES DE TRÂNSITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-  
Graduação em Direito da Universidade Federal  
da Bahia como requisito parcial para obtenção  
do título de Mestre em Direito Público.

Banca examinadora:

---

Profa. Doutora Maria Auxiliadora Minahim (Orientadora)  
Universidade Federal da Bahia – PPGD/UFBA

---

Prof. Doutor Sebastian Albuquerque Mello  
Universidade Federal da Bahia – PPGD/UFBA

---

Prof. Doutor Yuri Carneiro Coelho  
Universidade Católica do Salvador – Faculdade Ruy Barbosa

Salvador  
2016

***“Todo homem tem o direito de escolher  
o seu próprio destino.”***

***Bob Marley. Zimbabwe: Survival, 1979.***

## DEDICATÓRIA

A QUEM ACREDITOU

## **AGRADECIMENTO**

Professora Maria Auxiliadora Minahim, a quem, especialmente, agradeço por tudo! Obrigado pela constante atenção e cuidado que se traduzem em ensinamentos que, para além de propiciar o desenvolvimento científico-acadêmico e profissional, materializam-se como referência para minha vida, para compreensão e elevação de valores de solidariedade, alteridade, justiça, esperança e confiança.

Pedro Bispo Costa e Irene Santos Costa, meus pais, para eles o quese demonstrava como provável não era um limite para proporcionar possibilidades de educação aos seus filhos. Obrigado por lutar e, ainda que existissem outras portas abertas, não desistir de abrir a que nos proporcionou o acesso até a educação formal.

Vânia Bonfim, a quem agradeço pelo companheirismo, compreensão e orientação. Sobretudo, agradeço por me ensinar o que é estudar e pesquisar, por me orientar a seguir a academia, por acreditar e sempre buscar motivação para irmos além. Obrigado por estar ao meu lado na condução do nosso viver por um caminho feliz.

Luis Wagner Costa, que vivenciou todos os momentos da minha jornada acadêmica, sendo um companheiro constante e auxiliando na superação dos momentos mais difíceis, obrigado.

Natália Petersen, a quem agradeço pela efetiva participação na pesquisa: levantamento bibliográfico, fichamentos, análises, pela parceria na construção de artigos, na participação em congressos e no desenvolvimento do objeto. Por estar sempre presente, pela rica e sincera amizade, obrigado.

Professor Sebastián de Albuquerque Melo, agradeço a expectativa positiva em minha inserção na docência jurídica, pela atenção na crítica ao trabalho e indicações bibliográficas. Pela confiança e abertura dos espaços em que ministrei minhas primeiras aulas de Direito Penal - Parte Especial.

COSTA, Lucas Gabriel Santos. *O Comportamento do Titular do Bem Jurídico como Critério de Imputação Objetiva do Risco Proibido nas Relações de Trânsito*. 2016. Dissertação - Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

## RESUMO

O sistema penal, enquanto um sistema de controle social, afirma a sua legitimidade ao abrir o seu sistema científico para uma valoração político-criminal que carrega a identidade cultural da sociedade a qual se vincula. Essa abertura é obtida com a relevância que a dogmática penal atribui à autonomia do titular do bem jurídico no âmbito de determinação da proibição penal necessária à proteção de bens essenciais ao ser humano em sociedade. O objetivo desse estudo, assim, é analisar o comportamento do titular do bem jurídico como critério de imputação objetiva do resultado ao agente, orientando uma compreensão material da proibição penal, nos casos em que tal titular interage com este na composição do fato social que ultrapassa os limites do risco permitido ao perigo proibido nas relações de trânsito. Justifica-se, para além da atualidade, por analisar um tema que se insere na pauta social que demanda um Estado material de Direito, ou seja, capaz de orientar construções dogmáticas sobre a teoria do delito hábeis à compreensão da autonomia enquanto fundamento material à expansão dos espaços de liberdade no sistema social. O estudo tem como objeto a problematização dos fatos sociais arriscados, que são incorporados pelo sistema social como adequados ou até necessários ao seu desenvolvimento, no qual se destacam os riscos no trânsito, e a adequação do sistema penal, enquanto sistema de controle social institucionalizado - em que se subleva a importância da dogmática penal - para tutelar tais riscos sociais, mas com respeito à autonomia individual. A pesquisa utiliza o método dedutivo, partindo da compreensão universal do objeto, num viés teórico e fático, com o levantamento jurisprudencial de um grupo de casos especiais, para identificação de circunstâncias específicas que orientem a proposição de mudanças paradigmáticas no procedimento de avaliação da autonomia contido nas construções dogmáticas sobre a teoria do delito.

**Palavras-chave:** Construções Dogmáticas-Penais, Autonomia, Risco Proibido no Trânsito.



COSTA, Lucas Gabriel Santos. Der Inhaber der Rechts Verhalten sowie Zuweisung von objektiven Kriterien Risiko in Verkehrsangelegenheiten verboten. 2016 Dissertation - Meister - Law School der Federal University of Bahia, Salvador, 2016.

## ZUSAMMENFASSUNG

Der strafvollzug, während ein system der sozialen kontrolle, bekräftigt seine legitimität zum öffnen ihres wissenschaftlichen system für eine politische bewertung-krimineller, trägt der kulturellen identität der gesellschaft, zu denen diese hyperlinks führen. Diese öffnung wird erreicht durch die bedeutung, die die kriminellen dogmatische beimisst, die autonomie der inhaber das rechtliche im rahmen der festlegung des erforderlichen strafrechtlichen schutz verbot von wesentlichen gütern für den menschen in der gesellschaft. das ziel dieser studie ist es daher, zu analysieren, das verhalten des inhabers sowie rechtliche zuschreibung kriterien ziel des ergebnisses an den agent, leitung einer kriminellen verbot material verständnis, in fällen, in denen solche halter mit diesem interagiert in der zusammensetzung der sozialen tatsache, dass übersteigt die grenzen des risikos darf verboten gefahr in den beziehungen der transit. Es gerechtfertigt ist, neben der relevanz, die durch die analyse ein thema, ist teil der sozialen tarif, verlangen eine staatliche material des gesetzes, d. h. in der lage, die führung der dogmatischen gebäude auf der theorie der straftat zum verständnis der geschickte autonomie während materielle grundlage zur erweiterung der räume der freiheit im sozialen system. die vorliegende studie hat als objekt der problematisierung der sozialen tatsachen, die eingearbeitet sind riskant durch das soziale system als angemessen oder sogar notwendig für ihre entwicklung, in denen sich die risiken in den transit und die angemessenheit des strafvollzugs, während die institutionalisierte soziale steuerung, in denen die bedeutung einer dogmatischen subleva strafrecht - zum schutz dieser sozialen risiken, aber in bezug auf die individuelle autonomie. Die forschung nutzt die deduktive methode, ausgehend von der universalen verständnis von objekt, einen theoretischen und tatsächlichen bias, mit der aufhebung jurisprudential eine gruppe von besonderen fällen, für die identifizierung der spezifischen umständen, richte n sie die proposition paradigmatische veränderungen in der bewertung verfahren der autonomie in der dogmatischen gebäude auf der theorie der straftat.

**Schlüsselwörter:** Dogmatische Konstruktionen-Federn, Autonomie, Risiko verboten in Transit

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

BGH - *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça da Alemanha)

BGHSt – *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* (Decisões do Tribunal Superior Federal em matéria penal – periódico)

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CTB – Código de Trânsito Brasileiro

DETRAN – Departamento de Trânsito

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

OLGKöln – *Oberlandesgericht Köln* (Superior Tribunal Regional de Colónia)

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

WHO – World Health Organization (Organização Mundial de Saúde)

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
<b>À GUIA DE INTRODUÇÃO: PROLEGÔMENOS À TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA .....</b>	<b>18</b>
<b>1 A CONSTRUÇÃO DA PERMISSIVIDADE SOCIAL DO RISCO.....</b>	<b>21</b>
1.1 A REALIZAÇÃO DO COMPORTAMENTO PROIBIDO NO TRÂNSITO COM A CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR .....	36
<b>1.1.1 A infração de normas de trânsito como critério formal à violação do dever objetivo de cuidado e ao risco proibido .....</b>	<b>37</b>
<b>1.1.2 A insuficiência da violação do dever objetivo na realização do tipo objetivo.....</b>	<b>47</b>
1.2 CONCLUSÕES PRELIMINARES .....	58
<b>2 A INSUFICIÊNCIA DAS CONSTRUÇÕES AXIOMÁTICO-DEDUTIVAS DO DELITO A UMA JUSTA VALORAÇÃO DOS ESPAÇOS DE PROIBIÇÃO.....</b>	<b>59</b>
2.1 ONTOLOGISMO COMO A BASE DAS CONSTRUÇÕES CAUSAL-NATURALISTA E FINALISTA DO DELITO .....	61
2.2 A INCAPACIDADE DE RENDIMENTO DA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA FINALISTA DO DELITO .....	71
2.3 CONCLUSÕES PRELIMINARES .....	77
<b>3 A CONSTRUÇÃO FUNCIONALISTA COMO HORIZONTE DE EXPECTATIVA AO SISTEMA PENAL CONTEMPORÂNEO.....</b>	<b>78</b>
3.1 A MANUTENÇÃO DA IDENTIDADE SOCIAL COMO FUNDAMENTO DA PROIBIÇÃO PENAL .....	86
3.2 O SISTEMA TELEOLÓGICO-FUNCIONAL COMO UM MÉTODO ADEQUADO ÀS DEMANDAS COMPLEXAS DE UMA SOCIEDADE ECLÉTICA .....	99
3.3 CONCLUSÕES PRELIMINARES .....	107
<b>4 A AFERIÇÃO DOS ESPAÇOS DE LIBERDADE SOCIAL A PARTIR DA INCURSÃO DOGMÁTICA SOBRE O COMPORTAMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO NA AÇÃO ARRISCADA.....</b>	<b>108</b>
4.1 A INADEQUAÇÃO DO INSTITUTO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO PARA DETERMINAÇÃO DO RECUO DA TUTELA PENAL NOS CASOS DE HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA .....	114

4.2 A INDISPONIBILIDADE DA VIDA COMO OBSTÁCULO À VIABILIDADE DA INCIDÊNCIA DO CONSENTIMENTO NOS CASOS DE HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA COM RESULTADO EM MORTE .....	117
4.3 O CONSENTIMENTO NA AÇÃO COMO EXTENSÃO INADEQUADA DO INSTITUTO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO .....	120
4.4 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NÃO EXCLUI O DESVALOR DA AÇÃO E DO RESULTADO NOS CASOS DE HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO .....	125
4.5 CONCLUSÕES PRELIMINARES.....	136
<b>5 O COMPORTAMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO COMO CRITÉRIO NORMATIVO DE NÃO IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO.....</b>	<b>137</b>
5.1 AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO IMPUNÍVEL .....	137
5.1.1 A inadequação do argumento da participação para fundamentar a impunidade da autocolocação em perigo no sistema penal brasileiro .....	141
5.1.2 A valoração da Autonomia do titular do bem jurídico como fundamento da impunidade da participação em autocolocação em perigo.....	146
5.2 A HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA É SEMPRE PUNÍVEL.....	151
5.2.1 A diversidade na manifestação da autonomia do titular do bem jurídico sobre a ação perigosa: Heterocolocação em perigo consentida.....	153
5.2.2 Diferenciação entre auto e heterocolocação em perigo.....	157
5.2.3 Solução da imputação pela ficção normativa na significação ontológica do fato.....	160
5.2.4 Solução da imputação pelo normativismo. Âmbito de competência da vítima.....	166
<b>CONCLUSÃO: Uma Contribuição. “A capacidade cognitivo-objetiva de evitação do resultado.”.....</b>	<b>170</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>180</b>

## INTRODUÇÃO

A sociedade, enquanto sistema formado pela composição ordenada de individualidades, costuma destinar atenção especial à crítica dos métodos de controle voltados ao equilíbrio de sua unidade. No percurso histórico em que se desenvolve a dinâmica das sociedades ocidentais, a adequação, a ponderação e a coexistência entre os interesses individuais e os coletivos, entre o ser individual e a estabilização comunitária, entre a autonomia e heteronomia social, na orientação do modo de produção do convívio social, compõem uma pauta fundamental que transversaliza, ou integra, as reflexões que, cientificamente, buscam caminhos a uma identidade social mais justa.

No percurso citado, o Estado, enquanto subsistema social constituído pelos valores que lhe empresta a identidade cultural da sociedade ao qual se integra, é tomado como um objeto relevante à valoração do controle. Pois, sem reduzir a importância das formas difusas de controle social, realizadas pela composição de subsistemas sociais compostos por núcleos interindividuais moralizantes, como se destacam, por exemplo, os processos de socialização primária e a *posteriori*, a secundária, ainda é o Estado que constitui o sistema de controle social capaz de vincular os limites da relação entre os interesses da pessoa, em ser individual, e o estar cidadão<sup>1</sup>.

O diagnóstico que se expõe - a maior necessidade crítica ao controle que se opera no espaço institucionalizado - deriva do viés ideológico socialmente assumido ao representar o sistema supraindividual de controle: nas democracias ocidentais, pressupõe-se o fundamento de um Estado Democrático de Direito, que tem na

---

<sup>1</sup>A cidadania, assim, é um feixe de Direitos atribuídos à pessoa em uma determinada sociedade orientada por uma ordem constitucional. O ser individual, inerente a uma pessoa, é preexistente ao estar cidadão. O cidadão é a determinação formal de um *status* da pessoa frente à sociedade, é através do reconhecimento da cidadania que se oportunizam as bases ao gozo de uma condição de vida, seguindo a lógica da historicidade social normatizada, que qualifica e instrumentaliza potenciais da pessoa para se determinar frente à comunidade juridicamente organizada. Ratifica o valor humano da pessoa, que é adjetivado na cultura ocidental pelo signo de dignidade. A cidadania, enquanto um *status* que vincula a pessoa à sociedade, em algumas hipóteses pode não existir, restringindo Direitos Fundamentais à construção da identidade social da pessoa, mas esta pessoa sempre permanecerá enquanto um ser detentor de uma dignidade inata, que não se desfaz com a ausência do reconhecimento do status de cidadão.

Constituição e no respeito ao valor humano os pilares para o desenvolvimento e aplicação dos métodos de controle social.

Esse fundamento aproxima o modo de condução da vida comunitária aos limites não apenas morais, difusos, mas legalmente definidos num sistema jurídico-constitucional. Sob um viés democrático, isso representa a construção dos limites, ainda que formais, com a afirmação da vontade comum dos cidadãos, de todos os pertencentes a uma sociedade: eles determinam o espaço de liberdade voltado à satisfação das suas cidadanias.

Dentre os instrumentos concebidos no sistema jurídico-constitucional ao controle desse espaço, o sistema penal se sobressai como aquele que tutela um âmbito de liberdade que interessa a coletividade. A limitação parte da proibição dos comportamentos que vulneram bens que são socialmente valorados como essenciais à continuidade da vida humana em sociedade.

O direito penal opera como um instrumento de controle social voltado ao interesse público, ou seja, à proteção dos bens essenciais considerados inatos ao modo de produção de vida que se estabelece como identidade de uma sociedade. Para isso, qualifica os espaços de liberdade ao cidadão, uma heteronomia social frente ao exercício da autonomia individual.

Essa parte do espaço socialmente restrito é o conteúdo de um núcleo de proibições comportamentais. O alicerce à restrição da autonomia se justifica na retirada de comportamentos que lesionam ou põem em perigo de lesão os bens mais valiosos, de ordem constitucional, ao convívio e desenvolvimento da pessoa em sociedade.

Buscando alcançar a justiça que se põe como parâmetro constitucional ao sistema social atual, pós-moderno, o controle exercido pelo direito penal passa a enfrentar demandas que desafiam seus conceitos e métodos. São desafios que derivam da adequação do direito penal aos princípios e postulados do Estado Social e Democrático de Direito, repercutindo, especialmente, nos métodos das construções dogmáticas para compreensão do fato criminoso.

Uma maior referência ao desenvolvimento científico das construções dogmáticas é atribuída aos estudos das doutrinas penais alemã e espanhola, que buscam, em regra, uma progressão dos procedimentos contidos na dogmática para uma aplicação justa do direito penal no caso concreto. Esses estudos passam a analisar a necessidade do efetivo reconhecimento do comportamento do titular do bem jurídico-penal no curso causal que resulta na lesão ou perigo de lesão ao bem do qual é titular.

Nessa marcha, os estudos passam a perquirir caminhos para garantir a eficácia da expressão da autonomia contida no comportamento do titular do bem jurídico-penal como critério na aferição do injusto penal. Isso através do reconhecimento do titular do bem enquanto pessoa autônoma e capaz de determinar os caminhos do seu modo de vida, ainda que tal modo se estabeleça com a violação da proibição de vulneração ao seu bem por outrem.

No entanto, o recuo da proteção penal em face da aquiescência do titular do bem jurídico não deve contrariar a necessidade de proteção de tal bem como condição essencial ao desenvolvimento do ser humano enquanto ser social. É nessa tensão que se apresenta o tema em estudo: a ponderação entre o prestígio à autonomia do titular do bem jurídico-penal e a necessidade de manutenção do controle social com a proteção de bens importantes à existência do ser humano em sociedade.

A tensão se agrava na sociedade atual, em que a identidade cultural passa a assimilar condutas arriscadas como condição ao seu próprio desenvolvimento. E, para além dos novos riscos trazidos pela evolução tecnológica e industrial, no qual se destacam os riscos ambientais, alguns fenômenos sociais tradicionais e presentes em qualquer sociedade agora passam a representar atividades mais arriscadas. Como as intervenções cirúrgicas, os esportes de alto impacto e, sobretudo, as relações de trânsito viário.

As relações de trânsito se inserem nesse contexto, uma vez que sempre há um risco presente em seu conteúdo. São relações que representam um risco incorporado à sociedade, observado como adequado e próprio ao desenvolvimento. Mas não é

socialmente aceitável qualquer risco. As relações de trânsito devem se desenvolver no domínio permitido ligado aos limites determinados por normas especiais que regulamentam o cuidado a se seguir nos procedimentos de trânsito.

A ação que se realiza em desrespeito à norma de cuidado, ou seja, sem o dever objetivo de cuidado, rompe a barreira do comportamento permissível e cria o risco não permitido, pressuposto para imputação objetiva do resultado ao agente violador da norma. O desenvolvimento fático das relações de trânsito, no entanto, qualifica-se pela complexidade e intersubjetividade. Em múltiplos contextos do tráfego viário, os fenômenos arriscados sofrem interveniências diversas, demonstrando que a transposição do risco permitido pode resultar do comportamento do condutor, de um caso fortuito, ou até mesmo de um comportamento do próprio titular do bem jurídico.

É esse ponto que se demonstra o objetivo desse estudo: a análise da construção dogmática mais apropriada para determinar a imputação objetiva do resultado nas empreitadas aceitas entre o condutor e o titular do bem jurídico que ultrapassam o risco permitido nas relações de trânsito.

Então, o que se propõe é analisar o comportamento do titular do bem jurídico como critério de imputação objetiva do resultado ao agente, orientando uma compreensão material da proibição penal, nos casos em que tal titular interage com este na composição do fato social que ultrapassa os limites do risco permitido ao perigo proibido nas relações de trânsito.

A pesquisa utiliza o método dedutivo, partindo do estudo universal do objeto, num viés teórico, com o levantamento bibliográfico realizado, sobretudo, com o acesso ao acervo de livros da Professora Maria Auxiliadora Minahim e da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, e fático, com a pesquisa jurisprudencial de um grupo de casos especiais, para identificação de circunstâncias específicas que orientem a proposição de mudanças paradigmáticas no procedimento de avaliação da autonomia contido nas construções dogmáticas sobre a teoria do delito.

O desenvolvimento da análise proposta pela pesquisa transcorre através do estudo da construção da permissividade social do fato arriscado. O primeiro capítulo expõe



a captação do fato social arriscado, especialmente nas relações de trânsito, como fenômeno inerente à identidade cultural que compõe o modo de produção da vida no sistema social atual, demonstrando a tensão inerente às demandas postas por esse modo de viver ao sistema de controle social institucionalizado, em especial, o direito penal.

Considerando a existência de atividades arriscadas que são observadas como normais e adequadas ao convívio social, analisa, igualmente, os critérios para determinação do comportamento penalmente proibido frente à exacerbação do risco permitido nas relações de trânsito. O estudo, aqui, orienta-se numa compreensão da resposta penal que pode ser obtida com a utilização do critério de imputação vinculado à aferição do dever objetivo de cuidado, contrapondo-o com as possibilidades de refinamento na determinação de tal comportamento quando maior ênfase é dada ao funcionalismo penal, através do respeito ao princípio do risco como fundamento à imputação objetiva.

A partir da tensão entre as possíveis respostas a serem dadas pelas diversas construções dogmáticas ao tratamento penal frente ao fato social, que tem em seu conteúdo a exposição voluntária do titular do bem jurídico ao risco proibido, o segundo capítulo passa a ressaltar os fundamentos das construções dogmáticas sobre a teoria do delito. O objetivo é avaliar a possibilidade de desenvolvimento contido nos métodos de tais construções para alcançar uma adequação e equilíbrio, entre justiça, liberdade e segurança, ao avaliar o comportamento do titular do bem jurídico penal como fenômeno capaz de orientar o recuo dos espaços sociais penalmente proibidos.

A dogmática jurídico-penal sobre o delito é composta cientificamente por construções que, sob um viés ontológico-dedutivo, privilegiam o fenômeno, com fundamento na compreensão do significado inato ao ser como base ao desenvolvimento do seu método. E, num outro prisma, por construções, de base funcionalista, que partem da valoração do sistema de controle, operando conforme o viés de política-criminal constante no sistema social que tem base na Constituição que organiza um Estado de Direito material.

A partir da análise das construções dogmáticas sobre a teoria do delito, contrapõem-se, a proposta que busca considerar a expressão do comportamento da pessoa exposta ao risco a partir de uma compreensão subjetiva e individual, decorrente da manifestação da sua vontade, com proposições que orientam a uma valoração objetiva do comportamento do titular do bem jurídico como critério de determinação da proibição penal.

## **À GUIA DE INTRODUÇÃO: PROLEGÔMENOS À TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

A Teoria da Imputação Objetiva pode ser entendida como um sistema normativo dotado de critérios que, com fundamento no princípio do risco material ao bem jurídico-penal, instrumentaliza procedimentos no âmbito do tipo objetivo para determinar, numa perspectiva valorativa e funcional, a (não) imputação, considerando as circunstâncias que compõem um curso causal, de um resultado objetivamente típico.

Contemporaneamente, Claus Roxin<sup>2</sup>, Günther Jakobs<sup>3</sup>, Bernd Schunemman<sup>4</sup> e Luís Greco<sup>5</sup>, sem pretensão exaustiva, são autores que, apoiados numa perspectiva funcionalista do direito penal, desenvolvem os métodos que integram a Teoria. O pensamento comum é de uma valoração normativa no âmbito do juízo de tipicidade penal que possa superar os defeitos abrigados no procedimento causal-naturalista de determinação do nexo de causalidade que vincula a ação pessoal e um resultado típico.

Os efeitos de uma decisão jurídico-penal, assim, não podem se limitar ao conteúdo de uma significação ontológica obtida com procedimentos avalorados que recaem sobre o fato social numa perspectiva causal, naturalística e classificatória. O

---

<sup>2</sup> ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38. 2002.

<sup>3</sup> JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>4</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *O Princípio de Proteção de Bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos*. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. Orgs. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>5</sup> GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

pensamento é que o conteúdo da tipicidade não se completa com a ação neutra e natural, de outro modo, é preciso que o direito penal utilize métodos valorativos, típico das ciências da cultura, incorporando o conteúdo dos fins de política criminal ou da identidade social, através da proteção da norma, ao ordenamento jurídico.

As principais construções dogmáticas funcionalistas que se apoiam na Teoria da Imputação Objetiva são as de Claus Roxin e a de Günther Jakobs. Para Roxin, o direito penal deve se funcionalizar para alcançar os fins de política-criminal contidos na ordem constitucional de um Estado democrático de Direito. Assim, como a função constitucional do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos, todos os seus institutos dogmáticos devem se funcionalizar em prol dessa função.

Considerando esse parâmetro, a teoria da imputação objetiva é um limite à proibição penal, uma vez que só são objetivamente típicas as condutas que se materializam como uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico-penal<sup>6</sup>. Roxin desenvolve a teoria com a formação de três etapas de imputação: Criação do risco proibido; realização do risco no resultado; e, por fim, alcance do tipo<sup>7</sup>.

Na primeira fase de imputação, o autor considera que só devem ser objetivamente típicas as condutas que criem um risco não permitido. Aqui analisa que devem ser atípicas as condutas que, sem criar um novo curso causal, diminuam um risco ao bem jurídico; aquelas que, apesar de formalmente típicas, não criem um perigo ao bem jurídico; ainda que criem um perigo, façam parte de um curso causal hipotético; ou as condutas que criem um risco, mas este seja permitido<sup>8</sup>.

Após a criação do risco proibido, Roxin analisa que tal risco deve se realizar como efetiva lesão ao bem jurídico. Assim, orienta que, apesar da criação do perigo, o comportamento deve ser atípico nos casos em que se demonstre a ausência de sua realização no resultado lesivo ao bem jurídico; bem como quando exista a não

---

<sup>6</sup> MELIÁ, Manuel Cancio. *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Cuyo, 19-- p. 23.

<sup>7</sup> *Idem*. *Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva*. P. 91. IN: *Imputación Objetiva e Dogmática Penal*. GONZALES, Mireya Bolaños (compiladora). Mérida-Venezuela: Universidad de los Andes, 2005.

<sup>8</sup> ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 313 – 327.

realização do risco não permitido; ou quando o resultado estiver fora do fim de proteção da norma<sup>9</sup>.

Roxin inova ao considerar, numa terceira fase de imputação, o critério do alcance do tipo. É aqui que se inserem os casos de auto e heterocolocação em perigo consentida, que serão aprofundados posteriormente. Para Roxin, o tipo penal não alcança os resultados decorrentes de uma autocolocação em perigo, pois a norma é estabelecida pelo legislador para proteger bens jurídicos frente à agressão de terceiros, e não obstar o seu livre desenvolvimento através das ações autorresponsáveis do titular do bem jurídico<sup>10</sup>.

Jakobs, por sua vez, funcionaliza a dogmática penal com base na manutenção da identidade social, insculpida e protegida pela norma. Para o autor, a Teoria da Imputação Objetiva possui dois níveis de imputação: a imputação da conduta e a imputação do resultado. Na primeira fase, Jakobs analisa que só haverá imputação objetiva do resultado em casos de criação do risco proibido; quando violado o princípio da confiança; quando inaplicável a proibição de regresso e, por fim, nos casos em que a vítima não atue a próprio risco. Na segunda fase, Jakobs analisa, frente ao risco proibido criado, a quem compete a evitação do resultado, se à vítima ou ao agente<sup>11</sup>.

O funcionalismo penal e a teoria da imputação objetiva serão desenvolvidos, aprofundados e, suas proposições, exemplificadas nas páginas que se seguem. No entanto, a observação inicial é um ponto de partida para compreensão da estrutura do tipo penal pelas construções funcionalistas. Considerando a maior importância sobre os pressupostos de imputação do resultado, como obra de uma pessoa, migra do tipo subjetivo ao objetivo e, conseqüentemente, cria um caminho para compreensão objetiva do comportamento do titular do bem jurídico-penal como fenômeno capaz de integrar um critério dogmático no juízo de tipicidade penal.

---

<sup>9</sup>ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 327 – 352.

<sup>10</sup>*Ibidem*. p. 352.

<sup>11</sup>JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 34 *et seq.*

## 1 A CONSTRUÇÃO DA PERMISSIVIDADE SOCIAL DO RISCO

O presente capítulo busca analisar a compreensão, através do sistema penal, do risco inerente às relações de trânsito como um fenômeno capaz de orientar o limite material dos espaços sociais de proibição penal. Análise que se realiza com a aferição do risco que se demonstra em atividades comuns da vida comunitária, considerado adequado e necessário ao modo de produção do sistema social contemporâneo.

O capítulo avalia a ação arriscada sob o viés da dogmática jurídico-penal. Observando o risco como um critério normativo de imputação objetiva, o estudo expõe as circunstâncias que caracterizam a permissividade social das atividades essencialmente perigosas, formando o risco permitido, ressaltando a complexidade da valoração jurídica frente à diversidade em sua manifestação. O intuito é desenvolver parâmetros dogmáticos de imputação objetiva para determinação do comportamento proibido decorrente do exercício de uma atividade arriscada.

É irrenunciável o ideal de estabilidade e segurança, das condições destinadas ao livre exercício das relações humanas, como um pressuposto à manutenção de uma sociedade. A compreensão dos parâmetros constitutivos desse pressuposto, ideal de estabilidade e controle, decorre da progressiva reiteração de uma cultura através da ideologia, que constrói uma identidade, e progressivamente a consolida, através do potencial constitutivo<sup>12</sup> presente nos instrumentos de controle social, dentre eles, no âmbito desse estudo, subleva-se o sistema jurídico e, especialmente, o sistema jurídico-penal<sup>13</sup>.

Compreendendo o sistema social<sup>14</sup> como um sistema aberto<sup>15</sup>, o sistema jurídico-penal, que deriva das demandas do sistema social<sup>16</sup>, apoia-se, sobretudo na

---

<sup>12</sup> RICOEUR, Paul. *Da Hermenêutica dos Textos à Hermenêutica da Ação*. IN: *Do Texto à Ação: Ensaio de Hermenêutica II*. Tradução: Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando. Porto: RÉ.S. P. 233.

<sup>13</sup> ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado*. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, 1970.

<sup>14</sup> O sistema social constitui como uma unidade lógica que se vincula a uma ideia, a concepção de conhecimentos diversos, bem como a comunhão de conhecimentos que seguem parâmetros concebidos por princípios próprios. IN: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 103.

historicidade da comunidade. Ele, o sistema jurídico-penal, é capaz de reforçar o modo de produção das relações que se expõem como o elo que forma a base do conteúdo que se extrai da unidade do sistema social<sup>17</sup>.

Aqui, a compreensão do sistema penal que se sustenta numa valoração do sistema social não obsta a sua abertura aos fenômenos vividos, ou seja, a uma compreensão da realidade ontológica: o dever ser com fundamento inicial na existência do ser, compreendido através dos signos informadores de sua inserção em uma sociedade que se mantém como unidade ordenada<sup>18</sup>.

O controle exercido pelo sistema jurídico-penal se adere aos postulados fundamentais do sistema social<sup>19</sup>. A intervenção penal, como parte integrante de um sistema maior, que lhe atribui significado, observa princípios que constituem e orientam sua dimensão e extensão como, para além de determinação de uma

---

<sup>15</sup> Na concepção de Claus Canaris, “Duas qualidades do sistema desempenham, na discussão jurídica atual, um papel largo que ainda não foi abordado, no discurso, já efetuado, da investigação e que se vai examinar de seguida: a abertura e a mobilidade do sistema. [...] entende-se por abertura a incompletude, a capacidade de evolução e modificabilidade do sistema; neste sentido, o sistema da nossa ordem jurídica hodierna pode caracterizar-se como aberto. Pois é um fato geralmente conhecido e admitido o de que ele se encontra numa mudança permanente.” IN: *Ibidem*. p. 103-104.

<sup>16</sup> Nesse sentido, é importante ressaltar a conclusão de Sebastian Mello ao analisar a harmonia do sistema penal com os princípios do Estado de Direito: “Se compreendemos o sistema jurídico como ordem axiológica de princípios gerais do Direito, o Direito Penal, como subsistema jurídico, deve ser entendido sob a mesma perspectiva. A unidade do sistema jurídico-penal é garantida pela existência dos seus princípios fundamentais, postos em harmonia com os princípios essenciais do Estado de Direito.” IN: MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microssistemas*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 145.

<sup>17</sup> “Não é discutível e resulta mesmo evidente, que o Direito positivo, mesmo quando consista numa ordem jurídica assente na idéia de codificação, é, notoriamente, susceptível de aperfeiçoamento, em vários campos. Os valores fundamentais constituintes não podem fazer, a isso, qualquer exceção devendo, assim, mudar também o sistema cujas unidades e adequação eles corporizem.” CANARIS, *op. cit.* p. 107.

<sup>18</sup> Segue um viés funcional-teleológico do delito, sem desconsiderar o fenômeno pré-jurídico como condição à legitimidade da finalidade atribuída ao direito penal. Luís Greco observa que essa é uma característica constante nas ideias de Schünemann: “Uma das mais marcantes ideias reitoras da obra de Schünemann diz respeito a seu *método*, que pode ser caracterizado como uma síntese entre o normativismo e ontologismo. De um lado, o discípulo de Roxin é um dos proeminentes defensores de uma perspectiva teleológico-funcional do direito penal, isto é, de uma perspectiva segundo a qual o sistema e os conceitos da teoria do delito têm de ser construídos tendo em vista finalidades político-criminais. Mas [...] Schünemann enfatiza a importância de dados ontológicos, de estrutura lógico-reais ou lógico-materiais, quase no sentido que lhes conferia o finalismo, para que essas finalidades possam vir a ser alcançadas.” IN: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coordenador: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 09.

<sup>19</sup> BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 64-65.

realidade, um instrumento último de controle hábil à proteção dos valores essenciais à continuidade e desenvolvimento humano em sociedade<sup>20</sup>.

Os valores protegidos pelo direito penal, que se constituem enquanto bens jurídicos<sup>21</sup> de importância superior<sup>22</sup>, são conteúdos intransponíveis à permanência da sociedade, são valores que evidenciam, em regra<sup>23</sup>, a finalidade do direito penal vinculado à prevalência da proteção direta do interesse humano no sistema social.<sup>24</sup>

É nesse sentido, que os fatos sociais<sup>25</sup> levados ao espaço de controle penal se estabelecem, *v. g.*, entre a pessoa que viola a proibição, através da lesão ou perigo de lesão ao bem essencial à manutenção da comunidade, e o Estado, enquanto

<sup>20</sup> Segundo Canaris, é necessário consignar um Direito adequado e ordenado com fundamento em uma estrutura racional, que propicie ao intelecto o controle da realidade material e do mundo espiritual sobre o seu objeto. Ou seja, sistema capaz de perseguir ideais de justiça, com fundamento na igualdade, orientada por princípios superiores. IN: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 132.

<sup>21</sup> “Circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.” IN: ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P.18.

<sup>22</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. *Passim*. “A noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano. [...] Nesse contexto, a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor uma certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal. A tarefa legislativa há de estar sempre que possível vinculada a determinados critérios reitores positivados na Lei Maior que operam como marco de referência geral ou de previsão específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia.” IN: PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-Penal e a Constituição*. 5ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 96-97.

<sup>23</sup> É importante, nessa argumentação analisar que: “As normas jurídicas são manifestação do poder e limitam a liberdade de seus destinatários. Erigidas com o objetivo último de proteção por parte do Direito penal supõe considera-las valiosas em si mesmas, isto é, supõe considerar valiosa por si mesma a restrição à liberdade que elas implicam.” IN: PUIG, Santiago Mir. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011. p. 113.

<sup>24</sup> Juarez Tavares, considerando o Direito Penal em função da proteção de bens jurídicos, analisa que: “É impossível conceituar exaustivamente bem jurídico [...] Na verdade, a questão do conceito de bem jurídico, como fundamento da incriminação, não pode deixar de ser o resultado de uma escolha política, ingênua ou comprometida, acerca do que se pretende com a sua proteção. Embora, no âmbito de um Estado Democrático, o que realmente se exija seja a absoluta transparência do objeto lesado, como forma de comunicação normativa, independente do engajamento político de seu intérprete, o conceito de bem jurídico ou pelo menos, sua delimitação, por meio de argumentos compatíveis ao panorama da linguagem ordinária, deve ser levado à sério, porque nele reside todo processo de legitimação da norma penal.” IN: TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 181.

<sup>25</sup> “Uma ordem de fatos que apresentam características muito especiais: consistem em maneiras de agir, de pensar e de sentir exteriores ao indivíduo e que são dotadas de um poder de coerção em virtude do qual esses fatos se impõem a ele.” IN: DURKHEIM, Emile. *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 03-04.

detentor e gestor do controle social institucionalizado hábil à manutenção do sistema.

Essa relação jurídico-penal, dualista e fechada, classicamente estabelecida com o controle estatal exercido pela punição em consequência da lesão constatada através da valoração exclusiva da conduta exercida pelo estranho ao bem jurídico<sup>26</sup>, passa por uma crise. Crise que manifesta como progressão do sistema social, que se abre para a incorporação de novos modos de vida à sua cultura, formando uma identidade social com a compreensão dos valores extraídos da ideologia pós-industrial, pós-moderna, inerente ao desenvolvimento tecnológico<sup>27</sup>.

O sistema social, mais que estabilidade e segurança, incorpora a ampliação dos espaços de liberdade como ideal irrenunciável, e o sistema penal não é estranho a essa nova compreensão. É nessa abertura, ao ideal de liberdade, que a ideologia pós-moderna reforça a necessidade da inserção da autonomia enquanto valor subjacente ao sistema jurídico-penal. E, por isso, a legitimidade da intervenção estatal sobre a comunidade deve se observar pelo seu potencial de estabelecer os espaços penalmente não permitidos, desagradando a liberdade quando a sua restrição não for proporcional à adequação e necessidade<sup>28</sup> de proibição ou punição.

A abertura do sistema social ao prestígio à liberdade expõe uma tensão entre a autonomia e a ordem e unidade próprias do sistema penal. A tensão cresce quando, através da apreensão do ideal de liberdade e justiça, o sistema social direciona a uma majoração da importância da aferição da expressão da autonomia dos intervenientes no fato social proibido pelo sistema penal. Assim, há uma exigência

---

<sup>26</sup> Manuel Cancio Meliá expõe que é comum afirmar que o direito penal moderno foi gerado com a neutralização da vítima. Segundo o autor, a satisfação da vítima foi substituída por interesses voltados a uma publicação do ordenamento penal. No entanto, a sociedade atual passa a abandonar a visão secundária atribuída à vítima, passando a redescobri-la. Nesse sentido, importa, por exemplo, em âmbito dogmático, a problematização da relevância da conduta da vítima para valoração jurídico-penal do comportamento do autor. IN: MELIÁ, Manuel Cancio. *Reflexiones sobre la "Vitimodogmática" em la Teoria do Delito*. IN: RBCCrim - Revista IBCCRIM Nº 25 / 1999. p. 23-25.

<sup>27</sup> "Segue-se daí, finalmente, que o sistema, como unidade de sentido, compartilha de uma ordem jurídica concreta no seu modo de ser, isto é, que tal como está, não é estático, mas dinâmico, assumindo, pois a estrutura de historicidade." IN: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p 107-108

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 587-610.



na valoração da autonomia das pessoas para se determinar o conteúdo material da proibição.

A necessidade de valoração e adequação do sistema penal à demanda posta pela sociedade pós-moderna, de equilíbrio entre justiça e liberdade, encontra maior resistência no âmbito das construções dogmáticas sobre a teoria do crime. Nesse viés, a dificuldade de adequação do instituto do consentimento do ofendido, instrumento hábil ao reconhecimento do exercício da autonomia no sistema penal, às complexas interações pessoais que resultam na lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, é um sintoma da necessidade de abertura do sistema penal.

A complexidade das relações é um adjetivo dos novos ou reformulados problemas comunitários que formam a identidade do sistema social, e que passam a forçar a ruptura da intervenção penal como uma *ultima ratio*<sup>29</sup>. A necessidade de proteção ao bem jurídico passa a enfrentar os perigos que decorrem dos riscos assumidos pelo modo de produção da base que mantém o sistema social pós-moderno, gerando complexas e difusas incompatibilidades entre o desenvolvimento e manutenção da estrutura do sistema social e o convívio, ou até a sobrevivência, do humano em comunidade<sup>30</sup>.

O momento atual é descrito como o de uma sociedade de riscos<sup>31</sup>. A sociedade que incorpora o risco como fenômeno não apenas necessário, mas normal ao atual

---

<sup>29</sup>“O princípio da intervenção mínima foi também produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais”. IN: BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 84. Claus Roxin expõe que: “El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.—. Por ello se denomina a la pena como la ‘ultima ratio de la política social’ y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaliza “fragmentaria” del Derecho penal.” IN: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, Parte General. Tomo 1: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. 2ª Edición. Madrid: Civitas, 1997, p.65.

<sup>30</sup> Ulrich Beck alerta aos riscos da pós-modernidade, que geram perigo à existência de toda comunidade. Exemplifica citando as duas guerras mundiais, Auschwitz, Nagasaki e Chernobyl. IN: BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 07.

<sup>31</sup> FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*. Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

estágio de desenvolvimento sistêmico.<sup>32</sup> A constatação é da existência de uma comunidade apoiada numa base interacional em que as relações interpessoais são eivadas de riscos<sup>33</sup>, as pessoas voluntariamente assumem e se colocam em risco.

A majoração dos riscos na pós-modernidade goza de permissividade pelo sistema social<sup>34</sup>. E nesse contexto a relação habitual e contínua da pessoa humana com os novos ou ampliados riscos, que se incorporam como adequados ao sistema social, normaliza a construção de fatos sociais que possuem como conteúdo central a autoexposição do titular do bem jurídico.

Os perigos decorrentes da autoexposição devem ser avaliados sob a ótica da autonomia e do limite dos riscos que são incorporados como essenciais ao modo de produção do sistema social. É importante observar que, após a secularização do direito penal<sup>35</sup>, os fatos sociais mais lesivos, em abstrato, passaram a formar o conteúdo legal do espaço penalmente proibido, no entanto, são os fatos sociais em concreto que são sancionados quando violam a proibição. Nesse sentido, se a autoexposição e os riscos assumidos pelo sistema são elementares do conteúdo do fato social, o sistema penal, para ser legítimo, não pode renunciar ou velar a importância dessas novas formas de relação.

A adequação do sistema penal na sociedade que assume o risco como forma de se constituir tem reflexos na política criminal, na criminologia e nas construções da dogmática penal. Merece elevação, para delimitar o problema enfrentado nesse

---

<sup>32</sup> Segundo Ulrich Beck: “Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõe-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos.” IN BECK, *op. cit.* p. 23.

<sup>33</sup> “Nos dois últimos séculos, o acelerado crescimento técnico contribui para a geração de novos perigos e o incremento de riscos: o proibido e o permitido, via de consequência, também se alargam e se alastram.” IN: MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema Jurídico-Penal do Risco Proibido e do Perigo Permitido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 34.

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Guadalajara: Walter de Gruyter CO, 2006. p. 74.

<sup>35</sup> “Una buena parte de las ideas y valores que siguen procurando algún punto de humanidad y civilización a nuestro mundo contemporáneo, por más que tuvieran un origen más antiguo, se forjaron precisamente em siglo XVIII: los derechos humanos, el constitucionalismo, la democracia política y el gobierno representativo, el cosmopolitismo, incluso la solidaridad cuyo precedente bien puede rastrearse em la venerable filantropía y, desde luego, también el garantismo penal, que representa la más fecunda a nuestros días de la filosofía jurídica ilustrada. *La Ilustración: De uma filosofia Especulativa a uma Filosofia para a ação*. O Problema Penal. IN: História dos Direitos Fundamentais p.132.

estudo, evidenciar a existência e importância das pesquisas voltadas à percepção do *direito penal do risco*<sup>36</sup>, que buscam, através do enfoque político-criminal, analisar os métodos de intervenção penal frente à necessidade de controle dos novos ou renovados riscos da sociedade pós-moderna, que afetam e colocam em perigo a existência da humanidade como um todo, expondo a perigo de lesão ou lesionando bens coletivos, de importância supraindividual. O problema se põe na análise das pretensões punitivas aos riscos evidenciados, por exemplo, através das novas relações de consumo, das relações virtuais, da intervenção no meio-ambiente com os riscos nucleares<sup>37</sup>.

Esse é o risco que representa um perigo supraindividual e evidencia a necessidade social de controle: gestão e limitação das conseqüências negativas do processo de globalização. Ulrich Beck destaca que risco, agora vinculado à sociedade de riscos pós-moderna, não decorre “exclusivamente de uma utilização econômica da natureza para libertar as pessoas de sujeições tradicionais, mas também e sobretudo de problemas decorrentes do próprio desenvolvimento técnico-econômico”.<sup>38</sup>

É crescente, no entanto, a necessidade de uma análise que, sem desconsiderar a sua importância, ultrapasse o objeto cientificamente vinculado ao estudo criminológico sobre a gestão político-criminal dos riscos da sociedade pós-moderna. Por isso, aqui, o que se propõe é elevar a importância da análise do sistema penal sobre o perigo que decorre do risco que é integrado como comum ao sistema social<sup>39</sup>. Ou seja, o que se busca é observar o método de controle penal frente aos

---

<sup>36</sup> “O individualismo-monista da Escola de Frankfurt caracteriza-se pela crítica acerba e radical aos crimes de perigo abstrato. Winfried Hassemer propôs a criação do chamado “Direito de Intervenção” ou “Direitos de Intervenção”, localizado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, no qual a tônica são o perigo, a periclitacão e o risco.” IN: MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema Jurídico-Penal do Perigo Proibido e do Risco Permitido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 53.

<sup>37</sup> Nesse ponto, Ulrich Beck analisa a dinâmica de controle social dos novos riscos observando que: “A promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser, diante de uma esfera pública alerta e crítica, continuamente reforçada por meio de intervenções cosméticas ou efetivas no desenvolvimento técnico-econômico.” BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. Rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento São Paulo: Editora 34, 2010. p. 24.

<sup>38</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*: Rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 24

<sup>39</sup> Para Claus Roxin, é inegável que o trânsito gere riscos importantes para vida e saúde, no entanto o legislador permite que exerça essa atividade, é o que se tem como risco permitido, analisado dogmaticamente como um dos critérios do primeiro nível de imputação na teoria da imputação

riscos contidos em atividades simples do cotidiano - como conduzir um veículo - que são assumidas voluntariamente pelas pessoas, considerando que a valoração deles, dos riscos, é um importante critério para uma construção dogmática sobre a teoria do delito que propõem a uma legítima determinação do fato social penalmente proibido.

Para alcançar essa legitimidade, é preciso uma reinterpretação do conteúdo que o sistema penal atribui aos elementos que compõem o método inerente às construções dogmáticas. Observar os limites do risco presente nas relações normais à sociedade, os intervenientes na majoração do risco além do adequado e o modo de realização do risco num fato social perigoso ou lesivo a um bem jurídico é um critério mais apropriado para aproximar a dogmática penal e a identidade cultural assumida pelo sistema social atual.

Nesse sentido, observando a análise de Luhmann sobre a avaliação dos riscos, o sistema social, e conseqüentemente, o sistema penal, deve observar os riscos que lhe são inerentes através de um método valorativo, social, buscando na valoração do fato perigoso o significado social do risco que o produziu<sup>40</sup>. A qualificação dos riscos para atender à pretensão de um sistema penal que priorize a autonomia não deve ter como método sua quantificação e determinação naturalística, mas um método axiológico voltado à avaliação normativa dos riscos, conforme a função que assume na sociedade atual.

Assim, a percepção e aferição dos riscos sociais não devem decorrer da mera causalidade, mas de um método valorativo que lhe atribua um significado social que o incorpora como um dos fenômenos da sociedade moderna. A significação do risco decorre, então, do conteúdo extraído da afirmação ideológica de valores comunitários em um sistema social. Esse conteúdo demonstra o limite que a sociedade deve suportar como necessário à sua existência.

---

objetiva desenvolvida pelo autor. IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 325.

<sup>40</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Guadalajara: Walter de Gruyter CO, 2006. p. 45-52.

Giddens analisa que uma das conseqüências de viver numa sociedade moderna é que ninguém pode se livrar completamente dos sistemas que impõem os riscos de alta conseqüência. A convivência na alta modernidade e a hipermodernidade<sup>41</sup> é viver num ambiente de oportunidade de riscos inevitáveis: Os riscos da sociedade se referem a acontecimentos futuros e a tentativa de colonização do futuro abre novas situações de risco<sup>42</sup>.

Não restam dúvidas quanto ao perigo gerado pelo transporte de carga em via urbana através do trânsito de veículos de grande porte, como o transporte de combustíveis. Riscos presentes, também, nas viagens terrestres, através do trânsito em rodovias que permitem o incremento de maior velocidade num veículo automotor. São exemplos de riscos adequados, geralmente úteis e, por isso, permitidos.

O risco que se demonstra enquanto ações perigosas, nessas atividades, são incorporados como úteis e adequados ao funcionamento do sistema social. No entanto, o exercício dessas atividades passa a ser objeto do direito penal, não apenas em âmbito político-criminal - que busca analisar a adequação da gestão

---

<sup>41</sup> Nesse trabalho, os termos pós-modernidade, alta modernidade e hipermodernidade serão utilizados como equivalentes para conceituar os valores de uma identidade cultural posterior ao período moderno. No entanto, não se pretende ocultar as diferenças entre os conceitos, mas propiciar uma homogeneidade capaz de orientar o desenvolvimento do estudo, vinculando o problema da pesquisa ao contexto ideológico da sociedade contemporânea que, de certo, ainda carrega características da modernidade e ainda pacificou o entendimento sobre a denominação/conceito que determine o seu atual estágio de desenvolvimento. Com isso, o termo *alta modernidade* se insere num contexto de crítica e compreensão cultural, que marca um período de sobreposição dos valores da modernidade e que caracterizam a identidade social contemporânea. Nesse contexto, existe na atualidade uma exarcebação dos valores que marcaram a modernidade, sobretudo a individualidade. A pós-modernidade surgiu para qualificar o avanço das relações comunitárias nas sociedades desenvolvidas, caracterizada pela “Rápida expansão do consumo e da comunicação de massa; enfraquecimento das normas autoritárias e disciplinares; surto de individualização; [...] perda da fé no futuro revolucionário; descontentamento com as paixões políticas e militâncias – era mesmo preciso dar um nome à enorme transformação que se desenrolava no palco das sociedades abastadas, livres do peso das grandes utopias futuristas da primeira modernidade.” No entanto, Lipovetsky critica que a pós-modernidade foi um estágio de transição a uma era, hoje, caracterizada pelo *hipercapitalismo* e *hiperindividualismo*, “Tudo se passa como se tivéssemos ido da era do *pós* para era do *hiper*”, ou seja, para uma hipermodernidade integrada por valores que orientam a sociedade ao avanço e ultrapassagem da ideologia que estabelecia a identidade na pós-modernidade. “Do *pós* ao *hiper*: a pós-modernidade não terá sido mais que um estágio de transição, um estágio de curta duração. E este já não é mais o nosso. [...] Por toda parte, as operações e os intercâmbios se aceleram; o tempo é escasso e se torna um problema, o qual se impõe no centro de novos conflitos sociais. Horário flexível, tempo livre, tempo dos jovens, tempo da terceira e da quarta idade: a hipermodernidade multiplicou as temporalidades divergentes” IN: LIPOVETSKY, Gilles. CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 58-59.

<sup>42</sup> GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002. p. 133.

penal aos novos riscos da pós-modernidade em conformidade com os princípios de limitação da intervenção punitiva -, mas, agora, como objeto da dogmática penal, a ser observado no âmbito da teoria geral do crime sob a observância do dever objetivo de cuidado ou através do risco permitido.

É necessário, então, observar que existem novos riscos que são inerentes ao desenvolvimento da sociedade num período pós-moderno, que possuem em sua essência o potencial supraindividual do perigo. São os riscos que Ulrich Beck utiliza para adjetivar a sociedade de riscos<sup>43</sup>. Riscos, também, que são fonte e fundamento ao processo de criminalização para ampliação dos crimes de perigo, o que Jakobs critica como incriminação no estágio prévio à lesão de um *bem jurídico*<sup>44</sup>.

No entanto, o risco que é observado como normal à sociedade também é presente em antigas, renovadas e simples ações de prática social mais comum, como nas relações de trânsito. Sendo que as atividades arriscadas devem ser exercidas no âmbito do socialmente permitido e, a partir desse ponto, a dogmática penal apreende a valoração do conteúdo do risco, sobretudo os limites do seu exercício, considerando-o como um risco permitido, um critério penal de imputação objetiva ao juízo de tipicidade da conduta de uma pessoa que executa um fato arriscado. Esse é o risco contido no objeto desse estudo.

Desde já, é importante destacar a similitude que se apresenta entre o risco permitido e a adequação social. A teoria da adequação social foi idealizada e desenvolvida por Hans Welzel<sup>45</sup> para excluir do âmbito de incidência da qualificação criminosa os fatos sociais que, apesar de lesivos, demonstravam-se adequados culturalmente à sociedade. A teoria buscava afastar do âmbito penal “determinadas hipóteses não

---

<sup>43</sup>BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 43.

<sup>44</sup>Jakobs critica que a adoção de um conceito ontológico e estático de bem jurídico como fundamento da proibição penal, bem como a proposta de deduzir do risco que poderá se operar como um perigo a tal bem, o fundamento para criação dos crimes de perigo. IN: JAKOBS, Ghünther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 130-173.

<sup>45</sup> WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Una introducción a la doutrina da la acción finalista. Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2004. p. 84.

desvaloradas do ponto de vista social, nas quais as lesões aos bens jurídicos ocorriam dentro do funcionamento normal da vida em sociedade.”<sup>46</sup>

A teoria da adequação social é criticada pela inconformidade metodológica ao estabelecimento dos parâmetros ao comportamento permitido<sup>47</sup>. A ligação do sistema dogmático, no processo de aferição do comportamento delitivo, à cultura, que é um sistema difuso de valores de intermitência espaço-temporal, torna frágil e insegura a determinação do limite da liberdade de ação através do comportamento arriscado.

A teoria desenvolvida por Welzel, no entanto, é um importante pilar para construções dogmáticas que incorporam a teoria do risco em seu método<sup>48</sup>. “A adequação social seria a razão, a *ratio*, e o risco permitido uma das várias formas de discipliná-la ou forma de discipliná-la na teoria da imputação objetiva.”<sup>49</sup>

A teoria do risco e o risco permitido coligam a análise do fato social perigoso, mas necessário ao sistema social, como critério a ser aferido no juízo de tipicidade penal. A análise do risco permitido adquiriu maior ênfase com a propagação e desenvolvimento dos procedimentos das correntes de viés funcionalista na dogmática penal, sobretudo, com o advento da teoria da imputação objetiva.

Na discussão que orienta a determinação do risco permitido estão as questões mais sensíveis que permeiam a aferição do comportamento proibido. Os limites do comportamento proibido - que cria um perigo ou amplia um risco já existente, em abstrato, decorre de construção legal de um núcleo de proibição após um juízo de

---

<sup>46</sup> PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*. Uma aproximação crítica aos seus fundamentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 193-194.

<sup>47</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 101.

<sup>48</sup> Segundo Luís Greco: “Os princípios que se encontram por trás do risco juridicamente desaprovado e os critérios de que nos valem para concretizá-lo são uma alternativa superior. Quaisquer casos que porventura ainda restem para adequação social podem ser resolvidos através de uma interpretação restritiva do dispositivo em questão, à luz da ideia de não punição de afetações insignificantes.” IN: GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 86-87.

<sup>49</sup> MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema Jurídico-Penal do Perigo Proibido e do Risco Permitido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 352.

proporcionalidade entre a liberdade do comportamento arriscado e a necessidade de manutenção de condições seguras à conservação dos bens jurídicos.

Disso, é possível afirmar que através de uma adequação entre liberdade e segurança se obtém parâmetros formais ao limite do comportamento arriscado. Assim, é o sistema social que, através dos procedimentos de composição legislativa, estabelece os limites do comportamento arriscado tolerável.

Numa perspectiva funcionalista, para determinação do risco proibido como critério inicial de imputação objetiva do resultado, é preciso uma valoração, com a significação normativa, do comportamento arriscado em concreto. Analisa-se, em regra, se a conduta dos intervenientes num fato social cria um risco proibido ou majora um risco preexistente, excedendo o patamar máximo de sua permissividade social.

Nesse contexto, é possível observar que Roxin constrói um método voltado à aferição da imputação objetiva que considera o limite socialmente tolerado do comportamento arriscado advindo não só da Lei, mas, de um juízo de ponderação, em concreto, entre a demanda político-criminal de respeito à liberdade e a necessidade de proteção do bem jurídico penal.

O autor considera que, apesar da realização de uma conduta além dos limites estabelecidos em Lei ao comportamento arriscado, não há criação de um risco proibido em casos de não ampliação do perigo ao bem jurídico por um curso causal hipotético. Assim, partindo do princípio da intensificação, que orienta a não imputação objetiva quando o comportamento arriscado não aumentar ou antecipar o dano ao bem jurídico, afirma que não há imputação “quando o autor unicamente modifica uma causalidade natural, sem piorar, no toda situação da vítima.”<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Roxin exemplifica demonstrando que não há imputação objetiva do resultado no caso: “F está dentro de um trem, que avança sobre uma linha férrea de dois trilhos. A linha se encontra bloqueada por um desabamento de uma montanha, de tal maneira que F não consegue frear a tempo, ficando na iminência de chocar-se. A altera a agulha, de modo que o trem é levado do trilho esquerdo para o direito, que se encontra igualmente bloqueado pelo desabamento, F morre.” IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 320.



Considerando os casos de curso causal hipotético, Luís Greco compreende que há um consenso doutrinário quanto à irrelevância desse critério para determinar o risco proibido. Assim, ocorrerá a imputação objetiva quando existir a inserção do comportamento arriscado de um terceiro no curso causal, substituindo um risco preexistente, antecipando a realização da lesão ao bem jurídico, ainda que esta fosse de qualquer forma inevitável. Só não haverá imputação objetiva, pelo critério do curso causal hipotético, quando a conduta arriscada alterar a causalidade de um fenômeno natural, não aumentando a dimensão do perigo<sup>51</sup>.

Para Jakobs, não é possível obter a materialização dos limites do risco permitido através de um juízo de proporcionalidade entre liberdade e segurança no primeiro nível de imputação objetiva. O comportamento arriscado e proibido é aquele em que o cidadão não garante, com a sua organização, a vigência dos limites impostos pela Lei ao seu papel: o motorista que viola uma regra de trânsito realiza um risco proibido, não é necessário um juízo de valor entre a conduta transgressora e a necessidade de proteção ao bem jurídico. A ponderação, no entanto, para o autor, tem o potencial de colmatar possíveis lacunas do sistema social surgidas da necessidade de justificação da norma proibitiva à comunidade<sup>52</sup>.

Observando os critérios à determinação dos limites do risco permitido em concreto, é possível aferir que, nas relações de trânsito, as normas que regulam o exercício da atividade possuem uma referência maior para determinar o comportamento proibido. A conduta do motorista que ultrapassa os limites legais do risco no trânsito viário deve ser observada como portadora de uma proibição, mas, cabe destacar, que essa violação é apenas um primeiro indício à imputação objetiva do resultado.

A construção dogmática de um método que privilegie a liberdade, a autonomia e a justiça<sup>53</sup>, não deve desprezar a segurança como base fundamental à concretização

---

<sup>51</sup> GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 87-89.

<sup>52</sup> JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 36.

<sup>53</sup> A concepção aqui adotada é de justiça enquanto um valor capaz de orientar a unidade do sistema social. Canaris observa que: “[...] a unidade interna de sentido do Direito, que opera para erguer em sistema, não corresponde a uma derivação da ideia de justiça de tipo lógico, mas antes de tipo valorativo e axiológico” IN: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de*

desses valores. A ponderação entre a liberdade de ação arriscada e a proteção de bens, realizada em concreto para estabelecer se uma conduta que viola uma norma de cuidado é arriscada, acaba por reafirmar os mesmos problemas da teoria da adequação social, a ausência de uma referencia para valoração no juízo de proporcionalidade<sup>54</sup>.

Nesse caso, quanto aos limites do risco permitido, a construção mais apropriada ao risco inerente às relações de trânsito é a que compreende a assimilação do comportamento arriscado em sua historicidade social, que compõe a identidade cultural da sociedade pós-moderna. Os limites dos riscos “depende de como a sociedade se define a si mesma, e esta autodefinição é parte da configuração que o Direito deve preservar (desde que essa idiosincrasia não se converta em algo internamente contraditório)”<sup>55</sup>.

Os riscos não permitidos nas relações de trânsito decorrem de uma violação à norma de cuidado estabelecida para limitar um fenômeno que é arriscado, no entanto, adequado e necessário para sociedade. Importante destacar que essa disposição inicial não exaure a análise específica das construções dogmáticas quanto ao tratamento da criação do risco proibido ou majoração do risco existente, mas direciona o caminhar para discussão de um método capaz de se aproximar das complexas demandas da sociedade pós-moderna, dentre elas a maior compreensão da autonomia dos intervenientes nos cursos causais arriscados.

E nesse sentido, cabe observar, no âmbito do risco proibido, que ao analisar o comportamento do titular do bem jurídico no curso causal lesivo, Jakobs propõe como critério de não imputação objetiva a aferição da ação a próprio risco pela vítima. Entende que nos casos de exposição voluntária da vítima ao perigo, bem

---

*Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 30.

<sup>54</sup> Jakobs questiona: “a esperança de haver encontrado uma espécie de fórmula do risco permitido por meio de uma proporcionalidade entre custos e benefícios, concretamente entre liberdade de comportamento e colocação em perigo de bens, se vê prejudicada, pois faltam critérios adequados de valoração, critérios sem os quais todo cálculo perde sua validade. Por exemplo: quanto vale uma vida humana no tráfego viário, ou mais concretamente, no tráfego viário de particulares no feriado?” IN: JAKOBS, *op. cit.* p. 36.

<sup>55</sup> JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 37.

como nas situações em que a vítima assente, livremente, que outrem a coloque em perigo não deve haver a imputação objetiva do comportamento, pois as expectativas que são dirigidas ao agente, para que garanta a vigência da norma, também se dirigem à vítima, que deve manter a sua competência de organização para evitar perigos e lesões a seus bens<sup>56</sup>.

Jakobs, posteriormente, passa a inserir o comportamento da vítima como circunstância capaz de direcionar a não criação do risco proibido pelo agente que não garante a vigência da norma, quando “um comportamento da própria vítima contrário a seus deveres de autoproteção”<sup>57</sup>.

Roxin reconhece que quando o titular do bem jurídico se expõe, livre e voluntariamente, ao perigo, assim como em alguns casos em que o titular do bem se deixa expor ao perigo por terceiro, existirá a criação de um risco proibido pelo terceiro, que pode se realizar no resultado, mas a autonomia do titular do bem obsta a imputação objetiva do resultado. Roxin considera que autocolocações em perigo e as heterocolocações em perigo consentidas, quando equiparáveis a uma autocolocação, não estão no alcance do tipo penal<sup>58</sup>.

As construções dogmáticas serão estudadas em capítulo próprio, mas é importante indicar que a compreensão das situações de auto e heterocolocações em perigo como critério de não imputação objetiva do resultado, excluindo a tipicidade penal, deriva do modo em que o ser humano é compreendido pela sociedade e, conseqüentemente, pelo sistema penal.

---

<sup>56</sup> JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 29-31.

<sup>57</sup> JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 213.

<sup>58</sup> ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 352-375.

## 1.1 A REALIZAÇÃO DO COMPORTAMENTO PROIBIDO NO TRÂNSITO COM A CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR

A complexidade das relações sociais contemporâneas traz ao direito penal, como instrumento de controle, a necessidade, que se mostra como um desafio, de interagir com fatos sociais compostos por relações humanas que ultrapassam a compreensão obtida pelo exame do significado das interpretações pessoais das relações entre unidades singulares no sistema<sup>59</sup>.

Esse desafio é pautado pela garantia de uma proteção penal necessária e adequada à proteção do bem jurídico-penal<sup>60</sup> nas intrincadas relações em que a lesão ou o perigo de lesão ao bem penalmente protegido resulta da materialização do perigo contido nas ações arriscadas que, *a priori*, são incorporadas como condições de manutenção e desenvolvimento da identidade assumida pelo sistema social.

O desafio ao direito penal se agrava quando o perigo ao bem jurídico penalmente protegido se materializa como resultado de uma progressão do fenômeno arriscado decorrente de múltiplas interações interpessoais. Nessas interações, que cooperam para majoração do risco além do permitido, é possível observar a expressão da autonomia - de terceiros e do própriotitular do bem jurídico<sup>61</sup> - como conteúdo do fato social perigoso que se manifesta no espaço em que o direito penal, formalmente, proíbe.

Com a pretensão de controlar espaços de liberdade para proteger bens jurídicos, em comunhão com os valores do sistema social que representa, o sistema penal deve

---

<sup>59</sup> A interação entre a adequação e a unidade no sistema social compreende a necessidade de uma valoração das relações para além da sua singularidade, sim conforme as emanações decorrentes dos postulados da ideia de Direito assimiladas na ordem social. IN: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemico e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.p. 14-24.

<sup>60</sup> A intervenção penal deve ser proporcional, ou seja, o bônus da proteção ao bem jurídico deve superar o ônus da proibição e restrição da liberdade. Por isso, a proteção ao bem jurídico deve ser idônea, ou seja, possuir a capacidade e utilidade para atingir os fins propostos pela política criminal, bem como necessária, ou seja, não deve haver outros meios menos lesivos a atingir a proteção. IN: MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Justel, 2011. p. 111-121.

<sup>61</sup> Nesse sentido, Jakobs afirma que a função da Teoria da Imputação Objetiva é determinar no curso causal do risco a quem compete o perigo: ao agente, a um terceiro, ao acaso, ou à própria vítima. IN: JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17

incorporar a apreensão e análise do conteúdo expresso no fato social perigoso. A apreensão desse conteúdo, revelando a manifestação da vontade dos intervenientes no curso causal da ação arriscada, é importante para balizar o equilíbrio entre o caráter público e supraindividual da intervenção penal<sup>62</sup> com a liberdade individual, superando, assim, possíveis anomias e contradições que indicam a desnecessidade de uma intervenção penal frente à produção material do resultado formalmente proibido.

O passo inicial para o estudo da possível apreensão e análise do conteúdo da ação substancialmente perigosa, que é observada como necessária e adequada, é a demonstração dos limites que são postos através da regulamentação de uma atividade arriscada. Nesse âmbito, especial atenção é dada às relações de trânsito através do tráfego viário, que constituem uma fonte produtora de riscos que são, mais que tolerados, socialmente incorporados como essenciais à manutenção da vida no sistema social atual.

### **1.1.1 A infração de normas de trânsito como critério formal à violação do dever objetivo de cuidado e ao risco proibido**

O elenco de fenômenos sociais típicos das relações humanas que formam o conteúdo dos riscos assumidos e assimilados numa sociedade é diverso em estrutura e função. O tráfego viário, corolário do subsistema<sup>63</sup> viário, está presente

<sup>62</sup> A função do direito penal no Estado social e democrático de Direito combina a liberdade do indivíduo e solidariedade social, o direito penal passa a constituir um instrumento para uma proteção social efetiva, com ênfase na prevenção, mas limitado pelas garantias inerentes a uma concepção social democrática. IN: PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Justel, 2011.

<sup>63</sup> Sebastián Mello observa que “embora boa parte dos estudos sobre a teoria dos sistemas aponte para características comuns, as definições de sistema estão longe de atingir uma uniformidade conceitual”. IN: MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microsistemas*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 27. Sem desprezar a importância da diversidade sobre o conceito de sistemas, mas buscando direcionar o estudo em questão, uma definição de sistema poderia se obter a partir da concepção de Kant é “a unidade sob uma ideia, de conhecimentos variados ou um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios”. IN: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 10. Considerando o sistema como referência, um subsistema é uma espécie de sistema que se vincula e especializa o conteúdo do sistema modelo. É o que se infere da análise feita por Sebastián Mello ao definir um subsistema jurídico como “o diploma legal que desenvolve e particulariza os princípios do código, tratando de situações concretas até então não previstas, preenchendo lacunas e atualizando o Direito codificado, procurando compatibilizá-lo com as mudanças que a realidade impõe.” IN: MELLO. *Op. cit.* 2004. p. 81

nesse elenco e se expõe como um fenômeno resultante da relação que se estabelece na contínua interação entre necessidade de deslocamento humano e espaço físico, que possui o caráter de relação que oportuniza a progressiva mobilidade mecânica<sup>64</sup> dos agentes interativos utilizando meios especialmente arriscados.

O sistema viário, enquanto subsistema social, um conjunto ordenado de meios que permitem a deslocamento de pessoas em um território, é um instrumento essencial à satisfação de condições imprescindíveis ao desenvolvimento do sistema social, e oportuniza a mobilidade espacial que é intrínseca ao direito ambulatorial urbano<sup>65</sup>.

Aqui, o direito à liberdade ambulatorial é o fundamento para inserção de uma estrutura material que possibilite o exercício da locomoção. Os riscos que são produzidos e assimilados ao subsistema viário são regulados por normas administrativas sobre a circulação, que orientam os limites do espaço de proibição através da regulamentação do uso da rede viária, bem como determina os limites à criação ou autorização de criação de tal rede<sup>66</sup>.

Não é possível negar a importância do subsistema viário, especialmente o trânsito terrestre para manutenção da estrutura do sistema social atual. Para além de instrumento central ao exercício da liberdade ambulatorial, a importância do

---

<sup>64</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 178.

<sup>65</sup> É necessário destacar, que a presente análise sobre o comportamento do titular do bem jurídico como critério de aferição da tipicidade penal, parte de um objeto refletido na majoração dos riscos das vias terrestres, ou seja, da interação entre os subsistemas estático e dinâmico. É da consequente progressão do risco socialmente aceito ao posterior, não permissível, nas relações de trânsito. Nesse sentido, José Afonso da Silva explica que: “O sistema viário, seja o urbano, seja o extra-urbano, constitui condição necessária ao exercício da função urbana de circular - inclusive de circulação econômica, sem deixar de ser meio de comunicação. Por outro lado, no sistema viário distinguem-se dois aspectos que devem ser examinados separadamente: o aspecto estático, referente à infraestrutura viária, que abrange as redes correspondentes às modalidades de transporte considerado e suas instalações; e o aspecto dinâmico, respeitante à estrutura operacional, que abrange o conjunto de meios e atividades estatais, exercidos em cada modalidade de transporte, necessários e suficientes ao uso adequado da infraestrutura viária. Em suma, o aspecto estático refere-se à rede viária; e o dinâmico, aos transportes.” IN: SILVA. *Op. cit.* p. 178-179.

<sup>66</sup> Em sua estrutura, a construção material do sistema viário se apresenta com vieses que interagem em funcionalidade, mas não releva a diversidade que caracteriza seus meios de realização. Por um caminho, encontra-se o subsistema viário estático, observável enquanto instalações dispensadas à formação da rede física posta ao suporte do tráfego viário, são avenidas, estradas, ruas, pontes, aeroportos, portos etc., de outro modo, tem-se o subsistema viário dinâmico, que busca referência nas modalidades de transportes destinados à satisfação da mobilidade urbana, os automóveis, ônibus, trens etc IN: *Idem*.

subsistema viário terrestre é transversal ao exercício de atividades essenciais à contemporaneidade: através do transporte terrestre se oportunizam instrumentos que qualificam o gozo de direitos concebidos no sistema jurídico como fundamentais à pessoa humana<sup>67</sup>.

O trânsito<sup>68</sup>, através do tráfego viário, realizado por veículos automotores, amplia a capacidade de manifestação da liberdade ambulatorial, bem como constitui um dos pilares do direito à vida. No entanto, a realização das condutas arriscadas inerentes ao trânsito devem observar um limite tolerado como socialmente necessário.

A limitação das ações no trânsito se vincula ao especial caráter danoso decorrente da exasperação do risco constante nas relações inerentes ao tráfego viário. Importante destacar que, mundialmente, mais de 1,2 milhões de pessoas morrem em decorrência de lesões no trânsito e, no mínimo, 20 milhões sofrem traumatismos não mortais. A projeção para 2030 é que os traumatismos por acidente de trânsito passem a ser a 5ª maior causa de morte no mundo<sup>69</sup>.

As mortes e lesões demonstram o perigo intrínseco ao tráfego viário e expõem a necessidade de regulação dos riscos contidos no trânsito automotor<sup>70</sup>. Nesse sentido, é importante destacar a incorporação da tutela dos perigos do trânsito numa

---

<sup>67</sup> HONORATO, Cássio Matos. *Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão*. Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/TRANSITO\\_SEGURO\\_Direito\\_Fundamental\\_\\_CASSIO\\_HONORATO\\_\\_Texto\\_impresso\\_RT\\_911\\_em\\_Set\\_2011.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/TRANSITO_SEGURO_Direito_Fundamental__CASSIO_HONORATO__Texto_impresso_RT_911_em_Set_2011.pdf) (Acesso em 04 de dezembro de 2015).

<sup>68</sup> “Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm). (Acesso em 19 de novembro de 2015).

<sup>69</sup> Global Status Report on Road Safety 2015. Who Library Cataloguing-in-publication Data. Disponível em: [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/road\\_safety\\_status/2015/en/](http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2015/en/) (Acesso em 19 de novembro de 2015).

<sup>70</sup> Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada – IPEA, “Em 2014 ocorreram 169.163 acidentes nas estradas federais fiscalizadas pela PRF, sendo que 8.227 pessoas perderam a vida e cerca de 100 mil ficaram feridos. Pouco mais de um quarto dos feridos teve lesões graves.2 Nesse ano, 4% dos acidentes apresentaram vítimas fatais; 37%, vítimas feridas; e 59% foram acidentes sem vítimas. Aproximadamente 67% dos acidentes com vítimas fatais ocorreram em zonas rurais, e 23% das mortes foram causadas por excesso de velocidade ou ultrapassagem indevida. [...]Nesse mesmo ano, ocorreram em média 463 acidentes e houve 23 mortos por dia. Esses acidentes envolveram 301.351 veículos, uma média de 1,78 veículos por ocorrência” IN: Acidentes de Trânsito nas Rodovias Federais Brasileiras: Caracterização, tendências e custos para a sociedade. Relatório de Pesquisa, 2015. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150922\\_relatorio\\_acidentes\\_trnsito.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150922_relatorio_acidentes_trnsito.pdf)

pauta de Direito Internacional que se destacou, sobretudo, com a realização da Convenção sobre o Trânsito Viário em Viena em 1968, promulgada pelo Brasil através do Decreto 86.714 de 10 de dezembro de 1981<sup>71</sup>.

No Brasil, as estatísticas de mortes em decorrência das relações de trânsito são consideravelmente elevadas. Segundo a Organização Mundial de Saúde, através do *Global Status Report on Road Safety 2015*, o Brasil registrou 42.266 mortes por acidentes de trânsito no ano de 2013, são 23.4 mortes no trânsito para cada 100.000,00 habitantes, sendo um dos dez países com o maior número absoluto de vítimas mortais em decorrência de lesões advindas das relações de trânsito<sup>72</sup>.

Os dados expostos pelo relatório da Organização Mundial de Saúde revelaram a ampliação das lesões decorrentes dos acidentes de trânsito no Brasil, influenciando para que o país viesse a sediar a Segunda Conferência Global de Alto Nível sobre o Trânsito.<sup>73</sup> O objetivo do evento internacional é a construção e consolidação de ações voltadas à mitigação dos danos decorrentes do perigo inerente à majoração dos riscos da relação de trânsito.

Os limites ao risco tolerado estão dispostos através das regras contidas na Lei 9.503 de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro<sup>74</sup>. O Código de Trânsito é

---

<sup>71</sup>Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/d86714.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d86714.htm) (Acesso em 19 de novembro de 2015).

<sup>72</sup> *Global Status Report on Road Safety 2015*. Who Library Cataloguing-in-publication Data. Disponível em: [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/road\\_safety\\_status/2015/en/](http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2015/en/) (Acesso em 19 de novembro de 2015).

<sup>73</sup> “A Segunda Conferência Global de Alto Nível sobre Segurança no Trânsito foi concluída na tarde do dia 19 de novembro, com a adoção, por aclamação, da Declaração de Brasília. O documento, aprovado por Governos de mais de 120 países, com o apoio de representantes da sociedade civil, da academia e do setor privado, aponta caminhos para implementar os compromissos de redução de mortes e lesões no trânsito previstos na Década de Ação das Nações Unidas para a Segurança no Trânsito 2011-2020 e nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. O texto aprovado inova ao priorizar a segurança de pedestres, ciclistas, motociclistas e usuários de transporte público, grupos que respondem por mais da metade das vítimas em todo o mundo. O documento ressalta, igualmente, a importância de promover a mobilidade e os modos sustentáveis de transporte, instrumentos essenciais na busca por um trânsito mais seguro. A Declaração de Brasília será levada à Assembleia Geral das Nações Unidas, para endosso.” Disponível em: [http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=12508:segunda-conferencia-global-de-alto-nivel-sobre-seguranca-no-transito&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280](http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12508:segunda-conferencia-global-de-alto-nivel-sobre-seguranca-no-transito&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280) (Acesso em 19 de novembro de 2015)

<sup>74</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm) (Acesso em 19 de novembro de 2015)



composto de regras especiais ao tráfego terrestre de veículos automotores<sup>75</sup> no território nacional. O Diploma, em seu capítulo XIX, elenca os crimes em espécie, com maior relevância ao presente estudo, os tipos inseridos nos artigos 302, crime de homicídio culposo na direção em veículo automotor, e 303, que institui o crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor<sup>76</sup>.

Nesse sentido, o trânsito se mostra como uma atividade perigosa, mas necessária e útil quando exercida em conformidade com os limites toleráveis. No âmbito da limitação abstrata, construção normativa dos limites, o processo de permissividade dos riscos do trânsito se assemelha ao que se observa no estado de necessidade, pois deriva de uma ponderação entre o desenvolvimento social, em que se compatibiliza com a adequação social no intuito de salvaguardar a licitude da ação sob o fundamento de sua utilidade, e a necessidade de segurança, que se materializa em cuidado e proteção ao bem jurídico<sup>77</sup>.

Assim, é importante destacar que as lesões decorrentes dos perigos do trânsito estão diretamente relacionadas com a manifestação ativa de pessoas que desenvolvem uma comunicação irregular com o subsistema que orienta as regras gerais de cuidado no trânsito, aumentando o risco inerente a este fenômeno social. Nesse sentido, a percepção do risco proibido, como violação ao dever objetivo de cuidado, surge da ruptura das regras que formam a estrutura que dimensiona um limite ponderável ao exercício do direito de locomoção através do trânsito terrestre.

O risco proibido é aquele que segundo Juarez Tavares cria um perigo indevido para o bem jurídico<sup>78</sup>, aferido através de uma prognose póstuma objetiva como uma ação

---

<sup>75</sup> “VEÍCULO AUTOMOTOR - todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico).” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm) (Acesso em 19 de novembro de 2015).

<sup>76</sup> Crime de trânsito, que é o praticado por intermédio, utilização, do veículo na relação de trânsito e não se confunde com o crime no trânsito, no qual a direção veicular não se expõe como imprescindível à tipicidade, aqui são designados os delitos que tiveram no trânsito o seu ambiente, espaço, de realização. Igualmente, os crimes de trânsito não se confundem com os crimes em trânsito, estes denominam os delitos nos quais a realização se perfaz em vários países.

<sup>77</sup> JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 173.

<sup>78</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Del Rey: Belo Horizonte, 2002. p. 281.

desvalorada<sup>79</sup>, que observa como parâmetro do juízo de imputação objetiva: a diminuição do risco, a criação ou não criação de um risco juridicamente relevante, o incremento ou falta de aumento do risco permitido<sup>80</sup>.

Nesse âmbito, o desvalor da ação com a criação do risco proibido, nas relações de trânsito, deve ser aferido pelo parâmetro constante no critério de exclusão da imputação objetiva nos casos de risco permitido<sup>81</sup>. No trânsito, o perigo criado não deriva da gênese de um risco que sematerializa em uma lesão ao bem jurídico-penal, mas da exasperação de uma conduta que por si já se expõe materialmente arriscada e supera o *standart* normativo de sua aceitabilidade social.

Luís Greco, analisando a criação de um risco juridicamente desaprovado como primeiro critério da imputação objetiva do resultado, considera desnecessária a distinção entre a criação do risco proibido e o aumento de um risco preexistente, avaliando que a importância da análise da materialização do perigo inerente ao risco recai sobre a aferição de sua criação e, posteriormente, de sua desaprovação jurídica<sup>82</sup>.

É importante destacar que Roxin analisa a diferenciação entre a criação e aumento do risco. Quanto à criação do risco, o autor considera que não deve existir

---

<sup>79</sup> Claus Roxin orienta que “Quanto ao ponto de vista do qual a questão da criação de um perigo é avaliada vale, por isso, também a prognose póstuma objetiva, com a formulação que lhe deu a Teoria da Adequação” IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 317.

Luís Greco, por sua vez, orienta a realização de uma prognose póstuma objetiva para aferição do risco que se manifesta enquanto perigo ao bem jurídico. Divergindo de Jakobs e considerando os conhecimentos especiais do agente, o autor orienta que “será perigosa aquela ação que, aos olhos de um observador objetivo dotado dos conhecimentos especiais do autor, situado no momento da prática da ação, gere real possibilidade de dano para um determinado bem jurídico” IN: GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

Ainda sobre a prognose póstuma objetiva, Paulo José da Costa Júnior, seguindo a posição de Grispigni, ao analisar a teoria da causalidade adequada, observa que: “Toma-se em consideração, neste prognóstico póstumo, não só as leis da natureza que o homem possua por sua experiência secular (conhecimento nomológico), como, ainda, as circunstâncias conhecidas pelo agente em relação ao fato concreto (conhecimento ontológico). Esta análise *ex post* é empreendida pelo magistrado, que deverá colocar-se na posição do agente, no momento da conduta levada a efeito, aquilatando daquilo que se deveria esperar seguindo os ditames da experiência.” IN: COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. São Paulo, Malheiros, 1996. p.88

<sup>80</sup> PRADO, Luiz Régis. Érika Mendes de Carvalho. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: Uma aproximação crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 77.

<sup>81</sup> ROXIN. *Op. cit.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 323

<sup>82</sup> GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 31.

imputação objetiva nos casos em que o risco formalmente proibido não gere perigo ao bem jurídico, pois, por sua insignificância, esses riscos não importam ao Direito e, conseqüentemente, as lesões decorrentes não poderão ser imputadas objetivamente ao criador do risco<sup>83</sup>.

De outro modo, a exclusão da imputação nos casos de risco permitido é decorrência da aceitação pelo Direito de parcela dos riscos inerentes a atividades em si perigosas, como o trânsito, em que a licitude da ação não parte de uma ponderação de bens como ocorre nas causas de justificação, mas de um espaço de liberdade que o Direito atribui à realização da ação perigosa<sup>84</sup>.

Cumprido ressaltar, então, que Roxin, na análise do risco proibido, toma, como primeiro critério de determinação da tipicidade, parâmetros de ponderação entre liberdade individual e necessidade de proteção ao bem jurídico, considerando a não criação do risco proibido quando a conduta não se revelar hábil a materializar o perigo ao bem jurídico. É o que se evidencia nos casos de não imputação objetiva na diminuição do risco e nos cursos causais hipotéticos<sup>85</sup>.

É necessário reafirmar, no intuito de contrapor as proposições sobre a análise dogmática do risco, que Jakobs, na imputação do comportamento, a primeira fase de imputação objetiva no juízo de tipicidade penal, utiliza critérios normativos para determinar o risco proibido.<sup>86</sup> São parâmetros: o risco permitido, o princípio da confiança, a proibição de regresso e a ação a próprio risco da vítima. Vinculando a imputação do comportamento – a criação do risco juridicamente desaprovado ou

---

<sup>83</sup> “Um comportamento que não ameaça um bem jurídico legalmente protegido de modo relevante só pode produzir o resultado por acaso, de maneira que este não poderá ser realizado de modo dirigido a um fim.” IN: ROXIN, *op cit.* p. 317

<sup>84</sup> “O protótipo do risco permitido é dirigir observando todas as regras de trânsito. Não se pode negar que o trânsito gere riscos relevantes para a vida, saúde e patrimônio, o que é comprovado de modo irrefutável pela estatística de acidentes. Ainda assim, permite o legislador o trânsito de veículos desde que seguidas determinadas regras de trânsito de veículos (desde que seguidas determinadas regras de cuidado), por exigência do bem comum, que aqui é o interesse preponderante.” IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 325.

<sup>85</sup> “Apesar de ser causa do resultado, quem pode desviar a pedra que vê voar em direção à cabeça de outrem, sem a tornar inócua, mas fazendo-a atingir uma parte do corpo menos perigosa, não comete lesões corporais.” IN: *Ibidem*. p. 313.

<sup>86</sup> “Em el ámbito que desde el punto de vista cuatitativo es el más importante para la imprudência, el tráfico viário, el riesgo permitido queda excluído de manera predominante a través de normas que prohíben determinadas puestas em peligro abstractas” IN: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 173.

risco proibido – a uma violação das expectativas de garantia do comportamento socialmente adequado presente na norma<sup>87</sup>.

Sem embargo de uma maior análise dos critérios referidos pelas duas correntes de destaque nas construções funcionalistas, que se fará no momento específico e adequado, é necessário estabelecer que, para análise do risco proibido nas relações de trânsito, deve ser reorientando o procedimento da primeira etapa da imputação objetiva, imputação ao comportamento, que deve se referir aos limites postos pelo sistema jurídico.

Pois, considerando que o Direito Penal tem a missão constitucional de proteção de bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento da pessoa no sistema social, cabe a ele controlar apenas os riscos proibidos que criem perigo de lesão e lesão ao bem jurídico. Nesse sentido, na primeira fase de análise da imputação objetiva: aferição da criação, aumento ou exasperação do risco permitido, que materializa o risco proibido, deve se limitar a analisar se a conduta do agente ultrapassa os limites legais que estabelece o limite do risco permitido. Assim, o condutor que realiza uma ultrapassagem irregular, que dirige sob efeito de substâncias entorpecentes, que invade um sinal de trânsito, sem dúvidas realiza um risco proibido, ainda que não gere perigo ao bem jurídico.

Por isso, a conduta abstratamente perigosa ao bem jurídico, que apresenta o risco proibido, é aquela que extrapola os limites legalmente estabelecidos, ainda que administrativamente,<sup>88</sup> nas regras do trânsito<sup>89</sup>. É nesse ponto, limitando-se à análise dos riscos da relação de trânsito nas condutas culposas, que o risco

---

<sup>87</sup> RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZALES, Carlos Suarez, MELIÁ, Manuel Cancio. *Um novo sistema do Direito Penal*. Considerações sobre a Teoria de Ghünther Jakobs. Tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 81-99.

<sup>88</sup> Importante destacar que a referência ao risco permitido deriva, por respeito ao princípio da legalidade, de normas de Direito Público. Roxin analisa que regulamentos privados, como normas elaboradas por um shopping center para circulação de veículos em seu estacionamento, não têm o potencial para fundamentar, por si só, uma proibição que pode se manifestar como fundamento à resposta penal. IN: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 1003.

<sup>89</sup> No Brasil, as regras estão contidas no Capítulo III do Código de Trânsito Nacional, que expõe as normas gerais de circulação e conduta, “assinala obrigações não apenas na direção do veículo, mas também nas condições do motorista e do próprio veículo. Ao longo dos dispositivos, preceitua normas para os condutores e os pedestres; para circulação dos veículos de carga ou de passeio; sobre os limites de velocidade, sobre a segurança dos veículos, sobre ultrapassagem [...]” IN: RIZZARDO, Arnaldo. *A Reparação nos Acidentes de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 288.

proibido, decorrente da não observância dos limites legais à realização da conduta, passa a equivaler à violação do dever objetivo de cuidado<sup>90</sup>, que é o pressuposto à determinação da culpa nas construções dogmáticas ontológico-dedutivas do delito<sup>91</sup>.

Entretanto, a correspondência entre dever objetivo de cuidado e risco permitido não conduz, necessariamente, à equivalência de conclusões e similitude no procedimento de aferição do comportamento descuidado e não permitido pelas diversas construções dogmáticas. Não equivalência que ganha notoriedade, sobretudo, quando se incorpora ao método das diferentes construções dogmáticas ao aferir a demonstração da autonomia do titular do bem jurídico exposto ao risco como critério de não imputação objetiva do resultado<sup>92</sup>.

Luís Greco analisa que a maior importância da teoria da imputação objetiva está no juízo de tipicidade dos crimes dolosos de resultado, uma vez que não deve existir dolo sem culpa<sup>93</sup>. Argumenta que - exceto quanto ao alcance, em que a teoria da imputação objetiva inova ao abranger os crimes dolosos - os conceitos básicos da teoria funcionalista não diferem da teoria do crime culposo, uma vez que o que houve foi uma diversidade na nomenclatura: a violação do dever objetivo de cuidado

---

<sup>90</sup> “O cuidado que se impõe ao motorista, ainda que decorra da sedimentação de observações empíricas efetuadas sobre essas atividades de circulação de veículos, que por seu turno, podem até estar contidas em instruções ou normas administrativas, está indissolavelmente vinculado à própria proibição, daí se poder dizer que esse cuidado desempenha uma função específica de estabelecer, previamente, os limites do risco autorizado”. IN: TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 246.

<sup>91</sup> GRECO, Luis. *A Teoria da Imputação Objetiva: Uma Introdução*. IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 45.

<sup>92</sup> Segundo Manoel da Costa Andrade, “o consentimento é o estatuto jurídico-penal da autonomia.” IN: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 265. A expressão da autonomia na dogmática penal não se exaure no consentimento, mas tomando-o como exemplo, para demonstrar a diversidade de sua expressão nas construções dogmáticas, cabe destacar que, seguindo a construção finalista, Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán reconhecem o consentimento como uma causa de justificação da conduta, ainda que não expressa no rol legal das causas de exclusão da ilicitude. IN: MUÑOZ CONDE, Francisco. ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal*. Parte General. Valência: Tirant lo Bllanch, 2010. p. 343. De outro modo, Günther Jakobs, sob um viés funcionalista, observa o consentimento como uma forma de exclusão da tipicidade penal, pois o consentimento está inserido no âmbito de competência da vítima, que gera a não imputação objetiva do resultado. IN: JAKOBS, Günther. *Fundamentos da Imputação Objetiva*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.29.

<sup>93</sup> GRECO, Luis. *A Teoria da Imputação Objetiva: Uma Introdução*. IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 46.

passou a ser denominada de risco proibido e o nexó de antijuridicidade chamado de realizaçáo do risco no resultado<sup>94</sup>.

Entretanto, o condutor que convida outrem a participar de uma corrida ilegal de automóveis numa via cidadina, viola um dever objetivo de cuidado, ou seja, cria um risco proibido. Se da competiçáo ilegal, um dos condutores se lesionar ou morrer, o resultado de lesáo ao bem jurídico será em decorrência da violaçáo do cuidado, portanto haverá o nexó de antijuridicidade<sup>95</sup>, ou seja, a materializaçáo do risco proibido no resultado<sup>96</sup>.

Até esse momento, observando a teoria do crime culposo, – considerando a violaçáo formal da proibiçáo e o resultado de lesáo decorrente de tal violaçáo – ambas as construções poderão ter equivalência. Vale considerar que a violaçáo do dever objetivo de cuidado e o risco proibido resultam do descumprimento da norma, ou seja, dos limites postos pelo sistema jurídico ao comportamento não permitido, não necessário, e por isso, tal descumprimento satisfaz o primeiro juízo de imputaçáo objetiva do resultado.

A teoria da imputaçáo objetiva inova na dogmática do crime culposo, entretanto, ao propiciar a abertura à apreciaçáo da expressáo da autonomia do titular do bem jurídico no juízo de tipicidade penal. Isso através da inserçáo do comportamento do titular do bem como critério de não imputaçáo objetiva do resultado nos casos de autocolocaçáo em perigo e heterocolocaçáo em perigo consentida, quando equiparável a autocolocaçáo.

---

<sup>94</sup> *Ibidem*. p. 42-46.

<sup>95</sup> Luís Greco aponta a existência do nexó de antijuridicidade, nexó normativo ou nexó de determinaçáo, capaz de vincular, no crime culposo, a açáo desvalorada, com a violaçáo do dever objetivo de cuidado, ao desvalor do resultado, lesáo ao bem jurídico. IN: *Ibidem*. p. 43-44.

<sup>96</sup> “E se o leitor suspeitar que há excessiva semelhança entre a teoria do crime culposo e a imputaçáo objetiva, só tenho a dizer que suas suspeitas são mais do que fundadas. Na verdade, e isto a doutrina alemã majoritária ainda custa a reconhecer, a imputaçáo objetiva e seus conceitos básicos nada mais são do que a teoria do crime culposo – só que com diverso nome e alcance. Diversos nomes: aquilo que anteriormente chamava do cuidado objetivo no seio da imputaçáo objetiva ganha o nome de criaçáo de um risco juridicamente desaprovado. O nexó de antijuridicidade passa a chamar-se de realizaçáo do risco. Mas, substancialmente, trata-se da mesma problemática, com idênticos fundamentos e idêntica soluçáo.” IN: *Ibidem*. p. 44-45.

### 1.1.2 A insuficiência da violação do dever objetivo na realização do tipo objetivo

Doutrina<sup>97</sup> e jurisprudência<sup>98</sup>, no Brasil, sob maior influência do finalismo, orientam a ocorrência da culpa com a violação das normas que impõem um dever objetivo de cuidado ao autor<sup>99</sup>. O dever de cuidado, que tem como forma de manifestação a diligência, a prudência e a perícia<sup>100</sup>, procede do respeito às regras de regulação, aferidas objetivamente, como necessárias à proibição de uma lesão ou um perigo de lesão ao bem jurídico: desautoriza, assim, a realização de comportamentos que tornam possível e previsível a realização do perigo socialmente desnecessário ao bem jurídico.

É necessário destacar que o finalismo evoluiu na análise e construção de um método capaz de desenvolver uma teoria do delito culposo desvinculada das limitações da determinação do injusto a partir, apenas, da demonstração descritiva do fato social danoso<sup>101</sup>. Nesse sentido, a teoria da ação final superou o

<sup>97</sup>“Como exemplo, Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho expõem que “O que realmente importa na configuração do injusto culposo vem a ser a infração do cuidado objetivo devido, ou seja, a presença da conduta descuidada (ou agir sem cautela, conduta perigosa antecedente).” IN: PRADO, Luiz Régis. CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 307

<sup>98</sup>“HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO NACIONAL. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS ELEMENTARES DO DELITO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. [...] 4. A inobservância do dever de cuidado caracterizador da imprudência decorreu da condução do veículo, pelo paciente, em via pública com desrespeito aos limites de velocidade, ocasionando a morte da vítima, circunstâncias elementares do tipo.” IN: (STF - HC: 117599 SP, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 03/12/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-031 DIVULG 13-02-2014 PUBLIC 14-02-2014).

<sup>99</sup>“O Direito exige para a realização das diversas ações da vida social uma determinada diligência ou cuidado. A medida desse cuidado é objetiva, porque está em função da necessidade de proteção aos bens jurídicos e das exigências da vida social.” IN: BRANDÃO, Claudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 84.

<sup>100</sup> Nesse sentido, André Luís Callegari que considera como formas de manifestação a imprudência, a negligência e a imperícia constante no modo pelo qual se exterioriza a atuação do agente. Segundo o autor, através das formas de manifestação da violação do dever objetivo de cuidado “pode ser perceber é que se pune a violação ao dever de cuidado, e não precisamente o resultado que a conduta ocasionou. [...] [A imprudência] configura-se uma atitude positiva, como, por exemplo, conduzir veículo em excesso de velocidade. [...] [A negligência] caracteriza-se por uma atitude negativa do agente que não faz algo que deveria, um estado de inércia, como o, por exemplo, deixar uma arma de fogo ao alcance de uma criança. [...] Configura-se imperícia a falta de aptidão, habilidade técnica para o exercício de arte ou profissão a ser praticada. [...] Temos como exemplo o caso do motorista profissional que conduz seu veículo sem possuir a necessária competência.” IN: CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 107-108

<sup>101</sup> Beling orienta que “Una reprobación menor se da para aquel que rechazó subjetivamente el pensamiento de cometer una ilicitud; pero que no tomó suficientemente en serio la posibilidad de

caráteravalorado que recaia sobre a ação na construção causal naturalista do fato punível, que igualava conduta culposa e dolosa, fazendo da causação de qualquer lesão uma conduta, por si só, penalmente relevante. Nesta construção, a culpa era apenas uma espécie reduzida de culpabilidade com a função de vínculo psicológico entre o acontecer causal, que modificava o mundo exterior, e o seu autor<sup>102</sup>.

Ao analisar a culpa como espécie de culpabilidade, o sistema desenvolvido por Franz von Liszt e Ernest Beling, passou a considerar qualquer causação prevista de um resultado em um comportamento jurídico-penalmente proibido, uma vez que o injusto se satisfaria apenas com a aferição de elementos objetivos contidos no processo causal do resultado.<sup>103</sup>

A teoria finalista da ação, superando a concepção inicial que vinculada à conduta culposa a ação com a finalidade potencial<sup>104</sup> do agente, foi importante para qualificar

---

obrar antijurídicamente, o que no era consciente en absoluto de esa posibilidad; pero que con oportuno cuidado habría advertido la ilicitud y com ello habría podido y debido desistir de su resolución: grado menor de culpabilidad: *culpa* (en sentido estricto), imprudencia.” IN: BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal*. La Doctrina del Delito-Tipo. Colección Clásicos del Derecho. Buenos Aires: El Foro, 2002. p. 72. Para Mezger, “La culpa (en sentido estricto) es una forma especial de la reprochabilidad, esto es, una forma especial de la culpabilidad, más leve frente a su forma básica. Como regla general, la culpa es punible solamente si la ley la conmina con pena.” IN: MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1958. p. 256.

<sup>102</sup> POPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Tradução Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p.03. RAMIREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Barcelona: PPU, 1994. p. 379. “A culpa, na concepção clássica do delito, representava uma forma menor de culpabilidade orientando que a responsabilidade decorre de uma relação psicológica e superficial representada pela previsibilidade do evento.” IN: TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 28.

<sup>103</sup> Segundo von Lizst, “Culpa é o não-conhecimento, contrario ao dever, da importância da acção ou da omissão com a causa. Contraria ao dever e a ausência de conhecimento, quando o agente o podia e devia obter. Acção culposa é consequentemente a causação ou não impedimento, por acto voluntário, de um resultado que não foi previsto, mas que podia ser.” IN: LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Traduzido por Dr. José Hygino Duarte Pereira. São Paulo: F. BRIGUIET & C, 1899. p. 291. Para Bauman “Quien realiza el tipo sin causa de justificación, comete lo injusto, siendo completamente indiferente la intención que tiene al respecto. La forma de culpabilidad por culpa se caracteriza, comúnmente, por ser contraria al deber de determinar la voluntad y (en los delitos de resultado) cie prever el resultado.” IN: BAUMAN, Jürgen. *Derecho Penal*. Conceptos Fundamentales y Sistema Introducción a la Sistemática sobre la Base de Casos. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 265.

<sup>104</sup> Luís Luize apresenta que, “Enquanto na conduta dolosa a finalidade se apresenta como real, orientando efetivamente a ação para concreção do tipo, na conduta culposa a finalidade, isto é, o fim querido, não tem existência concreta, já que o resultado efetivo não é representado como o fim da conduta. Existiria, pois, uma finalidade potencial, uma vez que o agente podia ter evitado a lesão do bem jurídico, dando à conduta uma outra direção, isto é, a direção querida, escolhendo com adequação os meios e os usando com acerto, para que outro resultado que não o lesivo fosse efetivamente o concretizado. O delito culposos, pois, com base nesse enfoque, consiste em uma conduta que dá causa a uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, mas que, se observada a



e delimitar o âmbito de proibição referente à punição do fato social que resulta na causação de uma lesão. Assim, além do desvalor do resultado, aferível pela lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, com a teoria finalista da ação, a finalidade, inerente à conduta humana, traz a necessidade de avaliação do desvalor da ação, sendo relevante ao sistema penal apenas a conduta final que realize de modo negligente, imperita ou imprudente<sup>105</sup>.

Com o finalismo, houve a adoção de um injusto pessoal, com a valoração da ação final na concepção do tipo penal.<sup>106</sup> Com a adoção da teoria normativa pura da culpabilidade<sup>107</sup>, a culpa passou a integrar o fato típico<sup>108</sup>, atribuindo uma maior relevância à tipicidade no método de aferição do crime culposos<sup>109</sup>.

---

diligência adequada, era evitável.” IN: LUIZI, Luis. *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987. p. 77.

Luís Régis Prado e Erika Mendes de Carvalho criticam o critério da finalidade potencial argumentando que, “Em síntese, pode-se elencar dois motivos fundamentais que impedem a sua adoção [finalidade potencial da ação nas condutas culposas]: 1) com o critério da finalidade potencial não se consegue um conceito unitário de ação, pois enquanto para o delito doloso a ação é real, para o culposos haveria uma ação possível. Potência e ato são coisas completamente distintas. Haveria um conceito de ação para o delito doloso (ação real) e outro para o delito culposos (ação potencial); 2) com esse critério está se antecipando ao conceito de ação a culpabilidade.” IN: PRADO, Luiz Régis. CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: Uma aproximação crítica a seus fundamentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 222.

<sup>105</sup> “O tipo de homicídio culposos, por exemplo, não se resume apenas na conduta voluntária do agente que causou a morte de um homem, mas na conduta concretizada de modo imprudente, negligente ou imperito, que foi a determinante na morte da pessoa. O que leva, pois, à tipificação do fato e a sua consequente apenação, não é apenas, nos delitos culposos, a desvalia do resultado ou da situação de perigo, mas, também – e principalmente – o desvalor da conduta do agente. Inexistente este, a simples causação do resultado é irrelevante.” IN: LUIZI. *Op. cit.* p. 74.

<sup>106</sup> “El tipo de injusto de los delitos culposos, como el de los delitos dolosos, tampoco se esgota en una lesión de bienes jurídicos, sino que presupone un determinado disvalor de acción y contiene, asimismo, un injusto ‘personal’”. IN: WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. P 136

<sup>107</sup> Segundo Sebastian Mello, “Em meados da década de 30, começam a aparecer trabalhos que fazem a separação entre dolo e culpabilidade, que terminam por ser precursores do finalismo, do conceito pessoal de injusto e da teoria normativa pura da culpabilidade.” IN: MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade: O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em face da Dignidade da Pessoa Humana*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 155.

<sup>108</sup> Segundo Roxin, “Según la concepción moderna y que se ha convertido en casi unánime, la imprudencia es un problema de tipo. Una conducta imprudente puede estar justificada o exculpada en el caso concreto; pero en el tipo se decide si era imprudente. [...] La concepción personal del injusto del finalismo, que ya trasladó el dolo desde la culpabilidad al tipo subjetivo, ha contribuido también por tanto sustancialmente a la reforma de la sistemática de la imprudencia.” IN: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 997-998.

<sup>109</sup> “Se alguém, por exemplo, dirigindo em excesso de velocidade, atropelasse outrem, o processo de imputação de responsabilidade ao motorista estaria fundamentado pelo fato de haver causado o atropelamento e a consequente morte ou lesão do pedestre (esquema causal), ou porque não havia observado um mínimo de direção finalista para evitar esse fato (esquema finalista).” IN: TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 04

Para os finalistas, assim, a conduta culposa se caracteriza como a inobservância do dever de cuidado objetivo inerente a uma ação que produz um resultado não desejado, ainda que previsível e evitável. Na conduta sempre há uma finalidade, que no caso da culpa é lícita, mas ela, a culpa, decorre da inadequada escolha ou uso dos meios, pelo agente, para alcançar seus fins, havendo uma divergência entre a conduta realizada mal dirigida no plano fático, e a idealizada como perita, prudente e cuidadosa no plano normativo<sup>110</sup>.

Nesse sentido, o agente que dirige um automóvel em velocidade além da permitida numa via e causa a morte não dolosa de um transeunte, realiza uma ação finalista que é a direção veicular, mas tal finalidade não será mais relevante que a forma de utilização do automóvel, uma vez que o desvalor da ação, nesse caso, não se afere pelo fim almejado, mas através da escolha e da forma de utilização do meio que o agente dispôs como instrumento à realização de sua ação<sup>111</sup>.

Nos crimes culposos de trânsito, a construção finalista da culpa pela violação do dever objetivo de cuidado, quando evitável e previsível a lesão, observa-se, por exemplo, com as condutas que ultrapassam o excesso de velocidade<sup>112</sup>, desrespeitam a preferência de passagem<sup>113</sup>, realizam manobras irregulares<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup>“Tanto en el delito doloso como en el culposo hay una acción con finalidad real; pero que mientras en el delito doloso lo que interesa destacar, desde un punto de vista jurídico penal, es la dirección del proceso desde el fin, en el delito culposo lo que aparece relevante es el *modo o forma* como se ha llamado esa dirección desde el fin”. RAMIREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Barcelona: PPU, 1994. p. 383.

<sup>111</sup> BITENCOURT. Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 104-105.

“No tipo culposo o fim último orientador e estruturador da conduta é penalmente irrelevante, mas, ou na escolha dos meios, ou no uso destes, ou ainda, nos dois momentos, para concreção do objetivo escolhido, o agente não agiu com o cuidado necessário e, devido a essa falta de diligência, a conduta, ao invés de causalmente levar ao fim proposto, produziu um evento lesivo e penalmente relevante.” IN: LUIZI, Luis. *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987. p. 80.

<sup>112</sup> “Penal. homicídio culposo. acidente de trânsito. inobservância do dever de cuidado objetivo. absolvição por atipicidade. culpa exclusiva da vítima. inadmissibilidade. condenação mantida. 1. falta com o dever de cuidado objetivo o motorista que, dirigindo em velocidade excessiva e sem cnh, atinge motocicleta a sua frente, levando o motorista a óbito em razão das lesões corporais sofridas. 2. não obstante a vítima ter contribuído na eclosão do evento que lhe retirou prematuramente a vida, a responsabilidade penal do acusado é de rigor, não havendo compensação de culpas no direito penal. 3. recurso não provido.” [ainda que a vítima trafegasse pelo acostamento na direção contrária e não sinalizou a mudança de faixa, conduta esta determinante para a ocorrência da colisão.] IN: (tj-df - apr: 20100610088982 df 0008750-55.2010.8.07.0006, relator: cesar laboissiere loyola, data de

O caráter ontológico dado à ação no finalismo, no entanto, com a maior relevância do desvalor da ação no juízo de tipicidade mostrou-se insuficiente, numa apreciação funcionalista, para alcançar os fins de política criminal no sistema social. O finalismo não consegue explicar suficientemente o fundamento da ação culposa, pois o resultado lesivo não está inscrito na finalidade do agente, que é uma ação irrelevante ao sistema penal. Isso decorre da essência do tipo culposos, que é constituído de elementos essencialmente normativos - previsibilidade e evitabilidade - que não tem referência fática no ser, mas dependem de uma construção jurídica que lhes atribui significado<sup>115</sup>.

---

juízo: 15/05/2014, 2ª turma criminal, data de publicação: publicado no dje : 26/05/2014 . pág.: 209).

<sup>113</sup> Penal e processo penal. Delito de trânsito. Homicídio culposos. Absolvição. Impossibilidade. Culpa exclusiva da vítima não evidenciada. Comprovação da violação do dever de cuidado objetivo do réu. Idoneidade do laudo pericial incontestável. Sentença condenatória mantida. 1. Comprovado por meio de prova pericial que o acidente ocorreu pela inobservância do dever de cuidado por parte do réu, condutor de um dos veículos envolvidos, deve ele responder pelo resultado a que deu causa. 2. o fato de a vítima estar embriagada e trafegando em velocidade superior a permitida para a via não exime o réu da responsabilidade por ter quebrado a regra objetiva de cuidado, já que o acidente poderia ter sido evitado porque o veículo conduzido pela vítima tinha a preferência de passagem em via de trânsito rápido quando foi interceptado pelo veículo conduzido pelo réu que, saindo do retorno, adentrou na pista de rolamento sem a cautela devida e exigida para o local. IN: (tj-df - apr: 20130510013512 df 0001330-94.2013.8.07.0005, relator: humberto adjuto ulhôa, data de julgamento: 15/05/2014, 3ª turma criminal, data de publicação: publicado no dje : 20/05/2014 . pág.: 255)

<sup>114</sup> Penal e processo penal. código de trânsito brasileiro. apelação criminal. denunciado e condenado pelo crime de homicídio culposos na direção de veículo automotor cometido por agente que não possuía carteira de habilitação (art. 302, parágrafo único, i, da lei nº 9.503/2006). apelo defensivo objetivando a absolvição em razão da precariedade da prova produzida. pleito de inexistência de violação do dever objetivo de cuidado por parte do acusado. tentativa da defesa de atribuir a responsabilidade pelo acidente à vítima. sustenta que a vítima descumpriu regras de trânsito imprimindo velocidade excessiva e trafegava em sua moto com os faróis apagados. não comprovação do alegado. cita o princípio da confiança nas relações de trânsito para fundamentar a ausência de previsibilidade do evento. não assiste razão a defesa. autoria e materialidade suficientemente demonstrada. [...] realização de uma manobra irregular pelo apelante que consistiu em dobrar o veículo que conduzia à esquerda para rua são jerônimo, não atentando ao tráfego de veículos e vindo a colidir com a motocicleta da citada vítima que trafegava em sua mão de direção. violação ao dever objetivo de cuidado. culpa da vítima não comprovada. em todo o caso a culpa concorrente não seria causa de exclusão da responsabilidade penal. comprovação de que o acusado não possuía permissão para dirigir. não possuía carteira. acusado paraplégico com o carro supostamente adaptado, porém, não regularizado junto ao DETRAN afirmou que se a moto estivesse dentro de uma velocidade permitida, ou mesmo, que tivesse reduzido a velocidade, o acidente até poderia acontecer, mas seria menos grave. por fim, que em nenhum momento a vítima fez redução de marcha da moto, da mesma velocidade que veio continuou. [...]. não se pode olvidar que mesmo no caso de culpa concorrente da vítima, ela não seria causa de exclusão da responsabilidade penal." IN: (tj-rj - apl: 00294150620088190014 rj 0029415-06.2008.8.19.0014, relator: des. jose muinos pineiro filho, data de julgamento: 02/12/2014, segunda câmara criminal, data de publicação: 22/12/2014 12:48)

<sup>115</sup> POPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Tradução Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

Nesse sentido, na essência da culpa, não deve preponderar uma análise sobre a finalidade lícita ou quanto à irregularidade de escolha e uso dos meios pelo agente, mas, de outro modo, a aferição por critérios normativos de imputação do risco proibido que, *a posteriori*, se realiza num resultado contido no alcance do tipo penal<sup>116</sup>.

Numa virada metodológica, as correntes funcionalistas consideram insuficiente a inobservância do dever objetivo de cuidado para caracterização do tipo objetivo da conduta culposa. Parte, então, da análise do risco, princípio do risco<sup>117</sup>, como pressuposto para o juízo de tipicidade penal nos crimes culposos.

Segundo Jakobs, é normal que uma ação que cause uma lesão ao *bem jurídico*<sup>118</sup> seja uma ação lícita, ou seja, possa causar lesão ao bem, mas não viole a norma. A realização de uma ação arriscada, por si só, não é fundamento para qualificação de um comportamento proibido, ainda que seja previsível a quem age arriscadamente, o resultado lesivo.<sup>119</sup> Nesse sentido, quem constrói uma estrada, quem produz uma motocicleta, quem comercializa um veículo, ainda que cause um resultado previsível não são ações proibidas<sup>120</sup>.

<sup>116</sup> IN: PRADO, Luiz Régis. CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: Uma aproximação crítica a seus fundamentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 222.

<sup>117</sup> Para Antônio Luís Chaves Camargo, seguindo o pensamento de Roxin, “O princípio do risco, criação ou incremento de um risco proibido pelo ordenamento jurídico, pautou todo o desenvolvimento da teoria do delito, estabelecendo-se sua aplicação aos crimes comissivos que exigem um resultado no mundo exterior, separado, no tempo e no espaço, da ação do autor. [...] Desta forma, o princípio do risco, dentro de uma visão argumentativa do agir comunicativo, pode ser o caminho para a definição do tipo objetivo, em todos os crimes, quer sejam comissivos, omissivos ou culposos (culpa *strictu sensu*.” CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 189-190.

<sup>118</sup> Para Jakobs a finalidade do Direito Penal é a proteção da norma que protege a identidade do sistema social, busca a estabilização da vigência da norma. O bem jurídico, nesse caso, tem existência fora do mundo jurídico, mas não possui um substrato formal. “Na concepção de Jakobs, o Direito Penal obtém sua legitimação material de sua necessidade para garantir a vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas de que depende a própria configuração ou identidade da sociedade) diante das condutas que expressam uma regra de comportamento incompatível com a norma correspondente e colocam nesta, portanto, uma questão como modelo geral de orientação no contato social.” IN: RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZALES, Carlos Suarez, MELIÁ, Manuel Cancio. *Um novo sistema do Direito Penal. Considerações sobre a Teoria de Ghünther Jakobs*. Tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 03. “[...] a crítica de Jakobs à doutrina do bem jurídico centra-se na ideia de que, inclusive, os bens jurídicos que devem ser protegidos pelo Direito Penal não gozam de proteção absoluta em uma sociedade que permite, numa medida muito considerável, o sacrifício de bens para possibilitar um contato social.” *Ibidem*. p. 39

<sup>119</sup> JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 172

<sup>120</sup> POPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Tradução Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 04.

É nesse sentido que Roxin considera insuficiente para materialização do perigo juridicamente relevante à vida a violação da proibição por uma manobra irregular praticada pelo condutor de um veículo automotor. Analisa que, aquilo que é perigoso em abstrato, pode não o ser em concreto, sendo necessário aferir as circunstâncias específicas do caso, ou seja, que o condutor, com a majoração do risco além do permitido, crie um perigo efetivo de lesão ao bem jurídico<sup>121</sup>.

Não é raro encontrar na jurisprudência nacional decisões que compreendem a necessidade da ligação entre a violação do dever objetivo de cuidado, criação de um risco não permitido, e a necessidade de se observar a lesão ao bem jurídico como consequência de tal violação.<sup>122</sup> Nesse caso, a determinação da culpa ultrapassa o dever de cuidado, observável no primeiro nível de imputação, na busca da aferição

---

<sup>121</sup> Nesse sentido, expõe decisão do BGH que considerou: “[...] ultrapassagens em cruzamento com visibilidade e condução devida, em si não perigoso. O perigo só pode ser produzido mediante uma falha grave do condutor, não é viável afirmar a previsibilidade do acidente unicamente em virtude da infração da proibição em ultrapassar.” IN: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, Parte General. Tomo 1: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. 2ª Edición. Madrid: Civitas, 1997. p. 1002.

<sup>122</sup> CRIMINAL. RESP. DELITO DE TRÁNSITO. RESPONSABILIDADE PENAL. DELITO CULPOSO. RISCO PERMITIDO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPUTABILIDADE OBJETIVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. AUSÊNCIA DE CORRESPONDÊNCIA COM A PENA SUBSTITUÍDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. I. De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma. II. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável. III. Hipótese em que o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito (criou um risco não permitido), causando resultado jurídico abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado - morte da vítima, atraindo a incidência da imputabilidade objetiva. IV. As circunstâncias que envolvem o fato em si não podem ser utilizadas para atrair a incidência da teoria do risco permitido e afastar a imputabilidade objetiva, se as condições de sua aplicação encontram-se presentes, isto é, se o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito, causando resultado jurídico que a norma visava coibir com sua original previsão. V. O fato de transitar às 3 horas da madrugada e em via deserta não pode servir de justificativa à atuação do agente em desconformidade com a legislação de trânsito. Isto não é risco permitido, mas atuação proibida. VI. Impossível se considerar a hipótese de aplicação da teoria do risco permitido com atribuição do resultado danoso ao acaso, seja pelo fato do agente transitar embriagado e em velocidade acima da permitida na via, seja pelo que restou entendido pela Corte a quo no sentido de sua direção descuidada. VII. A averiguação do nexos causal entre a conduta do réu, assim como da vítima, que não teria feito uso do cinto de segurança, com o resultado final, escapa à via especial, diante do óbice da Súmula 07 desta Corte se, nas instâncias ordinárias, ficou demonstrado que, por sua conduta, o agente, em violação ao Código de Trânsito, causou resultado abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado. VIII. Não há simetria entre a pena pecuniária substitutiva e a quantidade da pena privativa de liberdade substituída. IX. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. IN: (STJ - REsp: 822517 DF 2006/0038086-0, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 12/06/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.06.2007 p. 697) [Grifo nosso]

do modo em que o resultado se produziu e, assim, determinar tal resultado como obra culposa do agente.

A teoria da Imputação Objetiva, por isso, enriquece a análise do curso causal, determinando o comportamento proibido com o confronto entre a violação de um dever de cuidado e a causação de um resultado por tal violação. Passa a observar a criação de um risco não permitido através da inobservância de uma norma de cuidado apenas como um primeiro pressuposto à determinação de um comportamento ilícito<sup>123</sup>.

Cabe reafirmar que a violação de uma regra administrativa de organização, como, por exemplo, as normas de circulação constantes no artigo 29 do Código de Trânsito Brasileiro, geram o risco não permitido, que sinaliza a possibilidade de um resultado que poderá acontecer ou não, uma vez que este pode ser evitado de outra forma<sup>124</sup>.

É importante destacar que Roxin analisa a imputação objetiva como uma construção capaz de elaborar um sistema satisfatório para determinação do tipo culposo. Nesse sentido, orienta que o dever objetivo de cuidado, a previsibilidade e a evitabilidade, bases da construção da tipicidade do crime culposo no âmbito finalista, são conceitos superficiais que podem ser substituídos por critérios inerentes à teoria da imputação objetiva. Sugere, assim, que a análise dos riscos assuma um papel principal na aferição do comportamento proibido e do resultado lesivo ao bem jurídico<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup>POPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Tradução Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 04.

<sup>124</sup>ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. Madrid: Civitas, 1997. p 1002.

<sup>125</sup>Roxin considera que, "teoricamente, todos os cursos causais possíveis segundo uma lei natural são previsíveis. O decisivo é aquilo que, de acordo com parâmetros jurídicos, se é obrigado a prever – e é exatamente isto que é determinado pelos critérios de imputação. [...] Quando se dizem inevitáveis, e portanto, não culposos, os acidentes de trânsito ocorridos apesar do respeito a todos os dispositivos legais, isto corresponde à linguagem cotidiana, porém não se trata de uma expressão juridicamente exata, pois é claro que os riscos ligados ao trânsito de veículos são evitáveis, bastando que nele não se participe, e se ande a pé. A razão decisiva para inexistir culpa está em que, em tais acidentes, o que se realiza é um risco permitido. A argumentação através da inevitabilidade é completamente supérflua [...] A violação do dever de cuidado nada mais é que uma denominação que compreende em si os pressupostos cuja existência leva à criação de um risco juridicamente desaprovado. Mas uma caracterização desses pressupostos já não consegue ele fornecer. Ela só pode ser obtida através de normas jurídicas, normas de trânsito, princípio da confiança, a figura comparativa diferenciada etc." IN: ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº39. Julho – Setembro de 2002. p. 21-22

Juarez Tavares expõe que Roxin tem razão ao vincular a violação do dever de cuidado à demanda de realização de uma conduta que exceda o risco permitido, sendo que tal excesso represente, posteriormente, um perigo ao bem jurídico. Nesse sentido, a culpa se relaciona não somente a infração à norma, mas, com maior relevância ao incremento ou aumento do risco ao bem jurídico<sup>126</sup>.

Por isso, é possível que a ação do condutor de um veículo automotor, que trafega numa velocidade além da permitida, e atropela um pedestre, não seja típica. Isso pode ocorrer, por exemplo, nas situações em que não se apresentem a realização do risco produzido pelo condutor no resultado lesivo ao bem jurídico, além das situações nas quais o resultado não se encontra no alcance do tipo penal<sup>127</sup>.

Nesse contexto, a proposta de Roxin é que a imputação objetiva ao tipo não se esgote nos critérios contidos na primeira fase de imputação, que compreende a criação do risco juridicamente não tolerado. Propõe, assim, a análise sobre critérios que normativos dispostos a avaliar a ausência de realização do perigo; a não realização do perigo não permitido; o perigo fora do fim de proteção da norma de cuidado; e, por fim, a realização de comportamento alternativo conforme ao direito<sup>128</sup>.

Jakobs critica a evitabilidade individual como pressuposto da culpa, que atribui o significado à ação culposa a partir da interpretação singular do comportamento, no âmbito finalista, e propõe que a significação da ação socialmente relevante, e

<sup>126</sup> Juarez Tavares afirma que “atendendo a que a ordem jurídica deve preservar, em primeiro plano, a liberdade de atuação, uma conduta perigosa, por si mesma, não pode ser objeto de referência de uma norma proibitiva ou mandamental, senão na medida em que tenha ultrapassado os limites do risco autorizado. [...] Em princípio, uma conduta perigosa pode ser proibida pelo direito administrativo, no sentido de que só seja realizada cuidadosamente, ou até mesmo não seja realizada. Mas a sua imputação penal depende de que essa conduta, assim caracterizada como descuidada, sejam agregadas outras condições de modo a estabelecer uma perfeita delimitação das zonas do lícito e do ilícito, o que se faz mediante o processo argumentativo, por exemplo, da noção de criação ou aumento do risco, tal como propõe Roxin.” IN: TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 245.

<sup>127</sup> “La teoría de la imputación objetiva suele condensarse en la siguiente fórmula: el tipo de un delito de resultado sólo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis a) ha generado un “riesgo ‘juridicamente desaprobado’ y b) este riesgo se ha ‘realizado en el resultado’”. IN: MELIÁ, Manuel Cândia de. *Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva*. IN: Imputação Objetiva e Dogmática Penal. GONZÁLEZ, Mireya Bolaños. Mérida: Producciones Karol, 2005. p. 91.

<sup>128</sup> ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 326-335.

consequentemente relevante ao sistema penal como subsistema social, decorre de um esquema social de comunicação. Desse modo, refuta uma concepção antropológica na análise da ação, orientando que a sua expressão de sentido decorre de um processo de comunicação social que qualifica o comportamento como condição determinante ao resultado<sup>129</sup>.

Nesse sentido, o injusto culposo obedece a critérios objetivos ligados à necessidade de organização e motivação contida numa expectativa direcionada ao portador de um papel normativo socialmente relevante à manutenção da norma de cuidado.<sup>130</sup> Nesse sentido, propõe que a imputação objetiva do resultado perpassa pela imputação do comportamento que se vincula à garantia de não realização do risco proibido.<sup>131</sup> Posteriormente, realiza a imputação objetiva do resultado ao comportamento perigoso que se evidencia como gerador do curso causal que deveria organizar a inocorrência do resultado,<sup>132</sup> ou seja, imputa-se os danos decorrentes do risco não permitido decorrentes da competência de organização do autor<sup>133</sup>.

Assim, o condutor de um veículo automotor que dirige alcoolizado, tendo em sua carona a vítima, realiza um comportamento não permitido e impõe a sua organização à vítima através de um risco que pode se transformar em lesão que só poderá ser explicada pelo risco do autor. No entanto, para Jakobs o risco do agente

<sup>129</sup> “Exemplo: quem, conduzindo um automóvel, não se dá conta que está superando a velocidade máxima permitida, porque não lhe interessa se a está respeitando ou não, declara por meio de seu comportamento que a regulação relativa a velocidade não tem importância.” IN: JAKOBS, Ghünther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 67.

<sup>130</sup> “Toda direção da ação tem unicamente um significado indicativo; indica a falta da única coisa que se garante por meio do direito penal: disposição para cumprir a norma.” IN: *Ibidem*. p. 81.

<sup>131</sup> “No tratamento da imputação objetiva é gerada, habitualmente, uma separação em dois âmbitos de problemas. No primeiro, trata-se de separar o comportamento não permitido, é dizer, a violação do papel de um cidadão fiel ao Direito, do comportamento permitido, isto é, aquele comportamento que é conforme ao papel do cidadão. Nesse âmbito se tratará o risco permitido e o princípio da confiança, ademais das ações a próprio risco da vítima, as regras aplicáveis em caso de participação, é dizer, a proibição de regresso, e, em geral, todas as determinações dos âmbitos de responsabilidade, incluindo as posições de garantia [...] no primeiro âmbito se trata de determinar o comportamento socialmente perturbador, e, portanto, ao menos há uma tentativa de delito. No segundo âmbito se analisa um se um resultado constitui a continuação dessa tentativa até a consumação.” IN JAKOBS, Ghünther. *Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 76-77.

<sup>132</sup> RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZALES, Carlos Suarez, MELIÁ, Manuel Cancio. *Um novo sistema do Direito Penal*. Considerações sobre a Teoria de Ghünther Jakobs. Tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003., p. 93-94.

<sup>133</sup> *Ibidem*. p. 84.



por si só não representa socialmente um delito culposo<sup>134</sup>, mas uma situação não planejada de circunstâncias que gradua o perigo de lesão a que se expõe a vítima. Nesse sentido, se a vítima, dentre as alternativas, livre e conscientemente, pede carona ao condutor alcoolizado, então, a vítima arroga a sua organização à do condutor, sendo o dano explicável a partir da sua ação a próprio risco, considerando que as suas expectativas individuais não superam as sociais vinculadas ao seu papel<sup>135</sup>.

Frente ao exposto, a violação das normas gerais de trânsito, que regulam o tráfego viário, conduz à ruptura do dever objetivo de cuidado que equivale à criação do risco proibido. No entanto, o tipo culposo se reveste de uma forma especial de imputação da responsabilidade penal de caráter aberto e normativo, disso decorre que a explicação da ação culposa não deve se fundamentar nas apreciações ontológicas vinculadas a finalidade individual contida numa ação.

De outro modo, o perigo de lesão ou a própria lesão ao bem jurídico são fenômenos afeitos ao resultado do risco proibido. Por isso, os parâmetros de imputação objetiva que se desenvolvem a partir de um juízo de periculosidade do risco, como, por exemplo, a diminuição do risco sem a modificação do curso causal inicial ou o caso dos cursos causais hipotéticos, devem ser analisados como hipóteses em que o risco criado ou majorado com a inobservância da norma, risco proibido, não se materializa no resultado de perigo de lesão ou lesão ao bem jurídico.

Sem prejuízo da análise que se realizará, a construção funcionalista penal é relevante na discussão da tensão entre a autonomia e o caráter público do direito penal, entre o individualismo e o coletivismo, que tem reflexos importantes na dimensão da responsabilidade penal, especialmente nos casos em que o resultado

---

<sup>134</sup> Imprescindível observar que, considerando o sistema jurídico-penal brasileiro, o exemplo descrito, ainda que insuficiente num viés funcionalista sistêmico a caracterizar o crime de homicídio culposo, é observado como crime doloso, conforme disposto no artigo 306 da Lei 9503/97, crime doloso. “Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012) Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.” IN: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm). Acesso em 15 de janeiro de 2016.

<sup>135</sup> JAKOBS, Ghünther. *Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 82-83.

lesivo não se pode explicar sem considerar a interação dos perigos produzidos pelo agente e pelo próprio titular do bem jurídico na sobreposição de riscos permitidos, como presente nas relações de trânsito, que se materializa em um resultado lesivo ao bem desse titular.

## 1.2 CONCLUSÕES PRELIMINARES

Numa ordem vinculada ao Estado Social e Democrático de Direito, o direito penal deve respeitar o valor humano da pessoa. A intervenção penal passa a se referenciar na proteção subsidiária dos bens mais importantes ao ser humano em sociedade. Nessa compreensão, o comportamento do titular do bem jurídico pode gerar a atipicidade da conduta de um terceiro quando for necessário adequar a intervenção penal à autonomia, expressão do valor humano.

Numa compreensão funcional sistêmica da sociedade, em que as pessoas compõem uma unidade e que só possuem identidade dentro da significação atribuída pelo sistema, analisa-se, frente a uma lesão, qual o comportamento violou as expectativas normativas que garantem a ordem dos valores do sistema, sendo o comportamento da vítima, não há imputação ao terceiro interveniente no perigo.

A construção funcionalista na dogmática do crime culposos, assim, avança no tratamento jurídico-penal de situações complexas dadas pela contemporaneidade desagrandando o espaço de liberdade desnecessário ao controle social. O tratamento funcional da estrutura normativa dos crimes culposos possibilita a mudança do direito penal a fins justos atrelados à política criminal que se extrai identidade social do sistema.

A posição que se segue é que a teoria da imputação objetiva viabiliza o fundamento e parâmetros ao juízo de tipicidade penal nos delitos culposos. Nesse caso, a primeira etapa de imputação, risco proibido, é formada pela aferição da conduta no âmbito do risco permitido que é definido pelos limites contidos na norma jurídica de cuidado. Os demais critérios, que partem da ponderação, como o incremento do risco e a existência de cursos causais hipotéticos, são observados na análise da

realização do risco com a explicação do resultado a partir do comportamento proibido do agente, etapa que antecede a aferição de se o resultado se encontra ou não no âmbito do alcance do tipo penal.

## 2 A INSUFICIÊNCIA DAS CONSTRUÇÕES AXIOMÁTICO-DEDUTIVAS DO DELITO A UMA JUSTA VALORAÇÃO DOS ESPAÇOS DE PROIBIÇÃO

Enquanto sistema de controle social, o direito penal atua determinando os espaços de proibição ao exercício da liberdade, restringindo as manifestações da autonomia que se materializam como inaptas ao convívio humano no sistema social.<sup>136</sup> Nesse sentido, a ciência do direito penal, elevando a necessidade de adequação entre o controle social e o valor humano, ressalta, historicamente, o desenvolvimento de construções sistêmicas hábeis a orientar a intervenção punitiva com a limitação do fato social que representa uma lesão aos valores necessários à manutenção da sociedade<sup>137</sup>.

O Direito penal retira da concepção material do fato social o fundamento à proibição<sup>138</sup> e, posteriormente, da aferição da relação entre o comportamento lesivo, proibição e sanção chega ao objeto hábil a justificar a elaboração de construções

---

<sup>136</sup>Bustos Ramires e Hormazábal Malaree consideram o controle penal como um sistema de controle social formal de resposta ou reação, para eles: “El control penal es un sistema de control reactivo, integral y formalizado. Su grado de formalización es alto y con predominio del texto escrito. Su formalización se manifiesta en todos los niveles de la dinámica penal. Desde el momento de la definición del delito hasta la ejecución penal e incluso más allá cuando cumplida la condena, el propio sistema mantiene un control sobre el que ha delinquido.” IN: RAMIREZ, Juan Bustos. MALAREE, Hernan Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen 1. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 19.

<sup>137</sup> É importante destacar que Jorge de Figueiredo Dias alerta “Se há princípio hoje indiscutivelmente aceito em matéria de dogmática jurídico-penal e de construção do conceito de crime, esse é o de que todo o direito penal é direito penal do fato, não direito penal do agente. Em suma, pois – mesmo em matéria de medidas de segurança, como supra acentuei -, o fato e só ele constitui, na acepção agora em causa, o fundamento e o limite dogmáticos do conceito geral de crime; de sorte que perguntar por este é perguntar, do mesmo passo, pelo conceito de fato ou, se preferirmos, de fato punível ou de fato criminoso.” IN: FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 187-189

<sup>138</sup> “Será o crime, assim, sob o ponto de vista sociológico-jurídico, um ato que ofende ou ameaça um bem ou interesse jurídico julgado fundamental para coexistência social e por isso protegido pelo Estado sob a ameaça de uma pena” IN: BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 269-271

que dispunham de métodos com procedimentos analíticos que determinem, com segurança, igualdade e justiça o fato social considerado criminoso.

É nesse sentido que o presente capítulo tem a pretensão de analisar as construções dogmáticas voltadas à compreensão e desenvolvimento da teoria do crime. O que se busca é a aferição da adequação das construções dogmáticas que parte de uma compreensão ontológico-dedutiva do fenômeno, da atividade arriscada, com as complexas demandas de controle social que decorrem da diversidade das relações humanas na sociedade pós-moderna.

Busca, assim, observar a possibilidade de rendimento das construções dogmáticas que se fundamentam em um significado pré-jurídico e vinculado a axiomas para responder a questões valorativas. Uma dessas questões é a necessidade de se privilegiar a autonomia, através da compreensão do comportamento do titular do bem jurídico na ação arriscada, como fenômeno capaz de incidir sobre o injusto penal. Avalia, assim, o ajustamento dos procedimentos metodológicos frente à necessidade de equilíbrio entre os valores de justiça, liberdade e segurança ao determinar o espaço penalmente proibido.

As construções dogmáticas são o objeto de uma teoria geral do delito, que se reveste de importância para identificar os parâmetros voltados à determinação do crime. De tal modo, busca a materialização de requisitos que se disponham como pressupostos gerais para punição, ou seja, o estabelecimento de critérios que legitimem a sanção em face de comportamentos humanos valorados negativamente em face da identidade cultural assumida pelo sistema social<sup>139</sup>.

Torna-se necessário, para além de analisar a importância das construções dogmáticas do delito no desenvolvimento do sistema científico do Direito penal,

---

<sup>139</sup> Santiago Mir Puig analisa que o Direito penal se vincula a uma orientação de política criminal que se espelha na função ideológica que a política estatal assume no sistema social. "Todo Derecho penal responde a una determinada orientación política del tratamiento de la delincuencia, esto es: a una determinada Política criminal; y toda Política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde. Ello se debe a que el Derecho penal constituye una de las atribuciones más características del Estado. En los Estados constitucionales, su Constitución sienta las bases de su Política criminal y de su Derecho penal. Pero ni siempre el Estado ha sido constitucional, ni lo es hoy en todos los países. MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Lustel, 2011. p. 16

buscar os fundamentos que justifiquem uma maior adequação de tais construções com o atual estágio de desenvolvimento do sistema social.

## 2.1 ONTOLOGISMO COMO A BASE DAS CONSTRUÇÕES CAUSAL-NATURALISTA E FINALISTA DO DELITO

As construções no âmbito da teoria do delito resultam num conceito analítico de crime que, sem exaurir todas as concepções propostas, considera o delito como comunhão sistêmica do fato típico, ilícito e culpável. Não há uma desintegração do delito, mas a divisão teórica dos seus elementos para compreensão de sua unidade<sup>140</sup>.

A investigação dos critérios que integram uma análise contemporânea dos institutos da teoria do delito, no entanto, pressupõe a exposição dos mais importantes construções sistêmicas que, progressivamente, serviram de base para o desenvolvimento dos elementos que integram analiticamente o delito.<sup>141</sup> Em regra, a estrutura analítica do fato criminoso pouco foi alterada no processo de sobreposição dos métodos que compunham as construções dogmáticas do delito, mas o juízo de valor que orienta a racionalização sobre os seus elementos gerou significativas diferenças de conteúdo dentre elas<sup>142</sup>.

Em fase antecedente ao moderno desenvolvimento da teoria do delito, o sistema penal se orientava por um viés dogmático incipiente - que se limitava a estabelecer uma compreensão do Direito enquanto fenômeno social -, mas, apesar dos limites,

<sup>140</sup> RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*. Barcelona: PPU, 1994. p. 237

<sup>141</sup>No plano teórico-abstrato, em que se move o jurista dogmático, ganhou corpo definitivo a formulação analítica do conceito de delito, como ação típica, antijurídica e culpável. Não se inclui neste conceito, como propunham, por exemplo, Battaglini, Mezger e Schonke e, entre nós, ainda Basileu Garcia, a punibilidade da conduta, isto porque, na realidade, ela não faz parte do delito, mas constitui, sim, a sua conseqüência.[...] O conceito analítico não tem, por sua vez, origens muito precisas no tempo. Ele surge, praticamente, na fase dos avanços científicos do final do século XIX e começo do século XX (v. n. V), com a finalidade principal de, isolando as partes componentes do delito, aprofundar o estudo do desenvolvimento interno das normas penais e, assim, facilitar a aplicação do direito com o conseqüente enquadramento lógico dos fatos concretos nas respectivas fases de valoração, da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 02.

<sup>142</sup> GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o "Funcionalismo no Direito Pena". p. 01.

foi capaz de edificar os pilares de conceitos básicos da dogmática penal moderna. Nesse aspecto, Jescheck evidencia que possuiu maior relevância a diferenciação entre as imputações objetiva e a subjetiva, que se rotulavam como *imputatio facti* e *imputatio iuris*; o desenvolvimento da ideia de imputação por Pufendorf, determinando que o delito é resultante da ação humana, não de eventos que fogem ao seu domínio; e, sobretudo, as contribuições de Ihering, no que tange à antijuridicidade objetiva; Binding, que através da teoria das normas, delimitou o âmbito de antijuridicidade penal; e Merkel, a quem deve o desenvolvimento de um conceito pessoal de culpabilidade<sup>143</sup>.

Posteriormente, as construções sistêmicas sobre o delito passaram a se apoiar na ideologia social que conduzia o sistema social. Nesse sentido, em atenção aos valores culturais que constituíram a identidade do Estado de Direito<sup>144</sup>, a dogmática do delito passou a buscar métodos com procedimentos que fossem propícios à estabilidade e segurança jurídica na determinação do fato punível, com foco no princípio da legalidade e na limitação da intervenção punitiva estatal sobre o cidadão. Erigiu-se, assim, a construção dogmática do sistema causal-naturalista do delito<sup>145</sup>.

A construção clássica, causal-naturalista ou positivista-naturalista, buscou se solidificar com a vinculação aos parâmetros de cientificidade observados no método válido ao caráter científico no século XIX, o positivismo. Assim, o fundamento metodológico do sistema foi a apreensão e compreensão dos fatos sociais enquanto fenômenos essencialmente naturais, pré-jurídicos e mensuráveis por regras lógicas equiparáveis às ciências da natureza e, especialmente, às ciências exatas.<sup>146</sup>

<sup>143</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 215-216.

<sup>144</sup> “Em íntima conexão com el carácter objetivo-formal de este concepto de delito se encontraba la idea del Estado de Derecho que, expressada a través de sus aspiraciones a la seguridad y previsibilidad jurídica, debía llevarse a la práctica por medio de la vinculación del juez a um sistema conceptual sencillo y verificable (pensamento de la Magna Carta).” IN: Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 218.

<sup>145</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 194.

<sup>146</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Tecnos: Madrid, 1991. p. 43-47.

O desenvolvimento da construção naturalista coube, principalmente, a Franz Von Liszt e Ernest Beling, influenciados filosoficamente pelo positivismo. O pensamento positivista, método do período, impulsionou a elaboração de um contexto voltado à atribuição do caráter científico ao Direito, condicionando-o a uma aferição natural e exata dos seus elementos. Nessa época, a ciência do Direito deveria se adaptar aos parâmetros das ciências naturais, buscando explicá-lo, uma vez que os elementos mensurados no sistema jurídico deveriam seguir regras universais voltadas à determinação lógica generalizante<sup>147</sup>.

A teoria do crime, nesse sistema, foi inscrita numa construção que pugnava por um sistema capaz de estabelecer bases sólidas como pressuposto de estabilização e cientificidade à análise jurídica do crime, se distanciando das apreciações filosóficas, psicológicas e sociológicas na concepção do fato social criminoso.<sup>148</sup>

No sistema, toda matéria com caráter objetivo era atrelada ao tipo e à antijuridicidade, que formavam viés objetivo do crime, sendo que o tipo possuía caráter apenas descritivo e a antijuridicidade, representava a contrariedade objetiva da conduta típica com a lei. O subjetivo, por sua vez, era submetido à culpabilidade, psicológica, que representa a ligação subjetiva da modificação do mundo exterior com o autor imputável. Importante observar que a análise pessoal da responsabilidade jurídico-penal se realizava em outras categorias do sistema, como a antijuridicidade e a culpabilidade, já que o tipo era meramente descritivo.<sup>149</sup>

O conceito de ação possuía caráter natural e pré-jurídico, determinado como um movimento voluntário que causa uma modificação no mundo exterior.<sup>150</sup> Após a realização da ação, realizava-se a classificação formal dos elementos contidos nos elementos do delito<sup>151</sup>. A tipicidade penal<sup>152</sup> tinha por base uma ação não valorada

<sup>147</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 20.

<sup>148</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Thecnos: Madrid, 1991. p. 43-47.

<sup>149</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 218. TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 18

<sup>150</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. — Editores, 1899. p. 193.

<sup>151</sup> BRANDÃO. *Op cit.* p. 21.

<sup>152</sup> “No sistema causal, o tipo tem uma característica marcante, que é a de ser compreendido como a descrição objetiva e neutra do desenrolar de uma conduta, prevista na lei penal, e em que

conectada a um resultado, que se realizava com a subsunção formal ao tipo, ligados por um nexo de causalidade natural que seguia a teoria da equivalência dos antecedentes, determinando como autor todo aquele sem o qual o resultado não ocorreria.

Apesar dos avanços, sobretudo na construção do conceito de tipo<sup>153</sup> e na classificação e sistematização de categorias autônomas para teoria geral do crime, capaz de propiciar mais segurança na compreensão dos institutos e elementos essenciais ao delito, o sistema naturalista peca por se limitar ao resultado obtido através de uma análise classificatória e formal, sem considerar a valoração dos fenômenos naturais, sobretudo a qualificação da ação humana.

Nesse sentido, o sistema causal naturalista não observa no âmbito da tipicidade uma necessária vinculação entre o ser e o dever ser. A construção transforma qualquer conduta humana voluntária que cause uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico em uma conduta típica, agravando desproporcionalmente o espaço de liberdade de ação no sistema social. No tipo penal não se observa a aferição da conduta enquanto determinação da vontade humana, mas uma ação que se tem como fenômeno ontológico, mecânico, que se comporta como um axioma inicial para estruturação de um sistema fechado para determinação do delito.

---

representam papel preponderante o movimento do agente (realidade causal) e o resultado. O resultado como parte integrante da ação causal, deve estar contido necessariamente em todos os delitos, pois o conceito causal de ação não pode reconhecer crimes sem resultado. Nos crimes formais, a ação é a própria atividade do agente, entendido como movimento corpóreo que modifica o mundo exterior por sua própria manifestação” IN: TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 131.

<sup>153</sup> Na verdade, a noção de tipo constituiu dogmaticamente uma verdadeira revolução no direito penal, de tal modo que, depois disso, todas as construções sistemáticas do delito partem inquestionavelmente de seu pressuposto. Com o conceito de tipo foi possível a formulação do conceito analítico de delito e a própria elaboração do conceito de ação, pois proporcionou a distinção entre a conduta, tomada como corpo de delito, e sua previsão legal. IN: *Ibidem*. p. 131. “Talvez a mais importante contribuição da teoria causal tenha sido a elaboração do conceito de tipo, segundo o proposto por Beling. Na verdade, a noção de tipo veio revolucionar inteiramente o Direito Penal, de tal modo que depois disso todas as construções sistemáticas do delito partem inquestionavelmente de seu pressuposto. Com efeito, foi com o conceito de tipo que se tornou possível a formulação do conceito analítico de delito. Neste sistema, entretanto, o tipo é entendido basicamente como a descrição objetiva e neutra do desenrolar de uma conduta, prevista na lei penal, e onde representam papel preponderante o movimento do agente (realidade causal) e o resultado. Isto não impede, é claro, que no tipo se incluam outras circunstâncias fundamentadoras do delito, em decorrência de imperativo legal.” TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 21



Assim, o conceito de ação é natural não valorativo e acaba limitando a função do direito penal, que, numa concepção atual e sob a égide de um Estado Democrático de Direito é a intervenção subsidiária na proteção de bens jurídicos. Por isso, ao direito penal cumpre proibir os comportamentos que gerem perigo ou lesem bens jurídicos, sendo impreciso um sistema que transforme qualquer causação de um resultado, mesmo o não perigoso ao bem, em um comportamento típico.

Ainda é importante expor que a construção causal, ao se apoiar numa ação natural destituída de valoração social, para além de inadequada ao expandir injustificadamente o espaço de proibição, igualmente, não consegue fundamentar com exatidão a responsabilidade penal nos casos de tentativa, bem como a imputação do resultado nos crimes omissivos, nos crimes formais e de mera conduta. Peca, ainda, por desconsiderar a importância do elemento subjetivo nas ações passíveis de justificação<sup>154</sup>.

O sistema causal foi essencial para uma inicial sistematização das categorias do delito<sup>155</sup> e propiciou um desenvolvimento didático e preciso do delito, mas contentava-se com a mera equivalência do fato com o dispositivo legal, sem considerar que o fato natural se adjetiva como jurídico por meio de um juízo de valoração através do sistema social que lhe atribui significado. A insuficiência do sistema frente a problemas sociais remetidos ao Direito revelou a impossibilidade em se seguir um critério que acaba por considerar o processo de subsunção automática do fato e a causalidade naturalística como suficiente para determinar a imputação.

Nessa construção, não existe diferença no âmbito do juízo de tipicidade entre a conduta do motorista que conduz o veículo automotor e intencionalmente lança tal veículo sobre a calçada causando lesões aos pedestres; do condutor que desrespeita a regra de trânsito, dirigindo velocidade acima da permitida, e, devido ao excesso de velocidade, ainda que não queira o resultado, acabe atropelando pedestres; do condutor que, respeitando o cuidado devido, acaba por atropelar um pedestre que repentinamente se lança perante o carro.

---

<sup>154</sup>SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Thecnos: Madrid, 1991 p. 44.

<sup>155</sup>FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 p. 194

É essa complexidade das relações sociais um dos principais fatores para o esgotamento do sistema causal naturalista. Uma compreensão prévia da realidade, a partir da ação que se coloca como gabarito das possíveis expressões que se manifestam nas interações sociais, é um processo limitado e insuficiente para alcançar a diversidade que caracteriza as relações humanas em comunidade que, além de uma realização fenomênica, ontológica, é composta de valorações que decorrem de uma significação dada pelo sistema social.<sup>156</sup>

No ímpeto de superar o método da construção causal naturalista, a filosofia dos valores impulsionou o surgimento do pensamento neokantiano ou neoclássico do delito. O pensamento neoclássico não modificou a estrutura concebida pela construção anterior, mas se demonstrou como um movimento de mudança paradigmática sobre a significação dos elementos que integram a teoria do delito.

Não se trata de uma construção dogmática ontológico-dedutiva, mas de um pensamento que buscou superar o método das ciências naturais e exatas, hegemônico na construção anterior, sustentando a necessidade do direito se vincular a métodos das ciências da cultura. O método é o axiológico, valorativo, inerente às ciências sociais, capaz de orientar a normatização dos elementos dentro do sistema sem a necessária vinculação do direito com os dados da natureza, inerentes ao mundo do ser.<sup>157</sup>

Houve, assim, uma superação do paradigma do positivismo naturalista com a supressão do dogma que impunha limites à atribuição de cientificidade aos estudos vinculados a métodos valorativos. Agora, o método supera a indicação e classificação dos fatos sociais, voltando-se para compreensão de tais fatos como fenômenos exclusivamente normativos.

Com a normatização dos elementos do delito, o fato típico, que era observado como o indício da antijuridicidade penal, uma vez que o fato só deveria ser juridicamente

---

<sup>156</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 p. 193

<sup>157</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Tecnos: Madrid, 1991 p. 50

típico após um juízo de valoração que se realizava com a apreciação e compreensão do mesmo perante o ordenamento jurídico, passa a ser a essência da antijuridicidade, pois o fato só será típico se ausentes as causas de justificação. Tipo passa a desempenhar a função de *ratio essendi* da ilicitude, antijuridicidade tipificada, e o crime a ser considerado como o injusto culpável.<sup>158</sup>

Nesse contexto, o injusto penal, enquanto fato antijurídico, deu base à construção da antijuridicidade tipificada, sendo denominada de tipo de injusto, com a presença de elementos subjetivos e normativos. A ação passa a ter caráter valorativo, antijuridicidade deixa de ser formal, enquanto contradição da norma jurídica e passou a ser material, representando lesão social.<sup>159</sup> Surge daí a possibilidade do reconhecimento de causas supralegais de justificação, como o consentimento do ofendido.<sup>160</sup>

O procedimento do método contido no pensamento neokantiano faz com que a ação deixe de ser neutra, uma simples modificação na natureza, para ser uma conduta valorada normativamente, ou seja, compreendida e interpretada conforme o sistema jurídico-penal, como uma conduta materialmente danosa. Isso através dos elementos negativos do tipo,<sup>161</sup> que antecipam da valoração da antijuridicidade na tipicidade. A culpabilidade, por sua vez, tornou-se psicológico-normativa, com a necessidade da presença da exigibilidade de conduta diversa no juízo de reprovabilidade pessoal.

O sistema neoclássico, no entanto, pecou por se apoiar num dualismo metodológico que o colocava num normativismo extremo<sup>162</sup> – a compreensão do valor ignorava a

<sup>158</sup> GRECO, Luís. *A Teoria da Imputação Objetiva: Uma introdução*. IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Renovar, 2002. p. 13-14.

<sup>159</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 78.

<sup>160</sup> “O ponto de vista material abriu la posibilidad de graduar el injusto según la gravedad de la infracción del interés. Si em la realidade no concurre lesión alguna de aquél, el hecho tampoco puede ser antijurídico. De este modo, com ayuda de la teoría material de la antijuridicidade, se logran desenvolver nuevas causas de justificacción que van más allá de aquellos casos que poseen um reconocimiento legal.[...]” IN: Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 215-221.

<sup>161</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 136.

<sup>162</sup> “O tipo, pois, - partindo dos postulados analisados – não reproduz o fato natural da ação, mas é um contexto conceitual no qual, em virtude da transformação metodológica insita na elaboração dos conceitos, o dado ôntico apresenta uma nova fisionomia, adquirindo conotações em que estão presentes valores, isto é, elementos normativos, e especiais modos de ser da vontade do agente.” IN:

importância do fenômeno, sendo possível a apreensão de valores totalitários e desvinculados da humanidade como referência a normatização dos elementos do sistema.<sup>163</sup>

A construção propunha a separação entre o acontecimento natural e o normativo, limitando a relação entre ambos, distanciando o sistema de compreensão da própria realidade e da necessidade político-criminal. É prudente observar que o sistema jurídico-penal, enquanto um sistema aberto, deve ter como base o sistema social e busca sua legitimidade e compreensão da realidade na qual se insere.<sup>164</sup>

Nesse sentido, buscando a aproximação entre o direito penal e a realidade ontológica, influenciado pelos estudos de Dohna<sup>165</sup>, Hans Welzel desenvolveu uma construção dogmática que se orienta a partir da conduta em seu estado natural, qualificada pela finalidade psíquica contida na ação humana, que possui significação universal e preexiste a qualquer valoração jurídica. Trata-se do sistema que vincula ação e finalidade, esta é o conteúdo daquela, uma vez que a ação humana é um acontecimento finalista<sup>166</sup>.

A pretensão era a superação do dualismo metodológico da construção neoclássica<sup>167</sup>, considerando que o direito penal deve se preocupar com as ações

LUIZE, Luiz. *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987. p. 37.

<sup>163</sup> “Los puntos débiles de este sistema, tal y como surgieron en los años veinte, residieron políticamente em el acento de la neutralidade frente a los valores fundamentales del Derecho penal, perjudicando así tanto a la posición de la Ciencia em la creciente discusión com la ideologia del Estado totalitário como a los problemas sociales del período industrial; del mismo modo, há favorecido el desmoronamiento de la Dogmática y la Política Criminal.” IN: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 223.

<sup>164</sup> GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo em Direito Penal”. p. 04.

<sup>165</sup> Segundo Bustos Ramirez, Dohna foi quem expôs a necessidade de diferenciar a “valoração do objeto e objeto de valoração”. Nesse sentido, considerando que a culpabilidade é valoração, não poderia ser também objeto de valoração, conseqüentemente, o dolo não deveria pertencer a culpabilidade, uma vez que nele se valora a ação dolosa do agente. No entanto, a fundamentação de Dohna não era satisfatória, uma vez que dividia o injusto em objeto de valoração e a culpabilidade em valoração do objeto, mas desconsiderava que na antijuridicidade também se realiza uma valoração. Nesse sentido, foi Welzel quem melhor desenvolveu o sistema, a partir da concepção do injusto pessoal. IN: RAMIREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*. Barcelona: PPU, 1994. P. 253

<sup>166</sup> WELZEL, Hans. *Teoría de la Acción Finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951. p. 19.

<sup>167</sup> “El punto de partida teórico del finalismo se halla en la crítica de WELZEL al relativismo valorativo y al normativismo del pensamiento penal neokantiano. De ella surgió el intento de probar que en las

humanas naturais, vinculadas à natureza finalista inerente ao agir humano: o Direito Penal só pode proibir ações finalistas, uma vez que a ação é uma realidade organizada e com sentidos anteriores a um juízo de valor jurídico.<sup>168</sup>

Nesse sentido, a construção finalista considera que o legislador pode valorar, mas não é capaz de criar o significado dos fenômenos constante nas ações humanas. As estruturas lógico-objetivas, como o comportamento humano final, já carregam em si uma significação que transcende o direito, são autorreferentes.<sup>169</sup> Por isso, segundo o pensamento finalista, cabe ao Direito, não construir, mas selecionar os fenômenos formando um rol de proibições composto de condutas humanas finais naturalmente danosas.<sup>170</sup>

Partindo do axioma – ação humana final - ontológica e pré-jurídica, o sistema finalista se edifica através da hipervalorização do fenômeno, ou seja, da conduta humana.<sup>171</sup> O tipo penal, nesse sentido, deixa de ser o injusto típico, antecipando a antijuridicidade, e passa a ser a descrição legal de normas vinculadas a uma conduta proibida que indicam o indício do caráter antijurídico da ação motivada por

---

«estructuras lógicoobjetivas del mundo marcado por la convivencia humana y dotado así de sentido» se da una mezcla de percepciones ontológicas y axiológicas (de realidad y de valor).” IN: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Thecnos: Madrid, 1991 p. 54

<sup>168</sup> LUISE, Luiz. *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987. p. 37.

<sup>169</sup> Nesse sentido, Silva Essas estruturas pertencem ao mundo do real, do ser (do ontológico), mas que já contém incorporada a dimensão de sentido, com o qual se condicionam toda valoração que sobre as mesmas possam se produzir, dentre elas a regulação de tais matérias pelo legislador. Assim, as estruturas lógico-objetivas fazem parte da natureza que vincula o legislador e o Direito. IN: SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 58.

<sup>170</sup> Nesse sentido, segundo Muñoz Conde, “Lo que importa es, portanto, que el legislador cuando describe o las acciones prohibidas lo hace pensando em la acción no como un simple proceso causal, sino como um proceso causal regido por la voluntad dirigida a un fin (sea este relevante o lo sean los medios elegidos para su realización o los efectos concomitantes).” IN: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999. P 11.

<sup>171</sup> “La realidad, por tanto, ya tiene incorporada la dimensión de sentido: ésta es una dimensión ontológica, no epistemológica, del ser y no de su conocimiento. Por todo ello no sólo es posible, sino imprescindible, la separación entre el objeto y el sujeto que conoce. Este habrá de descubrir las estructuras permanentes del ser a través del método fenomenológico.” IN: SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 58. P. 59

uma finalidade,<sup>172</sup> que é representada pelo dolo: elemento volitivo que passa a integrar o tipo penal.<sup>173</sup>

A teoria finalista buscou fundamento na ação humana, ou seja, na determinação da vontade com conteúdo, com isso propôs a união de aspectos objetivos e subjetivos no injusto penal. Nesse sentido, o tipo penal passou a ter uma conotação pessoal, havendo o deslocamento do dolo ao tipo, que é integrado pelo tipo objetivo, composto da ação, nexos de causalidade naturalístico e resultado, bem como pelo tipo subjetivo, que tem como conteúdo a finalidade representada pelo dolo.<sup>174</sup>

É importante ressaltar que, para além da finalidade na ação, o finalismo passa a considerar a necessidade da aferição do elemento subjetivo nas causas de justificação<sup>175</sup>, o injusto penal passa a ser pessoal, uma “*concepção pessoal-final do ilícito*”.<sup>176</sup>

A culpabilidade, por sua vez, fica despida do elemento psicológico - o dolo, enquanto atual consciência da ilicitude -, sendo composta por elementos normativos<sup>177</sup>: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, representando o juízo de reprovação que se apoia na concepção de livre arbítrio do

---

<sup>172</sup> Segundo Welzel, cabe ao direito penal a proibição de condutas finalistas com objetivos socialmente negativos. IN: WELZEL, *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951. p. 27

<sup>173</sup> Para Welzel, o “Dolo”, como concepto jurídico, es aquella voluntad finalista de acción que esta dirigida hacia la concreción de las características objetivas de un tipo de injusto.” IN: WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte General. Traducción Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 43

<sup>174</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoría Geral do Delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 43.

<sup>175</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Thecnos: Madrid, 1991 p. 57.

<sup>176</sup> Para Jorge de Figueiredo Dias, a construção finalista dispõe de tipo penal constituído por uma vertente objetiva, que contém elementos e circunstâncias objetivas, e uma vertente subjetiva, composta pelo dolo. Sendo que só da conjugação dessas duas vertentes se pode concluir pela contrariedade da ação à ordem jurídica e, posteriormente, pelo juízo de ilicitude. Essa postura substitui as concepções causais objetivas por uma concepção pessoal de injusto. IN: FIGEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 199

<sup>177</sup> Welzel orienta que: “la teoría de la culpabilidad elimina los elementos subjetivos-psíquicos y retiene solamente el elemento normativo de la reprochabilidad. [...] Con el traslado del dolo a lo injusto, no se sustrae del tipo de lo injusto ni la menor característica objetiva, y el objeto de la valoración de la culpabilidad no se reduce ni en el menor de los problemas, pero el contenido completo de la acción típica y el carácter verdadero de la culpabilidad, sólo ahora son destacados claramente.” IN: WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte General. Traducción Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 151-152

ser humano que, por sua ação final, possui, frente à proibição, o poder de agir de outro modo.<sup>178</sup>

A teoria avança ao considerar a ação humana como o fundamento do crime, ressaltando o domínio pessoal, superando a separação entre realidade social e o direito.<sup>179</sup> No entanto, ao sustentar que apenas ação final é a que deve ser proibida, supervaloriza os fenômenos inerentes ao ser.

## 2.2 A INCAPACIDADE DE RENDIMENTO DA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA FINALISTA DO DELITO

Num Estado Social e Democrático de Direito, a dogmática penal deve ser um instrumento importante para manutenção do controle punitivo dentro de limites estabelecidos diante de uma democracia material e, por isso, um pensamento penal mais progressivo, para além de determinação legal, deve ser aprimorado com um gradativo desenvolvimento que propiciará o equilíbrio entre os valores de segurança e liberdade quanto aos resultados obtidos por seus procedimentos.

As construções dogmáticas, ainda que avancem progressivamente na orientação de um sistema penal mais humano, no entanto, não se demonstram como perfeitas e finalizadas<sup>180</sup>. Toda construção é em si a evolução de um pensamento precedente que direciona o direito penal aos ideais postos como valores inerentes à ideologia que forma a identidade social do sistema em que se revela.

---

<sup>178</sup> Para Sebastián Mello, a culpabilidade para o finalismo é: “reprovabilidade do fato antijurídico individual, cujo pressuposto existencial é a capacidade de autodeterminação livre (conforme um sentido) do autor, isto é, sua imputabilidade. A culpabilidade individual termina sendo a concreção da capacidade de culpabilidade em relação ao fato concreto individual.” IN: MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade: O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em face da Dignidade da Pessoa Humana*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 164.

<sup>179</sup> Segundo Jescheck, o finalismo avança, principalmente, ao prever a necessidade de observar a consciência da ilicitude vinculada à culpabilidade; A concepção de uma teoria estrita da culpabilidade que diferencia os efeitos jurídico-penais do erro de tipo, que exclui o dolo, do erro de proibição que incide sobre a consciência da ilicitude, sendo conteúdo da culpabilidade, também refletindo no tratamento jurídico-dogmático do erro sobre os pressupostos das causas de justificação; e, por fim, tem reflexos no concurso de pessoas, uma vez que a participação passa a depender da existência do dolo no fato principal. IN: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 227.

<sup>180</sup> Jescheck enaltece a segurança conquistada através do método constante na construção finalista, mas alerta que: “No existe ninguna teoría del delito que pueda ser más que un proyecto transitório o efímero.” IN: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 232.

Com isso, ainda que se evidenciem os avanços conquistados pela construção finalista, sobretudo na busca da atribuição do caráter pessoal ao injusto penal, a construção dogmática não deve ser posta como um dogma, imutável e impassível de adequação ou até superação por construções que apresentem métodos mais próximos dos ideais político-criminais postos pelo sistema social atual, como se expõe, por exemplo, com o reconhecimento de um sistema capaz de dialogar com a diversidade inerente às relações humanas, sendo capaz, assim, de maximizar o exercício da autonomia, fazendo dos espaços de proibição uma exceção necessária e última ao exercício da liberdade.

Nesse sentido, Silva Sanchez analisa que a construção finalista, apesar dos avanços, declina ao sustentar a possibilidade da dedução da realidade social através de axiomas.<sup>181</sup> Assim, considerando a ação humana como essencialmente importante, despreza a referência normativa que o sistema normativo atribui aos fenômenos vividos, desconsiderando que o valor de uma conduta de revela através da dimensão axiológica que se estabelece através da vinculação social.

A construção finalista, importa destacar, utiliza o nexo de causalidade natural para determinação da tipicidade objetiva, não realizando valorações normativas de fenômenos vividos como critério de imputação no âmbito do tipo objetivo. A determinação de limites à imputação do resultado nos casos de inadequação causal se faz através da aferição do tipo subjetivo, especificamente, do dolo, elemento que designa a finalidade, capaz de limitar o regresso ao infinito na determinação da condição que de evidencia como causa.

Ademais, como visto anteriormente, a teoria encontrou problemas para fundamentar a ação penalmente típica nos crimes culposos, pois o agente que atua culposamente não busca intencionalmente contrariar o Direito, pois a finalidade está relacionada a

---

<sup>181</sup>“ El finalismo, en definitiva, estima posible deducir de estos y otros pocos axiomas, mediante sucesivas operaciones de concreción, hasta los más pequeños detalles de una regulación jurídica. Ello, rechazando que la consideración puramente normativa haya de representar aquí el papel decisivo” IN: SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 60.



um fim conforme ao mesmo, mas há uma reprovação dos meios - negligentes, imprudentes e imperitos - utilizados para alcançar tais fins.<sup>182</sup>

Jescheck alerta que interpretações que propõem sistematizações com bases mais ortodoxas sobre a construção finalista acabam por desconsiderar o desvalor do resultado na concepção do injusto. Nesse sentido, expõe que Kaufmann e Struensee como seguidores do finalismo que postulam um procedimento mais radical quanto à valoração negativa da ação final como fenômeno jurídico satisfatório à caracterização da tipicidade penal, desconsiderando o perigo de lesão ou a lesão ao bem, essência do resultado desvalorado, como elemento essencial à caracterização do injusto penal, sendo apenas uma condição objetiva de punibilidade.<sup>183</sup>

Bustos Ramirez, para além de observar a insuficiência da construção finalista ao exacerbar o desvalor da ação na caracterização do injusto, expõe a fragilidade do sistema ao se apoiar num axioma que representa o significado subjetivo determinado pelo comportamento do homem como ser ético em sua individualidade<sup>184</sup>. Assim, a construção se fragiliza ao tentar extrair de um elemento o significado de uma ação que é relevante a todo o sistema social sem compreender que é o sistema social quem compõe o conteúdo da ação relevante ao sistema penal.

É fundamental expor que a referência ao caráter ontológico, pré-jurídico, não é irrelevante à dogmática penal. Roxin, partindo de uma análise indutiva, orienta que os fatos empíricos não são desconsiderados pela dogmática penal, pois ajudam na materialização das diretrizes legais<sup>185</sup>.

<sup>182</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 29.

<sup>183</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 230.

<sup>184</sup> "Su acentuación de la valoración del acto o la acción en la tipicidad provoca una tendencia hacia la elicización de la teoría del delito y también de cierta subjetivización, que impide considerar en su plenitud significativa el resultado y así se impide llegar a sostener que desde un punto de vista jurídico penal da lo mismo (pie haya muerto o no un hombre, lo importante es sólo que se haya intentado malicio. Con lo cual evidentemente se provoca una distorsión de los valores sociales, en razón de una determinada posición moral sobre el comportamiento del hombre como ser ético individual." IN: RAMIREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*. Barcelona: PPU, 1994. p. 256.

<sup>185</sup> CLAUS, Roxin. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Tirant lo blach: València 2000. p. 83.

Shunemann, nesse sentido, considera necessária uma dogmática que se apoie num sistema aberto, capaz de sustentar o desenvolvimento jurídico em uma ordem social historicamente mutável, obstando a solidificação do sistema do direito em uma identidade social passada. No entanto, analisa que, enquanto ciência contida num sistema aberto, a dogmática penal deve observar a realidade natural da ação como objeto para desenvolver os valores superiores do sistema científico do direito penal. Para ele, a observação naturalística é necessária para definir os conceitos superiores dentro do sistema.<sup>186</sup>

Apesar da necessidade de referência ao fenômeno natural, tal fenômeno não deve se sobrepor ao caráter social que se atribui a ação. Nesse sentido, a construção finalista falha ao se limitar a um nexos de causalidade natural para determinar a conduta natural lesiva como causa de um resultado jurídico-penalmente relevante. Schunemann critica a *falácia naturalista*, ainda presente no finalismo, que tenta construir um sistema através da análise de fenômenos empíricos desprezando a análise normativa sobre o que comportamento relevante ao sistema penal, repercutindo na redução da tipicidade a um juízo formal de subsunção que não considera a complexidade e pluralidade das intervenções humanas que compõem um fato social.<sup>187</sup>

Ao analisar o caráter ontológico e de significação individual atribuído à ação na construção finalista, Jakobs expõe que Welzel se apoiou no programa filosófico de Gehlen para o desenvolvimento da concepção de ação final, sustentando que a capacidade de antecipação do futuro, determinando o modo de viver conforme os seus interesses, é qualidade própria que qualifica o fenômeno natural como um ato humano<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> “En sí, la función de la ciencia del Derecho, como la de cualquier otra ciencia, consiste también en definir en términos operativos las elaboraciones teóricas de que se sirve en los más elevados niveles de abstracción del sistema; lo que implica recurrir a un lenguaje de observación («naturalístico»), y, de este modo, «desnormativizar»” IN: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Thecnos: Madrid, 1991. p. 48

<sup>187</sup> *Ibidem*. p. 45-48

<sup>188</sup> JAKOBS, Ghunther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 65.

Jorge de Figueiredo Dias, no entanto, alerta para presença de um “falso ontologicismo” na construção finalista. A questão é que o fundamento do finalismo é a conduta que possui uma finalidade e, nesse sentido, o injusto passa a ser pessoal, pois apoiado na finalidade que seria típica da ação humana. Para Figueiredo Dias, não é o aspecto psíquico vinculado à finalidade que determina o caráter pessoal ou humano da conduta, uma vez que os animais não humanos também podem agir com uma finalidade.<sup>189</sup> Nesse sentido, a compreensão de um injusto pessoal se daria não por um caráter psíquico vinculado à finalidade, mas, sobretudo, ao valor humano socialmente contido no exercício de condutas penalmente proibidas num sistema social que se apoia num Estado democrático de Direito.

Luis Greco, para além de criticar a falácia naturalista em que o finalismo recaiu ao tentar superar o dualismo metodológico da construção neoclássica - retomando a apologia ao discurso da satisfação de questões jurídicas a partir da compreensão natural do fenômeno -, destaca a crítica uma “mais demolidora”. Essa crítica se refere ao subdesenvolvimento dogmático da construção finalista, ou seja, o finalismo esgotou a sua capacidade de rendimento, é insuficiente para construir um fundamento justo à resolução de complexos problemas dogmáticos de viés essencialmente normativo<sup>190</sup>.

O progresso da construção finalista se limitou ao tipo subjetivo, pois o finalismo não avança na qualificação do tipo objetivo, considerando qualquer causação voluntária de resultado lesivo ao bem jurídico como resultado objetivamente típico. Ainda, orienta que qualquer causação voluntária com consciência e vontade voltada ao resultado como um resultado subjetivamente típico, desconsiderando a análise da expressão do perigo de lesão ou lesão efetiva consequente da causação com referência ao bem jurídico.<sup>191</sup> Por isso, o Direito penal deve obter orientação não em

<sup>189</sup> “A Ciência biológica contemporânea sustenta que também os animais, ou alguns animais, antecipam fins e escolhem os meios para os alcançar com a sua ação! In: por outros, Portmann, *Zoologie und das neue Bild des Menschen* (1956) IN: FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 200.

<sup>190</sup> “Afim, o que podem dizer as estruturas lógico-reais a respeito, por exemplo, do início da execução na tentativa, ou da escusabilidade do erro de proibição, ou da concretização do dever de cuidado, no delito negligente?” IN: GRECO, Luis. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito* IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 06

<sup>191</sup> ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38. P. 11. Abril de 2002. p. 06.

realidades ontológicas prévias, mas nas finalidades inscritas no sistema social que refletem na concepção da política criminal que baliza o sistema penal<sup>192</sup>.

É necessário ainda destacar que Jakobs atribui ao finalismo, com a inserção de elementos subjetivos no injusto, uma “tímida melhoria” frente à “falta de colorido” do conceito causal de ação. No entanto, orienta que o caráter exclusivamente antropológico e individual atribuído à interpretação da ação, que se impõe como axioma ao desenvolvimento da construção dogmática, é um indício de que toda a doutrina finalista é errônea. Uma teoria que se apoia na ação como produção individual de sentido não é satisfatória, uma vez que é o sistema social, através de uma rede interna de interação e comunicação, que atribui o significado à ação, conseqüentemente, é o esquema social de interpretação que estabelece os espaços de proibição penal<sup>193</sup>.

Nesse sentido, Santiago Mir Puig alerta a necessidade, num Estado Social e Democrático de Direito, do desenvolvimento de uma construção dogmática penal que se oriente com os fins político-criminais do sistema, possuindo a capacidade de superar as construções acrílicas e tecnocratas.<sup>194</sup> A construção dogmática sobre o delito deve, para além de garantir a segurança necessária na aplicação do direito penal, observar as necessidades da sociedade que representa, assim, deve buscar por soluções justas e adequadas às demandas concretas postas pelo sistema social, revelando-se como um sistema aberto, axiológico<sup>195</sup>, capaz de desenvolver vieses

<sup>192</sup> Nesse sentido, Roxin “parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal.” IN: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 203.

<sup>193</sup> JAKOBS, Ghunther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 64-71.

<sup>194</sup> Segundo Santiago Mir Puig, existe uma dupla exigência à ciência global do Direito Penal: “a) de lege ferenda: una Política Criminal auténticamente política —y no sólo tecnocrática— que fije los objetivos que debe perseguir el Derecho penal, con la consiguiente apertura a su posibilidad de crítica; b) de lege lata: una Dogmática creadora esencialmente orientada en el sentido de las finalidades político-criminales de la ley, que constituya no sólo la superación de una Dogmática «ciega», de espaldas a la función práctica del Derecho penal, sino también la evitación de una Dogmática acrílica y puramente tecnocrática.” IN: MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. p. 25.

<sup>195</sup> “Assim se revela verdadeiramente o sistema jurídico-penal, antes de “cerrado”, um “sistema aberto”: um sistema que em cada dia se vai refazendo porque em cada dia a dogmática vai sendo confrontada com novos problemas; ou com problemas velhos mas que, à luz de uma nova ou mais perfeita compreensão da teleologia, da funcionalidade e da racionalidade do sistema, reclamam

que superem o fechamento axiomático decorrente de construções de outrora e possuam a capacidade de desenvolvimento e progressão em paralelo com a gradativa mutação histórica do sistema social.

### 2.3 CONCLUSÕES PRELIMINARES

As construções dogmáticas no âmbito da teoria do delito são importantes ao desenvolvimento científico do Direito penal, bem como garantem uma maior segurança na análise do fato criminoso. As construções apresentadas não se sobrepõem, mas representam a continuidade, um avanço da dogmática penal na busca por um método que seja mais justo e seguro.

As construções no entanto, acompanham a identidade cultural da sociedade e se orientam pelos valores sociais e métodos científicos difundidos em determinados momentos históricos. Nesse sentido, as construções causal-naturalista, apoiada no positivismo, e, posteriormente, a finalista, que postula um caráter mais humano ao direito penal, buscam um significado pré-jurídico do fenômeno como base ao desenvolvimento dos seus métodos.

Apesar dos avanços, sobretudo no aspecto da segurança jurídica, as construções se apoiam em concepções naturalistas, formais e classificatórias, desprezando a necessidade de valoração de problemas normativos. A construção clássica, quando não considera o significado da ação, no âmbito da tipicidade, o sistema se torna esvaziado, superficial e inadequado às demandas sociais que não mais se orientam numa materialização do direito pautada na segurança, sem o equilíbrio com a garantia da liberdade e justiça.

O finalismo desenvolve a construção causal-naturalista, pois analisa a conduta, como uma ação final inerente a uma “realidade já organizada, e com um contexto

ontológico definido, antes de sua disciplina jurídica”<sup>196</sup> representa que a finalidade, está contida no tipo penal, integrando a sua parte subjetiva, no entanto, o tipo objetivo continua a possuir no nexos de causalidade naturalístico, assim como a construção causal-naturalista, o principal critério de imputação.

### 3 A CONSTRUÇÃO FUNCIONALISTA COMO HORIZONTE DE EXPECTATIVA AO SISTEMA PENAL CONTEMPORÂNEO

A Ciência do Direito Penal, na seara da teoria do delito, vem apresentando propostas de mudanças na estrutura e conteúdo dos substratos que analiticamente compõem o crime.<sup>197</sup> São variações que não rompem completamente com o panorama anterior<sup>198</sup>, mas propõem uma nova substância para as categorias que historicamente passaram a fundamentar a qualificação de um fato social enquanto criminoso<sup>199</sup>.

As mudanças percorreram um curso progressivo desde o sistema clássico até as proposições ecléticas<sup>200</sup>, dentre as quais se destacam os sistemas funcionalistas do delito. Nesse contexto, os sistemas que, inicialmente, propunham o desenvolvimento de métodos com procedimentos ancorados na segurança e na humanidade do sistema penal na determinação do fato criminoso, hoje são pressupostos para

<sup>196</sup> LUISI, Luiz. *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987. p. 37.

<sup>197</sup> “[...] as concretas categorias do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) devem ser vistas, desenvolvidas e sistematizadas desde o princípio a partir de sua função político-criminal.” IN: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal*. Cuestiones Fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991. p. 64.

<sup>198</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2003. p. 256.

<sup>199</sup> Claus Roxin, seguindo a estrutura construída pelos sistemas anteriores, propõe uma funcionalização com a reorientação do conteúdo dos substratos do crime: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. IN: ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. Luís Grego. Renovar, 2000. p. 82-88.

<sup>200</sup> Jesús Maria Silva Sánchez denomina como ecléticas as correntes metodológicas que coexistem com o finalismo, sobretudo a orientação teleológica que surge com a obra de Claus Roxin. IN: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 367.

correntes metodológicas que propõem um contexto dogmático funcional, que reflete as necessidades da sociedade em que se orienta<sup>201</sup>.

É importante expor que todas as construções sistêmicas buscam dar respostas seguras e justas aos conflitos sociais e, em muitas situações práticas, partindo do mesmo marco inicial, chegariam ao mesmo destino, mas por caminhos, procedimentos, diferentes. São esses caminhos que tendem a interferir no espaço de liberdade que é normativamente posto à ação da pessoa num Estado de Direito.

Através do método utilizado por tais sistemas, é possível diferenciar a capacidade de legitimação de um sistema frente a outro, isso não traduz uma inabilidade procedimental do pensamento lógico estabelecido em tal método, mas um pressuposto de adequação ao viés assumido pelo sistema de controle social na sociedade em que se vincula. Com isso, é possível apreender a manifestação de uma maior aptidão de um método para o sistema penal, na teoria do delito, tornando-o hábil à satisfação das demandas que são postas pela sociedade atual.<sup>202</sup>

Por exemplo, se um condutor prudente, para salvar a vida de um transeunte desatento que trafega com a sua bicicleta na contramão da via, ao invés realizar o impacto frontal que geraria a morte do ciclista, prefere o impacto lateral, causando-lhe lesões, teríamos um fato não criminoso, mas concebido por vertentes diferentes. Seguindo o método finalista, esse fato poderia ser justificado pelo estado de necessidade, excluindo a ilicitude da conduta do motorista, o método funcionalista, por sua vez, pode evidenciar a não criação de um risco não permitido, uma vez que a conduta do motorista em questão representa a diminuição do risco de lesão ao bem jurídico do ciclista, sendo assim, um fato atípico<sup>203</sup>.

É nesse contexto que o presente capítulo aprofunda o estudo sobre as construções funcionalistas no âmbito da teoria do delito com a perspectiva de alcançar um viés adequado para valoração da expressão da autonomia no âmbito do injusto penal.

---

<sup>201</sup> PRADO, Luis Regis Prado, CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: Uma aproximação crítica a seus fundamentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 64.

<sup>202</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.* p. 365.

<sup>203</sup> ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 313.

São construções que, em uma acepção inicial, propõem uma reorientação normativa dos substratos do delito, adjetivada pela incorporação da missão do direito penal na sociedade contemporânea. Assim, se nos sistemas dedutivo-axiomáticos<sup>204</sup> o fato social avalorado possui uma relevância fundamental ao sistema penal, nos sistemas funcionalistas há uma mudança de paradigma: consideram o fato penalmente relevante como uma espécie de fato social e, apenas ele, o penalmente relevante, importa ao sistema.

O funcionalismo passa a indicar a abertura do sistema jurídico-penal, sobretudo a dogmática penal, para inserção do conteúdo da política criminal, desagravando o espaço de liberdade retirado da pessoa como necessário ao controle social institucionalizado e, conseqüentemente, privilegiando a autonomia. Se a missão do direito penal está presente na política criminal ou na norma, enquanto instrumento de manutenção da identidade de uma sociedade, deve ele, o direito penal, valorar e funcionalizar as suas estruturas para alcançar o objetivo presente em tal missão.

Disso decorre que as correntes funcionalistas privilegiam um método axiológico, isso através da composição de sistemas abertos e voltados ao conteúdo que a sociedade lhe empresta. É nesse aspecto, que se diferenciam dos sistemas dedutivo-axiomáticos, típicos do sistema causal naturalista e finalista da ação, que partem de uma apreensão de ação extraída de uma realidade ontológica, não mutável, da qual decorre o desenvolvimento de todos os institutos e conceitos do sistema<sup>205</sup>. Elas, o causalismo e o finalismo, seguem concepções lógicas pré-determinadas como a causalidade física e a ação natural, que não impede, mas dificulta a valoração do sistema para garantia de uma justa aplicação do direito penal<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> São sistemas construídos com a base inicial no fenômeno pré-jurídico, ontológico, que possuem uma percepção sólida, permanente sobre a realidade. IN: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 367.

<sup>205</sup> Para Claus Roxin os defensores do sistema teleológico-funcionalista do Direito Penal rechaçam o ponto de partida do sistema finalista e consideram que a formação do sistema jurídico penal não deve se atrelar a uma estrutura ontológica decorrente de uma realidade prévia. De outro modo, deve seguir as finalidades do direito penal. IN: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

<sup>206</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 367.



A abertura proposta pelos sistemas funcionalistas, sobretudo desenvolvido na doutrina alemã, ganha em potencial para se adequar às exigências típicas da função do direito penal: ser um instrumento último de controle social num Estado de Direito material contemporâneo<sup>207</sup>, que tem como pilar fundamental a dignidade humana.

Nesse contexto, Santiago Mir Puig destaca que a tendência atual presente nos estudos da dogmática penal na Alemanha propicia uma aproximação do Direito com a realidade social. Isso através de um ajustamento da dogmática penal com a política criminal, com ciências não jurídicas, como a sociologia e a psicologia, propiciando uma justa análise no tratamento deferido aos casos concretos<sup>208</sup>.

É através da abertura do sistema penal que se torna possível a normatização do conteúdo dos elementos que formam o substrato analítico do crime. Assim, o sistema passa, por exemplo, a ter a capacidade de admitir a conduta do titular do bem jurídico como um critério de não imputação objetiva do resultado ao agente. Capaz, por exemplo, de tronar atípica a conduta e desagrar a liberdade, em casos específicos, como o de um condutor envolvido em acidente que resultou na lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico que foi, consciente e voluntariamente, exposto por seu titular<sup>209</sup>.

Ao refutar os dados ontológicos e propor uma normatização dos elementos do delito, o método funcionalista se aproxima da concepção apresentada pela corrente Neokantiana. O Neokantismo, como já estudado, propunha, especialmente, uma

---

<sup>207</sup> Nesse sentido, é importante evidenciar que a evolução da política criminal frente à dogmática penal propôs a superação dos programas típicos do Estado de Direito e do Estado Social para um Estado de Direito material contemporâneo que, segundo Jorge de Figueiredo Dias, é designado como: "Todo Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, econômicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um. Não se trata, pois, tanto aqui de tomar qualquer posição na moderna controvérsia acerca da subsistência do Estado-providência ou do regresso a um Estado-liberal, quanto de caracterizar o Estado, fundamentalmente e na sua aceção social mais lata, como um *Estado de Justiça*." IN: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 34.

<sup>208</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2003. P 257.

<sup>209</sup> ROXIN, Claus. *La Polémica en torno a la Heteropuesta en Peligro Consentida*. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal. [www.indret.com](http://www.indret.com). 2012. Acesso em 06/2015. p. 05.

valoração dos elementos contidos no tipo penal, que se dava com a normatização do conteúdo do tipo, resultando na antecipação da antijuridicidade e no tipo de injusto total, com um tipo penal que se expunha como a essência da antijuridicidade<sup>210</sup>.

A questão que não se deve perder de vista é que o funcionalismo penal, igualmente, renormatiza o conteúdo do tipo e sugere uma valoração do seu conteúdo. Entretanto, o funcionalismo desenvolve o método do Neokantismo, em especial, quanto à referência que se dispõe como fonte para valoração e inteligibilidade dos elementos do sistema dogmático. Assim, segundo Schünemann, apesar das correntes, Neokantismo e Funcionalismo, deduzirem os elementos analíticos do delito de valores e fins que desempenham um papel reitor, no Funcionalismo há uma superação do relativismo axiológico do Neokantismo, pois orienta a uma valoração que tem como o papel reitor o fim de prevenção<sup>211</sup>.

O diferencial em relação ao método neokantiano está no aproveitamento social do sistema, pois a normatização proposta pelo viés funcionalista tem um fundamento: nos fins do direito penal propostos pela política criminal de sede constitucional em um Estado Democrático de Direito.<sup>212</sup> A “substituição de valorações difusas não hierarquizadas por valorações político-criminais referida à teoria dos fins que possuem a pena e o Direito penal dentro de um Estado material de Direito, que se fundamenta o funcionalismo.”<sup>213</sup>

É assim que o sistema dogmático do direito penal, ao possuir um caráter valorativo, normativo, com fundamento nas finalidades contidas na política criminal<sup>214</sup>, passa a ter o potencial de incorporar novas demandas sociais por um viés mais adequado.

<sup>210</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 134-136.

<sup>211</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Tradución de Jesús María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991. p. 67

<sup>212</sup> GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo e Direito Pena”. p. 01-02.

<sup>213</sup> *Ibidem*. p. 04.

<sup>214</sup> PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. *Teoria da Imputação Objetiva do Resultado: Uma aproximação crítica aos seus fundamentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 65.

Importante destacar que, em regra, o funcionalismo não modifica a ordem dos elementos dentro da dogmática penal, utiliza a evolução dos sistemas anteriores e mantém a estrutura externa do sistema finalista da ação. O que o difere é que as novas aberturas passam a agregar um conteúdo valorativo à análise dos institutos dogmáticos: utiliza-se da estrutura do finalismo, bem como do procedimento de valoração neokantiano, mas agrega a fundamentação de todo o sistema nos fins do direito penal para sociedade<sup>215</sup>.

Cumpra analisar, a partir das observações construídas, que se a missão constitucional do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos através da pena, que tem a função de prevenção, então é necessário que todo o sistema seja funcionalizado. As categorias do delito devem desempenhar um papel que justifique a missão do direito penal dentro do sistema constitucional e social<sup>216</sup>.

Na análise do viés funcionalista, é perceptível a importância atribuída à função da pena, ela desempenha um papel essencial na incorporação do conteúdo dos elementos do delito. Isso se evidencia nas construções que partem da função da pena, especialmente a prevenção geral positiva em detrimento da retribuição, e justificam o crime como um conjunto de pressupostos deve ter seus elementos normatizados com vistas à punição.

A normatização do tipo penal é um dos principais avanços - por ter maior refinamento teórico - trazidos pelas correntes funcionalistas à teoria do delito. Nesse ponto, apresenta o princípio do risco como um critério fundamental para formulação da teoria da imputação objetiva, que se demonstra, para além de uma reorientação de valores, como um conjunto de critérios normativos incorporados ao tipo objetivo e representa a porta principal para abertura do conteúdo do sistema.

É através dessa normatização do tipo objetivo em âmbito penal que a ação que realiza de um resultado qualquer, por si só, não pode ser considerada objetivamente

---

<sup>215</sup> GRECO, Luís. *A Teoria da Imputação Objetiva: Uma Introdução*. IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23-47.

<sup>216</sup> *Idem*. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o "Funcionalismo no Direito Penal". p. 06.

típica. A apreensão sensorial da ação que causa o resultado é insuficiente para determinar essa ação como objetivamente criminosa, pois o princípio do risco é o parâmetro para construção de filtros que limitam a imputação objetiva do resultado pela demonstração da causalidade natural entre a ação humana e um resultado lesivo, como se observa nos sistemas causal naturalista e finalista da ação. Existe assim, ainda que não exclua a utilização do nexos de causalidade físico, um critério normativo que demanda um juízo de imputação capaz de excluir cursos causais irregulares na avaliação da tipicidade objetiva<sup>217</sup>.

No âmbito das correntes funcionalistas, as construções de Claus Roxin e Günther Jakobs são as mais conhecidas e desenvolvidas. Roxin estrutura um método voltado à funcionalização do sistema do delito para atender à missão constitucional do direito penal, a proteção subsidiária do bem jurídico. Método conhecido como *funcionalismo teleológico*<sup>218</sup>.

Sem embargo de uma maior exposição que se fará em sequência, o funcionalismo teleológico insere o objetivo político criminal de proteção ao bem jurídico como fundamento à valoração dos institutos dogmáticos do sistema jurídico-penal. O método desenvolvido por Roxin orienta a culpabilidade enquanto reprovabilidade e, no âmbito do tipo penal, incorpora a teoria da imputação objetiva, que se apresenta em três níveis de imputação, a partir do princípio do risco: a imputação objetiva do resultado à conduta do agente depende da criação do risco não permitido, que concretiza o desvalor da ação do agente; a realização do risco não permitido no resultado, concretização do desvalor do resultado; e, ainda, que o resultado esteja contido no alcance do tipo penal<sup>219</sup>.

Jakobs, por sua vez, desenvolveu o método de normatização do sistema jurídico-penal com a finalidade de proteção da norma como consequência da manutenção do sistema social. O funcionalismo sistêmico parte da concepção de uma sociedade construída por um sistema de significação que interliga os seus cidadãos à

---

<sup>217</sup> CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Teoria da Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista. p. 72.

<sup>218</sup> *Ibidem*. p. 188.

<sup>219</sup> GRECO, Luis. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 19-28.

manutenção de um comportamento conforme a identidade cultural assimilada no sistema. O Direito assimila a identidade cultural e as reafirma através das normas, que contêm parâmetros que informam os papéis e expectativas comportamentais voltados aos cidadãos. Nesse contexto, cabe ao direito penal a proteção da identidade cultural de uma sociedade através da manutenção da vigência da norma<sup>220</sup>.

Assim, o sistema se funcionaliza para garantir a manutenção das expectativas sociais constantes na norma. Apesar de a norma ter uma vigência contrafática (o fato criminoso não derroga a norma), a pena deve se inserir como um instrumento de reestabelecimento da expectativa frustrada pela conduta criminosa, sendo aplicada visando à prevenção geral positiva<sup>221</sup>.

Analisando a funcionalização do direito penal com os fins de política criminal, Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde alertam que a funcionalização traz o perigo de mitigação das garantias que são ínsitas a uma construção formalizada do conflito, a propósito da segurança que se oferece ao se adotar método que partem de um axioma para classificação das categorias no sistema.<sup>222</sup> Deve se questionar, no entanto: se o jurista hoje deve continuar sendo apenas um dogmático.<sup>223</sup>

É necessário iniciar a construção de métodos que, sem relativizar os sistemas de garantias construídos sob a égide do Estado de Direito, possibilitem a aproximação do direito com a realidade social. Por isso, é importante observar um fundamento material para referenciar a normatização dos elementos do sistema jurídico-penal.

---

<sup>220</sup> “Na concepção de Jakobs, o Direito penal obtém sua legitimação material de sua necessidade para garantia da vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas das que depende a própria configuração da identidade da sociedade) frente a aquelas condutas que expressam uma máxima de comportamento incompatível com a norma correspondente põem a esta, por tanto, em questão como modelo geral de orientação no contrato social.” IN: RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLES, Carlos J. Suárez, MELIÁ, Manuel Cancio. *Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs*. IN: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas --- p. 18.

<sup>221</sup> GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo no Direito Pena”. p. 07-09.

<sup>222</sup> HASSEMER, Winfried. MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1989. p. 174.

<sup>223</sup> MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social e Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 12.

Cabe advertir que a normatização sem a vinculação político-criminal sólida, de fundo constitucional, transforma o sistema em uma mera tautologia.<sup>224</sup> Os elementos do sistema jurídico-penal devem se funcionalizar com base num conteúdo de política criminal, observando a Constituição como um limite referencial máximo, criando categorias analíticas à imputação e, após, aplicar-se numa lógica tópica, caso a caso, respeitando as diferenças como um postulado de justiça<sup>225</sup>.

### 3.1 A MANUTENÇÃO DA IDENTIDADE SOCIAL COMO FUNDAMENTO DA PROIBIÇÃO PENAL

A visão atual da dogmática da teoria do crime no Brasil demonstra uma estabilidade na adoção do sistema finalista, que possui o método hegemônico no âmbito do desenvolvimento científico e da *praxis* jurídico-penal. A estabilidade se observa numa dupla perspectiva: a primeira, é estável, considerando a segurança e solidez na aplicação do seu método, uma vez que possui o método mais difundido e desenvolvido na doutrina e mais aplicado nas decisões dos Tribunais nacionais; segundo, estável, por não avançar e desenvolver seus institutos dogmáticos para alcançar resultados mais justos e menos lesivos frente às demandas que são postas pela sociedade contemporânea.

A estabilidade na segunda perspectiva, o não desenvolvimento, abre espaço para consideração de novos modelos e sistemas. Nesse espaço, se destacam as construções dogmáticas do funcionalismo teleológico, desenvolvido principalmente por Claus Roxin, e a proposta metodológica construída por Günther Jakobs, o funcionalismo sistêmico<sup>226</sup>, que orienta uma reinterpretação dos elementos

---

<sup>224</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch, 1992. p. 370.

<sup>225</sup> GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo Direito Pena”. p. 08.

<sup>226</sup> “Jakobs funcionaliza não só os conceitos, dentro do sistema jurídico penal, como também este dentro de uma teoria funcionalista sistêmica da sociedade, baseada nos estudos sociológicos de Niklas Luhmann.” IN: GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo Direito Penal”. p. 08

dogmáticos do delito em atenção ao conteúdo da norma que se espelha no sistema social.

A proposta metodológica se estrutura nas bases lógicas construídas pelos sistemas anteriores<sup>227</sup>, mas diverge em sua funcionalidade<sup>228</sup>. O que se demonstra, agora, é uma progressão do sistema dogmático com uma valoração normativa dos seus elementos por um viés político-criminal: a organização e compreensão do sistema penal com a orientação dos seus elementos à garantia da função de prevenção geral da pena<sup>229</sup>.

O sistema concebido por Jakobs, nesse contexto, tem referência na funcionalização do direito penal como instrumento de garantia da vigência da norma<sup>230</sup>. Para o funcionalismo sistêmico, o desrespeito à norma importa mais ao direito penal em suas consequências internas que externas, pois não se podem reparar as lesões que já se produziram e, de outro modo, a violação à norma é pré-existente e prescinde à existência de lesões a bens jurídicos. Assim, o direito penal, antes de proteger qualquer bem jurídico, tem o seu fundamento material na preservação da

---

<sup>227</sup> Jakobs desenvolve um sistema de Direito penal que não exclui por completo a influência do Welzel, mas se afasta dos fundamentos metódicos do finalismo. “O Direito penal tem que assegurar a vigência dos ‘valores positivos de ação de caráter ético-social’ [os caminhos se separam nesse ponto, pois] no lugar da dogmática ontologicista de Welzel, jakobs propunha uma renormatização dos conceitos jurídico-penais com o propósito de orientar-los à função que corresponde o Direito penal.” IN: RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLES, Carlos J. Suárez, MELIÁ, Manuel Cancio. *Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs*. IN: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 17.

<sup>228</sup> Jakobs refuta a concepção pré-jurídica, ontológica, típica dos sistemas causal naturalista e finalista da ação. Existe uma virada metodológica na análise do tipo penal, o sistema finalista da ação tem no tipo subjetivo o instrumento fundamental para determinação do âmbito de responsabilidade inerente a uma ação. Jakobs propõe a normatização dos elementos do tipo objetivo, especialmente a ação, que já seria adjetivada por valorações que limitam o âmbito da conduta penalmente relevante. IN: JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 53-70.

<sup>229</sup> “A função da pena estatal para garantir as expectativas sociais essenciais se resume em produzir ‘prevenção geral através do exercício no reconhecimento da norma’. Essa prevenção geral, que se denomina positiva porque não é meramente intimidatória, manifesta-se em três aspectos diferentes: por um lado e antes de tudo, a pena serve para confirmar a confiança na vigência das normas, apesar de sua ocasional infração (‘exercício de confiança na norma’). Em segundo lugar, a pena se orienta ao ‘exercício na finalidade para o Direito’, no sentido antes mencionado. E, por último, mediante a imposição da pena se estuda a conexão existente entre a conduta que infringe a norma e a obrigação de arcar com seus custos, suas consequências penais (‘exercício na aceitação das consequências’). IN: RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. cit.* p. 03.

<sup>230</sup> Para Jakobs, a constituição da sociedade se faz através de normas, que incorporam e solidificam a identidade da comunidade, e não pela valoração de bens. A vigência da norma deve ser garantida através da sanção. IN: JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: Teoria de um Direito Penal Funcional*. Barueri: Manole, 2003. p. 10-13.

vigência das expectativas da norma que contém a identidade social formada por uma comunidade<sup>231</sup>.

O funcionalismo sistêmico parte do fundamento da ideia de *contrato social*<sup>232</sup> que se orienta através da reafirmação da identidade cultural que é fonte para construção do sistema jurídico. Nessa perspectiva, para preservação e restauração da identidade social violada, todo o sistema passa a ser funcionalizado e fundamentado no fim de prevenção geral positiva da pena, um elemento de estabilização da ordem normativa, que supostamente reforçaria a historicidade da comunidade a qual se vincula.

O método funcionalista-sistêmico, então, conecta o sistema social ao sistema jurídico-penal de tal modo que os elementos obtidos naquele superam uma referência ontológica e pré-jurídica e passam a existir conforme o conteúdo normativo atribuído pelo sistema jurídico. Nesse processo, os conceitos básicos para elaboração dos institutos dogmáticos sobrepujam o método das ciências naturais e passam a atender à forma que o direito penal possui perante o sistema social.

A sociedade, nesse sistema, funciona como uma fonte, uma nascente que fornece o conteúdo das expectativas de comportamento dos cidadãos. É o sistema social quem delimita a responsabilidade do cidadão estabelecendo o seu âmbito de competência e as expectativas objetivas que decorrem de uma ação individual, o que se propõe é uma significação social da conduta desconsiderando os aspectos inerentes à pessoa, como a autonomia, a liberdade, a intenção e a vontade das pessoas envolvidas num curso causal lesivo.

Desprezando a pessoa em sua individualidade, Jakobs considera que as expectativas direcionam as referências ao comportamento que se espera do outro cidadão. A consideração do ser humano no sistema penal se realiza através do papel de cidadão, que segue um gabarito voltado à orientação comportamental<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup> RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. Um Novo Sistema Jurídico Penal. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 01.

<sup>232</sup> JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 18

<sup>233</sup> JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 70.



Nesse sentido, para além do que pensam ou desejam as pessoas, o sistema deve se orientar nas interações simbólicas que determinam o comportamento admissível frente ao contrato social. O pedestre espera que o condutor respeite a sinalização do semáforo e o limite de velocidade e o condutor espera que o pedestre atravesse à via utilizando a faixa de pedestres. Ambos se comunicam e estabelecem seus comportamentos conforme as expectativas derivadas dos sistemas de comunicação resultantes da sociedade.

Todo cidadão passa a ser o portador de um âmbito de competência que os vincula à responsabilidade por expectativas sociais. Assim, maior importância no âmbito de responsabilidade penal é dada à forma que o cidadão se comporta frente às expectativas que lhes são atribuídas pela sociedade, pois a confiança no comportamento objetivo forma um âmbito de competência no qual o cidadão é garantidor das regras e expectativas atribuídas pela comunidade ao seu papel.

Não se eleva o comportamento sob um viés subjetivo, ou seja, vinculado ao desejo do agente. Igualmente, a conduta não se desvaloriza com a inutilização de possíveis conhecimentos especiais que o agente possa ter<sup>234</sup>. O importante, no âmbito de competência que se liga a um papel social, é que o cidadão se comporte conforme o que a sociedade espera daquele que avoca o papel, de modo objetivo.

As pessoas representam um papel, sendo consideradas enquanto pessoas porque possuem uma representatividade social: O médico deve seguir a *lex artis*, o condutor de um automóvel deve respeitar as leis de trânsito, o desportista deve seguir as regras do esporte, o dono da fábrica deve seguir as normas regulamentares de segurança<sup>235</sup>.

O funcionalismo sistêmico, assim, acresce à percepção causal típica do finalismo, no âmbito do tipo objetivo, a necessidade de uma avaliação do comportamento

---

<sup>234</sup> JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 214.

<sup>235</sup> *Ibidem*. p. 113.

socialmente relevante.<sup>236</sup> A conduta humana juridicamente relevante, tem como referência os padrões de responsabilidade atribuídos pelo sistema normativo. Considerando tal sistema, o fato criminoso não se resume à causalidade ou a finalidade do agente, mas observa o seu papel frente à norma que reflete os valores e expectativas de comportamento que a sociedade procura observar nas relações comunitárias.

O fundamento material do crime é a manutenção da vigência da norma e, assim, ele surge como um desrespeito ao rol comportamental inerente à vinculação do autor com o sistema jurídico. É a não realização da ação conforme se esperava do autor, uma vez que o mesmo é garante das expectativas constantes no rol de competências atrelado à sua função. Assim, para além da evitação do dano a um bem jurídico, o crime se estabelece com a violação da expectativa inerente à função que o agente exerce na sociedade contida numa norma, que tem vigência contrafática<sup>237</sup>.

O delito é a violação da norma por um comportamento que o agente tinha competência e o poder de evitação, expressando a não motivação do agente conforme uma norma que deveria, com o seu comportamento, reafirmar através de sua organização. Ou seja, o cidadão tem a competência para organizar o seu papel garantindo o cumprimento das leis<sup>238</sup>.

Cabe ao direito penal estabelecer quais as condutas que desrespeitam a norma e, após, utilizar a pena como meio de proteção e restauração da vigência do conteúdo legal violado, solidificando a confiança da comunidade perante o sistema jurídico. A pena se insere no mesmo contexto de significado da norma, simbolizando em sua

---

<sup>236</sup> “Sem este material de interpretação, o resultado não é mais do que um conglomerado naturalista, na melhor das hipóteses, algo que o indivíduo perseguia, um curso causal, ou um curso causal psicologicamente sobredeterminado; em todo caso, não é mais que um amálgama heterogêneo de dados que não adquiriram significado social algum. IN: JAKOBS, Gunther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 22.

<sup>237</sup> Segundo Luís Greco, as expectativas normativas se mantêm mesmo com a sua violação: “O expectador exige que a realidade se adapte à expectativa e esta continua a valer mesmo contra os fatos (contrafaticamente). O erro era a realidade, não a expectativa. Daí surgem o conceito de norma: ‘são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente.’” IN: GRECO, Luís. GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo no Direito Penal” p. 09.

<sup>238</sup> JAKOBS, Gunther. *Ação e Omissão no Direito Penal*. Barueri: Manole, 2003. p. 36-37.

aplicação a refutação da anulação da norma violada pelo crime e a reafirmação da confiança normativa do comportamento<sup>239</sup>.

A contribuição do método construído por Jakobs possui influência na reinterpretação de todo o sistema dogmático do crime. Sem desconsiderar a totalidade da concepção criada pelo referido autor, busca-se analisar, em especial, a sua contribuição para o desenvolvimento da compreensão do tipo objetivo.

A inovação da teoria de Jakobs, no âmbito do tipo objetivo, está no desenvolvimento da sua teoria da imputação objetiva. A teoria da imputação objetiva, pelo viés do funcionalismo sistêmico, procura analisar se o resultado é explicável pelo comportamento que violou ou não a vigência da norma. De modo geral, busca aferir se o resultado é decorrente de vícios na organização da competência do autor, da vítima, de terceiros ou deriva de cursos causais diversos que possam se observar com o potencial de explicar o resultado<sup>240</sup>.

Ao juízo de Jakobs, a imputação objetiva do resultado à conduta do autor não se satisfaz com os procedimentos do método causal e finalista, pois ambos os sistemas têm por base o nexo de causalidade naturalístico que encontra dificuldades para explicar a imputação, problema essencialmente valorativo, que necessita de uma compreensão normativa.

Para o autor, a imputação no âmbito do tipo penal deve superar o procedimento que se realiza com a aferição da causalidade natural, limitada por uma orientação psíquica de significação individualizada. Para Jakobs, a imputação objetiva do resultado à conduta do autor deve ocorrer com a aferição de critérios normativos que impõem ação objetivamente típica como a causação de um resultado

---

<sup>239</sup> RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. *Um Novo Sistema Jurídico Penal*. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.p. 01-07.

<sup>240</sup> “Os conteúdos normativos da teoria da imputação objetiva por ele [Jakobs] desenvolvida se encontram vinculados à ideia de que o sistema da teoria do delito deve tomar como ponto de referência a esfera da administração autônoma que corresponde ao cidadão, à pessoa. Nesse sentido, a teoria da imputação objetiva é para Jakobs o primeiro grande mecanismo de determinação de âmbitos de responsabilidade dentro da teoria do delito [...] ‘Os autores e demais intervenientes não se tomam como indivíduos com intenções e preferências altamente diversas, mas como aquilo que devem ser do ponto de vista do Direito: como pessoas. É entre estas que se determina a quem compete um curso lesivo: a um autor, a um terceiro, ou à vítima.’”. IN: *Ibidem*. p. 82-83.

individualmente evitável pelo cidadão socialmente competente. É nesse contexto que a conduta supera o viés individualizante, e sem significado coletivo, e passa a ter uma conotação social<sup>241</sup>.

A partir da adjetivação social do comportamento juridicamente relevante, o conceito de conduta se não se perfaz com circunstâncias anteriores e afastadas da compreensão da sociedade, agora decorre da identidade da sociedade que o atribui unidade, pois “um conceito jurídico-penal de ação deve combinar sociedade e direito penal”<sup>242</sup>. As ações juridicamente relevantes, afastadas de uma manifestação subjetiva vinculada à finalidade do agente, demonstram-se como portadoras de um significado que se expõe em um fenômeno que carrega uma importância para o sistema de controle social, o sistema jurídico<sup>243</sup>.

Refuta-se, desse modo a concepção de ação formada por conteúdos descritivos e heterogêneos sem significados, é necessária uma unidade conceitual dotada de significado jurídico. A teoria da imputação objetiva analisa esse significado no âmbito do tipo penal, distinguindo a causalidade (nexo de causalidade) naturalística, da imputação (normativo)<sup>244</sup>.

A causação de um resultado, mesmo com uma conduta dolosa e adequada, não é o suficiente para justificar a imputação objetiva. Para Jakobs, só a identidade social através do contato social é capaz de determinar o sentido da ação como permitida e proibida, assim como limitar o âmbito de competência e atribuir a responsabilidade constante nos papéis. As normas não impõem a todos o dever de evitar todos os danos possíveis:

O proprietário de um veículo deve se ocupar de que este funcione corretamente e não pode partir do raciocínio de que os demais participantes no tráfego viário valerão por sua própria segurança, estes, por sua vez,

---

<sup>241</sup> JAKOBS. Gunther. *Fundamentos do Direito Penal*. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 68

<sup>242</sup> *Ibidem*. p. 55

<sup>243</sup> “Não é a natureza que ensina o que é ação, como pretendia a escola de Von Liszt com a sua separação entre o físico e o psíquico, e o conceito de ação tampouco pode se extrair da ontologia, como normalmente se sustenta que Welzel pretendeu demonstrar com seu ponto de partida desde a finalidade do atuar humano, sendo que no âmbito do conceito de ação o decisivo é interpretar a realidade social, torná-la compreensível na medida em que esta se relaciona com o Direito Penal.” IN: *Idem*.

<sup>244</sup> *Ibidem*. p. 57 et seq.

devem respeitar os deveres de autoproteção, nada mais, porém tampouco menos.<sup>245</sup>

Cumpra analisar, no curso causal, a quem compete a deficiência na administração do papel que ocasionou uma violação das expectativas resultante num acontecer socialmente relevante. A configuração normativa da sociedade possibilita o anonimato e a impessoalidade do contato, uma vez que a determinação de responsabilidades vinculadas a papéis possibilita a construção de um padrão geral de comportamento que relativiza a necessidade de subjetivação da ação. Não é necessário analisar a representação individual da pessoa, mas o papel, apenas o seu papel. “Sem esta desindividualização não seriam possíveis contatos anônimos em alto grau para permitir o desenvolvimento das relações econômicas e sociais”<sup>246</sup>.

O encargo de evitar a defraudação da norma necessita de uma aferição da imputação objetiva, que passa por dois momentos: imputação objetiva do comportamento e a imputação do resultado. Opera-se, assim, a determinação do risco e a explicação do resultado a partir do risco criado pelo autor.

A teoria de Jakobs converge em muitos pontos com a teoria da imputação objetiva do funcionalismo teleológico, mas diversamente desta que fixa a preocupação na imputação objetiva do resultado, o método de Jakobs se atém na determinação do comportamento típico<sup>247</sup>.

A imputação objetiva do comportamento visa imputar as transgressões das expectativas que se vinculam ao portador do papel. As capacidades de quem atua são prescindíveis, sendo essencial aferir as capacidades do portador do papel. Sendo o papel “um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas.”<sup>248</sup>

---

<sup>245</sup> JAKOBS, Gunther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19

<sup>246</sup> *Ibidem*. p. 21

<sup>247</sup> RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. *Um Novo Sistema Jurídico Penal*. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 84

<sup>248</sup> “As expectativas dirigidas ao portador de um papel configuram o esquema de interpretação cujo concurso é imprescindível para que as ações individuais possam adquirir um significado socialmente

A partir da concepção da desindividualização da ação proposta por Jakobs, há uma desvinculação das interpretações individual e objetiva da ação. Assim, por exemplo, o condutor que excede o limite de velocidade em uma via, realiza um perigo para vida das pessoas, ainda que durante a condução não tenha pensado nisso; por outro lado, o mecânico que faz a manutenção num carro sabendo que o seu proprietário conduzirá em alta velocidade, ainda que interprete que a sua atividade é um auxílio à conduta culposa do condutor, o risco objetivamente não lhe será atribuído, uma vez que não compreende no papel do mecânico a preocupação sobre como o motorista dirigirá o carro.

A separação da compreensão objetiva e subjetiva possui maior relevância nos crimes culposos, em que o papel tem a função de *standart* sobre o comportamento arriscado, embora aceito. Nos crimes dolosos, geralmente, as interpretações objetivas e subjetivas se equivalem. Assim, quem deseja matar outrem com a utilização de um veículo automotor, realiza objetivamente um comportamento homicida que viola as normas de condução do trânsito e, igualmente, tem consciência da proibição de matar. Para Jakobs, no âmbito da imputação do comportamento, só importa a interpretação objetiva do comportamento que violou o papel de motorista<sup>249</sup>.

Para aferição desse comportamento, Jakobs propõe o exame de quatro categorias postas como critérios à imputação objetiva do comportamento: o risco permitido, o princípio da confiança, a proibição de regresso, e a competência (capacidade) da vítima<sup>250</sup>.

Quanto ao risco permitido, importante ressaltar que o risco é inerente à sociedade contemporânea, não é dever do Estado, tampouco do cidadão, eliminar todos os riscos sociais. Disso decorre que existem riscos que são permitidos e fazem parte de

---

vinculante." JAKOBS, Gunther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 20

<sup>249</sup> *Ibidem*. p. 21.

<sup>250</sup> RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. *Um Novo Sistema Jurídico Penal*. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 85 *et seq*

setores essenciais ao desenvolvimento comunitário, sendo normais aos comportamentos nas interações sociais.

Partindo da funcionalidade dos riscos no desenvolvimento da sociedade, Jakobs considera que uma sociedade não deve desenvolver um sistema de proteção máxima aos bens jurídicos, mas sim, deve-se valer da práxis cultural que reflete no Direito os limites ao risco. Tais limites se incorporam à comunidade como instrumento à garantia do gozo de tais bens jurídicos.

É assim que Jakobs expõe o caráter ubíquo dos riscos: a construção de um automóvel, a condução no trânsito, o tráfego de pedestres etc. são fenômenos comuns quando exercidos nos limites do permitido, e, ainda que contenham um risco residual ao bem jurídico, são essenciais ao seu desenvolvimento<sup>251</sup>.

O risco permitido se expõe através da regulamentação com normas de cuidado que estabelecem limites ao exercício das atividades arriscadas. Por isso, adverte que apesar da referência à expressão da cultura na prática comunitária como reflexo do comportamento que é permitido, os limites da permissividade só poderá ser obtido através da norma<sup>252</sup>.

A análise do risco permitido não se confunde com a permissão constante nas causas de justificação. A legítima defesa e o estado de necessidade também permitem, em situações excepcionais, o risco de lesão ao bem jurídico, atribuindo licitude à conduta. Nesse sentido, Jakobs observa que o risco permitido parte da adequação social do comportamento para normalizar as ações que são essenciais à

---

<sup>251</sup> “Esta vinculação do Direito com o costume não significa que tudo aquilo que seja mais ou menos habitual esteja, só por isso, permitido; não se trata, portanto, de equiparar o Direito ao meio ambiente da realidade. Não é a própria práxis, mas as normas que determinam as condutas que conformam o risco permitido. Entretanto, resulta evidente que com frequência uma práxis consolidada modifica as normas reitoras das condutas até uma regulação mais branda ou mais estrita. O Direito não pode desvincular-se da evolução da sociedade na qual tem vigência.” IN: JAKOBS, Gunther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 25.

<sup>252</sup> “Jakobs configura o risco permitido partindo de uma definição claramente normativa do ‘risco’, desligada de probabilidades estatísticas de lesão. O risco permitido se define, na concepção de Jakobs, como estado normal de interação, quer dizer, como vigente status quo de liberdades de atuação, desvinculado da ponderação de interesses que deu lugar a seu estabelecimento.” IN: RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. *Um Novo Sistema Jurídico Penal*. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 86.

imagem da sociedade. No risco permitido, não se observa uma justificação da conduta típica devido à colisão de bens, mas um comportamento arriscado, normal e atípico, uma vez que as lesões ao bem jurídico que ocorrem dentro dos limites são observadas como normais à sociedade, não rompem com qualquer expectativa presente num papel.

A proibição generalizada da exposição voluntária ao perigo inviabilizaria o desenvolvimento social. No entanto, não será todo o risco conteúdo habitual que será permitido. Aqui, o princípio da adequação social tem relevância inicial, mas é insuficiente a determinar o conteúdo do risco permitido, pois o limite do permitido não se satisfaz com o cálculo de custos e benefícios, ou seja, com a liberdade do comportamento que se obtém com a permissão dos riscos em adequação com a lesão ao bem através da realização do risco.

Nas relações de trânsito, a adequação social tem uma função importante, principalmente na construção do conteúdo social que fundamenta a permissividade de um risco. Jakobs analisa que: “isso é claramente perceptível no tráfego viário, no que antes de converter em obrigatórias custosas medidas de segurança no trânsito, habitualmente contrapõe-se a limitação da liberdade ao exagero da segurança.”<sup>253</sup>

No entanto, a adequação social não garante critérios adequados para valoração do risco permitido. Esse conteúdo é aferível através da historicidade social, enquanto conjunto de valores da sociedade que se refletem no Direito vigente. O comportamento arriscado que é socialmente adequado faz parte de uma identidade coletiva que antecede ao Direito, mas é por este, posteriormente, definido.

Para a imputação objetiva só o aspecto objetivo é essencial. Por isso, a imputação objetiva passa a ter maior relevância prática nos crimes culposos, uma vez que neles a análise da motivação individual e a interpretação objetiva divergem, tendo aqui o significado geral, objetivo, que importa, pois “o decisivo é que se trata de fatos que produzem uma perturbação social e não de meras peculiaridades individuais”.<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> JAKOBS, Gunther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 36

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 21



O princípio da confiança, por sua vez, tem fundamento na responsabilidade e cooperação dos pertencentes a uma comunidade que se vinculam através de um sistema de comunicação de valores. A expectativa do comportamento alheio conforme o direito é um pressuposto lógico à convivência comunitária, e, desse modo, não compete ao cidadão singular controlar o comportamento de todos os demais, pois deve haver o princípio da confiança do comportamento alheio conforme o papel que lhe foi avocado. “Esse princípio outorga liberdade de ação apesar do perigo de um resultado negativo, pois deste perigo tem de responder outra pessoa.”<sup>255</sup>

Os cidadãos se organizam com a divisão de responsabilidades. Assim, Jakobs expõe que o princípio da confiança alcança o comportamento de um terceiro que cria uma situação inofensiva, *a priori*, em comunicação com a conduta de um terceiro, de quem se espera que atue de forma responsável<sup>256</sup>. Assim, alguém que entrega a condução de um veículo a uma pessoa capaz e habilitada pode confiar que quem recebeu a condução irá se comportar conforme as regras de trânsito.

O princípio da confiança também se demonstra no comportamento regular de terceiro numa situação existente por ele preparada, de modo que a utilização do conteúdo dessa situação pelo autor não ocasionará danos. O motorista confia que o mecânico tenha realizado a manutenção do automóvel de modo correto<sup>257</sup>.

O princípio da confiança é a concretização do risco permitido, porquanto é a previsão da atuação dos sujeitos imersos nas ações arriscadas conforme os parâmetros normativamente estabelecidos ao limite do risco. Nesse contexto, as situações de aplicação do princípio da confiança não estão externas ao âmbito de aplicação do risco permitido<sup>258</sup>.

---

<sup>255</sup> JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 219.

<sup>256</sup> JAKOBS, *op. cit.* p. 26.

<sup>257</sup> JAKOBS, *op. cit.* p.219

<sup>258</sup> RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. *Um Novo Sistema Jurídico Penal*. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 88.

Apesar do princípio da confiança possuir especial relevância na solução dos crimes de trânsito, pois estabelece uma divisão de tarefas, conforme a expectativa dos papéis assumidos pelos cidadãos, mas não é um princípio absoluto. Têm limites, por exemplo, “talvez a consequência danosa seja competência da vítima por seu próprio comportamento ou, simplesmente, porque ela tenha que suportar a desgraça.”<sup>259</sup> Com isso, a vítima não pode invocar o princípio da confiança para justificar comportamentos que fujam à expectativa que a sociedade lhe dirigia.

Com a utilização do papel social, que limita o âmbito de competência e responsabilidade do cidadão, Jakobs desenvolve o princípio da proibição de regresso, expondo que: “quem assume com outro um vínculo que de modo invariavelmente considerado é inofensivo, não viola seu papel como cidadão, ainda que o outro incorpore esse vínculo numa atividade não permitida.”<sup>260</sup>

Assim, existe uma proibição de regresso, pois o comportamento que se conforma ao papel utilizado pelo cidadão, lícito e inofensivo, atendendo aos limites do risco permitido, não pode ser considerado como pressuposto à sua participação em uma ação não permitida de um terceiro. Ou seja, é atípica a conduta não perigosa do terceiro que é utilizada pelo agente para realização do crime.

A teoria tem a finalidade de “enquadrar de forma sistemática a teoria da participação na imputação objetiva.”<sup>261</sup>. Nesse contexto, ultrapassa a limitação posta na atipicidade da participação culposa em crime doloso, para firmar a não responsabilidade do partícipe, conforme o seu viés de garante, quando o sua atuação, modo objetivo, está nos limites de sua competência.

Assim, Jakobs exemplifica que o taxista que realiza uma corrida ao homicida, sabendo que este irá matar alguém, não realiza uma conduta típica, pois a ação homicida não pode macular a licitude conduta do taxista que agiu conforme o seu papel: realizar corridas de táxi. Ações cotidianas, que sempre estão disponíveis,

---

<sup>259</sup> JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 222.

<sup>260</sup> JAKOBS, Gunther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 27

<sup>261</sup> RAMOS. *Op. cit.* p. 89-90.

como realizar um transporte, não possuem o viés de evitar o comportamento do autor do homicídio<sup>262</sup>.

A proibição de regresso tem força para tornar atípica a conduta de quem cumpre o seu papel social, ainda que a motivação do terceiro à prática do crime seja conhecida e evidente.

A proposição de um método dogmático que dialogue com a sociedade contemporânea não deve se compor de procedimentos que se fechem num normativismo extremo, ao ponto de objetivar a pessoa e desconsiderar a humanidade como ponto central ao fundamento do sistema.

### 3.2 O SISTEMA TELEOLÓGICO-FUNCIONAL COMO UM MÉTODO ADEQUADO ÀS DEMANDAS COMPLEXAS DE UMA SOCIEDADE ECLÉTICA

A construção de um sistema voltado ao controladas estruturas que estabelecem bases para convivência humana em sociedade requer mais que a determinação de procedimentos de aferição contidos num gabarito estático formado por padrões comportamentais. Essa reflexão se eleva num contexto histórico e social no qual se evidenciam incertezas quanto à eficiência das construções dogmáticas tradicionais para salvaguardar direitos inerentes à personalidade humana que vão além da segurança jurídica.

A identidade de uma sociedade se forja com a progressiva reafirmação cultural através da ideologia, e o direito se vincula a essa identidade. O que se torna relevante aqui, é evidenciar que o Direito é um instrumento de controle social, na visão de Althusser, um aparelho repressivo de estado<sup>263</sup>, funcionalizado para

---

<sup>262</sup> “O motorista de um táxi [...] assumiu levar a cabo um transporte, e deve ocupar-se de que este tenha lugar pontualmente e sem pôr em perigo o cliente. Isto é o que faz parte do seu papel, nem mais, nem menos. O que conjuntamente se realizou com o cliente se limita, em consequência, a um segmento vital circunscrito: o motorista transporta o cliente que lhe paga. Qual o nome do cliente; se este ao chegar ao seu destino realiza uma piedosa doação, ninguém elogiará o taxista por isso. Do mesmo modo permanece distanciado das obras más, posto que estas tampouco formam parte do segmento da realidade que têm em comum.” IN: JAKOBS, Gunther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 28.

<sup>263</sup> ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado*. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, 1970.

atender a uma demanda socialmente posta por um contexto social e historicamente marcado, contexto que não se deve refutar.

Significativas mudanças de paradigmas, revoluções sociais, quedas de regimes políticos, golpes etc. influenciam na alteração do viés cultural a ser apreendido como identidade de uma sociedade. Segundo Paul Ricoeur, a identidade da sociedade é formada a partir da reflexão sobre a experiência passada que forma, no presente, o horizonte de expectativa de um futuro<sup>264</sup>.

É assim que os métodos dogmáticos passados, causalismo e finalismo, devem ser bases e servir de experiência para construção de um sistema adequado às demandas atuais e que propiciem, não a supressão, mas a progressão de um método mais lógico, seguro e humano, que ofereça um horizonte de expectativas não limitado à exaustão da dogmática enquanto a garantia de segurança jurídica e o tipo penal enquanto instrumento apenas à eficácia da legalidade formal.

O sistema causal-naturalista da ação cumpriu uma função essencial num período em que se desenvolvia a concepção de Estado de Direito. Numa época, como bem denuncia Beccaria, em que a principal angústia era determinar os limites do exercício do poder estatal sobre a liberdade dos cidadãos, os seus métodos se justificavam. Por isso, à identidade da sociedade de outrora, que pugnava pela consolidação de uma liberdade e igualdade formais, foi adequado o desenvolvimento de sistemas sólidos, essencialmente fechados equivalentes às ciências exatas, classificatórios, que propunham um método composto por elementos naturais na observação do fenômeno social, uma equação matemática que transforma o fato social em crime.

Os sistemas ontológico-dedutivos não são inadequados, a análise sobre uma possível inadequação deve ter como base os programas sociais que justificaram a construção dos procedimentos que lhes são inerentes. A questão posta é que não

---

<sup>264</sup> “O termo expectativa é suficientemente vasto para incluir a esperança e o receio, o desejo e o querer, a preocupação, o cálculo racional, a curiosidade, numa palavra, todas as manifestações privadas ou comuns que visam o futuro; como a experiência, a expectativa relativa ao futuro está inscrita no presente; é o futuro-tornado-presente.” IN: RICOEUR, Paul. *Do Texto à Ação: Ensaio de Hermenêutica II*. Tradução: Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando. Porto: RÉ.S. p. 271.

mais se legitimam num contexto social em que a política criminal supera a, importante mas não suficiente, limitação do sistema penal à manutenção da liberdade e igualdade numa acepção formal, como se demonstra naqueles que constitucionalmente são denominados como Direitos Fundamentais de primeira geração.

São complexas as demandas que insurgem dos conflitos sociais na contemporaneidade. Não há como, inicial e abstratamente, determinar qual a postura a ser assumida pelos entes de controle frente aos problemas e litígios que decorrem de tal conflito, no entanto ainda que inicial e abstratamente, deve se determinar a postura que não pode ser assumida em prol do controle social: a que ultrapasse os limites dos Direitos observados como fundamentais no Estado Democrático e Social de Direito.

É aqui que se demonstra, para além da segurança conquistada com o respeito à legalidade, a necessidade de uma construção metodológica que contenha o aproveitamento de todo desenvolvimento realizado pelos sistemas anteriores (segurança do causalismo e humanização do finalismo), mas que propicie uma porta para abertura do pensamento dogmático às complexas e diversificadas demandas da sociedade atual, pós-moderna, pós-industrial, líquida, tecnológica, do terceiro milênio, que convive com um Estado democrático, de Direito, Social, Paternalista, Libertário, mínimo, centauro<sup>265</sup>.

O projeto de satisfação dessa necessidade é visto com maior desenvolvimento e solidez, que não se confunde com perfeição ou esgotamento, no funcionalismo teleológico proposto por Roxin. A dogmática penal não pode se determinar com um dogma e, ao ultrapassar o entendimento de Von Lszt, Roxin<sup>266</sup> abre as primeiras

---

<sup>265</sup>Luic Wacquant define como Estado Centauro o modelo de penalidade neoliberal que passou a remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança em diversos países. IN: WACQUANT, Lóic. *Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 07.

<sup>266</sup>“O direito penal é a barreira intransponível da política criminal’ [...] À política criminal assinalava ele [von Liszt] os métodos racionais, em sentido global, do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado como tarefa social do direito penal, enquanto ao direito penal, no sentido jurídico do termo, competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado ‘Leviatã’. IN: ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 01.

portas para construção de um método com procedimentos mais adequados à orientação do sistema com as complexas relações presentes na identidade cultural da sociedade contemporânea. “De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável ao sistema?”<sup>267</sup>

O método funcionalista teleológico proposto por Roxin assume esses questionamentos como um pressuposto lógico à construção do sistema, propondo uma aproximação entre os substratos que compõem o crime, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, com o programa de política criminal da sociedade. Nesse aspecto, o direito penal sobrepõe a orientação que lhe imputava o caráter de *barreira intransponível da política criminal*, passando a atuar como um instrumento de controle social qualificado por uma valoração social constitucional.

A proposta de Roxin tem o potencial de superar o dualismo metodológico evidenciado tanto nos sistemas ontológico-dedutivos quanto no modelo Neokantiano, que propunha um normativismo extremo sem uma vinculação com a realidade. Luis Greco, nesse ponto, analisa que Roxin propõe a referência, com fundamento na jurisprudência dos valores, não a qualquer política criminal, mas a do Estado Social democrático de Direito, que orienta como função do Direito Penal a proteção subsidiária, através da prevenção especial e geral, de bens jurídicos, respeitando direitos e garantias constitucionais<sup>268</sup>.

Formulações abstratas resultam em injustiças. Assim, deve o sistema penal não deve se fechar em elementos classificatórios com finalidades exclusivamente garantísticas<sup>269</sup>, deve ter o potencial de se atualizar e desenvolver instrumentos para acompanhar, em paralelo, a mutação de uma sociedade que requer igualdade material, liberdade enquanto autonomia individual: a intervenção para suprir vulnerabilidades e abstenção para preservar liberdades.

---

<sup>267</sup> *Ibidem*. p. 07.

<sup>268</sup> GRECO, Luís. *A Teoria da Imputação Objetiva: Uma Introdução*. IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 64.

<sup>269</sup> ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.13

Nessa tensão, no âmbito do tipo penal, o funcionalismo teleológico segue a evolução do sistema finalista, considerando a estrutura do tipo enquanto tipo objetivo e tipo subjetivo<sup>270</sup>, mas agora com uma maior ênfase à análise do tipo objetivo. Os elementos do tipo objetivo passam a ter uma função político-criminal<sup>271</sup>, que determina o seu conteúdo, orientando ao jurista que realize uma análise dedutiva dos elementos do sistema, valorando-os politicamente, e uma aplicação indutiva, vinculando-os a um grupo de casos<sup>272</sup>.

Com isso, privilegia uma aproximação entre o sistema e a realidade, considerando as especificidades constantes no conflito e respeitando à pessoa enquanto um ser humano envolvido na realidade em que irá atuar. Isso é possível especialmente com a funcionalização dos elementos do tipo objetivo que contribuem para eliminação de cursos causais distantes que não possuem relação efetiva com o evento, ainda que considerados como sua causa através da lógica causal. Com isso, fica evidente a concepção de um método capaz de desonerar a liberdade social sendo mais lógico e justo.

O funcionalismo teleológico propõe uma mudança sistêmica no conteúdo dos elementos observados dogmaticamente na composição do crime, vinculando a “ordem e clareza conceitual, proximidade à realidade e orientação por fins político-criminais.” com o “desenvolvimento e sistematização sob um ângulo de sua função político-criminal”.<sup>273</sup>

Não há aqui um espaço para aferição pormenorizada de todo o sistema, mas, para alcançar uma inicial compreensão sobre a heterocolocação em perigo consentida,

---

<sup>270</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 144

<sup>271</sup> “[...] o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada àversão formal-positivista de proveniência lisztiana.” IN: ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20

<sup>272</sup> GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo no Direito Penal”. p. 08.

<sup>273</sup> ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 29.

se faz necessário desenvolver uma análise sobre o procedimento teleológico-funcionalista ao juízo de tipicidade penal.

Um dos principais avanços do modelo de sistema proposto pelo funcionalismo teleológico é o desvelamento do tipo objetivo enquanto conteúdo essencial à determinação do fato criminoso. Com o avanço dos sistemas penais, do causal-naturalista ao finalista, foi possível observar um avanço da dogmática penal: a culpabilidade passou, gradativamente, de psicológica para normativa, a imputabilidade deixou de ser pressuposto da culpabilidade para integrá-la, a exigibilidade de conduta diversa passou a representar o poder de agir de outro modo, a consciência atual da ilicitude foi substituída pela atual, a ilicitude foi qualificada pela necessidade da presença do elemento subjetivo, o dolo deixou de ser uma espécie de culpabilidade e passou a integrar o tipo subjetivo, enquanto consciência e vontade do agente dirigido a uma finalidade.

As mudanças foram diversas e não se esgotam nos exemplos apresentados, mas o que se deve observar é que, apesar das resistências, elas foram necessárias ao desenvolvimento do sistema penal para se adequar a um contexto histórico que buscava, para além de uma garantia do cidadão frente ao Estado, uma maior humanização do sistema penal.

No entanto, as modificações não trouxeram igual desenvolvimento ao tipo objetivo, que continuou sendo um gabarito de elementos classificatórios determinados por um dado ontológico. O tipo objetivo, nos crimes de resultado, pode se resumir, em ambos os sistemas, como conduta (ação ou omissão), nexos de causalidade naturalístico (causa é toda condição ao resultado) e resultado material.

O funcionalismo penal, frente a esse contexto, propõe o incremento da importância do tipo objetivo no juízo de tipicidade penal<sup>274</sup>. Isso através da Teoria da Imputação

---

<sup>274</sup> “A Teoria da Imputação objetiva confere ao tipo objetivo uma importância muito maior da que ele até então tinha, tanto na concepção causal como na final. [...] Ela fornece regras genéricas a respeito de quais causações de um morte, de lesões corporais ou de um dano constituem ações de matar, lesar ou danificar, e quais não. [...] Enquanto os finalistas consideram ação de matar unicamente o direcionamento consciente do curso causal no sentido da morte, de acordo com a concepção aqui defendida, toda causação objetivamente imputável de uma morte será uma ação de matar e isto também quando ela não for dolosa. O dolo não é algo que cria a ação de matar, mas algo que pode



Objetiva<sup>275</sup> que, com base no princípio do risco, propõe a construção de critérios normativos que filtrem a causalidade física e determinem se o resultado deve ser objetivamente imputado à conduta do agente.

Nesse sentido, o funcionalismo opera direcionando o critério de imputação objetiva a uma realização máxima da liberdade do cidadão. Luis Greco analisa que a limitação da liberdade deve ser excepcional, deve atender a função de proteção ao bem jurídico. E assim, apenas as condutas perigosas devem ser proibidas, ou seja, aquelas que de alguma forma os ameacem o bem jurídico<sup>276</sup>.

É interessante exemplificar que as relações de trânsito são essencialmente perigosas, no entanto só cabe ao direito penal proibir as condutas que ultrapassem os riscos que normalmente são admitidos pela sociedade. Os riscos assumidos decorrem de uma ponderação entre a liberdade geral dos cidadãos e a necessidade de proteção ao bem jurídico, considerando o valor do bem, o perigo inerente à ação e a existência de meios menos arriscados.

É assim que a aferição do risco passa a fundamentar a teoria da imputação objetiva para atuar no âmbito do tipo objetivo determinando um conjunto de critérios com a capacidade de fazer que uma causação de um resultado seja a causação de um resultado objetivamente típico<sup>277</sup>.

A teoria da imputação objetiva consegue sanar a lacuna presente no dogma causal, inerente à teoria da *conditio sine qua non*, presente no causalismo e no finalismo, apresentando uma resposta mais rápida, justa e equilibrada para conflitos inerentes às novas demandas de uma sociedade que tem na assimilação do risco um dos

---

nela existir ou estar ausente.” IN: ROXIN, Claus. *A teoria da Imputação Objetiva*. Trad. Luis Greco. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38. p. 11. Abril de 2012. P. 05-06

<sup>275</sup> Os fundamentos da teoria da imputação objetiva são mais que sólidos, uma vez que se alicerçam nas funções do tipo, as quais remetem à função do Direito penal, que, por sua vez, é diretamente fundada na Constituição Federal e na ideia do Estado Social e Democrático de Direito. GRECO, Luís. *A Teoria da Imputação Objetiva: Uma Introdução*. IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 89

<sup>276</sup> GRECO, Luís. *A Teoria da Imputação Objetiva: Uma Introdução*. IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 80

<sup>277</sup> GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 19.

pressupostos de desenvolvimento. Essa resposta se torna mais importante ao analisar as relações de trânsito, essencialmente arriscadas.

Por exemplo, o proprietário entrega as chaves de um veículo automotor em perfeito estado de conservação a uma terceira pessoa, capaz e habilitada, esperando que a mesma sofra um acidente mortal, ao trafegar por uma via normal do perímetro urbano, o condutor se acidenta. Nesse caso, segundo Roxin, “o resultado só poderá ser imputado ao agente se a sua conduta tiver criado um perigo para o bem jurídico fora do risco permitido e esse perigo tiver se realizado num resultado concreto”.<sup>278</sup>

Em uma corrida ilegal de carros, realizada com a participação voluntária e consciente de todos os condutores. Um dos condutores perde a direção do veículo e se acidenta, sofrendo lesões corporais. A solução pelo funcionalismo seria pela atipicidade da conduta do condutor, pois, “ainda que o resultado se apresente como realização de um perigo criado pelo autor [...] excepcionalmente pode desaparecer a imputação se o alcance do tipo não abarcar a evitação de tais perigos e suas repercussões.”<sup>279</sup>

Os exemplos descritos trariam soluções diversas na aferição e compreensão da responsabilidade penal dos envolvidos, como se verá nos capítulos subsequentes. O que importa destacar agora é que o método capaz de aferir o problema considerando as suas especificidades é o funcionalismo através da teoria da imputação objetiva, por compreender que a mera causação de um resultado não é suficiente para determinar a imputação, incluindo no juízo de tipicidade a valoração político-criminal com fundamento na autonomia que decorre do direito à liberdade numa acepção material.

O desenvolvimento da teoria, é importante referir, teve um ponto inicial os estudos sobre imputação realizados por Richard Honing e Karl Larenz<sup>280</sup>. A partir dessa

---

<sup>278</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 363.

<sup>279</sup> *Ibidem*. p. 364.

<sup>280</sup> GRECO, Luís. *A Teoria da Imputação Objetiva: Uma Introdução*. IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 14-20. “As raízes histórico-espirituais da teoria da imputação objetiva remontam até a filosofia jurídica de Hegel. Dela é que Larenz, no ano de 1927, extraiu uma concepção de imputação objetiva que logo depois foi aplicada

elaboração, construiu um método que não desconsidera a importância da causalidade naturalística, mas a toma como insuficiente para contemplar o processo de imputação. É no âmbito da imputação objetiva que o princípio do risco se converte em critérios valorativos com o potencial de atribuir um resultado produto da conduta do agente.

Nesse processo, amplia a importância do tipo objetivo na concepção do juízo de tipicidade penal. O juízo de tipicidade se apoia, não apenas no desvalor da ação, que se daria com a criação de um risco juridicamente desaprovado, mas, igualmente, no desvalor do resultado, constante na causação de uma lesão a um bem jurídico e na realização do risco no resultado<sup>281</sup>. Assim, a imputação objetiva do resultado implica a materialização de um perigo que decorre de um risco proibido dentro do alcance do tipo penal<sup>282</sup>.

### 3.3 CONCLUSÕES PRELIMINARES

As construções funcionalistas compreendem a intervenção penal como um meio de controle institucional que deve ser orientado pelos fins do Direito penal presente no sistema social contemporâneo. Para alcançar tais fins, o funcionalismo propõe a reorientação normativa dos elementos que compõe as categorias do crime.

O funcionalismo sistêmico auxilia ao desenvolvimento de uma compreensão normativa da sociedade. Através dos conceitos de papel social, âmbito de organização e competência e expectativa normativa, constrói um método dogmático em que a imputação objetiva se vincula a quem tem o dever de evitar a defraudação da norma.

O funcionalismo sistêmico valora o comportamento da vítima como critério de imputação objetiva, aferido na primeira fase de imputação do juízo de tipicidade penal. Avança frente às construções ontológico-dedutivas por propor uma

---

por Honig, especialmente na dogmática jurídico penal." IN: ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38. 2002.. p. 08.

<sup>281</sup> GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 25

<sup>282</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 364.

interpretação da ação arriscada a partir de um referencial geral, social, obtido através da norma que carrega a historicidade da comunidade.

O funcionalismo teleológico analisa que o direito penal deve se funcionalizar abrindo o sistema dogmático para inserção dos valores político-criminais de um Estado democrático de Direito. A proposta teleológica avança ao abrir o sistema para valoração das circunstâncias inerentes ao risco permitido nas relações de trânsito.

A partir do princípio do risco, as construções funcionalistas inserem critérios normativos no âmbito do tipo objetivo, dentre os quais o comportamento do titular do bem jurídico. O funcionalismo penal, através da teoria da imputação objetiva, propõe uma resposta mais adaptada ao respeito à autonomia no âmbito da dogmática penal, nos casos de exposição do titular do bem ao risco.

#### **4 A AFERIÇÃO DOS ESPAÇOS DE LIBERDADE SOCIAL A PARTIR DA INCURSÃO DOGMÁTICA SOBRE O COMPORTAMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO NA AÇÃO ARRISCADA**

A liberdade é o principal instrumento para efetivação da autonomia<sup>283</sup>. É através dela, da autonomia, que se determinam os princípios individuais voltados ao poder de determinação do ser humano para organizar seu modo de viver conforme uma orientação própria. A autonomia é um potencial humano de criar o caminho natural para satisfação de suas próprias necessidades, e de manifestar seus interesses em âmbito social<sup>284</sup>.

---

283 “A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a determinem; assim como necessidade natural é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à atividade pela influência de causas estranhas.” IN: KANT, Immanuel. *Textos Selecionados*. (Os pensadores). Seleção de textos de Marilena Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 149.

284 “Como todos os animais, os seres humanos são regidos em grande medida por seus desejos: boa parte do nosso comportamento é inteligível quando é visto como dirigido a fins determinados por nossos anseios, paixões, apetites, desejos etc.” IN: BELL, David. *Kant*. IN: BUNNIN, Nicholas. TSUI-JAMES (organizadores). *Compêndio de Filosofia*. 2ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 792.

É essencial entender a autonomia enquanto a capacidade de se autodeterminar<sup>285</sup>, ou seja, de estabelecer os caminhos para realização do seu próprio modo de vida, bem como pugnar pela eficácia social dessa capacidade, subjetivamente determinada, como instrumento para efetivar a sua própria existência enquanto ser humano no sistema social.

Importante, igualmente, é discutir as possibilidades de ponderar o conteúdo da autonomia quando vinculada ao sistema jurídico-penal. Especialmente, quando a expressão dela é discutida como fenômeno capaz de interferir na gradação da responsabilidade do agente ou no próprio afastamento da tutela penal num caso concreto.

É importante destacar que num Estado democrático, a expressão da autonomia exercida através da liberdade deve ser respeitada por todos os integrantes da sociedade, no âmbito prescrito ao seu exercício. Assim, ela é construída de modo a se estabelecer com a recíproca vinculação ao limite imposto pela ordem jurídica frente à necessidade de proteção da autonomia alheia.

A autonomia, possuindo como seu instrumento a liberdade, tem o potencial de dirigir a dinâmica das relações interpessoais na sociedade, sendo um dos reflexos da Dignidade Humana. A autonomia é uma condição sem a qual não se realizaria a vida. Ela é um bem que adjetiva a humanidade à sociedade,<sup>286</sup> consequentemente, é da autonomia que decorrem os valores que formam o conteúdo das liberdades asseguradas constitucionalmente.

---

<sup>285</sup> Kant enfatiza a potencialização da razão individual na consciência sobre as leis morais como forma de alcançar a liberdade, a liberdade é alcançada com o conhecimento. A liberdade é a expressão da vontade sem direção externa, vontade autônoma. Segundo Kant: “Ora é impossível pensar uma razão que com a sua própria consciência recebesse de qualquer outra parte uma direção a respeito dos seus juízos, pois que então o sujeito atribuiria a determinação da faculdade de julgar, não à sua razão, mas a um impulso. Ela tem de considerar-se a si mesma como autora dos seus princípios, independentemente de influências estranhas; por conseguinte, como razão prática ou como vontade de um ser racional, tem de considerar-se a si mesma como livre; isto é, a vontade desse ser só pode ser uma vontade própria sob a ideia da liberdade, e, portanto, é preciso atribuir, em sentido prático, uma tal vontade a todos os seres racionais.” IN: KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 96.

<sup>10</sup> “O papel da razão é dizer de forma racional quais os caminhos para alcançarmos as coisas que queremos, satisfazermos nossos desejos.” IN: BELL, David. Kant. IN: BUNNIN, Nicholas. TSUI-JAMES (organizadores). *Compêndio de Filosofia*. 2ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. P. 792.

Não cabe à sociedade nem ao Estado impor o modo de vida ao indivíduo, maculando a sua autonomia, limitando o exercício da liberdade, *v.g.*, valores culturais, ideologias e orientações íntimas do cidadão. A contraposição da autonomia com o sistema jurídico-penal, no entanto, carece de uma consideração mais detida.

Verifica-se, contemporaneamente, a gradativa transformação do modo de intervenção do Estado nos espaços de liberdade social, do *Welfare-state* ao Estado neoliberal, construindo uma contradição sistemática na forma de incidência do controle instituído com o direito penal.

Por um lado, a modernidade, em nome do bem-estar social, reduzia as individualidades para sustentar um modelo identitário generalizante de sociedade em prol de um suposto bem comum coletivo. De outro modo, o período hipermoderno enfatiza a autonomia, passando a atribuir ao cidadão o potencial inerente à responsabilidade para gerir e determinar os caminhos, ônus e bônus, de sua própria existência.

É notório o crescimento de uma realidade penal proposta pelo discurso de sociedade mais que moderna, e o avançadessa sociedade deve se dar com o respeito à autonomia em paralelo com a manutenção dos princípios liberais constituídos sob a égide de um Estado Democrático de Direito. Assim, o ideal é a configuração de uma construção dogmática capaz de respeitar as expressões da autonomia, observando que o direito não deve se afastar da vontade humana no espaço social, mas assegurando que tais expressões da individualidade não se sobreponham ao fim de proteção ao bem jurídico essencial à sociedade como um todo.

A configuração de uma construção que observe tal respeito é necessária, pois a autonomia, em suas múltiplas variações, expressa um valor essencial à existência do ser humano em sociedade. A historicidade social demonstra uma linha temporal intermitente que demonstra a gradação entre a restrição e promoção – como num processo progressivo-regressivo – que foi necessário para formar a compreensão

atual da fundamentabilidade da autonomia para o sistema social e, conseqüentemente, ao sistema jurídico penal.

Nessa passagem, cabe recordar que Robert Alexy conclui que as normas dos Direitos Fundamentais, dentre as quais se destacam às condizentes ao exercício do direito à liberdade, possuem uma fundamentalidade perante todo sistema jurídico. Essa fundamentalidade decorre “da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador e o poder executivo” e materialmente “com eles são tomadas decisões básicas sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”<sup>287</sup>.

Considerando, então, que a nossa Constituição estabelece um rol de direitos fundamentais com fundamento na proteção e desenvolvimento da liberdade, e que a liberdade é uma expressão da autonomia da pessoa, então, a autonomia é um dos fundamentos que, formal e materialmente, deve determinar o conteúdo das decisões que reflitam na estrutura do sistema social. A autonomia dos intervenientes num fato social, então, deve ser desconsiderada na determinação do espaço social de liberdade ou proibição no processo dogmático aferição do injusto penal, pois este processo é uma decisão essencial a todo sistema.

No entanto, a manifestação da autonomia, com a revelação da vontade em direcionar a vida por princípios e valores individuais se potencializa com a significação do valor da humanidade por um processo essencialmente social. É no débito de parte da individualidade aos seus semelhantes, com a restrição de uma parcela da liberdade individual inata, que a comunidade amplia a possibilidade de expressão social da autonomia.

É neste ponto que o sistema social, apoiado num Estado democrático de Direito, se torna mais importante. O Estado passa a ser o responsável pela determinação dos sítios de ação permitida - formado pelo espaço que resta após a retirada daquele que compõe a proibição composta pelas parcelas de liberdade actualmente não

---

<sup>287</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 520-522.

exercitável pelos cidadãos - apoiado num sistema jurídico, que deve ser capaz de garantir o exercício de liberdades, agora vinculada, por uma estrutura normativa.

Em tal contexto, iniciam-se as tensões entre demandas individuais versus coletividade, pois ainda que se pondere sobre a essencialidade da liberdade social como instrumento à autonomia - possibilidade de manifestação fora da proibição – a análise da autonomia se estende para buscar significações de convenções que vinculam a expressão “liberdade” a uma autonomia inata ao ser humano.

Os limites sociais da expressão da vontade vinculam a autonomia que se impõe como essência humana. Nada se perde da autonomia, de outra forma, potencializa-se, pois toda sua força de conformação da realidade e seu significado decorrem de uma interpretação sistêmica em que a identidade social é a fonte para adjetivar e qualificar as conseqüências de sua expressão. É aqui que a autonomia é potencializada pelas condições de liberdade: é o sistema social quem define o espaço e o significado da expressão da autonomia, orientando, por exemplo, o que é a liberdade privada ou pública, a liberdade de crença, a liberdade de associação, liberdade política, dentre outras<sup>288</sup>.

A autonomia, assim, é inata ao ser humano, mas a sua expressão se mostra como um fenômeno social. Só a interpessoalidade numa compreensão social consegue oferecer parâmetros culturais ao gabarito de significações para os fatos humanos<sup>289</sup>, resultantes da autonomia, em comunidade, pois “o espaço da liberdade é um espaço mental e cultural.”<sup>290</sup>

---

288 “Kant acreditava que os seres humanos adultos, maduros, são autônomos, razão pela qual possuem dignidade moral, merecem respeito moral e não devem jamais ser tratados como meros meios para um fim, e sim como fins em si mesmos.” IN: N: BELL, David. Kant. IN: BUNNIN, Nicholas. TSUI-JAMES (organizadores). *Compêndio de Filosofia*. 2ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. P.793.

289 “Como todos os animais, os seres humanos são regidos em grande medida por seus desejos: boa parte do nosso comportamento é inteligível quando é visto como dirigido a fins determinados por nossos anseios, paixões, apetites, desejos etc. [...] mas diferente dos animais, somos capazes, em certas circunstâncias, de agir com base em princípios, e seguir os ditames da razão – mesmo quando isso vai de encontro a nossos apetites e desejos” IN: N: BELL, David. Kant. IN: BUNNIN, Nicholas. TSUI-JAMES (organizadores). *Compêndio de Filosofia*. 2ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. P. 792.

290 TEIXEIRA, Joaquim de Sousa. *Liberdade*. IN: Logos. Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia. São Paulo/Lisboa: Verbo, 19-. P. 353.



O ser humano é capaz de aderir a valores concebidos pela moral, formando uma maturidade que o possibilita, racionalmente, organizar e controlar o seu próprio agir, é em seu sentido positivo a autonomia humana.<sup>291</sup> Nesses casos, é a racionalidade que sustenta a autonomia, mas não é só a racionalidade que determina a expressão da autonomia, como através da manifestação ativa da vontade, como uma ação humana.

A expressão autonomia, através da liberdade, ainda que disposta como potencial inerente à essência do ser humano, adquire conteúdo e significado através do valor que lhe atribui o sistema social. É a identidade social, forjada por um processo histórico e delimitada espacialmente por uma dimensão cultural comunitária, que irá adjetivar, por um conjunto de valores, a materialização da vontade, atribuindo, assim, relevância social à determinação da autonomia.

Por isso, a compreensão da manifestação do titular do bem jurídico, só é relevante penalmente a partir de uma interpretação social. Existe uma orientação do sistema social que carrega o significado da ação, numa rede de comunicação, que torna a ação penalmente relevante ou não.

O direito penal num atual momento de evolução da sociedade brasileira, em que se busca a abertura do sistema jurídico à inserção de valores humanitários, é tensionado por uma pauta em que se destaca a necessidade de funcionalização do sistema penal. O prestígio à autonomia, pilar em que se arvoram direitos fundamentais, como a liberdade, está inserido nessa pauta.

Essa inserção decorre da busca por uma intervenção penal mais lógica e adequada para dialogar com complexos problemas típicos de uma sociedade hipermoderna que requer um Estado material de Direito. Nessa relação, busca-se a maior eficácia

---

291 “Muitas teorias definem a liberdade como resistência à opressão ou à coação da autoridade ou do poder. Trata-se de uma concepção de liberdade em *sentido negativo*, porque se opõe, *nega*, à autoridade. Outra teoria, no entanto, procura dar-lhe sentido *positivo*: é livre quem participa da autoridade ou do poder. Ambas têm o defeito de definir a liberdade em função da autoridade. Liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima.” IN: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 232.

possível dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a majoração da humanização no sistema social.

Assim, a demonstração social da autonomia, pela interação de pessoas que materializam um fato social formalmente proibido, deve ser considerada pelo direito penal. É nessa relação que o consentimento aparece como um instituto que revela uma contraposição entre a autonomia e o sistema social, especificamente, o controle social exercido pelo sistema jurídico penal<sup>292</sup>.

#### 4.1 A INADEQUAÇÃO DO INSTITUTO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO PARA DETERMINAÇÃO DO RECUO DA TUTELA PENAL NOS CASOS DE HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA

É insuficiente para incorporação da expressão da autonomia, no âmbito do injusto penal, uma construção dogmática que se satisfaz com um instituto, importante, mas que se exaure no reconhecimento de uma realidade pré-determinada pela expressão subjetiva da vontade do titular do bem jurídico.

O instituto mencionado é o consentimento do ofendido, que busca prestigiar a expressão da autonomia, apreciando a vontade da pessoa, titular do bem jurídico penal, como um fenômeno que obsta o injusto penal. O exame do consentimento do ofendido se amolda a um procedimento de aferição jurídica de um fato de significação própria: o que se procura é obter o conteúdo subjetivo dado pelo indivíduo na expressão da vontade de disposição, válida e eficaz.

Nesse procedimento, maior importância é dada à certeza da declaração do ofendido, a segurança e vinculação da declaração frente ao resultado decorrente da lesão, o equilíbrio psíquico do titular do bem ao consentir,<sup>293</sup> ou seja, é um instituto jurídico-

---

<sup>292</sup> Para Manuel da Costa Andrade: "É a autonomia que empresta a legitimação material e baliza a eficácia do consentimento.[...] se refere o consentimento como o estatuto jurídico-penal da autonomia." IN: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 265.

<sup>293</sup> Francisco de Assis Toledo elenca os pressupostos para o consentimento como causa de justificação: Que o ofendido tenha manifestado sua aquiescência livremente, sem coação, fraude ou outro vício de vontade; Que o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de

penal importante para incorporar à dogmática penal parte dos modos de materialização da autonomia como um caminho para ampliar os espaços de liberdade social.

No entanto, o conteúdo cognitivo que se obtém da significação subjetiva vinculada à vontade expressa do titular do bem não exaure os modos de expressão da autonomia da pessoa no sistema social. De outro modo, ela, a autonomia, é compreendida por uma diversidade de formas e significações que qualificam a inter-relação humana em comunidade.

A autonomia faz parte do fato social composto por uma pessoa que declara expressamente querer doar um órgão para transplante, na ação dos competidores que disputam corridas automobilísticas legais – que são até patrocinadas pelo Estado -, bem como na conduta daquele que trafega na carona de uma motocicleta sem usar o capacete.

É um reducionismo tentar determinar uma única definição à manifestação da autonomia, frente à variedade de sentidos que passa a obter na formação do conteúdo das divergentes significações dos fatos sociais. Nesse sentido, o instituto do consentimento do ofendido encontra limitações para abarcar fenômenos sociais complexos em que, não obstante, possa existir a manifestação da autonomia do titular do bem, esta autonomia não pode se aferir através da significação pré-jurídica da vontade desse titular.

São múltiplas, não catalogáveis, as hipóteses em que o titular do bem jurídico penalmente protegido expõe-se a um risco que evoluiu a um perigo, ou se deixa expor a um perigo dominado cognitivamente por um terceiro. As relações de trânsito compõem uma fonte inesgotável para exemplificação dessas hipóteses.

---

compreender o significado e as consequências de sua decisão, possuindo, pois capacidade para tanto; Que o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão se situe na esfera de disponibilidade do aquiescente; Finalmente, que o fato típico penal, realizado se identifique com o que foi previsto e se constitua como objeto de consentimento pelo ofendido. IN: TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude Penal e Causas de sua Exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. P.130

São casos em que uma pessoa, voluntariamente, solicita e trafega num veículo conduzido por alguém embriagado; pessoas, ainda que orientadas pelo condutor, são transportadas em acomodações irregulares do veículo; há situações em que os titulares do bem jurídico participam como carona em corridas irregulares no trânsito urbano, situações que não se esgotam aqui. Elas têm em comum a criação de um risco proibido, com a violação do dever objetivo de cuidado pelo terceiro - que se afere na primeira etapa de imputação com o desrespeito à norma de cuidado pelo agente -, mas contam com o assentimento do titular do bem jurídico em sua colocação no desenvolvimento do risco proibido.

Nas relações em que o risco proibido, assentido pelo titular, resulta em lesão ao bem jurídico, o sistema social passa a demandar do direito penal uma solução não limitada à simplificação da determinação da proibição penal através, apenas, da imputação pela violação do dever objetivo de cuidado ao condutor do veículo. E, é frente a tal demanda, que aflora o esgotamento do instituto do consentimento do ofendido para alcançar fatos sociais que extrapolam a possibilidade de aferição volitiva da pessoa envolvida no risco que resultou em lesão ao seu bem.

Dentre outras incompatibilidades, é insustentável a manutenção de um método que busca perquirir, como forma de justificar a ação proibida ou limitar o âmbito de proibição, o significado ontológico da vontade do titular do bem em ser lesionado quando este, apenas, assentiu num risco. Aqui não é possível a aferição naturalística da manifestação dessa vontade, pois o titular do bem, geralmente, não mostra o seu querer quanto ao resultado lesivo, apenas assente em colocações a ações proibidas dominadas por outrem.

É por isso que o sistema social contemporâneo passa a necessitar de uma construção dogmática mais adequada, que analise o comportamento das pessoas que se colocam em situações perigosas de modo objetivo, orientado pelo significado dado à autonomia, também, pelo sistema social.

Os critérios de imputação objetiva, considerando os casos citados, a auto e heterocolocação em perigo, contribuem para normatizar e obter maior compreensão da autonomia, dando a ela um maior potencial de determinação à limitação do

âmbito de proibição jurídico-penal. Existem casos em que não é possível obter uma compreensão, significado, ontológica e subjetiva da decisão do titular do bem jurídico exposto ao perigo, pois quem assente no risco de trafegar com o condutor conhecidamente não habilitado não consente num resultado lesivo, aquiesce, sim, na exposição a uma ação perigosa que não possui o domínio do desenvolvimento.

#### 4.2 A INDISPONIBILIDADE DA VIDA COMO OBSTÁCULO À VIABILIDADE DA INCIDÊNCIA DO CONSENTIMENTO NOS CASOS DE HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA COM RESULTADO EM MORTE

Em âmbito penal, é pacífico<sup>294</sup>, e quase unânime, o posicionamento sobre a indisponibilidade da vida<sup>295</sup>, apesar de *movediças* serem as justificativas para doutrinariamente fundamentarem a questão. Considerando essa indisponibilidade, a utilização da via do consentimento para abarcar os casos de heterocolocação em perigo consentida encontraria um obstáculo quando o perigo assentido pelo titular do bem resultasse em sua morte.

Geralmente a doutrina busca sustentar a indisponibilidade da vida, pois ela é de exercício tanto do indivíduo quanto do Estado, que tem o interesse em protegê-la para que seja desfrutada por todos<sup>296</sup>. Pois a vida é essencial ao desenvolvimento da comunidade e, ainda que de natureza pessoal, transcende o interesse privado<sup>297</sup>,

<sup>294</sup> BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo 2º. Fato Punível. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 22.

<sup>295</sup> “En el marco de los bienes jurídicos individuales la vida y la integridade corporal ocupan una posición especial. El consentimiento em el próprio homicídio ejecutado a través de un hecho doloso no queda justificado. Como mínimo, el hecho permanece punible según el § 216. También el consenimiento em la puesta em peligro dolosa de la vida propia [...] carece de eficácia justificante.” JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p 406.

<sup>296</sup> “O bem jurídico só pode ser conceituado como bem pessoal, mas o exercício de sua titularidade pode ser executado tanto pelo indivíduo concreto, quanto pelo Estado. A vida humana, por exemplo, é bem jurídico pessoal por excelência, o que ninguém duvida, mas o exercício da titularidade desse bem tanto é cometido ao indivíduo quanto ao Estado, que tem interesse em que seja desfrutado por todos. Assim, quando se fala de disponibilidade do bem jurídico, o que ocorre é que, segundo a sua importância para finalidade de delimitação da intervenção do Estado, está ele, como valor jurídico, conforme o caso, mais submisso ou menos submisso ao exercício de seus respectivos titulares individualizados. Só na aparência é que se pode, então, fundar a classificação entre bens do indivíduo e da coletividade.” IN: TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2009. p. 403. p. 404-405.

<sup>297</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 526 e seguintes. Para Anibal Bruno: “Deve tratar-se de bem

por ser a iniciativa da ação penal, em caso de lesão, de natureza pública<sup>298</sup>, ou até que devem ser criados tabus para a proteção da vida, por ser um bem supremo<sup>299</sup>. Além disso, o consentimento do ofendido para ser válido e eficaz necessita da conjunção de requisitos de ordem subjetiva<sup>300</sup> e objetiva<sup>301</sup>.

Nesse sentido, quem advoga pelo consentimento na ação arriscada entende que ela deve ser estendida ao resultado. Então, por exemplo, ao assentir em trafegar na carona de uma motocicleta<sup>302</sup> conduzida por um condutor embriagado, o titular do

---

disponível. Não vale o consentimento quando o bem jurídico tem por titular o Estado, ou representa um valor coletivo, ou a sua proteção transcende do domínio exclusivo do interesse privado, sendo a vontade do seu titular insuficiente para decidir da sua disposição. É o que acontece na maioria dos casos de definição criminal, como, por exemplo, nos crimes contra a incolumidade pública, ou contra a Administração Pública, ou contra a família.” No entanto, Aníbal Bruno propõe argumento mais adequado a questão: “O que deve assentar é que a lesão não pode ser validamente consentida desde que ponha em perigo a vida ou diminua a capacidade do indivíduo como valor social, sem esquecer a influência que os costumes podem exercer sobre o jungamento da ilicitude do fato.” IN: BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo 2º. Fato Punível. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 20.

<sup>298</sup> Segundo Pierangeli, “Ainda quando a persecução se faz mediante queixa-crime ou querela, não se é de concluir pela disponibilidade do bem jurídico, pois, malgrado a ressonância social do dano, o Estado, muitas vezes renuncia à ação penal pública para resguardar interesses do particular [...] Uma vez estabelecido que não se pode guardar um critério seguro para que permita concluir pela disponibilidade, ou não, do bem jurídico para estabelecer os limites do consentimento justificante, faz-se necessário observar: 1º) há que se percorrer não só um ramo do Direito, mas todos os princípios gerais que formam a base do ordenamento jurídico estatal; 2ª) na realização desse trabalho, o intérprete deve reportar-se a todas as fontes (imediatas e mediatas), e, a partir daí, examinar os decretos, atos administrativos, regulamentos, portarias e pesquisar o direito consuetudinário; 3º) o critério adotado pelo legislador para natureza da ação penal é arbitrário, e, pro consequência, inseguro, mas sempre servirá ao intérprete, desde que não seja usado exclusivamente.” IN: PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido*. Na teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 120-121.

<sup>299</sup> Segundo Roxin, a vida é um bem jurídico individual indisponível, que torna o consentimento totalmente ineficaz. Fundamenta a indisponibilidade na impossibilidade de irrevogabilidade do consentimento, ou de reparação dos efeitos do mesmo em caso de vícios na manifestação do titular do bem, sendo que a indisponibilidade é uma forma de proteção do titular do bem, até de suas próprias ações; considera, igualmente, que devem ser criados tabus sobre a indisponibilidade da vida, que é um bem supremo. IN: ROXIN. *Op cit.* p. 529.

<sup>300</sup> Nesse sentido, subjetivamente é necessário que o consentimento seja dado pelo titular do bem jurídico, se houver mais de um titular é necessário o assentimento de todos, requer uma decisão própria, sem que haja engano quanto ao conteúdo ou ameaça de terceiros. IN: RAMIREZ, Bustos. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Barcelona: PPU, 1994. 327-328.

<sup>301</sup> Num âmbito objetivo, pode ser expresso ou tácito, contendo uma vontade não viciada anterior à prática da ação, que vincula o terceiro aos limites de tal expressão, mantendo constante o seu caráter de revogabilidade. PIERANGELI. *Op cit.* p. 129 *et seq*

<sup>302</sup> PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DUPLO HOMICÍDIO CULPOSO DE TRÂNSITO (ARTIGO 302, DA LEI Nº 9.503/97). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. DESCABIMENTO. CONDUTOR TRANSITANDO COM VELOCIDADE ACIMA DA PERMITIDA. TRANSPORTE IRREGULAR DE DUAS PASSAGEIRAS NA MOTOCICLETA, APÓS INGERIR BEBIDA ALCOÓLICA. CONDENAÇÃO MANTIDA. ERRO NA DOSIMETRIA DA PENA PROTAMENTE VERIFICÁVEL. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. PENA RESTRITIVA DE LIBERADDE REDUZIDA DE 4 (QUATRO) ANOS PARA 02 (DOIS) ANOS E 11 (ONZE) MESES DE DETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, CONCERNENTE EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE.

bem estaria automática e expressamente consentindo em sua morte? Nesse caso, como poderia dispor de tal bem se a vida é indisponível? Com essa contradição, os casos de assentimento do titular do bem ao risco seria uma exceção à indisponibilidade da vida?

As tentativas de equacionar o consentimento nos casos de heterocolocação em perigo com o dogma da disponibilidade ou não de determinados bens não lograram êxito. Melhor, não trouxeram resultados satisfatórios que demonstrem a adequação das construções ontológico-dedutivas do delito com os problemas que fazem parte de uma sociedade moderna e apoiada num Estado material de direito que pugna pelo respeito à autonomia. De outro modo, as emendas ao importante instituto do consentimento só reforçaram a necessidade da utilização de critérios que possibilitem a compreensão normativa do comportamento do titular do bem jurídico na ação arriscada.

Juarez Tavares orienta, ao analisar o âmbito de aplicação do consentimento que “quanto à vida, esta é evidentemente irrenunciável”<sup>303</sup>. Após, ao exemplificar os casos de heterocolocação em perigo consentida cita: “um viciado insta outro a injetar-lhe na veia uma substância composta de heroína, do que lhe resulta morte”<sup>304</sup>. Propondo uma solução de imputação aos casos em que o titular do bem assente na exposição ao perigo, especialmente nos casos de heterocolocação em perigo consentida, conclui que “Para determinar-se a imputação, deve-se valer aqui das regras do consentimento e da exculpação, conforme as características concretas da respectiva conduta.”<sup>305</sup>

Nesse sentido, é inadequado utilizar a via do consentimento nos casos em que a pessoa lesionada apenas assente ao risco, criando uma exceção à indisponibilidade

---

REPARAÇÃO CIVIL MÍNIMA. ARTIGO 387, INCISO IV, DO CPP. AUSÊNCIA DE PEDIDO DO OFENDIDO OU DO ÓRGÃO MINISTERIAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. IN: (TJ-CE - APL: 01058141520078060001 CE 0105814-15.2007.8.06.0001, Relator: MARIO PARENTE TEÓFILO NETO, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 25/08/2015)

<sup>303</sup> TAVARES, Juarez. O Consentimento do Ofendido no Direito Penal. *Revista da Faculdade da Universidade do Paraná*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 257-270, 1969. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/7163/5114>.

p.261.

<sup>304</sup> TAVARES, Juarez. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2009. p. 376.

<sup>305</sup> *Idem*.

da vida. Vejamos que, se na heterolesão, em que o titular do bem tem plena consciência do resultado e aquiesce com o mesmo, a vida é um bem que o titular não pode dispor, logicamente, também não se poderá inferir disposição da vida na exposição ao risco, auto ou heterocolocação em perigo, pois aqui não é possível sequer afirmar que o titular do bem deseja o resultado.

Tentando se afastar dessa incongruência, para Stratenwert a colocação em perigo da vida de outrem só deveria ser punida quando dolosa, uma vez que na colocação culposa a obrigatoriedade do assentimento do titular do bem no resultado frustraria todas as possibilidades de manifestação de um consentimento válido.<sup>306</sup> Roxin responde que Stratenwerth está correto, nesse caso não há consentimento válido devido à indisponibilidade da vida<sup>307</sup>.

#### 4.3 O CONSENTIMENTO NA AÇÃO COMO EXTENSÃO INADEQUADA DO INSTITUTO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Ainda que se supere o problema da disponibilidade ou não da vida e a heterocolocação em perigo com resultado morte. A incompatibilidade do viés do consentimento não se esgota, pois, se o resultado faz parte do injusto, o consentimento a ele, igualmente, deve se referir.

Vale a pena lembrar que no caso da sentença do BHG em que quatro jovens participaram de uma corrida ilegal, com velocidade acima de 240 quilômetros por hora, e após uma manobra, o veículo perdeu o controle causando um acidente e morte de um dos caronas, Stratenwerth defende a tese da não punição dos condutores e sobreviventes com base no consentimento na ação.

<sup>306</sup> STRATENWERTH, Günter. *Heteropuesta en Peligro Consentida en Conductas Imprudentes*. IN: [www.indret.com](http://www.indret.com), 2013. Acessado em 05/2015.

<sup>307</sup> Em seu manual, Roxin analisa que: “En la práctica es muy importante la controversia sobre el bien jurídico em el § 315 c (puesta en peligro del tráfico rodado). Aquí se trata, p.ej., de la cuestión de si un acompañante puede consentir eficazmente cuando se sienta en el coche junto a un conductor ebrio y acto seguido resulta lesionado en um accidente (315 c I, n.º 1 a). El BGH entiende que el consentimiento carece de valor, porque el § 315 c no sólo protege el cuerpo y la vida del particular que participa en el tráfico rodado, sino que sobre todo persigue la seguridad del tráfico rodado y con ello de la colectividad (BGHSt 23, 261, 263). IN: Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 528. ROXIN, Claus. *La Polémica en torno a la Heteropuesta en Peligro Consentida*. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal. [www.indret.com](http://www.indret.com). 2012. Acceso em 06/2015



Fundamenta que quem tem a liberdade para se colocar em perigo, que poderia resultar em sua morte, teria igualmente para se colocar em um perigo de terceiro, não sendo necessária a diferenciação normativa dos institutos. Alega ainda, que a vinculação do consentimento ao resultado, inviabilizaria a expressão do consentimento válido em referência à vida; para o autor, a auto e a heterocolocação em perigo seriam espécies de consentimento, por isso, devem ser eliminados do grupo de casos especiais<sup>308</sup>.

O que se apreende dessa construção é que a heterocolocação em perigo consentida, bem como a análise da sua equiparação com a participação em autocolocação em perigo, não necessita de um espaço específico para aferição no âmbito do tipo objetivo, com critérios próprios de imputação, uma vez que deve ser entendida como expressão do consentimento nem resolvida através da análise de sua validade e eficácia.

Roxin, no entanto, em resposta, afirma que “uma conduta que põe em risco a vida não se estende implicitamente à possível ocorrência do resultado.” Para o autor são vários os motivos da não utilização do consentimento, mas o maior deles é que “o consentimento também deve se estender ao resultado, enquanto a heterocolocação em perigo que conduz a um dano típico deve ser impunível segundo as suas regras”.<sup>309</sup>

Assim, em casos de heterocolocação em perigo consentida, em que alguém se expõe ao risco advindo de um terceiro ao aceitar participar, como carona, de uma corrida ilegal de carros ou toma uma carona com um condutor visivelmente embriagado, bem como se permite transportar na carroceria de um automóvel, sua autonomia se evidencia no exercício de sua liberdade ao assentir na ação arriscada, que não deve ser extensível a um resultado, ainda que previsível. Assim, nas

---

<sup>308</sup> STRATENWERTH, Günter. *Heteropuestaen Peligro Consentida en Conductas Imprudentes*. IN: [www.indret.com](http://www.indret.com), 2013. Acessado em 05/2015.

<sup>309</sup> ROXIN, Claus. Sobre a Discussão acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como Crítica da Pena. Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madri, Barcelona, Buenos Ayres, São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 139.

heterocolocações em perigo nas relações de trânsito, ganha maior relevância a discussão que se alicerça sobre o objeto do consentimento no crime culposos.

A tentativa de estender o consentimento ao resultado advém, quanto ao objeto do consentimento, da teoria da ação. Nela, o ofendido que se expõe aos riscos através de aventuras perigosas, deve, igualmente, aceitar o resultado que decorra do risco assumido, uma vez que, quem deseja a causa não pode se esquivar dos efeitos negativos conseqüentes<sup>310</sup>. O consentimento na ação perigosa é tomado como um indício do consentimento no resultado e a vontade do ofendido em aventurar-se numa atividade perigosa justifica o possível resultado lesivo como fenômeno abarcado no conteúdo de sua vontade.

O fundamento da teoria está na necessidade de garantir uma existência prática do consentimento nos crimes culposos, uma vez que não haveria possibilidade de aferição real da expressão da vontade num resultado que não é dirigido pela vontade. Seria, assim, uma ficção jurídica de consentimento, que alarga a expressão da vontade na ação arriscada para alcançar o resultado que dela decorre<sup>311</sup>.

Seguindo o viés de uma construção ontológico-dedutiva do delito, Cerezo Mir também orienta que a figura do consentimento pode se estender aos delitos culposos, considerando que o resultado não pertence à ação antijurídica no delito imprudente. Assim, o consentimento como causa de justificação poderia ser aplicado nos crimes culposos, pois, para além de inexistir uma restrição legal dessa aplicação, nos crimes culposos de resultado, o consentimento não precisa se estender até a realização dos mesmos. O objeto do consentimento, assim, seria sempre a ação, que pode ser justificada se o consentimento for atribuído a uma

---

<sup>310</sup> Quanto ao objeto do consentimento, em âmbito doutrinário, se hasteiam com maior relevo duas teorias. A teoria da ação, que considera que o consentimento do ofendido se refere à vontade do agente e a teoria do resultado, que pugna pela não relevância da ação, uma vez que o consentimento deve expressar a vontade do ofendido na realização do resultado. IN: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 268.

<sup>311</sup> Nesse sentido, o OLGKöln decidiu que: A mera participação numa viagem com condutor embriagado deve valer como declaração concludente de consentimento justificativo de uma lesão corporal negligente, 'sempre que se verifique que acompanhante do condutor embriagado conhecia claramente a dimensão do perigo. IN: *Ibidem*. p. 269. Para Juarez Tavares, haverá consentimento justificante no crime culposos quando "a aceitação do perigo por parte da vítima não é expressa, mas tácita, ou quando se trate de consentimento presumido." IN: TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2009. p. 403.

violação do dever objetivo de cuidado que gere lesão a um bem jurídico individual e disponível<sup>312</sup>.

Sob uma lógica funcionalista, essa posição não prospera, pois nos delitos culposos, com a inserção da teoria da imputação objetiva no âmbito do tipo penal, é necessário que se observe a criação do risco juridicamente proibido, com a violação do dever objetivo de cuidado e a realização do risco no resultado, com a aferição do risco criado como fator real de perigo ao bem jurídico. Nesse sentido, o tipo culposos não se satisfaz com o desvalor da ação, mas requer a materialização do perigo, nos crimes culposos de resultado.

Num prisma normativista, considerando a livre exposição do titular do bem ao perigo, Jakobs analisa que, aquele que conscientemente permite se aventurar em ações arriscadas, expressa um modo de consentimento que exclui o tipo, pois não há imputação objetiva ao comportamento, pela ausência de criação do risco proibido. Trata-se, nesse caso, do consentimento não final, em que a atipicidade se fundamenta na inexistência de conflitualidade entre autonomia do titular na disposição do bem e a ruptura de expectativas vinculadas ao interesse do sistema social na manutenção da norma, que mediatamente protege o bem jurídico. O titular do bem, ainda que a lesão seja previsível, não deseja as conseqüências do perigo de terceiro, mas cria uma situação fática em que a sua expressão de sua vontade no resultado é irrelevante, devendo, por isso, arcar com custos de um contato social inadequado<sup>313</sup>.

A construção de Jakobs desconsidera a diferenciação entre auto e heterocolocação em perigo consentida, ambos se enquadram na ação a próprio risco como forma de consentimento não final. No entanto, a construção essencialmente normativa vincula a eficácia do consentimento mais à expectativa social voltada aos intervenientes no fato, autor e vítima, em observar a quem compete a não defraudação da norma, que

---

<sup>312</sup> “O objeto del consentimiento es siempre la acción antijurídica, pues el Derecho penal sólo puede prohibir la realización de acciones dirigidas por la voluntad del sujeto a la producción del resultado delictivo o la realización de acciones que no respondan al cuidado objetivamente debido. [...] El que así sea o no dependerá del resultado de la ponderación del valor de la libre actuación de la voluntad y el desvalor de la acción y del resultado del delito imprudente.” IN: CEREZO MIR, José. *Derecho Penal*. Parte General. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 777.

<sup>313</sup> JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

em garantir a amplitude dos espaços de liberdade ao exercício da autonomia do titular do bem.

Stratenwerth, no entanto, apoiado na ficção jurídica do consentimento no resultado, considera que não importa destacar diferenças entre a auto e heterocolocação em perigo consentida para criar demasiados critérios de imputação, pois a questão da responsabilidade penal, nesses casos, é resolvida através da figura do consentimento, justificante ou excludente da tipicidade. Por essa posição, inexistiria uma base capaz de justificar a diferença fenomenológica entre a auto e heterocolocação em perigo consentida, uma vez que o consentimento válido na exposição ao perigo seria o critério utilizado tanto para resolução dos casos de autocolocação em perigo quanto para exposição do ofendido ao perigo alheio<sup>314</sup>.

Essas construções tentam estender o instituto do consentimento, para aplicação aos casos de heterocolocação em perigo consentida. O ponto crítico que gera a inadequação de tais métodos é que o assentimento na ação não pode ser considerado como o suficiente para tornar uma conduta como irrelevante penal: não há como conceber a expressão válida do consentimento no resultado como extensão do assentimento na ação, uma vez que aquele, nas condutas culposas, não é expressamente querido.

Roxin, considerando o mesmo caso, *teste de aceleração*, afere que o nível cognitivo no controle do desenvolvimento da ação arriscada é um indicador fático para diferenciar a participação em autocolocação em perigo, impunível, de uma heterocolocação em perigo consentida, para ele, não punível quando equiparável a uma autocolocação em perigo. A partir dessa diferenciação, observa que a solução normativa através da imputação objetiva é capaz de superar as contradições observadas no âmbito do consentimento, sobretudo observa que o consentimento para excluir o injusto deve se referir ao resultado, sendo o mais lógico o tratamento sob o viés da imputação objetiva<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup>STRATENWERTH, Günter. *Heteropuestaen Peligro Consentida en Conductas Imprudentes*. IN: [www.indret.com](http://www.indret.com), 2013. Acessado em 05/2015. p. 10

<sup>315</sup> “Dessa forma, deve-se considerar que o consentimento não é um caso de colocação em perigo, mas sim de disposição de um bem jurídico disponível. Não se pode falar, entretanto, em disposição do próprio bem jurídico quando alguém quer mantê-lo para si e parte do pressuposto de que o risco a

#### 4.4 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NÃO EXCLUI O DESVALOR DA AÇÃO E DO RESULTADO NOS CASOS DE HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO

Segundo Roxin, Ostendorf alega que o consentimento do titular do bem é capaz de excluir o desvalor da ação inerente à conduta perigosa de terceiro nos casos de heterocolocação em perigo consentida. Nesse sentido, Roxin sustenta que o consentimento não é capaz de excluir o desvalor da ação, mas manifesta a renúncia ao bem jurídico por parte do seu titular, o que não é possível na heterocolocação em perigo consentida, pois “[q]uando alguém, conhecendo os riscos, aceita a carona de um motorista sem condições de dirigir, isso não altera em nada o desvalor da ação existente em dirigir embriagado.”<sup>316</sup>

Roxin tem razão ao observar que o consentimento não é capaz de alcançar os casos de heterocolocação em perigo consentida, mas, não pelo argumento da impossibilidade de redução do desvalor da ação, mas, também, por não excluir o desvalor do resultado, que também integra o injusto culposo. Roxin parte do argumento que o consentimento se trata de uma renúncia ao bem jurídico, ainda que exista tal renúncia, a ação continuaria desvalorada ao bem jurídico.

É preciso observar que o consentimento do ofendido<sup>317</sup> é um instituto da dogmática penal que carrega o potencial da autonomia como condição de recuo da tutela penal e aumento dos espaços de liberdade de ação no sistema social<sup>318</sup>.

---

que se expõe não conduzirá a um dano.” IN: ROXIN, Claus. Sobre a Discussão acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como Crítica da Pena. Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madri, Barcelona, Buenos Ayres, São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 140.

<sup>316</sup> *Idem*.

<sup>317</sup> Considerando a digressão histórica do instituto, a incidência do consentimento como forma de supressão do caráter delitivo do comportamento possui raízes no Digesto de Ulpiano (Digesto, XLVII, 10.1. § 5), que, através do aforismo *nulla injuria est quae volentem fiat*, orientava o consentimento como fenômeno capaz de excluir a injúria, ou seja, em sentido amplo, a expressão volitiva da pessoa seria capaz de excluir o caráter criminoso de lesões praticada por terceiros a objetos materiais pessoais. Restringindo-se aos delitos de caráter privado, o brocardo estabelecido no Digesto se desenvolveu para máxima *violenti non fit injuria*. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>318</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo parra a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

Nesse âmbito, orienta que a expressão da autonomia é capaz de garantir a eficácia da vontade do indivíduo, que é um componente do sistema social, que faz parte de uma comunidade. Ou seja, o consentimento é um instrumento que garante a manifestação expressa da autonomia através do respeito à vontade, à liberdade, que incide sobre a valoração das intervenções lesivas de terceiros, frente ao titular do bem, que não atentem contra a vontade comum<sup>319</sup>.

É necessário observar que, no âmbito da inserção do tratamento dogmático do consentimento, a doutrina passou a orientar a dimensão fática e axiológica do instituto por fundamentos materiais que justificassem a capacidade do consentimento excluir o injusto, bem como sustentar o seu escalonamento na teoria do delito<sup>320</sup>.

Na busca de fundamentos ao consentimento<sup>321</sup>, maior destaque possui Geerds<sup>322</sup>, em que se opera a divisão entre acordo e consentimento, que sustenta a teoria

---

<sup>319</sup> Nesse sentido, segundo Cerezo Mir “El consentimiento sólo puede eximir de responsabilidad penal em los delitos em que el portador del bien jurídico protegido es un individuo (uma persona física o uma persona jurídica). El consentimiento no puede eximir de responsabilidad em los delitos em que se protegen bienes jurídicos supraindividuales, es decir cuyo portador sean la sociedad o el Estado”. IN: CERESO MIR, José. *Derecho Penal*. Parte General. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 755.

<sup>320</sup> As construções sobre o consentimento, assim, partiam de uma base de significação pessoal, que privilegiava a ação e a expressão do consentimento num viés mais fático que axiológico. Nesse sentido, Manuel da Costa Andrade ressalta as construções de Dohna, que ainda sob a égide do método positivista, influenciado pelos avanços do Neokantismo quanto ao reconhecimento da antijuridicidade material, passou a observar o consentimento como causa de exclusão da ilicitude, uma vez que a permissão do titular do bem jurídico representaria um meio adequado para alcançar um fim justo. Nesse sentido, a conduta adequada não poderia ser ilícita, pois a finalidade do ordenamento jurídico é orientar condutas individuais adequadas. Destaca que Sauer considerava lícita a conduta que não ofende a justiça e o bem estar da sociedade, ou seja, a que possui mais vantagens que prejuízos à sociedade, o indivíduo é um membro de uma comunidade jurídica e não pode excluir de si essa condição. Assim, o consentimento será válido quando não se revestir de significado relevante aos interesses da sociedade, ou seja, quando não houver lesividade social. Mezger, por sua vez, orienta o ilícito na direção do interesse do ofendido e não o fim de atuação do agente, para isso, observa a prevalência dos princípios da carência ou prevalência de interesses no âmbito da lesão consentida ao bem jurídico. IN: ANDRADE. *Op. cit.* p. 137 e seguintes.

<sup>321</sup> Possuem destaque, igualmente, as posições de Feuerbach, Grolman e Halschner, que no iluminismo consideravam “o injusto como direito subjetivo” e o consentimento excluía o injusto quando o direito era alienável. Mezger, por sua vez, diferenciava o bem jurídico do objeto material, considerando a possibilidade de disposição segundo a titularidade do bem, ainda sob um viés individual, excluindo o injusto pela ausência de interesse. “sua verificação só caberia com a pressuposta existência de abandono de interesse por parte de quem legitimamente tivesse a faculdade de disposição do bem” Sauer se apoia no princípio do interesse preponderante, em que a ação se torna justificada pela incidência de um interesse de maior valor que o da manutenção do bem. Maurach e Welzel, consideram que com a renúncia ao bem desaparece a proteção jurídica. IN: TAVARES, Juarez. O Consentimento do Ofendido no Direito Penal. *Revista da Faculdade da*

dualista do consentimento, excludente da tipicidade e causa de justificação da ação típica. Stratenwerth, que observa que com o consentimento desaparece parte do objeto de proteção penal, pois o bem jurídico compreende não só o objeto material, mas uma relação entre o indivíduo e a sociedade<sup>323</sup>.

Noll, por sua vez, insere sobre a base dualista o fundamento material do consentimento como causa de justificação com base na ponderação entre a liberdade individual e os interesses da sociedade na defesa de bens jurídicos.<sup>324</sup> O consentimento, assim, fundamenta uma causa de justificação quando o Direito concede prevalência ao valor de liberdade de ação inerente à vontade individual frente ao desvalor da ação e do resultado constante na lesão ao bem jurídico<sup>325</sup>.

Nesse sentido, melhor compreensão é que o consentimento eficaz e possível, o que não ocorre nos casos de heterocolocação em perigo consentida, exclui o desvalor não só da ação, mas também do resultado.

No consentimento, a proteção da liberdade individual no gozo de bens pessoais é uma relação que interessa também à comunidade. O instituto não se fundamenta em uma mera renúncia do bem por seu titular, sim, na ausência de necessidade de manutenção da proibição pelo sistema penal, frente à exclusão do desvalor da ação proibida e do resultado lesivo que, conseqüentemente, obrigam a ampliação da liberdade e exoneram o Estado do dever de punir.

Se o sistema penal tem a função de proteger bens jurídicos - repelindo com a pena as possíveis lesões ou perigo de lesões - para o livre desenvolvimento humano em

---

*Universidade do Paraná*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 257-270, 1969. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/7163/5114>.

<sup>322</sup> Cerezo Mir considera que Geerds fundamenta a licitude da conduta consentida na renúncia do titular à proteção do Direito sobre o bem. Nesse caso, para Cerezo Mir a posição não é compatível com o caráter público do Direito Penal, que protege bens individuais na medida em que tenham transcendência social. IN: CEREZO MIR, José. *Derecho Penal*. Parte General. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 764.

<sup>323</sup> Cerezo Mir discorda da posição de Stratenwerth, pois orienta que existe uma série de bens que são protegidos não por um interesse estatal numa relação entre cidadão e sociedade, mas porque constituem o fundamento de um mínimo de liberdade pessoal. Como, por exemplo, a propriedade privada e a integridade corporal. IN: *Idem*

<sup>324</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 142 e seguintes.

<sup>325</sup> CEREZO MIR, *Op. cit.* p. 765.

sociedade, então, a expressão subjetiva do titular assentindo na disposição do seu bem, representa ao sistema uma ausência de lesão a tal bem jurídico e uma expressão de sua livre disposição. Nesse caso, se não existe lesão nem perigo de lesão, não há necessidade de proibição da conduta e, diante da ausência de uma valoração negativa da ação e do resultado por parte do sistema jurídico-penal, não há necessidade de punição pelo sistema penal.

O consentimento não é capaz de excluir o desvalor do resultado na heterocolocação em perigo consentida, pois, ainda que exista um assentimento na ação arriscada, não é possível obter a aquiescência do titular do bem quanto ao resultado. Não sendo possível inferir a inexistência do desvalor do resultado, continua o interesse do sistema penal na proteção do bem com fundamento no livre desenvolvimento, gozo e fruição de bens por seus titulares.

Quanto à colocação dogmática, monistas e dualistas analisam o modo de estabelecimento do consentimento na teoria do delito. As discussões giram em torno da capacidade do consentimento excluir o tipo ou operar como causa de justificação. Nesse processo, acordo e consentimento partem de um plano fático volitivo equiparável, uma vez que são expressões que revelam a produção da vontade do titular sobre a destinação que será dada ao bem jurídico pessoal que é penalmente tutelado, mas no plano axiológico, possuem distinções, especialmente na colocação na estrutura do delito, bem como nas conseqüências advindas da sua existência<sup>326</sup>.

Iniciando com o viés dualista, opinião dominante na doutrina da teoria do delito, o consentimento, em sentido lato, ou aquiescência do titular do objeto material, exclui a tipicidade penal ou a ilicitude, como causa supralegal. Considerando a capacidade do ofendido em consentir e a atuação do agente conforme tal consentimento, a

---

<sup>326</sup> Roxin analisa a localização sistemática das duas figuras, existem diferenças fáticas, mas as conseqüências sistêmicas são equiparáveis entre o consentimento e o acordo. O acordo possui uma natureza fática e o consentimento, jurídico. No acordo não há uma necessidade de manifestação externa da vontade. No consentimento, é necessário que o conteúdo da vontade seja expresso através de ações que interliguem as pessoas. No acordo, só é necessário a eficácia natural da vítima, ainda que lhe falte a capacidade de compreensão por sua idade juvenil ou por sua debilidade mental. No consentimento, é preciso que o afetado goze de de saúde mental necessário para compreender o alcance de sua manifestação, os vícios de vontade seriam irrelevantes ao acordo, mas tomaria o consentimento ineficaz. IN: ROXIN, CLaus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 514 *et seq*



vontade do ofendido seria capaz de remediar a lesão ao bem jurídico, atuando como a expressão de uma permissividade jurídica advinda do direito constitucionalmente estabelecido de liberdade de individual, tornando a conduta atípica ou atribuindo licitude à ação<sup>327</sup>.

A concepção dualista observa que o acordo se estabelece com a manifestação da vontade do titular do bem voltado à fruição do mesmo, descaracterizando a subsunção de uma superveniente tipicidade formal. No acordo não há a configuração do tipo penal, pois opera nos casos em que a determinação legal impõe o dissenso do titular do bem como elementar do tipo penal. É uma relação fática que se perfaz no contexto específico da relação entre o titular e o terceiro. Não há tipicidade formal, não há conduta que sobreponha a proibição, logo não existe a violação a interesses de proteção do sistema social sobre a liberdade de fruição do objeto material, conseqüentemente, não existe a criação de risco jurídico-penalmente relevante ao bem jurídico<sup>328</sup>.

O consentimento, por sua vez, demonstra uma conflitualidade entre a autonomia do titular do bem jurídico e o interesse social na proteção do bem jurídico.<sup>329</sup> O consentimento também se demonstra como manifestação da autonomia do titular do bem, mas essa manifestação individual de fruição dos bens se insere, agora, no espaço de proibição penal.

Nesse caso, há um conflito entre a liberdade individual na disposição do bem e a referência social na necessidade de proteção, um confronto entre os interesses do indivíduo e do sistema social na preservação do bem jurídico. A concepção dualista, assim, dispõe que, no consentimento justificante, o bem jurídico é lesionado, mas a lesão é justificada pelo consentimento, que expressa a necessidade de respeito à

---

<sup>327</sup> ROXIN, CLaus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 512

<sup>328</sup> Para Cerezo Mir, o consentimento é capaz de excluir a tipicidade nos casos em que aparece como um requisito do tipo, expresso ou tácito, a realização de uma conduta contra vontade do titular do bem. Ou seja, quando o bem protegido é a liberdade individual, como o sequestro, nos delitos de coação, nos delitos contra liberdade sexual, nos crimes em que se protege a liberdade de disposição do bem jurídico, como o furto; nos delitos de invasão de domicílio. IN: CEREZO MIR, José. *Derecho Penal. Parte General*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 756-757.

<sup>329</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. ÁRAN, Mercedes García. *Derecho Penal. Parte General*. Valência: Tirant, 2010. p. 344.

autonomia do titular do bem, considerada em sua liberdade individual, ponderada frente ao interesse da sociedade na preservação de bens jurídicos.

Corroborando com a concepção dualista, Cerezo Mir expõe que o consentimento não é capaz de excluir a tipicidade, sim a antijuridicidade nos tipos em que, apesar de existir a proteção a um bem jurídico individual, tal tutela não se vincula à proteção específica da liberdade de disposição do bem, ainda que tal bem possua caráter disponível<sup>330</sup>.

No viés dualista o bem jurídico é lesionado, mas o assentimento torna lícita a ação, uma vez que, em alguns casos, a liberdade individual prevalece sobre a necessidade social de proteção do bem. Enquanto no acordo a relação entre o titular do bem e terceiro não ingressa no âmbito de proibição, no consentimento haveria uma lesão ao bem jurídico, pois a permissão dada ao terceiro frustra as expectativas sociais, havendo uma divergência entre a vontade do indivíduo e a valoração instituída pela sociedade à preservação do bem.

Numa abordagem dualista, Jakobs orienta que existem bens penalmente protegidos que possuem relação direta com a liberdade pessoal, são bens intercambiáveis e, nesse caso, o consentimento leva a ausência de vulneração à autonomia e conseqüentemente a atipicidade da conduta, pois não existe uma defraudação de expectativas pelo agente<sup>331</sup>.

---

<sup>330</sup> “Este es el caso, por exemplo, en el delito de injurias [...] en que se castiga toda ‘acción o expresión que lesionan la dignidade de outra persona, menoscabando su fama o atentando contra su própria estimación’. El consentimiento no puede excluir aqui la tipicidade de al conducta, pero se considera tradicionalmente em la Ciencia del Derecho penal española que el honor es um bien jurídico disponible [...] El consentimiento constituye aqui uma causa de justificación. Lo mismo sucede em el delito de daños [...], la realización del tipo no exige que el daño se cause contra o sin la voluntad del dueño de la cosa destruída, deteriorada o inutilizada. Em los delitos de lesiones corporales [...] el consentimiento no excluye la tipicidade, sino unicamente, em algunos casos [...] la antijuridicidade da conducta.” IN: CERESO MIR, José. *Derecho Penal*. Parte General. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007P. 761.

<sup>331</sup> O Consentimento sobre lesões a bens que o titular tem o Direito de dispor exclui o tipo. São bens em que o consentimento já exclui o tipo, sobretudo a propriedade e o patrimônio. Bens personalíssimos como a integridade física, a honra, o segredo de correspondência, a liberdade ambulatorial. Lesões leves em práticas sexuais. Pois a disposição de tais bens são instrumentos de desenvolvimento livre do cidadão. O consentimento exclui a visão negativa do resultado. IN: JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995. p 294.

Os tipos penais, no entanto, também protegem bens que, apesar da disponibilidade, não representariam uma proteção direta à autonomia e, por isso, não possuem a função de intercâmbio, ou seja, meio de desenvolvimento da personalidade, havendo a tipicidade ainda que a conduta seja permitida pelo titular do bem. Nesse caso, a justificação não se apoia apenas na permissão da vítima, mas também pelo contexto<sup>332</sup>.

É o contexto do caso concreto em que se expressa o consentimento que determina a existência da defraudação de expectativas normativas pelo agente e, conseqüentemente, a tipicidade da conduta. Assim, pode se operar o consentimento excludente do tipo ou justificante com referência ao mesmo tipo penal, dependerá do contexto fático e das expectativas da sociedade na preservação do bem. Haverá a exclusão do tipo objetivo pelo risco permitido no qual se insere o consentimento não final quando o assentimento se refere ao risco, como se observa nos casos de heterocolocação em perigo consentida<sup>333</sup>.

O comportamento de terceiro com o assentimento do lesado não defrauda a expectativa social sobre o comportamento daquele. Nesse sentido, a determinação naturalística do resultado típico poderia dar margem a uma necessidade de justificação, mas numa concepção normativa do resultado, avaliando a lesão ou possível lesão ao bem jurídico, como valor que se atribui ao objeto material como pressuposto à liberdade humana, não existe o desvalor do mesmo, pois o consentimento mitiga a lesividade ao bem.

Alejandro Alagia orienta que, no caso de ponderação de bens, é o próprio Estado quem define o que é contrário ou não ao bem estar do portador do bem jurídico, demonstrando, assim, o paternalismo penal na solução do consentimento como causa de justificação estabelecida com um juízo de ponderação entre a liberdade individual e o interesse da sociedade<sup>334</sup>.

---

<sup>332</sup> Jakobs cita como exemplo que a retirada de um rim, consentida pelo doador, por um médico para realizar um transplante, se diferencia de uma doação de sangue. Só o contexto vai fundamentar a excepcionalidade da disposição. IN: JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 295.

<sup>333</sup> Idem.

<sup>334</sup> ALAGIA, Alejandro. *El Consentimiento em la Dogmática Penal*. IN: "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1999/B, Sección Universidad. p. 03

É necessário destacar que considerar o consentimento como causa de justificação é um erro que confunde o sentido e a função da antijuridicidade, pois à antijuridicidade pertence o nível de aferição da tensão entre um conflito de valores em que, por ponderação se atribui licitude à conduta pela existência de uma permissão. Não há como perquirir a licitude de uma conduta que não é típica, que não apresenta qualquer conflito. Não há ponderação de interesses quando a conduta do terceiro sobre o objeto material é consentida<sup>335</sup>. A concepção dualista se aproxima de uma concepção naturalística do bem jurídico, com isso, passa a confundir bem jurídico e objeto material, criando uma suprapositividade (os bens teriam um valor inato independente e superior ao valor atribuído pelo direito, o objeto material, por si só, já carrega um valor de bem jurídico) que mitiga a importância da eleição dos bens jurídicos penalmente tutelados<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> “En cambio, cuando se intenta fundar el consentimiento en una causa de justificación, que es la opinión dominante, se comete el error de confundir el sentido y la función de la antijuridicidad. Este nivel analítico pertenece a otro momento valorativo filtrante de poder punitivo, cuya dialéctica debe resolver la tensión entre un pragma conflictivo con la existencia de un permiso que, de constatarse, confirma la licitud de una mera antinormatividad. No tiene sentido preguntarse por la licitud de una conducta cuando ella no constituye siquiera un pragma conflictivo, como no corresponde preguntarse lo mismo sobre algo que no es conducta.” ALAGIA, Alejandro. *El Consentimiento en la Dogmática Penal*. IN: “*Nueva Doctrina Penal*”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1999/B, Sección Universidad. p. 04. Segundo Roxin: “Todas las causas de justificación, como aún se puntualizará (§ 14, nm. 37 ss.), descansan en los principios de ponderación de intereses y de necesidad: en una situación de conflicto inevitable es legítimo el sacrificio de un interés menos valorado por el ordenamiento jurídico cuando dicho sacrificio es necesario en salvaguardia de un interés mayor.” IN: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 521

<sup>336</sup> Analisando a evolução da concepção de bem jurídico, Prado dispõe que Birnbaum (1943) – que introduziu o conceito de bem no contexto jurídico-penal, em substituição do direito subjetivo – observa ser decisivo para o direito penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para pessoa ou coletividade e que pudesse ser lesionado pela ação delitiva [...] [sob a égide do positivismo] Binding o delito consiste na lesão ao direito do Estado [...] Para Von Litz o bem jurídico constitui uma realidade válida em si mesma [...] [no Neokantismo o bem jurídico deriva] dos limites da descrição legal respectiva e não reside na natureza dos bens e valores que a determinam [ e, parafraseando Welzel, no contexto finalista o bem jurídico é] ‘bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social, é protegido juridicamente’. IN: PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-Penal e a Constituição*. 5ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 27-44. Por sua vez, sob um viés funcionalista, Claus Roxin descreve o bem jurídico que detém a proteção penal como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.” IN: ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P.18. Considerando a evolução traçada, é importante expor que, segundo Juarez Tavares: “O bem jurídico, por seu turno, não se confunde com o objeto da ação, pois não pode ser entendido no sentido puramente material, como se fosse uma pessoa ou coisa, mas no sentido da característica dessa pessoa e de suas relações, isto é, como valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua manutenção e ao seu desenvolvimento”. IN: TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P. 202. Numa possível confusão entre bem jurídico e

Seguindo a concepção monista, que observa o assentimento – acordo e consentimento - do titular do bem como causa de exclusão da tipicidade, Roxin analisa que a liberdade de ação de quem consente é o fundamento para exclusão do tipo penal, independente do dissenso do ofendido integrar ou não o conteúdo formal do tipo penal. Tal posição tem base numa teoria liberal do bem jurídico que se refere ao indivíduo, pois os bens são funcionalizados para atender ao desenvolvimento da pessoa, assim, não existe lesão a ser justificada quando a conduta do terceiro tem como fundamento o assentimento do titular do bem jurídico que constitui, não um ônus, mas a expressão do desenvolvimento de tal bem. Por isso, não se deve confundir objeto material, eventualmente lesado ou posto em perigo, e bem jurídico, que se desenvolve através do consentimento.

Nesse caminho, a lesão ao bem jurídico requer a lesão ao objeto material e a ação contra a vontade do portador do bem. Assim, a ação contra a vontade do portador do bem é um dos pressupostos da lesão ao bem jurídico, por isso, o risco ou o dano

---

objeto material, o pensamento dualista acaba por considerar o objeto material como o próprio bem jurídico-penal. Nesse contexto, Luís Greco afirma existir uma “suprapositividade” do objeto material, sendo valorado antes do sistema jurídico que atribuir a significação de bem jurídico: “[...] o conceito naturalístico de bem jurídico’ com pretensão de suprapositividade, o que estaria em contradição ‘com o fato de que, segundo a ordem da Lei Fundamental, é tarefa do legislador democraticamente legitimado fixar não só os fins da pena, mas também os bens a serem protegidos por meio do direito penal.” IN: GRECO, Luís. *Tem Futuro a Teoria do Bem Jurídico?*. Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)... p. 167. É necessário fazer referência ao valor que o sistema jurídico constitucional atribui ao bem de valor essencial a comunidade. Compreendendo o valor atribuído ao bem, Yuri Carneiro Coelho conceitua o bem jurídico-penal como: “um valor tutelado pelo direito penal, que possui o seu substrato na Constituição, ancorado na realidade social, sendo elemento material da estrutura do delito e que tenha a capacidade hermenêutica de relativizar o princípio da liberdade e de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental para convivência pacífica em sociedade.” IN: COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 130. Por fim, considerando, então, que o bem jurídico é um valor que tem substrato na constituição, então, logicamente é o Direito quem lhe atribui tal qualificação e valoração. Logo, para além do substrato material e ontológico, observável no objeto material, o bem jurídico é composto por um valor. A lesão ao bem jurídico, nesse sentido, deve recair não só sobre o objeto material, mas, também, sobre o valor que lhe atribui o sistema jurídico. Havendo consentimento, então, pode existir a lesão ao objeto material, mas não ao bem jurídico, pois a valoração voltada ao livre desenvolvimento, continua íntegra. Com o mesmo fundamento, Roxin: “Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo (para más detalles § 2, nm. 9 ss.), no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión.” IN: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 516

ao objeto material não é capaz de ensejar a tipicidade da conduta pela ausência de lesividade, não há o desvalor do resultado<sup>337</sup>.

Vale ressaltar que o acordo e o consentimento, apesar de expressarem a manifestação da vontade do titular do bem, são institutos diferentes, que possuem significação social diferente e incidem sobre o injusto de forma diversa, mas ambos no âmbito da tipicidade. Enquanto, o acordo gera a atipicidade pela não subsunção do fato ao tipo penal, decorrente da ausência de elementar do tipo que é o dissenso do titular do bem, no caso do consentimento a atipicidade recai pela inexistência da tipicidade objetiva, uma vez que não há lesão ao bem jurídico, pois não existe materialmente uma violação ao bem protegido pelo sistema social.

O fundamento do consentimento é a consideração que a missão do direito penal é a proteção do bem jurídico essencial ao livre desenvolvimento da pessoa. Assim, não haverá lesão ao bem jurídico quando uma ação se motiva na livre disposição do bem por seu titular, refletindo o seu direito de expressão que não reduz o seu desenvolvimento. Ou seja, se a lesão que se projeta sobre o objeto material for uma consequência do consentimento do ofendido, pode não ter o potencial lesivo para atingir o bem jurídico tutelado pela norma penal. Considera-se que as pessoas responsáveis podem utilizar e dispor de seus próprios bens.

Cumprir destacar que a conduta que causa uma lesão assentida ao objeto material cria um risco proibido, mas esse risco não se realiza no resultado. A conduta permitida pelo titular do bem, assim, cria um risco proibido ao ultrapassar a proibição legal que estabelece o não comportamento como pressuposto ao dever objetivo de cuidado ao bem jurídico, havendo, assim, o desvalor da ação, numa aferição da conduta frente às expectativas, formalmente vincula o autor ao sistema social. Ou seja, a ação é desvalorada, pois cria um risco proibido ao ingressar no espaço de proibição através da violação da norma.

No entanto, não existe tipicidade, pois apesar da criação do risco proibido, este não representa um perigo ao bem jurídico. Não há a realização do risco no resultado,

---

<sup>337</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 518

pois o risco é inócuo e incapaz, devido ao consentimento, de criar um perigo penalmente relevante ao bem jurídico, ainda que lese o objeto material, não existe lesão ao bem que constitucionalmente se estabelece com a conjunção entre objeto material e livre desenvolvimento do homem em sociedade através da disposição do bem. Dessa forma, não há o desvalor do resultado, o risco não se realiza no resultado, pois o consentimento acaba por esvaziar o conteúdo lesivo do risco, não havendo ônus ao bem jurídico.

A destinação dos espaços de liberdade individual para a disposição de bens, ainda que pessoais, é um fator que interessa a toda sociedade, e o direito penal recolhe da autonomia o significado necessário à manutenção desse espaço, como respeito aos valores constitucionais e fundamentais que orientam o sistema. Mas a obtenção dessa significação não deve ser *a qualquer custo*: o instituto do consentimento é um importante instrumento dogmático para consideração da autonomia do titular do bem jurídico no âmbito do injusto penal, mas ele, o consentimento, com a sua identidade – que se revela através de pressuposições e requisições que limitam o seu alcance e eficácia - não resolve de um modo lógico e adequado os casos de autocolocação em perigo<sup>338</sup>.

É nesse aspecto que o rendimento do consentimento é questionável quando colocado frente aos casos de autocolocação em perigo. A questão problemática, observa Meliá, é determinar qual o alcance do consentimento nesses grupos de casos, pois o consentimento requer a inteligibilidade sobre a vontade do ofendido e, nos casos de autocolocação em perigo, logicamente, “o diagnóstico psíquico não pode ser o elemento decisivo”, com acerto, Meliá define: “a imputação jurídico-penal não se produz exclusivamente desde sua perspectiva (consciente)” e fundamenta “com a análise jurídico-penal tem que alcançar, em última instância, uma

---

<sup>338</sup> Manuel da Costa Andrade adverte: “Não pode, porém, deixar de sublinhar – e esta é, de momento, a mais decisiva conclusão – a importância da existência de uma pletera de construções alternativas, susceptíveis de oferecer uma resposta doutrinal à área problemática em exame. Que, por um lado, divertem a pressão que a jurisprudência e certos setores da doutrina vêm fazendo sobre a dogmática do consentimento. E, conseqüentemente, evitam que esta se veja confrontada com uma complexidade problemática que só poderia reduzir à custa da identidade e unidade do estatuto do consentimento.” IN: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

determinação do âmbito de responsabilidade do autor e este não pode depender simplesmente do que a vítima saiba ou não saiba, quer ou não quer faticamente”<sup>339</sup>.

#### 4.5 CONCLUSÕES PRELIMINARES

A determinação da responsabilidade penal, frente à diversidade de formas de interação que compõem os fatos sociais nas relações arriscadas, passa a impor desafios quanto ao alcance e adequação das construções dogmáticas postas a aferir a materialização do delito. Desafios que se tornam mais complexos quando o método constante em tais construções metodológicas forjam procedimentos inadequados para compatibilizar os institutos dogmáticos com uma demanda que supera o seu potencial e alcance.

O instituto do consentimento do ofendido, amparado no viés ontológico e subjetivo da expressão da autonomia, que é aferido através da repercussão jurídica da vontade naturalmente expressa do ofendido, não se adequa às situações nas quais o titular do bem jurídico compartilha com o agente as situações de risco que se transformam em perigo ao seu próprio bem.

A impossibilidade de manifestação expressa do titular do bem na ação arriscada, a indisponibilidade da vida, a não revelação da vontade do titular quanto ao resultado lesivo decorrente do perigo, são circunstâncias que mostram a necessidade de maior ênfase a uma construção capaz de realizar uma análise normativa do comportamento objetivo do titular do bem jurídico na ação perigosa.

---

<sup>339</sup> MELIÁ, Manuel Cancio. La Exclusión de la Tipicidad por la Responsabilidad de la Víctima (“Imputación a la Víctima”). In: *Cuadernos de Conferências e Artículos*, nº 19, Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998. p. 39.



## **5 O COMPORTAMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO COMO CRITÉRIO NORMATIVO DE NÃO IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO**

A inserção do comportamento do titular do bem jurídico na aferição do injusto, como imperativo ao respeito da autonomia e, conseqüentemente, como fenômeno capaz de ampliar os espaços de liberdade, requer uma adequada compreensão dogmática das circunstâncias presentes no fato social perigoso que se materializa em lesão. Requer, assim, numa adjetivação enquanto penalmente proibido, a superação da apreciação de tal fato por métodos que se limitem a uma subsunção formal do fenômeno à Lei penal.

Com a majoração da necessidade de um procedimento que aproxime a dogmática penal com a supressão dos espaços de proibição inadequados, o funcionalismo penal, através da teoria da imputação objetiva, propõe observar o comportamento do titular do bem jurídico no âmbito do tipo penal, para além das hipóteses em que é possível observar a figura do consentimento. A teoria funcionalista orienta a análise desse comportamento como critério de imputação objetiva do resultado.

A doutrina penal alemã e espanhola, sobretudo com os trabalhos de Roxin, Schunemann, Meliá e Jakobs, contribuem ao desenvolvimento e difusão dos métodos que melhor interagem com a expressão da autonomia no contexto social atual. Tais métodos partem da constatação que ela, a autonomia, se expressa por fenômenos que extravasam a demanda de uma significação prévia da vontade do titular do bem.

### **5.1 AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO IMPUNÍVEL**

O Tribunal de Justiça de São Paulo, apoiado numa construção dogmática conservadora, manteve a condenação do agente por homicídio culposo em decorrência da morte de um dos coparticipantes de uma corrida ilegal de carros “racha”. O Tribunal considerou que:

E a culpa, na modalidade imprudência, ficou evidenciada, eis que restou comprovado que o acusado, no momento do acidente, imprimia velocidade excessiva ao veículo que conduzia, provavelmente porque “tirava racha”, conforme o laudo pericial, que constatou que o automóvel “Toyota/Corolla” dirigido por ele desenvolvia velocidade aproximada de 180 km/h e que o que a vítima Rafael, que estava no volante do “GM/Astra”, tentava ultrapassá-lo no momento da colisão, em velocidade semelhante, circunstâncias que inegavelmente evidenciam disputa automobilística entre eles.[...] o conjunto probatório deixou nítida a culpa do réu, na modalidade imprudência, que é suficiente à condenação, eis que totalmente independentemente de eventual culpa da vítima, lembrando-se que o Direito Penal não opera com compensação de culpas e, no caso em tela, diante do “racha” travado entre o réu e os ofendidos, não se pode afirmar a existência de culpa exclusiva de qualquer das partes<sup>340</sup>.

Em tais situações, considerando um viés funcionalista, e a autonomia do titular do bem que se expõe voluntariamente ao perigo, é questionável se a morte do condutor deve ser imputada a quem influenciou em sua autocolocação em perigo. Ademais, sob o mesmo viés normativista, considerando a tipicidade objetiva não só com a criação do risco não permitido, mas com a materialização deste num resultado contido no alcance do tipo, é questionável se a violação da norma que impõe o dever objetivo de cuidado em respeitar os limites de velocidade em vias públicas por si só alcança, e pode ser fundamento para imputação objetiva, o tipo de homicídio culposos em direção veicular<sup>341</sup>.

É nesse caso que o controle social institucionalizado pelo direito penal, quando orientado por construções que não privilegiam a autonomia, passa a não acompanhar e dar importância às situações em que o perigo que aflige o bem jurídico decorre de uma ação arriscada evitável por seu próprio titular. É com o propósito de observar os diversos modos de expressão da autonomia do titular do

---

<sup>340</sup> TRÂNSITO. Homicídios culposos e disputa automobilística (racha). Impossibilidade do reconhecimento da culpa exclusiva da vítima. Dinâmica do evento que também evidencia a culpa do acusado. Inexistência, em matéria criminal, de compensação de culpas. Prova robusta de autoria e materialidade de ambos os delitos. Impossibilidade de absorção do crime de disputa automobilística pelos homicídios culposos. Crimes independentes e diversos, um doloso (racha) e o outro culposos (homicídios). Condenação mantida. IN: BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-SP). *Jurisprudência*. Relator: Tristão Ribeiro, Data de Julgamento: 15/12/2011. Quinta Câmara de Direito Criminal.

<sup>341</sup> É importante nesse sentido observar o que dispõe Juarez Tavares: “[...] o código de trânsito classifica como infração o fato de dirigir o veículo sem que nenhum de seus ocupantes use o cinto de segurança, por outro, esta violação à norma de trânsito constitui unicamente uma indicação de que, assim agindo, o motorista estaria ultrapassando os limites do risco permitido. O que se deve discutir é se a exigência do uso de cinto de segurança pode sobrepor-se à liberdade de agir, quando trate de regulamentação do auto-risco. [...] a norma que impõe o cinto de segurança deve ser tomada nos devidos limites, quer dizer, só deve ser levada em conta no âmbito da regulamentação administrativa, não podendo vedar em outros setores a realização de conduta diversa.” IN: TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p. 294-295.

bem sobre o risco proibido que a teoria da imputação objetiva orienta a adoção de critérios como o alcance do tipo, a ação à próprio risco, a competência da vítima e a vitimodogmática, que ainda serão analisados.

Não se pretende tornar invisíveis as diferenças socioculturais que ainda afastam a sociedade brasileira daquelas, européias, que desenvolvem a construção funcionalista, tampouco desconsiderar a vulnerabilidade social que demanda por proteção estatal, sob o fundamento de garantir eficácia e universalidade de direitos fundamentais. O problema que se observa é que, para além da segurança dos métodos ontológicos, a justiça e a liberdade, conteúdo político-criminal constitucional que orienta as construções funcionalistas, são, também, valores essenciais ao desenvolvimento humano em uma sociedade.

Importante destacar que o finalismo, construção hegemônica no âmbito do sistema jurídico-penal brasileiro, também foi desenvolvido na sociedade européia, alemã. O finalismo, como construção que modificou e melhorou os métodos da construção anterior, representando uma mudança paradigmática, igualmente, sofreu críticas, mas a sua assimilação foi importante ao contexto em que se impôs. Agora, torna-se importante considerar o avanço proposto pelas construções funcionalistas, sobretudo no espaço de aferição da autonomia do titular do bem para desagrar a restrição não necessária da liberdade do agente nos casos de autocolocação em perigo.

É nesse sentido que Roxin propõe a concepção do critério do alcance do tipo, o analisado após a criação do risco proibido e realização de tal risco no resultado, para excluir a imputação objetiva e a tipicidade da conduta do agente que participa da exposição do próprio titular do bem ao perigo, ou em casos específicos em que o titular se expõe ou se deixa expor ao perigo por terceiro<sup>342</sup>.

---

<sup>342</sup> “O que aqui está em causa, é identificar uma constelação de casos, relativamente expressiva na sua significatividade ético-social. É susceptível, por isso, de ser erigida em referente paradigmático duma reflexão sobre o objecto do consentimento no domínio da negligência. Para o efeito, nada mais indicado do que lançar mão da categoria da *colocação em perigo de um terceiro aceite por este, bevitatis causa, heterocolocação em perigo consentida* [...] referenciada e cunhada por ROXIN.” ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 171.

No espaço destinado à análise do critério do alcance do tipo, a teoria da imputação objetiva observa a correta determinação do alcance do tipo penal. O legislador, ao determinar a proibição penal, estabelece os limites de manifestação da liberdade, repelindo comportamentos perigosos ou lesivos, visando proteção do bem jurídico. O alcance do tipo informa que a proibição não deve ultrapassar os limites postos pelo legislador ao criar a figura delitiva, materialmente, na proteção do bem jurídico penal frente à lesão de terceiros<sup>343</sup>.

Nesse sentido, o tipo não alcança os resultados perigosos concebidos como expressão da autonomia do titular do bem jurídico. A demonstração dessa autonomia passa, então, a ingressar na teoria do delito como critério normativo para exclusão da tipicidade objetiva nos casos de participação em autocolocação em perigo<sup>344</sup>. Assim, para que haja imputação objetiva, o resultado decorrente da conduta que cria ou implementa o risco não permitido deve coincidir com o fim de proteção e evitação da norma penal. Isso requer uma interpretação funcional e restritiva do tipo com fundamento numa valoração normativa sobre o seu alcance, seu âmbito de proteção<sup>345</sup>.

O alcance do tipo como critério de imputação objetiva, ainda carece de reconhecimento no sistema penal pátrio. Conforme o julgado apresentado acima, as decisões pouco reconhecem o comportamento do titular do bem como critério de

---

<sup>343</sup> “Para Roxin, a tipicidade penal de quem participa de uma autocolocação em perigo tem seu limite na autorresponsabilidade do titular do bem jurídico. Como critério de imputação objetiva, considera que alcance do tipo não abrange as hipóteses nas quais o titular do bem jurídico, com a completa visão do risco e de forma responsável, deseja se autocolocar em perigo.” IN: ROXIN, Claus. *La Polémica en torno a la Heteropuesta en Peligro Consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal*. Disponível em: <http://www.indret.com/es/index.php>. Acesso em: junho de 2015. Acesso em 06/2015. p. 03. Nesse sentido, Manuel da Costa Andrade afirma que: Manuel da Costa Andrade observa que a visão de Roxin “sobressai pela coerência político-criminal, consistência doutrinal e rigor metodológico, bem como pela assunção consequente de implicações prático-jurídicas.” ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 275

<sup>344</sup> Segundo Juarez Tavares: “Aqui importam especialmente os casos decorrentes da autocolocação em perigo, da colocação em perigo alheia e dos submetidos ao âmbito de responsabilidade de outrem”. IN: TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 370

<sup>345</sup> Para Roxin, o comportamento objetivamente imputável é aquele que cria o risco juridicamente não permitido que se materializa num resultado que equivale ao qual a norma tem por fim evitar, pois a punição deve ser estabelecida nos limites da proibição. As normas, em regra, proíbem matar, lesionar, danificar, é preciso aferir se a norma que é referência à subsunção da conduta lesiva se destina à proteção dada à suposta lesão observada no resultado. Por isso, não há imputação objetiva do resultado quando o alcance tipo não compreender a tutela do risco proibido que se materializou no resultado em decorrência de uma auto ou heterocolocação em perigo. IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

imputação objetiva a determinar o juízo de tipicidade nos casos de participação em autocolocação em perigo.

Por isso, nos perigos criados no trânsito pela comunhão entre agente e titular do bem, e especialmente nas disputas automobilísticas ilegais, ainda que o titular se coloque em perigo voluntariamente, a sistema jurídico-penal pátrio ainda imputa o resultado morte ao agente que participou da disputa ilegal que gerou o perigo.

A voluntariedade, a consciência<sup>346</sup> e a responsabilidade do titular do bem que participa de uma ação arriscada e, sobretudo, o potencial de evitação do resultado são pressupostos de uma autocolocação em perigo. São pressupostos gerais observados para designar a ação perigosa como uma obra da própria do titular do bem, que cria e desenvolve o perigo com o domínio cognitivo sobre o seu desenvolvimento, ainda que um terceiro tenha contribuído para a sua produção.

### **5.1.1 A inadequação do argumento da participação para fundamentar a impunidade da autocolocação em perigo no sistema penal brasileiro**

A participação em autocolocação em perigo, em regra, é impune. O fundamento da impunidade, inicialmente, decorre de uma análise de ponderação entre a exposição ao perigo e a realização da própria lesão. É um argumento formal que parte do pressuposto de que no Direito alemão, a participação em suicídio e em autolesão, em regra, não é punível, logo, a participação em uma autocolocação em perigo também não deve ser<sup>347</sup>.

Assim, Roxin, analisando o sistema jurídico-penal alemão, compreende que se a participação dolosa em autolesão, que representa um fenômeno mais lesivo, não há punição, não deve haver, igualmente, na participação dolosa ou culposa numa autocolocação em perigo, que representa um menos em relação à autolesão. Sendo

---

<sup>346</sup> Segundo Maria Auxiliadora Minahim, “pode-se falar em participação em autocolocação impune quando o sujeito estimula a outro a realizar uma ação especialmente perigosa, consciente e querida pelo portador do bem jurídico, o qual vem a realiza-la, sofrendo, então, uma lesão.” IN: MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 88.

<sup>347</sup> ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

assim, impunível a participação em uma autocolocação em perigo com base num juízo de equivalência com a participação na autolesão<sup>348</sup>.

Sob o fundamentação técnico-formalista, partindo da compreensão de Roxin, pode se observar que a participação em uma colocação em perigo não pode ser punida por não se punir a participação na autolesão, também não se deve tentar deslocar a imputação ao tipo de homicídio culposo, uma vez que o âmbito do tipo de homicídio não alcança resultados decorrentes de uma participação em autocolocação em perigo.

Para que exista a imputação objetiva, o tipo deve abarcar a espécie de risco criado, bem como o resultado e suas circunstâncias. Assim, a imputação do tipo objetivo depende da realização de um risco não permitido, que o risco se materialize num resultado subsequente, que este resultado esteja compreendido no alcance do tipo.

Em analogia ao pensamento de Ordeig<sup>349</sup>, que analisa sob uma perspectiva legal a não punição da participação em autocolocação em perigo na Espanha, transpondo o pensamento ao Brasil, é possível observar que, sob um viés legalista, é difícil sustentar a atipicidade da participação em autocolocação em perigo no sistema jurídico-penal pátrio.

O artigo 122 do Código Penal<sup>350</sup> pune o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, crime que é essencialmente doloso. O suicídio, é importante referir, difere do homicídio, que é punível pelo artigo 121 do Código Penal<sup>351</sup>, o legislador estabelece tratamento diverso a ambos, são tipos penais diferentes.

---

<sup>348</sup> ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 353-354.

<sup>349</sup>ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Imputación Objetiva, Participación en una Autopuesta en Peligro y Heteropuesta en Peligro Consentida*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Número Extraordinário 2. UNED, 2004. p. 86.

<sup>350</sup>Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

<sup>351</sup>Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. IN: BRASIL. Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) - Acesso em 15 de dezembro de 2015.

O crime de homicídio visa a proibição de matar o outro, sendo que a participação em homicídio é punível segundo a combinação dos artigos 121 e 29<sup>352</sup>, ambos do Código Penal. O suicídio, por sua vez, é a denominação dada a conduta de quem mata a si mesmo, logicamente o suicídio é um fato atípico<sup>353</sup> e, como a participação requer uma acessoriedade mínima<sup>354</sup> com o fato principal, ou seja, a adesão do partícipe deve ser a uma conduta principal no mínimo típica, para punir quem participa dolosamente do suicídio houve a necessidade de criar um tipo penal específico<sup>355</sup>.

O crime culposo, vale ressaltar, segundo o artigo 18, parágrafo único, do Código Penal<sup>356</sup> só é punível quando expresso em Lei. Considerando essa determinação, no caso do homicídio culposo, haverá punição conforme disposto no artigo 121, §3º, do Código Penal<sup>357</sup>.

---

<sup>352</sup> Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. BRASIL. Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) - Acesso em 15 de dezembro de 2015.

<sup>353</sup> Sobre a atipicidade do suicídio, Schnidhäuser dispõe “que contraria o postulado da atipicidade do suicídio, abrindo a porta, ex vi acessoriedade limitada, à punição generalizada da participação no suicídio. [...] ‘No tipo de ilícito, e quer se trate de produção da morte alheia ou própria, está sempre em causa a morte de uma pessoa. O conteúdo desvalor [...] e, por isso, o conteúdo do ilícito é em ambos os casos o mesmo. [...] Para além de típico, o suicídio configura igualmente uma conduta ilícita: isto por força do dever, perante a comunidade, de continuar a viver ‘que impende sobre o indivíduo’ [...] um ilícito que só não será punível (nomeadamente a título de tentativa) devido a uma específica causa de exclusão da culpa, precisamente ‘a vivência da total ausência de sentido da própria vida’” IN: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 277.

<sup>354</sup> “Entende-se por participação *strictu sensu* a colaboração dolosa em um fato alheio. É a contribuição dolosa – sem o domínio do fato – em um fato punível doloso de outrem. Trata-se de um conceito referencial, visto que a participação é sempre acessória ou depende de um fato principal – teoria da acessoriedade mínima (conduta típica do autor).” IN: PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 409.

<sup>355</sup> O argumento da participação “vale apenas como um dos possíveis pontos de chegada de um dos discursos problematicamente mais densos e inseguros da dogmática penal, cujas etapas mais marcantes convirá assinalar. Em primeiro lugar, avulta a adesão ao dogma, maioritariamente sufragado pela doutrina e pela jurisprudência, da atipicidade do suicídio. Em segundo lugar, a tese da impunidade da participação no suicídio, apoiada na atipicidade do suicídio (ex vi princípio da acessoriedade) e na inexistência de incriminação autônoma do auxílio ao suicídio. IN: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 276

<sup>356</sup> Art. 18 [...] Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

<sup>357</sup> § 3º Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a três anos. IN: BRASIL. Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) - Acesso em 15 de dezembro de 2015.

A punição pela conduta culposa não está prevista no artigo 122 do Código Penal, sendo um crime doloso e, nesse caso, o tipo penal em estudo não é capaz de alcançar a conduta de quem culposamente participa de suicídio, pois o homicídio requer alteridade na execução da ação. Assim, considerando a ausência da determinação legal, não se deve punir o induzimento, instigação ou auxílio culposo a suicídio. Se não é punível a participação culposa em suicídio doloso, considerando a gravidade das condutas dolosas maior que as culposas, então, igualmente, não seria possível punir a participação culposa em autocolocação em perigo, que representa uma conduta imprudente do titular do bem ao se expor ao perigo, uma vez que não deseja o resultado lesivo<sup>358</sup>.

Considerando o argumento técnico e legalista, a participação em autocolocação em perigo que não resulta em morte, mas em lesão corporal, também não seria alcançada pelo tipo penal de lesões corporais. A autolesão não é punível, bem como a participação ainda que dolosa na mesma não é alcançável pelo artigo 129 de Código Penal<sup>359</sup>. Nesse sentido, o tipo não alcança a participação culposa em autolesão, que representa um mais em relação a autocolocação em perigo que resulta em lesão. Consequentemente, está fora do alcance do tipo a participação em autocolocação em perigo que resulta em lesões corporais ao titular do bem jurídico.

---

<sup>358</sup> Segue nesse sentido Ordeig ao analisar a impunidade da participação em autocolocação em perigo no Direito Penal Espanhol: “Ciertamente que em los casos de participación imprudente en una automuerte imprudente [...] el motorista invita a outro a competir dentro del casco urbano, falleciendo el último a consecuencia de su propia actividad imprudente -, esse sujeto que se automata imprudentemente no es un suicida, ya que el suicidio exige conceptualmente que uno se prive a sí mismo de la vida queriendo hacerlo. Pero si formulamos em términos técnicos jurídicopenales la diferencia entre suicidio y autopuesta em peligro com resultado muerte, a pesar de que ambas son conductas indubitadamente atípicas, habría que definir a aquél como la automuerte dolosa y a ésta como la automuerte imprudente, y, como em Derecho Penal el dolo es más grave que la imprudencia, de ahí habría que deducir que la primera conducta: la automuerte dolosa (suicidio), también es más grave que la automuerte imprudente ( autopuesta em peligro com la muerte no querida de la víctima), y habría de deducir, asimismo, que, como la conducta más grave – participacion imprudente en un suicidio – es impune – [...] también tiene que serlo la menos grave, esto es: la participación imprudente em un suicidio ‘imprudente’”. IN: ORDEIG, Enrique Gimbernat. Imputación Objetiva, Participación en una Autopuesta en Peligro y Heteropuesta en Peligro Consentida. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Número Extraordinario 2. UNED, 2004. p. 87.

<sup>359</sup> Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. BRASIL. Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) - Acesso em 15 de dezembro de 2015.



O argumento com base na impunidade lógico-formal da participação encontra resistências para adequação ao sistema penal brasileiro. O primeiro argumento da não punição da participação na autocolocação se vincula ao princípio da ingerência<sup>360</sup> que, a partir da interpretação do artigo 13, §2, “c”, do Código Penal<sup>361</sup>, expõe que aquele que cria o perigo antecedente ao bem jurídico tem o dever de evitar o resultado conseqüente. Assim, ao participar da criação do perigo, o partícipe teria a obrigação de evitar o resultado lesivo<sup>362</sup>.

Ademais, o argumento da impunidade na participação culposa em autocolocação em perigo por não se amoldar ao tipo de homicídio culposo, como também ao auxílio e instigação ao suicídio, que é crime doloso, merece ressalvas. O Código Penal estabelece no artigo 30, casos de impunibilidade, que o auxílio e a instigação não são puníveis, salvo disposição expressa em contrário, o que ocorre nos casos dos crimes contra a periclitación da vida e da saúde.

Nesse caso, deve se observar maiores cuidados ao se sustentar a impunidade da participação em autocolocação em perigo com base apenas em juízos lógicos fechados na contraposição das regras contidas no Código Penal. O sistema jurídico pátrio pune as condutas que geram a perigo para vida e para saúde, então, em casos como o do gelo quebradiço<sup>363</sup>, ainda que alegada a impunidade da participação culposa do agente que aconselha a outrem a caminhar sobre o gelo

---

<sup>360</sup> “Para o direito brasileiro, a cooperação para uma autocolocação em muito se assemelha à ingerência, na medida em que o risco em que foi colocada a pessoa pode ser o fator causal para o resultado de lesão. É bem verdade que se pode objetar que, na ingerência, o perigo procede de uma única fonte sobre a qual o garantidor tem responsabilidade. Na cooperação, a vontade do agente soma-se à da vítima, não sendo por si só a criadora do perigo, já que ele apenas estimulou a vítima a defrontar o perigo.” IN: MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 94

<sup>361</sup> § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: [...] c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. IN: BRASIL. Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) - Acesso em 15 de dezembro de 2015.

<sup>362</sup> Cláudio Brandão, no entanto, para configuração da ingerência é necessário que a conduta precedente seja antijurídica. IN: BRANDÃO. Claudio. *Curso de Direito Penal*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 148.

<sup>363</sup> “A aconselha a B que atravessasse um lago de gelo quebradiço. Se o leviano B, com conseqüência do perigo, vier a morrer, surgirá a pergunta quanto a se A deve responder por homicídio doloso ou culposo (a depender de sua intenção).” IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p.353.

quebradiço, ainda poderia se punir a conduta de quem o aconselhou com base no artigo 132 do Código Penal.

### **5.1.2 A valoração da Autonomia do titular do bem jurídico como fundamento da impunidade da participação em autocolocação em perigo**

Considerando as dificuldades lógicas do argumento formal da participação, Frisch critica que uma solução de impunidade sob um viés técnico-jurídico produz “soluções fragmentárias e descontínuas”<sup>364</sup>, especialmente ao transladar o fundamento construído sobre o sistema jurídico-penal alemão para outros sistemas, como o brasileiro.

Luís Greco, por sua vez, ressalva que é insuficiente determinar a impunidade nos casos de participação em autocolocação em perigo com fundamento no critério que ele denomina como “argumento da participação”. Nesse sentido, orienta que é possível fundamentar a impunidade em outros modelos de argumentação como o princípio da autorresponsabilidade, sendo que os dispositivos que punem a participação em suicídio possuem viés secundário frente a uma fundamentação político-criminal que privilegie a autonomia na determinação da tipicidade penal<sup>365</sup>.

A impunidade, assim, não se restringe a uma aferição do Direito positivo, apenas, pois tornaria o instituto limitado quando analisado sob a ótica de outros ordenamentos jurídicos, como o brasileiro que pune a participação dolosa em homicídio. Importante, então, é destacar o fundamento da liberdade de ação, reflexo da autonomia, de quem se coloca em perigo. É nesse sentido que Roxin, Frisch e Shunemann invocam a autonomia sob a denominação de autorresponsabilidade para fundamentar a não punição da participação em autocolocação em perigo<sup>366</sup>.

---

<sup>364</sup> “Segundo Frisch, uma resposta satisfatória só pode obter-se da consideração de que não se ultrapassaram as fronteiras do risco permitido ou pelo menos risco tipicamente tolerado. E isto porquanto uma ‘realização do risco está sempre dependente duma actuação correspondente do outro, um indivíduo capaz de autodeterminação e, como tal, uma pessoa responsável por e para si mesma”. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 278.

<sup>365</sup> ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 174-176.

<sup>366</sup> Orientam que não se deve relevar a decisão valorativa que se encontra por trás da fundamentação que se refere ao Direito (argumento da participação), pois não há fundamento para

Luís Greco, ao aferir o *leading case* da jurisprudência alemã, o caso da seringa de heroína<sup>367</sup>, afirma que a impunidade da participação em autocolocação em perigo é uma conclusão correta, com base no princípio da autorresponsabilidade, uma vez que “tudo mais transformaria o autor, de modo estranhamente paternalista, em tutor da integridade de uma pessoa adulta, o que contraria o que se convencionou chamar de ‘princípio da autorresponsabilidade’.”<sup>368</sup>

Juarez Tavares expõe que a autocolocação em perigo é “o primeiro dos casos de concretização do princípio da autorresponsabilidade”<sup>369</sup>, considerando que o que deve fundamentar a imputação objetiva nos casos de participação em autocolocação em perigo é “o princípio da auto-responsabilidade, pelo qual o resultado decorrente da ação livre e inteiramente responsável de alguém só pode ser imputado a este e não àquele que o tenha anteriormente motivado.”<sup>370</sup>

Ainda nesse sentido, ao analisar o novo tratamento dogmático, seguido por um viés de política-criminal de orientação teleológica, que observa o comportamento do titular do bem jurídico como critério normativo a determinar a reprovação da conduta do terceiro, Auxiliadora Minahim pondera que “[o] realce posto na faculdade de

---

limitar a liberdade de ação dos participantes que se colocam em perigo por sua vontade. IN: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 354.

<sup>367</sup> Decisão do Tribunal Federal Alemão “As autocolocações em perigo, responsabilmente queridas e levadas a cabo, não caem sob o tipo de homicídio ou das ofensas corporais, quando o risco conscientemente assumido com a autocolocação em perigo vem efetivamente a concretizar-se. Quem penas proporciona, possibilita ou favorece uma tal autocolocação em perigo não incorre em responsabilidade penal por homicídio ou ofensas corporais.” IN: *Ibidem*. p. 274 Roxin analisa que apesar do agente ter criado um perigo que não é socialmente tolerado, o perigo não se realizou no resultado. Em sentido semelhante o caso da entrega de tóxicos julgado pelo Tribunal Superior Alemão que condenou um fornecedor de heroína por homicídio culposo após o mesmo entregar heroína a uma pessoa que, consciente do perigo existente, injetou a droga e morreu. Após, o Tribunal, sob influência de Schünemann, iniciou uma mudança jurisprudencial, passando a considerar que “autocolocações em perigo realizadas e queridas de modo responsável não se enquadram no tipo de delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco que conscientemente se corre realize-se em um resultado. Aquele que provoca, possibilita ou facilita uma tal autocolocação em perigo não é punível pelo delito de lesões corporais ou homicídio.” IN: *Ibidem* p. 357-358.

<sup>368</sup> “A verdadeira razão para não se punir nos presentes casos está, isso sim, no respeito à decisão responsável da vítima de praticar ações perigosas, o qual tem por corolário que se deixe impune a conduta daquele que ajuda a vítima nessa empreitada”. GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 67. MELIÁ, Manuel Cancio. *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. 1ª reimpressão. Mendoza: Cuyo, 2001.

<sup>369</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 372.

<sup>370</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 290

determinação da vítima impõe-lhe responsabilidades pelos resultados decorrentes de atividades perigosas engendradas conscientemente com terceiros, desde que atendidos certos pressupostos.”<sup>371</sup> Cândia Meliá, num viés normativista, segue o mesmo fundamento da autora, pois, ao analisar os casos de competência da vítima, fundamenta a impunidade da autoexposição ao perigo inerente à conduta especialmente arriscada na autorresponsabilidade do titular do bem jurídico<sup>372</sup>.

Nesse sentido, a violação do dever de cuidado, por exemplo, de quem participa de uma corrida ilegal é evidente, mas essa violação sozinha não é suficiente para fundamentar a imputação objetiva do resultado inerente ao tipo de homicídio culposo ao agente. Sob um viés teleológico-funcionalista do delito é necessário, para determinar a proibição da conduta do agente, observar de modo objetivo o comportamento do titular do bem jurídico-penal frente ao perigo que produziu a lesão ao seu bem.

A autocolocação em perigo, segundo Roxin, tem como pressuposto a liberdade e consciência na adesão ao risco, aqui se trata da manifestação autônoma (liberdade e consciência) do titular do bem jurídico em enfrentar o perigo, autonomia que repercute na tipicidade penal da conduta do agente. Para o autor, quem dirige dentro dos limites do cuidado objetivo e se envolve em acidentes pode até causar uma morte, mas não um crime de homicídio<sup>373</sup>.

Na participação em autocolocação em perigo, o terceiro possui um papel subsidiário na ação arriscada dominada cognitivamente e evitável pelo próprio titular do bem jurídico. Nesse caso, se o risco for compreendido pela vontade do titular do bem e ele o dominar cognitivamente, não sendo o terceiro garantidor<sup>374</sup>, e não existindo

---

<sup>371</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 86.

<sup>372</sup> “Como punto de partida previo a la construcción dogmática, por lo tanto, el principio de autorresponsabilidad consiste en el reconocimiento de libertad de organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes.” IN: MELIÁ, Manuel Cândia. *Lineas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Cuyo, 2001. p. 88

<sup>373</sup> ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P 326.

<sup>374</sup> Analisando outra circunstância relacionada com a impunidade da participação na autocolocação em perigo, Roxin expõe que o BGH “condenou por homicídio culposo um médico que, no curso da terapia para abstenção do uso de entorpecentes, prescreveu ao paciente tóxicos por meio dos quais este acabou morrendo em virtude de uma overdose.” Nesse caso, o questionamento é como deve ser

obstáculos ao potencial de intervir no desenvolvimento causal do perigo assumido, o eventual resultado lesivo não poderá ser atribuído ao terceiro participante.

Em uma autocolocação em perigo, o recuo da tutela penal é em respeito à liberdade, enquanto expressão da autonomia do titular do bem jurídico que se expõe ao perigo. É uma exposição própria e dominável pelo titular do bem jurídico, que não se afere com uma compreensão ontológica vinculada ao contexto causal de quem possui o domínio fático em se colocar no risco, como no procedimento em que observa quem assumiu a direção do veículo nas corridas ilegais em vias urbanas “racha”, como exemplo trazido por Roxin na decisão do BGHSt 7, 112.<sup>375</sup>

A autocolocação em perigo se define, para além de observar quem se coloca em perigo, pela manutenção do poder do titular do bem exposto ao risco, no curso do perigo, em evitar o resultado. Por isso, é inviável considerar, *a priori*, a impunidade da participação em autocolocação em perigo nos casos de inimputabilidade e semi-imputabilidade, conforme sustenta Juarez Tavares<sup>376</sup> e Roxin<sup>377</sup> respectivamente.

---

tratada a participação de quem possui o *status* de garantidor e dever de evitar o possível resultado da autocolocação em perigo. Inicialmente cumpre ressaltar o contraste entre a autonomia do titular na autocolocação e a obrigação legal de quem tem por responsabilidade evitar o resultado por um mandamento legal. No exemplo citado, a inimputabilidade da vítima impede a manifestação livre e consciente ao se colocar em perigo e, assim, a mácula em sua autonomia seria um obstáculo à atipicidade, a conduta do médico será penalmente típica. Nesse sentido, não pode o pai que entrega chave do carro ao filho menor, sabendo que este irá praticar aventuras no trânsito, que lhe causem lesões, alegar a sua impunidade com base numa possível atipicidade da participação em autocolocação em perigo, uma vez que tem o dever legal de proteção. Ou instrutor da autoescola que entrega a direção do veículo ao aprendiz no tráfego de uma via movimentada e especialmente perigosa. Se houver plena capacidade de decisão do titular do bem que se autocoloca em perigo com a ingestão de medicamentos ofertados pelo médico, em regra, levará à atipicidade da conduta do médico. Não se punirá o médico, nesse caso, pelas lesões ao consumidor que livre e conscientemente se coloca em perigo com a utilização desregulada de medicamentos, mas, considerando o caráter de garantidor do médico, o resultado será imputado se este, que detém maior conhecimento sobre as drogas prescritas, prescrevê-las violando o dever objetivo de cuidado. Cf: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 358 *et seq*

<sup>375</sup> *Ibidem*. p. 354.

<sup>376</sup> Para Juarez Tavares, a inimputabilidade não é um óbice à materialização da autorresponsabilidade nos caos em que a impossibilidade de determinação não for determinante para o fato. *Data venia*, não se deve prestigiar como manifestação válida da autonomia a conduta de uma criança que se expõe aos riscos do trânsito. A proposta de impunidade da participação em autocolocação em perigo não alcança os casos em que o agente participa de uma ação arriscada praticada por um inimputável. Para o autor: “Por exemplo, se a vítima consentiu validamente na disposição ao perigo de sua integridade física, com pleno conhecimento do significado desse ato de sua integridade física, com pleno conhecimento do significado desse ato e independente da sua inimputabilidade, deve valer o princípio da autorresponsabilidade. Se porém a vítima consentiu porque sua condição de inimputável favorecia esse consentimento ou porque executava uma ordem superior, não deve vigorar o princípio da autorresponsabilidade, ainda que preenchidos os

Roxin avança ao considerar que a questão aqui, casos de exposição do titular do bem ao perigo, é normativa, valorativa, e não ontológica, afastando o consentimento do ofendido. No entanto, ao estabelecer a autocolocação em perigo como “de quem parte a colocação em perigo que resulta diretamente no resultado. Partindo essa da própria vítima [...] existirá uma autocolocação em perigo”<sup>378</sup> recai no mesmo ontologismo do consentimento, pois ainda retira o significado da colocação que é própria ou não do titular do bem por um viés essencialmente naturalístico que limita a apreciação de manifestações da autonomia que superam um significado fático da colocação na ação arriscada. Uma pessoa pode ter o domínio sobre determinada ação, como a sua colocação em perigo, mas ser obstada na capacidade de evitar os resultados dessa colocação. Assim, a autocolocação em perigo é demonstrável como a colocação do titular do bem jurídico em um risco em que a progressão ao perigo pode ser por ele evitável sem mácula em sua própria vontade.

Com isso, mesmo que o titular do bem se exponha a um risco, numa compreensão naturalística, é necessário, para caracterizar a autocolocação em perigo, que não exista obstáculo à sua possibilidade de evitar o resultado. A participação na ação arriscada pelo titular do bem, com obstáculos postos frente ao seu direcionamento causal, não é exercício da autonomia. Não se pode considerar como expressão da autonomia a lesão a uma criança que atravessava uma via de modo irregular, sendo atropelada por um condutor que poderia evitar o resultado, mas não o fez<sup>379</sup>.

---

pressupostos do consentimento. Isto vale também para as hipóteses de semi-imputabilidade”. Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 371.

<sup>377</sup> Polêmica maior se relaciona aos casos de semi-imputabilidade. Roxin argumenta que “se o que se autocoloca em perigo tem plena consciência do risco e só tem reduzida a sua capacidade de autocontrole, ficará excluída a imputação”. A redução da capacidade de autocontrole, para ROXIN, não afetaria a autodeterminação da vítima, entretanto, é imprescindível analisar se tal capacidade tem o potencial de reduzir o controle do risco pela vítima. Considerando a semi-imputabilidade como situações fronteiriças da capacidade de discernimento e determinação, mais prudente seria analisar se o semi-imputável, no momento da autocolocação, conhecia completamente o perigo e foi capaz de se determinar conforme o seu entendimento. Imprescindível destacar que a expressão da liberdade é o fundamento material da impunidade da participação na autocolocação em perigo, nesse caso obstada pela semi-imputabilidade. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 361

<sup>378</sup> ROXIN, Claus. Sobre a Discussão acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida. IN: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como Crítica da Pena. Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madri, Barcelona, Buenos Ayres, São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 136

<sup>379</sup> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM PERIGO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. 1. O fundamento da

O princípio da autorresponsabilidade é o fundamento material que justifica a aferição do potencial de autodeterminação do titular do bem. A autocolocação em perigo é um fenômeno que materializa o princípio da autorresponsabilidade, como um critério normativo ao juízo de tipicidade penal, através da teoria da imputação objetiva, bem como necessário ao desenvolvimento da dogmática penal frente às demandas postas pelo modo de produção da vida humana na sociedade contemporânea.

## 5.2 A HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA É SEMPRE PUNÍVEL

No âmbito dos riscos inerentes às relações de trânsito que evoluem para além do permitido, em proibido, e se materializam em perigo ao bem jurídico, atualmente, possui maior relevância, um grupo de casos em que o titular do bem jurídico, voluntariamente, expõe-se ao perigo por si inevitável de terceiro, assentindo conscientemente na participação em uma atividade arriscada.

Dentre tais casos, assumiu maior proeminência o que se denominou chamar de “teste de aceleração”, em que o Tribunal Superior Alemão condenou por homicídio culposo, em decorrência de um acidente de trânsito, os participantes de uma corrida ilegal de carros na seguinte situação:

Jovens protagonizavam uma corrida ilegal de automóveis. No decorrer desta, eles tentaram ultrapassar um terceiro - não participante e desprevenido - carro a mais de 240 Km/h, em um trecho em que a

---

responsabilidade pelo crime culposo reside na violação do dever objetivo necessário nas circunstâncias. In casu, tendo o motorista respeitado todas as regras de trânsito, surgindo o transeunte, de inopino, na via, provocando o seu próprio óbito, mostra-se ilegal o processo crime pela suposta prática de homicídio culposo. Tem-se, a um só tempo, o emprego dos princípios da confiança e da autocolocação da vítima em perigo, o que, à evidência, exclui a tipicidade do comportamento do condutor. 2. Ordem concedida para trancar a ação penal 2575080/2009, em curso perante a 17.<sup>a</sup> Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA. IN: BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. (STJ - HC: 147250 BA 2009/0178790-9). *Jurisprudência*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 4 de março de 2010. T6 - Sexta turma, Data de Publicação: DJe 22/03/2010. Nesse sentido, a atipicidade da conduta de quem, apesar de seguir as normas do trânsito, podendo evitar a lesão ao bem jurídico de outrem exposto ao risco, voluntariamente não o faz, é um equívoco na aplicação dos critérios normativos estudados. Nesses casos, não é técnica a aplicação da impunidade pela participação em perigo, bem como não se observa a incidência do princípio da confiança para não imputação do comportamento. A confiança não é absoluta, possui limites no caráter diferenciado da confiança cognitiva que decorre de pessoas especialmente debilitadas na administração de sua competência, como crianças, idosos e doentes mentais.

velocidade máxima permitida era de 120 Km/h. Durante a manobra, por conta de uma movimentação um pouco mais ríspida do volante realizada pelo seu condutor, um dos carros derrapou e capotou. Os passageiros morreram [...] os passageiros estavam de acordo com o teste de aceleração, filmaram toda a corrida e deram o sinal de partida para o que resultou no acidente fatal.<sup>380</sup>

O caso apresenta uma interação entre os titulares do bem jurídico e os agentes no desenvolvimento do risco proibido. Tal interação aumenta o grau de complexidade na determinação da responsabilidade penal decorrente das lesões resultantes da ação perigosa.<sup>381</sup> Numa compreensão naturalística dos fatos, os titulares dos bens jurídicos afetados não se expuseram a um fenômeno perigoso que se demonstra como uma colocação própria<sup>382</sup>, foram, sim, conduzidos por outrem, a uma jornada arriscada, ainda que pudessem ter a plena consciência do risco.

O desenvolvimento do tema está em curso, e o caso do *teste de aceleração* ampliou o interesse doutrinário na busca da sistematização do fenômeno, que se mostra como um dos eventos mais complexos no âmbito das relações de trânsito. A complexidade que se evidencia na tentativa de se estabelecer a forma de dimensionar o recuo da tutela penal em tais casos<sup>383</sup>.

Segundo Juarez Tavares a heterocolocação em perigo consentida é um segundo grupo de casos que concretiza do princípio da autorresponsabilidade<sup>384</sup>. No entanto, tal assertiva merece ressalvas, pois aqui, como se observará e se referenciará, a

<sup>380</sup> ROXIN, Claus. *La Polémica en torno a la Heteropuesta en Peligro Consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal*. Disponível em: <http://www.indret.com/es/index.php>. Acesso em: junho de 2015. p. 03-04.

<sup>381</sup> “São precisamente expressões da vida – diversificadas na sua estrutura fática e em incontrolável expansão ao ritmo dos novos ‘oitavos dias da criação’ no contexto da sociedade moderna – recondutíveis à categoria da *heterocolocação em perigo consentida*, que ocupam o primeiro plano e praticamente esgotam o *fórum* doutrinal e jurisprudencial do tema do *consentimento na negligência*.” IN: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 283.

<sup>382</sup> ROXIN. *Op cit.* p. 07.

<sup>383</sup> “A figura jurídica da heterocolocação em perigo consentida, por mim propagada em 1973, tomou-se um dos componentes teóricos mais discutidos, mas também mais controvertidos, da parte geral. A decisão mais recente sobre o tema, o denominado caso do teste de aceleração, até ensejou diversas manifestações, mas acabou por aumentar ainda mais a confusão do debate.” IN: ROXIN, Claus. Sobre a Discussão acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como Crítica da Pena. Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madri, Barcelona, Buenos Ayres, São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 129.

<sup>384</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 375.



autonomia não determina a atipicidade do fato perigoso. Na heterocolocação não se prestigia a expressão da autonomia individual como uma espécie de determinação da vontade do titular do bem para indicar o avanço ou recuo dos espaços de proibição penal. Pois, sob o rótulo de heterocolocação, reúnem-se os casos em que o titular do bem jurídico, para além de se deixar expor por outrem a uma ação perigosa, também não possui o poder de evitar o resultado.

### **5.2.1 A diversidade na manifestação da autonomia do titular do bem jurídico sobre a ação perigosa: Heterocolocação em perigo consentida**

Ainda que não unânime<sup>385</sup> na doutrina, auto e heterocolocação em perigo são fenômenos que se manifestam por caminhos diversos. Inicialmente, vale descrever a decisão do BGH<sup>386</sup> no já citado caso do *teste de aceleração*:

A linha divisória entre autoria e participação é um critério profícuo para distinguir a impunível contribuição a autocolocação em perigo ou a autolesão autorresponsável da, em essência típica, heterocolocação em perigo. Se não apenas aquele que se coloca em perigo ou se autolesiona detiver o domínio do fato sobre a ação perigosa ou ação lesionante, mas o colaborador ao menos também o detiver, cometera este um fato próprio. Dessa forma, ele não poderia estar livre de pena por razões de acessoriedade, ou seja, em decorrência da ausência de um fato principal do autolesado (...) isso se aplica da mesma maneira aos casos culposos de auto e heterocolocação em perigo. Portanto, também aqui a distinção entre auto e heterocolocação em perigo dá-se a partir do domínio sobre o desenrolar do acontecimento, que pode ser satisfatoriamente determinado com base nos critérios objetivos desenvolvidos para averiguar o domínio do fato nos delitos dolosos.

O Tribunal alemão buscou fundamento na diferenciação entre a autoria e a participação para distinguir a auto da heterocolocação em perigo, sobretudo quanto ao argumento do domínio do fato. Infere-se, assim, que uma possível atipicidade da ação do motorista só poderia ocorrer se houvesse o domínio do fato da ação perigosa pelos titulares dos bens jurídicos lesionados, ou seja, pelos passageiros mortos, o que não houve no caso. O domínio do fato, hábil à diferenciação entre

<sup>385</sup> STRATENWERTH, Günter. *Heteropuestaen Peligro Consentida en Conductas Imprudentes*. Disponível em: <http://www.indret.com/es/index.php>. Acesso em: maio de 2015.

<sup>386</sup> ROXIN, Claus. *La Polémica en torno a la Heteropuesta en Peligro Consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal*. Disponível em: <http://www.indret.com/es/index.php>. Acesso em: junho de 2015. p. 06

autoria e participação nos crimes dolosos, seria, para o Tribunal, um critério capaz de distinguir entre participação em autocolocação em perigo, atípica, da heterocolocação em perigo consentida, em regra, punível<sup>387</sup>.

O BGH também puniu, sob o mesmo fundamento, um condutor por homicídio culposo em conseqüência da morte resultante de um acidente, no qual um trabalhador da construção assentiu em viajar sobre a carroceria de um veículo de carga, desconsiderando os conselhos de tal condutor. O veículo se envolveu em um acidente e o trabalhador foi jogado para calçada, produzindo-se a sua morte<sup>388</sup>.

No Brasil, puniu-se um motorista num caso semelhante sob o fundamento de violação do dever objetivo de cuidado, por ter desrespeitado o conteúdo vedado pelo artigo 230 do CTB<sup>389</sup>. O condutor foi condenado por homicídio culposo decorrente de um acidente que resultou na morte da vítima que assentiu em ser transportado na carroceria de uma caminhonete, local irregular ao transporte de passageiros<sup>390</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça ratificou a condenação de um condutor por homicídio culposo decorrente da morte de uma mulher que estava na carona do seu veículo. O condutor estava sob efeito de bebida alcoólica e numa manobra para se livrar do radar de controle de velocidade, numa curva, perdeu a direção do carro, vindo a capotar, resultando na morte da carona. Em sede de Recurso Especial, os Ministros fundamentaram a condenação na violação de um dever objetivo de cuidado do

---

<sup>387</sup> ROXIN, Claus. *La Polémica en torno a la Heteropuesta en Peligro Consentida*. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal. [www.indret.com](http://www.indret.com). 2012. Acesso em 06/2015. p. 06.

<sup>388</sup> *Ibidem*. p. 05.

<sup>389</sup> Art. 230. Conduzir o veículo: II - transportando passageiros em compartimento de carga, salvo por motivo de força maior, com permissão da autoridade competente e na forma estabelecida pelo CONTRAN; IN: BRASIL. Lei n. 9503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm). Acesso em 19 de nov de 2015.

390 PENAL E PROCESSUAL PENAL. DELITO DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO (ART ,302, CAPUT, DA LEI Nº 9.503/97). [...] ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS DE MATERIALIDADE E AUTORIA. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS EM CARROCERIA. IMPRUDÊNCIA. CONDUTA CULPOSA CARACTERIZADA. APELO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. [...] Resta caracterizada a ocorrência do tipo previsto no art. 302, caput, do Código de Trânsito Brasileiro, homicídio culposo, por imprudência do agente, que transportava pessoas em local inadequado (carroceria do automóvel). IV-Apelo improvido. Decisão unânime. IN: BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-PE - APL: 2903537). *Jurisprudência*. Relator: Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, data de julgamento: 07 de maio de 2014. Quarta câmara criminal, data de publicação: 22/05/2014.

condutor que gerou um risco não permitido, já que dirigia em velocidade que excedia ao limite permitido na via, bem como conduzia o veículo sob efeito de substâncias alcoólicas e, ainda, não cumpriu com o dever de advertir o carona sobre a necessidade de utilização do cinto de segurança<sup>391</sup>.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina considerou como hipótese de homicídio culposo a morte de um passageiro causada por um acidente de trânsito, sob o fundamento que o condutor do veículo automotor não possuía a carteira nacional de habilitação. O condutor, não habilitado, transportava três pessoas em uma caminhonete, conhecedoras da inexistência da habilitação, que livre e conscientemente assentiram no transporte. No trajeto, o condutor tentou desviar-se de um animal na estrada e perdeu o controle do veículo, causando o acidente que vitimou o passageiro que estava na cabine da caminhonete.

Apenas a falta de carteira de habilitação, a toda evidência, não dá conta de demonstrar, por si só, que o apelado agiu com dolo eventual. Sua conduta foi altamente reprovável, mas não se pode, simplesmente, condenar o

---

<sup>391</sup> CRIMINAL. RESP. DELITO DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE PENAL. DELITO CULPOSO. RISCO PERMITIDO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPUTABILIDADE OBJETIVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. AUSÊNCIA DE CORRESPONDÊNCIA COM A PENA SUBSTITUÍDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. I. De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma. II. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável. III. Hipótese em que o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito (criou um risco não permitido), causando resultado jurídico abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado - morte da vítima, atraindo a incidência da imputabilidade objetiva. IV. As circunstâncias que envolvem o fato em si não podem ser utilizadas para atrair a incidência da teoria do risco permitido e afastar a imputabilidade objetiva, se as condições de sua aplicação encontram-se presentes, isto é, se o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito, causando resultado jurídico que a norma visava coibir com sua original previsão. V. O fato de transitar às 3 horas da madrugada e em via deserta não pode servir de justificativa à atuação do agente em desconformidade com a legislação de trânsito. Isto não é risco permitido, mas atuação proibida. VI. Impossível se considerar a hipótese de aplicação da teoria do risco permitido com atribuição do resultado danoso ao acaso, seja pelo fato do agente transitar embriagado e em velocidade acima da permitida na via, seja pelo que restou entendido pela Corte a quo no sentido de sua direção descuidada. VII. A averiguação do nexos causal entre a conduta do réu, assim como da vítima, que não teria feito uso do cinto de segurança, com o resultado final, escapa à via especial, diante do óbice da Súmula 07 desta Corte se, nas instâncias ordinárias, ficou demonstrado que, por sua conduta, o agente, em violação ao Código de Trânsito, causou resultado abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado. VIII. Não há simetria entre a pena pecuniária substitutiva e a quantidade da pena privativa de liberdade substituída. IX. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. IN: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ - REsp: 822517 DF 2006/0038086-0). *Jurisprudência*. Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 12 de junho de 2007. T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.06.2007 p. 697.

motorista por dolo eventual quando, na verdade, cometeu a infração na modalidade culposa.<sup>392</sup>

Esse Tribunal também manteve a condenação de um condutor, por homicídio culposo, em decorrência de um acidente que vitimou pessoas que eram transportadas irregularmente por um trator<sup>393</sup>.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua vez, manteve a condenação por homicídio culposo no caso em que um condutor, não habilitado e sob influência alcoólica, chocou a motocicleta que pilotava num muro, resultando na morte do carona, que também estava sob efeito alcoólico. “Ressalta-se que a irresponsabilidade do acusado, ao conduzir a motocicleta, sem a habilitação e sob influência de álcool, em alta velocidade, provocando o acidente, custou a vida do amigo Alexandre, que estava na sua carona.”<sup>394</sup>

---

<sup>392</sup> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. RÉU DENUNCIADO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, III, DO CÓDIGO PENAL). DESCLASSIFICAÇÃO, NA FASE DA PRONÚNCIA, PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, MAJORADO PELA AUSÊNCIA DE CARTEIRA DE HABILITAÇÃO (ART. 302, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO, I, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. ALMEJADA PRONÚNCIA DO RÉU NOS MOLDES DA PEÇA ACUSATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. MOTORISTA QUE PERDE O CONTROLE DO VEÍCULO, CAUSANDO A MORTE DE UM PASSAGEIRO. EMBRIAGUEZ E EXCESSO DE VELOCIDADE NÃO COMPROVADOS. FÓRMULA, ADEMAIS, QUE NÃO PODE TER APLICAÇÃO INDISCRIMINADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO EVENTO, IN CASU, QUE NÃO APONTAM PARA A EXISTÊNCIA DE DOLO EVENTUAL. DÚVIDA NÃO CARACTERIZADA. INAPLICABILIDADE DA MÁXIMA IN DUBIO PRO SOCIETATE. CONDUTOR LEVIANO QUE DEVE RESPONDER PELO CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. "A pronúncia do réu, em atenção ao brocardo in dubio pro societate, exige a presença de contexto que possa gerar dúvida a respeito da existência de dolo eventual. Inexistente qualquer elemento mínimo a apontar para a prática de homicídio, em acidente de trânsito, na modalidade dolo eventual, impõe-se a desclassificação da conduta para a forma culposa" (STJ - REsp 705416 / SC, Sexta Turma, rel. Min. Paulo Medina, j. 23/05/2006). IN: BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-SC - ACR: 598070 SC 2010.059807-0, Relator: Leopoldo Augusto Brüggemann, Data de Julgamento: 18/07/2011, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n. , de Chapecó)

<sup>393</sup> Homicídio culposo. Transporte irregular de passageiro em máquina agrícola (trator). Autoria e materialidade comprovadas. Alegação defensiva no sentido de que "caronas" em máquinas agrícolas, são costume do lugar, sendo que a vítima tinha plena consciência do risco que corria. Imprudência do condutor caracterizada, em face da previsibilidade acerca da possibilidade de desequilíbrio da pessoa transportada, em razão da irregularidade da estrada, com sucessivos solavancos do trator. Condenação mantida. Pena. Suspensão da habilitação para dirigir veículos automotores pelo prazo de 2 anos. Período fixado acima do mínimo (2 meses) sem a necessária fundamentação. Recurso provido para, exclusivamente, adequar o prazo de suspensão da habilitação, consoante estabelece o artigo 293, do Código de Trânsito. IN: BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-SC - APR: 109115 SC 2001.010911-5). *Jurisprudência*. Relator: Maurílio Moreira Leite, Data de Julgamento: 28 de agosto de 2001, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação criminal n. 01.010911-5, de Itaiópolis.

<sup>394</sup> HOMICÍDIO CULPOSO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MOTOCICLETA. CULPA DEMONSTRADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. Ainda que o réu não estivesse "embriagado", como afirma a defesa, a ingestão de uma cerveja é suficiente para alterar a atenção e percepção. Depois, muito embora a

Estes casos compreendem espécies de auto ou heterocolocação em perigo consentida. Em comum entre todos é que a solução fora de um método que privilegie a autonomia das pessoas envolvidas na ação perigosa sempre levará a uma resposta punitiva considerando apenas a relação causal entre o agente e a violação da norma que impõe o dever objetivo de cuidado.

### 5.2.2 Diferenciação entre auto e heterocolocação em perigo

Roxin analisa que o argumento do Tribunal alemão, apoiado na teoria do domínio do fato, para diferenciar a auto da heterocolocação não é sustentável. Inicialmente, o autor critica que não se diferencia autor e partícipe nos crimes culposos, bem como não há como definir entre os participantes da jornada arriscada quem tem o domínio do fato, pois, nesse caso, é necessário o dolo, inexistente nos casos de auto e heterocolocação culposas<sup>395</sup>.

O fundamento do BGH, igualmente, não é capaz de resolver a diferenciação entre os institutos quando analisamos o sistema penal brasileiro, nem numa perspectiva formal. Pois o sistema penal pátrio adota o conceito restritivo, objetivo-formal, de autor, considerando-o como aquele que, no crime doloso, realiza o núcleo do tipo penal, e como partícipe, quem de qualquer outro modo vier a concorrer para o crime.

A conduta do partícipe, assim, assume um viés de acessoriedade frente ao fato principal, que deve ser, no mínimo, típico. Por isso, em regra, não se pune a participação em fato atípico. Também não é sólida a admissibilidade da participação em crime culposos, uma vez que o auxílio, a incitação ou instigação do partícipe, no

---

falta de habilitação, por si só, não seja suficiente para caracterizar a imperícia do acusado, no caso, a própria narrativa do réu demonstra sua "falta de capacidade, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos" para conduzir a motocicleta, principalmente com um amigo embriagado na carona. Culpa demonstrada. APELO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70053376992, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osnilda Pisa, Julgado em 15/05/2013) IN: BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-RS - ACR: 70053376992 RS). *Jurisprudência*. Relator: Osnilda Pisa, Data de Julgamento: 15 de maio de 2013. Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/07/2013.

<sup>395</sup> ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

caso, está vinculado à violação de um dever objetivo de cuidado, que por si só, não é uma conduta penalmente típica.

Sendo assim, o domínio do fato e as regras para determinação do autor e partícipe no âmbito dos tipos dolosos são insuficientes para estabelecer a imputação objetiva do resultado pela diferenciação entre a auto e a heterocolocação em perigo, ambas de natureza culposa. No caso do teste de aceleração, por exemplo, tanto o condutor quanto os passageiros não possuíam o domínio do fato e não há como diferenciar entre autores e partícipes pelo viés da realização do núcleo do tipo, uma vez que não dominavam a ação.

Perante a incompatibilidade da proposta do Tribunal alemão, Roxin sugere a diferenciação dos institutos a partir do modo de colocação do titular do bem jurídico na ação arriscada. O autor, apoiado num viés ontológico de colocação em perigo, considera que a diferenciação entre auto e heterocolocação em perigo deve partir da análise “de quem parte a colocação em perigo que resulta diretamente no resultado”.<sup>396</sup> Constrói, assim, a distinção entre auto e heterocolocação em perigo, sustentando que o caráter paciente do titular do bem na heterocolocação é amparado pela impossibilidade imediata de controle cognitivo permanente sobre a progressão da conduta alheia.

Gimbernart Ordeig também busca na essência do fenômeno, *no domínio fático da ação arriscada*, uma das razões da diferenciação. Analisa que a distinção entre os dois grupos de casos, auto e heterocolocação em perigo, radica no potencial de conhecimento, potencial cognitivo de previsibilidade, e domínio da ação arriscada.<sup>397</sup>

---

<sup>396</sup> Roxin alerta que ausência do poder de *evitação* da vítima é característica do déficit de controle inerente a quem se expõe a um perigo de terceiro. No caso da corrida ilegal de motos, o titular do bem domina a própria moto, e no caso do teste de aceleração, no qual os titulares do bem lesionado estão num evento dominado por outrem. O acompanhante, no último caso, não pode saber como e em quais medidas poderá controlar os riscos, nem interromper um processo que se mostre como um desvio causal perigoso, tornando-se indefeso frente aos atos que o condutor poderia cometer ROXIN, Claus. *Sobre a Discussão acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida*. Trad. Augusto Reis. IN: GrecoqMartins. *Direito penal como Crítica da Pena*. Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário, 2012. P 563 ss. P. 147. p. 136.

<sup>397</sup> “Na heterocolocação em perigo consentida, como na autocolocação, a vítima aceita o risco de lesão, mas, a diferença da segunda, onde é o sujeito passivo o qual, em última instância, e com a sua própria atividade, se autocausa sua morte ou o dano a sua integridade física, na heterocolocação é um terceiro o qual, como autor direto, mata ou lesiona a vítima, enquanto esta é consciente de – e assume – o risco de lesão para sua vida ou sua integridade ao que aquele está submetendo.” IN:

Na autocolocação em perigo, o indivíduo possui o *domínio fático* e intelectual da exposição, uma vez que o perigo é procedente das suas próprias ações. Na heterocolocação em perigo consentida não é o titular do bem quem se expõe a perigo próprio, ele se coloca ou se deixa colocar, com plena consciência do risco, em um perigo resultante de outra pessoa<sup>398</sup>.

Juarez Tavares se orienta pela *execução do perigo*, acompanhando a necessidade de um significado prévio da ação para determinar o conteúdo de tal execução. Descreve que na heterocolocação em perigo consentida o perigo é executado por outrem e não pelo próprio titular do bem, mas com seu incentivo ou consentimento. Nesse caso, diferencia-se da autocolocação em perigo, uma vez que nesta a colocação em perigo é realizada pelo próprio titular do bem jurídico e na heterocolocação é o agente quem diretamente executa a ação perigosa.<sup>399</sup>

Manuel da Costa Andrade ressalta o caráter passivo de quem tolera exposição ao perigo resultante da ação de outrem, considerando que a diferenciação entre auto e heterocolocação está no *domínio da ação pela própria decisão do titular do bem*. A ação, não sendo própria, implica num desenvolvimento imprevisível e incontrolável do risco, reduzindo a possibilidade de controle sobre as condições causais, especificamente no domínio para determinar a continuidade ou interrupção do risco<sup>400</sup>.

Schunemann acompanha o pensamento de Roxin, quanto à solução via exclusão da tipicidade pela ausência de imputação objetiva no critério do alcance do tipo. No

---

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Imputación Objetiva, Participación en una Autopuesta en Peligro y Heteropuesta en Peligro Consentida*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Nº Extraordinário 2. UNED, 2004. p. 76.

<sup>398</sup> “Se refere à constelação de casos em que alguém não se põe dolosamente em perigo a si mesmo, mas se deixa por em perigo por outro, com consciência do risco.” IN: ROXIN. *Claus. Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 393.

<sup>399</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p. 375-376.

<sup>400</sup> “[...] o sentido profundo da diferenciação radica em que uma pessoa domina a todo o momento com a sua própria decisão a medida em que se quer expor ao perigo procedente das suas próprias acções, enquanto que o mero facto de tolerar a exposição ao perigo que é obra de outra pessoa deixa a vítima à mercê de um desenvolvimento imprevisível que, por vezes, não pode ser controlado nem interrompido num estágio em que ainda o pode fazer que se põe em perigo a si mesmo.” ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 273.

entanto, também se mantém vinculado ao viés ontológico ao considerar que o *domínio do fato* - ainda que seja irrelevante para solução dos casos, devido à ruptura do nexo de imputação pelo comportamento da vítima autorresponsável - é o que diferencia a auto da heterocolocação em perigo consentida, uma vez que o agente na hetero a mantém durante todo curso causal<sup>401</sup>, posição seguida por Luís Greco<sup>402</sup>.

### **5.2.3 Solução da imputação pela ficção normativa na significação ontológica do fato**

Roxin defende que a heterocolocação em perigo consentida é impunível quando equiparável a uma participação em autocolocação em perigo<sup>403</sup>. Nesse caso, a heterocolocação será impunível quando: o titular do bem jurídico conhecer do risco em todas as circunstâncias, o dano for consequência do risco assumido pelo titular do bem jurídico, não houver erros pós-determinados ou decorrentes de causas diversas do risco assumido, a pessoa exposta ao perigo deve ter a mesma responsabilidade que o causador, assumindo e responsabilizando-se livremente pelos riscos de modo idêntico ao agente<sup>404</sup>.

Daí decorre que no caso do teste de aceleração não haveria a imputação objetiva do resultado se a o titular do bem jurídico conhecesse o risco e toda a sua extensão, considerando que o resultado fosse decorrente do risco assumido, corrida ilegal, e não de outros fatos adicionais, da falha na manobra de ultrapassagem<sup>405</sup>. A não

---

<sup>401</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 285

<sup>402</sup> GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 70.

<sup>403</sup> O potencial de controle e conhecimento dos riscos pelo titular do bem jurídico, assim, é fundamental para determinar a impunidade do terceiro, pois quando a heterocolocação em perigo consentida equivaler-se a uma autocolocação em perigo pela vítima, o resultado lesivo não será punível. IN: ROXIN, Claus. *La Polémica en torno a la Heteropuesta en Peligro Consentida*. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal. [www.indret.com](http://www.indret.com). 2012. Acesso em 06/2015. p. 14-15.

<sup>404</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 285.

<sup>405</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 101.



imputação dependeria da equivalência de responsabilidades pela atuação comum entre o agente que cria o perigo e o titular do bem exposto<sup>406</sup>.

O que se busca, através da proposta de Roxin, é uma unificar normativamente uma realidade que acredita ser diferente fenomenologicamente. Ou seja, para o autor, o resultado não é objetivamente imputado quando a conduta perigosa do agente possa ser observada normativamente como própria do titular do bem. Então, os pressupostos ligados ao assentimento livre na ação arriscada, o aspecto cognitivo do conhecimento do risco e, sobretudo, a mesma carga de responsabilidade ao assumir o risco, passam a qualificar a conduta do agente como se do titular do bem o fosse.

Stratenwerth critica a proposta de Roxin para diferenciar entre auto e heterocolocação em perigo consentida a partir da colocação do titular no risco. É possível, também, através da análise de Stratenwerth, questionar o critério de Roxin para solucionar os casos de heterocolocação em perigo consentida. Pois valora a autoresponsabilidade do titular do bem jurídico a partir de um ponto estanque de colocação no perigo. Assim, quando o titular estaria se expondo ou deixando-se expor ao risco: quando sobe no carro? Até que o motorista ligue o veículo? Quando arranca com a primeira marcha? A proposta de Roxin desconsidera a necessidade de preservação do potencial objetivo de conhecimento do risco durante o desenvolvimento da ação proibida.

Schunemann, por sua vez, propõe uma solução generalizadora, equiparando auto e heterocolocação em todos os casos. Para isso, utiliza da vitimodogmática e do princípio vitimológico<sup>407</sup>, apoiado numa orientação político-criminal que considera

---

<sup>406</sup> Segundo esse método, para Roxin, são atípicos, quando presentes os pressupostos, os casos em que alguém, mesmo alertado dos perigos, insiste em pegar uma carona com um motorista embriagado; quando, apesar do alerta do barqueiro sobre os perigos, os passageiros pressionam para realizar a travessia; no caso da mulher que manteve relações sexuais desprotegidas com seu parceiro, apesar do mesmo ter alertado para infecção por HIV. IN: ROXIN, Claus. *La Polémica en torno a la Heteropuesta en Peligro Consentida*. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal. [www.indret.com](http://www.indret.com). 2012. Acesso em 06/2015. p. 14-15.p. 144 *et seq*

<sup>407</sup> A vitimodogmática surge como um postulado doutrinário voltado a uma reinterpretação dos elementos que formam o conteúdo do delito com a inserção de postulados vitimológicos. Utiliza, assim, o princípio vitimológico para reinterpretar os substratos da concepção analítica do delito, propondo uma adequação dos mesmos com o direito fundamental à liberdade, especificamente a liberdade de ação, de matriz constitucional. Ela introduz, desta forma, a necessidade de abertura da

que o direito penal só deve intervir na salvaguarda de bens jurídicos quando houver necessidade, respeitando o princípio da *ultima ratio*<sup>408</sup>.

De tal modo, a proteção penal se torna injustificável quando o titular não adota medidas necessárias para assegurar a proteção do seu bem. Nesse caso, se podendo recusar livremente a carona com o condutor embriagado e, dentre outras alternativas disponíveis de transporte, o titular do bem opta a seguir com a carona por uma condução perigosa, sabendo da sua ebriedade, a punição ao condutor negligente, numa situação de heterocolocação em perigo consentida, violaria a vontade do titular do bem e, conseqüentemente, a sua liberdade de ação garantida constitucionalmente<sup>409</sup>.

Nesse caso, deve se observar o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade da intervenção penal, uma vez que o titular do bem, podendo, não adotou as medidas necessárias à sua preservação. Exclui-se assim, a tipicidade, pois não existe a necessidade e o merecimento de proteção penal quando a vítima não se protege e passa, voluntariamente, a correr riscos<sup>410</sup>.

---

dogmática para observação da vítima como pressuposto à necessidade de proteção do bem jurídico, considerando o princípio vitimológico como critério para exclusão da responsabilidade penal. Busca, com isso, uma interpretação teleológica dos tipos penais, examinando até que ponto a contribuição da vítima no fato criminoso pode determinar uma correspondência capaz de influir na redução ou exclusão da responsabilidade penal do autor SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Perspectivas sobre la Política Criminal Moderna*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Espanha, 1998. p. 151.

<sup>408</sup> Segundo Manuel da Costa Andrade, Schunemann: "Pronuncia-se decididamente por uma solução generalizadora, por princípio aplicável a todas as situações de heterocolocação em perigo consentida. Que, partindo da equiparação, do ponto de vista do fim de proteção da norma, com os casos de autocolocação em perigo, tornará imperativa a mesma solução de impunidade. O autor não deixa de sublinhar a heterogeneidade conceitual e dogmática das duas constelações, máxime na perspectiva do domínio do fato que, nas hipóteses de heterocolocação em perigo consentida o agente 'mantém até o fim'. Simplesmente, 'não pode constituir motivo de valoração jurídica diferenciada, uma vez que o domínio do fato carece de toda função [...] sempre que se dá uma interrupção do nexo de imputação'. Isto suposta a imputabilidade e liberdade da vítima e a sua perfeita representação dos riscos assumidos e afastando qualquer 'excesso do agente'." ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo parra a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p 285.

<sup>409</sup> O direito penal, com a função exclusiva de proteção aos bens jurídicos, exige que não existam limitações desnecessárias à liberdade civil. Assim, os princípios gerais do direito penal devem ser utilizados num processo de interpretação do bem jurídico e das estruturas do delito como um instrumento para concretização das liberdades constitucionais. Nesse contexto, deve se respeitar a máxima vitimodogmática como um componente do princípio da *ultima ratio*. IN: SCHÜNEMANN, Bernd. *O Princípio de Proteção de Bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos*. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. Orgs. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 27.

<sup>410</sup> Seguindo a máxima vitimodogmática, enquanto um componente da *ultima ratio*, a sanção penal não deve ser aplicada nos casos nos quais a vítima não precisa de proteção, ou seja, a tutela penal não se adéqua aos casos nos quais o titular do bem pode proteger-se de forma eficiente e não o faz.

A solução generalizadora proposta por Schünemann, apoiada no princípio da autorresponsabilidade, desconsidera a diversidade dos fenômenos, auto e heterocolocação em perigo consentida. A autorresponsabilidade, expressão da autonomia, não está presente nos casos de heterocolocação em perigo consentida nas relações de trânsito, pois, ainda que o comportamento do titular do bem jurídico ao assentir na ação arriscada seja autorresponsável, esse assentimento não é capaz determinar que o titular do bem continuará autorresponsável durante todo o curso causal da ação arriscada.

Luzón-Pena<sup>411</sup>, por sua vez, segue o critério de Roxin para diferenciar a participação em autocolocação em perigo da heterocolocação em perigo consentida. O autor também não se desvencilha do significado ontológico dos institutos. Mas, diversamente de Roxin, propõe como critério material para impunidade, para além do princípio da autorresponsabilidade, o respeito à finalidade do direito penal na proteção de bens jurídicos através do princípio da alteridade ou da não identidade entre autor e vítima.

Luzón-Pena argumenta que o princípio da alteridade deve ser formulado num prisma negativo, ou seja, da não identidade entre autor e vítima, pois se o ofendido se autolesiona, conseqüentemente não ofenderá a outrem, tampouco os interesses da comunidade e conseqüentemente, a ordem jurídica. Considerando que a ofensividade e a lesividade se referem à proibição de lesar bem jurídico de terceiro, não havendo proibição da lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos próprios, por si mesmo, não são igualmente proibidos a participação em autolesão ou autocolocação em perigo<sup>412</sup>.

---

Discute, assim, a relevância do comportamento de tal titular, especialmente nos crimes de relação, que necessitam de uma direta colaboração entre o autor e a vítima. Cf SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La "Victimo-dogmatica" en El Derecho Extranjero*. IN: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2030810/11+-+Victimodogmatica.pdf>. 109

<sup>411</sup>LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo*. IN: Revista Nuevo Foro Penal Vol. 6, No. 74, enero-junio 2010, pp. 58-80, Universidad EAFIT, Medellín.

<sup>412</sup>*Ibidem*. p. 71-73.

Assim, o tratamento jurídico-penal atribuído à heterocolocação em perigo consentida é distinto. Importante reafirmar que nela, diferentemente da autocolocação, a vítima tem um papel passivo, pois é o terceiro quem controla a progressão do risco que eventualmente pode gerar o resultado lesivo. Destarte, na heterocolocação em perigo consentida não é o próprio titular quem expõe o seu próprio bem ao perigo – não alteridade –, de outro modo, é o terceiro quem controla o risco, dominando a sua majoração ou redução.

Na heterocolocação em perigo consentida incide o princípio da alteridade, ou seja, existe uma lesão que extrapola a órbita pessoal, há uma efetiva lesão ou perigo de lesão de terceiro ao bem jurídico alheio. Por isso, com a existência da alteridade, a vontade do titular não é capaz de justificar a impunidade do autor, havendo a imputação objetiva do resultado.

Por sua vez, não haverá imputação quando a heterocolocação em perigo consentida equivaler a uma autocolocação em perigo, ou seja, quando o titular do bem puder controlar o risco como obra sua. A não imputação depende, assim, de quem possui o controle do curso objetivo do risco, sendo impune se o titular do bem for aquele que detiver o poder de controlar o curso objetivo da ação arriscada<sup>413</sup>.

Solução similar é trazida por Juarez Tavares orienta a necessidade de se observar as regras do consentimento, não havendo imputação quando um motorista transporta passageiros da caçamba aberta, atendendo aos pedidos dos mesmos, que não colocaram o cinto de segurança, pois “além de válido o seu consentimento, ela mesma [a vítima] dominava, de certa forma, a causalidade.”<sup>414</sup>

As soluções de Luzón-Pena e Juarez Tavares encontram dificuldades para solução da imputação e diferenciação entre auto e heterocolocação em perigo nas relações de trânsito. Numa atividade arriscada e proibida no trânsito, que se desenvolve em um acidente, não existe a possibilidade de determinar se houve o controle do curso

---

<sup>413</sup> *Ibidem*. p. 75-77.

<sup>414</sup> TAVARES, Juarez. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 376.

perigoso. E, ainda que se considerasse a possibilidade de controle, não haveria como o determinar na fase decisiva de realização do risco<sup>415</sup>.

Manuel da Costa Andrade, ao analisar os casos de heterocolocação em perigo consentida, ainda expõe a solução elaborada por Dolling, que analisa quem produz a última e irreversível causa da morte<sup>416</sup>. A vinculação ontológica limita o alcance da solução, uma vez que, considerando as relações de trânsito, um condutor do veículo no momento do acidente sempre será o último a causar a morte. A solução abona a possibilidade de autocolocação em perigo pelo titular do bem jurídico.

Frisch propõe a exclusão do tipo penal, pela não violação do dever objetivo de cuidado pelo autor, quando o ofendido possuir conhecimento do perigo que enfrenta<sup>417</sup>. A proposta de Frisch, igualmente, é inadequada, para solucionar a imputação do objeto nas relações de trânsito. A conduta do titular do bem não subtrai à censura do dever objetivo de cuidado do agente (motorista) que viola a norma de cuidado, criando um risco proibido. A conduta do titular do bem expressa a sua liberdade e deve ser compreendida como critério de valoração que não se adequa ao primeiro juízo de imputação objetiva.

Roxin se apoia numa perspectiva ontológica para diferenciar significações de um mesmo fenômeno, voltados a uma mesma realidade, a social, que requer do fato um signo a determinar o que é proibido ou permitido. As dificuldades doutrinárias na determinação de um método para definir a imputação nos casos de auto ou heterocolocação em perigo consentida partem de uma fonte: a impossibilidade de estabelecer dois significados, ambos com relevância social, considerando a

---

<sup>415</sup> ROXIN, Claus. *La Polémica en torno a la Heteropuesta en Peligro Consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal*. Disponível em: <http://www.indret.com/es/index.php>. Acesso em: junho de 2015.p. 18.

<sup>416</sup> “Se é o terceiro que o faz, a vítima sofre a morte de mãos alheias e o terceiro é autor. Se, pelo contrário, é o próprio suicida que produz a última causa irreversível da morte, então ele morre pelas suas próprias mãos e ultrapassa pelas suas próprias forças o limiar entre vida e morte. Como mero instigador ou favorecedor, o terceiro não é aqui punível.” ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. P. 274

<sup>417</sup> “Também o portador do bem jurídico pode atuar com ação ou omissão em razão dos seus próprios bens jurídicos. Quando tal lesão na tutela dos interesses jurídicos ocorrer, então o valor do interesse na liberdade de ação (do criador do perigo) prevalece sobre o valor do interesse na proteção do bem jurídico a ação perigosa não viola o cuidado exigido no tráfego. A conduta ou postura do lesado pode, por esta via, subtrair a conduta do agente à censura do dever objetivo de cuidado, momento estrutural do ilícito negligente, que o autor perspectiva como pertinente à tipicidade.” IN: *Ibidem*. 288

valoração de um mesmo comportamento. Ou melhor, atribuir um significado jurídico ficto ao que se convencionou chamar de heterocolocação em perigo consentida, quando, por outro lado, ainda não se superou o significado ontológico dado ao mesmo fato.

As propostas de imputação apresentadas, sob um viés do funcionalismo teleológico, diferem quanto ao critério fático que é observado para equiparar os fenômenos, auto e heterocolocação, ou torná-los iguais numa solução generalizadora e insuficiente, mas as posições ainda não superaram contradição em emprestar um significado normativo a um fato que elas teimam em considerar ontologicamente significante por si só.

#### **5.2.4 Solução da imputação pelo normativismo. Âmbito de competência da vítima**

Jakobs, partindo de uma proposta de significação sistêmica do fato social, considera que numa relação intersubjetiva, um contato social, a competência de evitar o resultado pode ser atribuída a qualquer dos intervenientes, dentre eles a própria vítima. Segundo o autor, a competência da vítima se observa no instituto do consentimento e nos casos de ação a próprio risco<sup>418</sup>.

Jakobs instrumentaliza o comportamento da vítima como um critério normativo vinculado ao juízo de tipicidade objetiva. Considera que esse comportamento é capaz de fundamentar a atipicidade da conduta do agente causador da lesão quando a competência à *evitação* está no papel social da vítima. O fundamento material está no dever que cada cidadão possui de se comportar seguindo os parâmetros de autoproteção.

Assim, se o autor for capaz de conhecer as conseqüências lesivas, mas age de acordo com as expectativas que se esperam, não há imputação, pois não é a sua competência realizar ações que superem as expectativas do seu papel, que

---

<sup>418</sup> “Quem por si mesmo se atira na água ou salta num lugar onde deve contar com a presença da água não pode imputar aos demais o haver-se molhado.” IN: JAKOBS, Gunther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 29-30.

excedam o que é obrigatório fazer, como, por exemplo, proteger a vítima autorresponsável que não garantiu a sua proteção. Ao assumir um contato social arriscado, a vítima também assente com as conseqüências previsíveis do risco, aferidas através de uma previsibilidade objetiva.

Nesse sentido, seria atípica a participação de quem colabora a uma livre exposição da vítima ao perigo, assim como a ação de terceiro que expõe a vítima ao perigo com o assentimento da mesma. Jakobs exemplifica que “quem, sem necessidade alguma, pede a uma pessoa ébria que realize um ato de certa complexidade, como por exemplo conduzir um automóvel por um determinado trajeto, deve atribuir-se, ao menos em parte, as conseqüências negativas resultantes.”<sup>419</sup>

O critério da atuação a próprio risco ainda carece de desenvolvimento, sobretudo quanto à possibilidade da ação da vítima excluir a capacidade ou atuar na redução da responsabilidade do autor. Jakobs considera a necessidade de aperfeiçoamento do critério, mas dispõe que quanto à análise da eficácia da competência da vítima na imputação objetiva do resultado ao autor, não se deve ter como referência, exclusivamente, aspectos psíquicos inerentes ao consentimento, uma vez que preponderam os papéis normativos que a vítima e autor possuíam no evento lesivo<sup>420</sup>.

O método funcionalista sistêmico proposto por Jakobs se afasta da percepção física das coisas naturais, mas, igualmente se fecha ao reduzir o ser humano a apenas um conceito objetivo, especialmente quando desconsidera seus conhecimentos especiais. Pois, para o autor, a vontade dos intervenientes no curso lesivo pouco importa para determinação da responsabilidade penal dos envolvidos, apenas

---

<sup>419</sup> Ainda: “Quem participa de uma luta, não tem o direito de não se lesionar. Quem tem relação sexual com uma pessoa dependente de drogas ou que se prostitui, atua com próprio risco, no que se refere ao contágio com HIV.” IN: JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 30

<sup>420</sup> “A instituição da atuação por risco próprio ou atribuição à vítima – mediante a qual jakobs propõe considerar a intervenção da vítima no acontecimento – tão somente tem sido esboçada em alguns trabalhos monográficos, e em seu Tratado recebe tratamento disperso e pouco coerente em alguns pontos.” IN: RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. *Um Novo Sistema Jurídico Penal. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 88-89.

interessa a manutenção de uma organização inerente ao seu papel. Não importa se o condutor poderia, com seus conhecimentos especiais, evitar o atropelamento, o que é necessário observar é que ele cumpriu o seu papel de motorista<sup>421</sup>. Igualmente, pouco importa o desejo delituoso do motorista prudente se a vítima não se organizou como deveria, atravessando fora da pista.

Câncio Meliá, seguindo o pensamento de Jakobs, tenta resolver a imputação nos casos de autoexposição da vítima com o critério do âmbito de responsabilidade ou competência da vítima. Para o autor, uma intervenção qualificada do titular do bem no curso arriscado, que retira do terceiro a responsabilidade decorrente do resultado danoso. Parte, assim, da necessária análise da intervenção do sujeito, que se lesionou, no âmbito do juízo de tipicidade penal: a exclusão da tipicidade pela responsabilidade da vítima, que avoca ao seu âmbito de competência o resultado inerente à conduta do agente<sup>422</sup>.

Com base no fundamento do princípio da autorresponsabilidade, a vítima deve assumir as conseqüências das lesões decorrentes do exercício da sua liberdade ao se expor a um fenômeno arriscado. Não haverá imputação objetiva, nesse caso, quando a ação se conduz de acordo com o que foi organizado entre as pessoas envolvidas, ou seja, entre o autor e a vítima; quando a conduta da vítima não for induzida pelo autor, sendo que aquela deve ser considerada capaz de exercitar a sua autoresponsabilidade, (responsabilidade e conhecimento sobre o risco); por fim, quando o autor não possuir a obrigação de proteção sobre o bem jurídico da vítima<sup>423</sup>.

Nesse sentido, se o titular do bem jurídico, com liberdade e conhecimento dos riscos, assente na ação arriscada, como participar como carona numa corrida ilegal

---

<sup>421</sup> GRECO, Luís. A Teoria da Imputação Objetiva: Uma Introdução. IN: ROXIN, ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 130-131.

<sup>422</sup> São casos em que tanto o titular do bem jurídico quanto o agente são responsáveis pela criação do risco que gerou o resultado, bem como naqueles em que a conduta descuidada do titular do bem, que não se comporta como vítima, ocorre depois de um comportamento do agente. Cf MELIÁ, Manuel Cancio. *La Exclusión de la Tipicidad por la Responsabilidad de la Víctima* ("Imputación a la Víctima"). IN: Cuardenos de Conferências e Artículos, Nº 19. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998. p. 52.

<sup>423</sup> *Ibidem*. p. 53



de carros, o resultado lesivo decorrente estará sob o seu âmbito de competência, não possuindo o condutor o papel social de competente para evitar a lesão, sendo, portanto, atípica a sua conduta<sup>424</sup>.

Numa ordem mais lógica na orientação de critérios à imputação, Jakobs, ao analisar os reflexos jurídico-penais do suicídio e a eutanásia, especialmente, buscando diferenciar o suicídio do homicídio a pedido, considera que o critério mais relevante é observar quem tem a última decisão sobre o fato, pois “[é] indiferente que tome a resolução de estabelecer o processo mortífero, ou de não subtrair-se a ele uma vez posto em marcha, sempre que sua decisão seja a última decisão dos acontecimentos.”<sup>425</sup>

Nesse contexto, trasladando a solução de Jakobs para as lesões inerentes ao trânsito, sem desconsiderar que o autor postula a resolução dos casos de autoexposição da vítima ao perigo no âmbito do risco permitido, poderia se chegar ao critério da decisão em último lugar. É o que propõe Otto, que define entre a auto e heterocolocação em perigo considerando quem em último lugar dispõe sobre a vida em causa<sup>426</sup>.

O critério seria inadequado para diferenciar e solucionar a imputação nos casos de auto e heterocolocação em perigo nas relações de trânsito. No desenvolvimento da ação arriscada e proibida, em que o momento do acidente é imprevisível, não há como obter a informação sobre quem por último decidiu sobre a vida, ou seja, é inviável observar se o carona decidiu sobre a morte após a última ação do condutor.

---

<sup>424</sup> Do mesmo modo que no âmbito da responsabilidade do autor deve partir-se de um resultado psíquico, mas de algo normativo, da violação do papel, também quanto à vítima o decisivo está em determinar se a vítima desempenhou o papel de vítima ou, precisamente, o papel de alguém que configura tal situação, é dizer, de quem atua com próprio risco. Em seu núcleo, a perspectiva normativa no que concerne à vítima constitui uma noção tão assentada como é o ponto de vista normativo no que se refere ao autor”. IN: JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 31

<sup>425</sup> JAKOBS, Günther. *Suicídio, Eutanásia e Direito Penal*. Barueri: Manole, 2003. p.32

<sup>426</sup> “Terá, por isso, que se isolar no acontecer total do ato que de forma imediata põe termo à vida para julgar como auto – ou heterodisposição. Assim, haverá suicídio (e, respectivamente, participação impune) quando ‘depois da última ação do participante a pessoa que morre tem ainda a liberdade de, através de modalidades de comportamento próprio, se decidir pela vida ou pela morte.’ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 273

Jakobs e Meliá, ao aferir a imputação com base na arrogação do perigo ao âmbito de organização da vítima, descuidada de seus bens para Jakobs, e autorresponsável para Meliá, não determinam os limites normativos que fazem do agente ou da própria vítima ser o responsável por evitar a defraudação da norma e garantir as expectativas sociais vinculadas ao seu papel.

**CONCLUSÃO: Uma Contribuição. A *capacidade cognitivo-objetiva de evitação do resultado*.**

O sistema social, apoiado numa identidade cultural pós-moderna, assimila o risco como fenômeno normal ao conteúdo de atividades que pautam o seu desenvolvimento. Emergem das atividades arriscadas complexos problemas relacionados às possíveis lesões decorrentes de fatos sociais comuns, como as relações de trânsito, que demandam do direito penal, como instrumento de controle social, maior adequação dos seus métodos para alcançar uma proposta de proteção que equilibre segurança e liberdade.

Os riscos presentes no modo de vida do sistema social pós-moderno são observados como consequência dos impactos do desenvolvimento tecnológico, gerando perigos a que se expõe toda humanidade. O estudo, no entanto, se orientou no âmbito do risco como critério de imputação objetiva, considerando o princípio do risco e o risco permitido como referências à valoração de um fato social perigoso que resultou em lesão como próprio da conduta arriscada de uma pessoa.

No espaço de análise do risco permitido estão inseridas as atividades simples da vida cotidiana, como as relações de trânsito. As relações evitadas de riscos, entretanto, quando transpõem o âmbito de realização do permitido ao proibido passam a ensejar a manifestação e resposta dos instrumentos de controle social, e dentre eles o direito penal.

Decorre que nessa transposição, do permitido ao proibido, não se deve velar a relevância do comportamento dos intervenientes no curso causal do risco que se manifestou em um perigo ao bem jurídico-penal. É nesse ponto que se deve

considerar o comportamento do titular do bem jurídico-penal, que se expõe a ação arriscada, como critério de valoração capaz de orientar o recuo da proibição penal.

A consideração do comportamento do titular do bem jurídico na ação arriscada como critério normativo à abertura dos espaços de proibição penal gera uma tensão na estrutura das construções dogmáticas sobre a teoria do delito. Uma tensão que se reflete na necessidade de equilíbrio entre o respeito à autonomia, enquanto um valor que representa o conteúdo dos direitos fundamentais no sistema jurídico constitucional pátrio, e a proteção penal, de ordem pública, dos bens que são valorados como importantes ao ser humano no sistema social.

Nesse sentido, em conclusão, postula-se que o risco permitido como critério de imputação objetiva se afasta da proposta contida no princípio da adequação social. O risco permitido é aquele que deriva do conteúdo da norma, ou seja, da identidade cultural que se protege e reafirma através do Direito, que indica os limites da permissividade da atividade que em essência é arriscada, mas adequada e necessária à manutenção e desenvolvimento do sistema social.

A permissividade do risco das relações de trânsito, quando valorada pelo sistema jurídico-penal numa primeira etapa de imputação objetiva, determina o risco proibido como aquele que resulta da conduta que viola a norma de cuidado que tutela o perigo inerente ao tráfego viário. O dever objetivo de cuidado e o risco permitido se equivalem num processo inicial de imputação, pois os limites da permissividade da realização da ação arriscada estão contidos em normas de caráter público que regulamentam o nível de risco socialmente tolerado como necessário ao sistema social, ao ultrapassar esse limite, a conduta se torna proibida.

Em síntese, a primeira etapa de imputação, criação do risco proibido, é satisfeita com a violação do dever objetivo de cuidado nas relações de trânsito, aqui existe o desvalor da ação. Os limites da permissividade da ação arriscada estão dispostos em Lei, especificamente a Lei 9503/97, e, ao ultrapassar o limite legal de execução da atividade, o agente transforma a ação permitida em proibida – aqui não cabe juízo de ponderação - mas essa proibição ainda necessita de um segundo juízo de

imputação para se manifestar como um perigo ao bem jurídico protegido pelos tipos do artigo 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro.

Na segunda etapa de imputação, a violação do dever objetivo de cuidado, ou a criação do risco proibido nas relações de trânsito, deve ser aferido quanto ao modo de materialização fática do risco frente ao bem jurídico, busca-se o desvalor do resultado. Isso significa que o risco proibido criado pela violação da norma de cuidado represente um perigo, ou seja, no curso causal da ação arriscada, ele lesione o bem jurídico-penal.

A materialização da conduta proibida pode resultar num ilícito administrativo, cível, ou penal, este vinculado a um crime de perigo, como na hipótese do artigo 306 do CTB, mas para ser homicídio ou lesão corporal é preciso que a proibição – por exemplo, trafegar sem habilitação, andar alcoolizado, participar de uma corrida automobilística ilegal, conduzir passageiros em compartimento inapropriado, não usar o cinto de segurança – cause o perigo que lese o bem jurídico-penal.

É nessa segunda etapa de imputação, igualmente, que se devem realizar as ponderações no plano fático, considerando a proporcionalidade entre a missão constitucionalmente atribuída ao Direito penal, de, em *ultima ratio*, proteger o bem jurídico, frente à limitação da proibição ao necessário para garantir o desenvolvimento da pessoa no sistema social. Assim, é possível desagravar a liberdade e diminuir os espaços de proibição frente à atividades em que o risco proibido criado não for capaz de aumentar o perigo ou de se materializar como uma efetiva lesão ao bem jurídico.

No entanto, para compreensão dessa estrutura de imputação, na busca de uma justa resposta penal, é necessária uma construção dogmática que possa aproximar o Direito da diversidade de formas de manifestação da ação arriscada e sua materialização em perigo, sobretudo, é preciso considerar a autonomia inerente ao comportamento assumido pelas pessoas inseridas na jornada arriscada.

Para isso, é preciso utilizar uma construção dogmática que não se limite em axiomas com significados pré-determinados para responder a toda complexidade inerente

aos fatos sociais na hipermodernidade, não é possível deduzir a diversidade dos fenômenos da realidade social brasileira atual a partir de axiomas. É notável que a realidade ontológica tem importância para o desenvolvimento científico do sistema, que é aberto para compreensão, valoração e desenvolvimento dessa realidade, mas a significação dos fenômenos vividos em âmbito social é obtida através de uma orientação social, com referência nos valores que se extraem da ordem e da unidade do sistema.

Numa sociedade apoiada numa proposta ideológica de reafirmação de valores humanitários, sustentada por uma Constituição que orienta um perfil de Estado democrático de Direito material, os valores de referência são deduzidos da justiça e da igualdade, dos quais se obtém a necessidade de salvaguardar os espaços sociais de liberdade, que é o âmbito posto ao indivíduo para exercer sua autonomia.

A determinação do fato materialmente proibido, assim, não deve privilegiar uma significação individual e tópica em detrimento a uma interpretação social, objetiva e sistêmica da ação arriscada. A finalidade do indivíduo na ação arriscada não justifica a proibição das condutas culposas, a realidade ontológica não é capaz de sanar um problema normativo.

O desvalor da ação não é aferível da significação pessoal do agente, na escolha ou utilização de meios irregulares, que irá determinar a compreensão do fenômeno pelo sistema, de outro modo, é o sistema que atribui o significado ao conteúdo da ação do agente. O próprio conceito de finalidade, observado para orientação do injusto penal pessoal, só possui significado humano a partir de uma referência social.

Por isso, as construções dogmáticas da teoria do delito que partem de uma base ontológico-dedutiva não alcançam de modo adequado a complexidade das circunstâncias e a diversidade fática que caracterizam os casos em que o titular do bem jurídico se expõe a um perigo que resulta numa lesão ao seu próprio bem.

É por isso que a proposta das construções ontológico-dedutivas, através da via do consentimento, é inadequada. Nas situações de autocolocação em perigo não é possível obter a significação individual e subjetiva do comportamento através da

expressão da vontade do titular do bem. Ou melhor, é ininteligível o significado ontológico da vontade da pessoa que se expõe ao risco.

Para além da indisponibilidade da vida, que mantém essa qualidade também nos casos em que se observa como o objeto do consentimento a ação, é importante considerar que quem aceita participar de uma corrida ilegal de automóveis em vias urbanas, de um “racha”, não manifesta expressamente um desejo de sofrer lesões corporais ou morte. Não há como afirmar que tal pessoa sabia e queria o resultado lesivo e, conseqüentemente, qualquer procedimento dogmático-penal que se vincule à apreensão dessa vontade do titular do bem exposto ao risco, buscando aí um significado à determinação do injusto, será inadequada para orientar, sob um viés político-criminal, os efeitos jurídico-penais do exercício da atividade proibida.

O desafio, então, é superar as limitações da impossibilidade de obtenção inteligível da vontade do titular do bem jurídico na ação arriscada. É por isso que as construções de viés axiológico-normativo, que consideram o comportamento do titular do bem exposto ao risco como critério normativo de não imputação objetiva do resultado são mais adequadas a valorar, numa perspectiva teleológica do sistema penal com referência em uma Constituição democrática, a tipicidade da conduta arriscada.

O funcionalismo penal, sob um viés que aproxima a dogmática penal da política-criminal, é uma construção capaz de realizar uma análise normativa do comportamento objetivo do titular do bem jurídico, privilegiando a autonomia como valor humano fundamental que também deve direcionar as decisões básicas do Estado brasileiro na organização da sociedade.

A proposta que mais se ajusta a uma resolução lógica e adequada, assim, é pela via do funcionalismo penal, através da teoria da imputação objetiva, com as categorias de auto e heterocolocação em perigo. Nesse contexto, a participação em autocolocação em perigo seria impunível, pois, em tais situações a demonstração da autonomia, através da liberdade, torna o resultado fora do alcance do tipo, uma vez que o tipo penal não visa proibir ações autorresponsáveis, mas, de outro modo,

lesões que obstem a manifestação da autonomia, ou seja, o livre desenvolvimento das pessoas no sistema social através da fruição de bens jurídicos.

No entanto, ao se adotar um viés funcionalista, teleológico, valorando os institutos dogmáticos – nesse estudo, com critérios de imputação para valorar o tipo objetivo – é preciso cuidar do ponto de referência a tal valoração. Inicialmente, a questão é que a valoração de tais institutos não deve ser arbitrária, também não deve se vincular a qualquer política, mas no sistema social brasileiro, ao respeito e equilíbrio na proteção dos Direitos Fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Nesse sentido, o estabelecimento da proibição penal, num âmbito formal, deve buscar proteger bens valorados como essenciais ao ser humano no sistema social, mas a materialização dessa proibição deve buscar em âmbito constitucional, no respeito aos direitos fundamentais, um ponto de partida. A partir desse ponto, a valoração dos institutos deve orientar a uma proibição proporcional à necessidade de proteção do bem jurídico, sem agravar, desnecessariamente, direitos fundamentais.

Importante, também, referir que os fatos sociais possuem um significado que é estabelecido numa perspectiva de tempo e espaço, considerando o progresso histórico do sistema social. É por isso que a autonomia, enquanto conteúdo das relações humanas - que, igualmente, formam fatos sociais - possui um sentido dado pelo contexto social de significação, pois a sua materialização é adjetivada conforme a identidade cultural de uma sociedade.

Os fatos sociais adquirem sentido através da reafirmação ideológica que estabelece a cultura, elemento que compõe a identidade de uma comunidade, e desta comunidade organizada enquanto sistema social. Não é possível a significação do fato social fora da cultura.

É por isso que Roxin acerta em determinar que auto e heterocolocação em perigo são figuras autônomas, pois na autocolocação em perigo é possível observar, numa perspectiva social de significação, a expressão da autonomia do titular do bem jurídico, o que não ocorre na heterocolocação em perigo consentida.

Por outro lado, são figuras autônomas, que devem permanecer autônomas, não necessitam de equiparação. O significado da auto e da heterocolocação em perigo deve ser apenas um, o significado que lhe atribui o sistema social apoiado numa identidade cultural. Não é possível afirmar que o fato é ontologicamente uma heterocolocação em perigo consentida porque o terceiro que, com assentimento do titular, colocou o mesmo em perigo, ou porque essa pessoa lançou-se num perigo de terceiro e, após, afirmar que normativamente, apesar do significado já pré-constituído, tal fato é uma autocolocação em perigo. Não se trata de uma questão de equiparação, mas de determinação do significado do fato social. A partir dessa significação é possível aferir a expressão da autonomia e abrir caminhos de liberdade onde a proibição for desnecessária.

Com isso, haverá autocolocação em perigo nos casos em que a autonomia, sob um viés social de interpretação, do titular do bem jurídico não encontrar barreiras para sua manifestação quanto à ruptura do desenvolvimento da ação perigosa. Ou seja, quando da colocação em perigo até a lesão, o titular do bem tiver a condição objetiva de conhecer o risco, bem como a liberdade, objetivamente aferível, para se manifestar pela evitação do resultado lesivo.

Para isso, inicialmente, são válidos os requisitos trazidos por Roxin quando equipara a heterocolocação em perigo consentida a uma participação em autocolocação em perigo. Assim, é preciso que o risco assentido pelo titular do bem jurídico seja o que gerou o resultado, não advindo da interveniência de outros cursos causais. Não será autocolocação em perigo, sim heterocolocação, por exemplo, no caso do teste de aceleração, uma vez que o condutor inova no curso causal, com uma manobra de ultrapassagem não compreendida no risco inicial.

O titular do bem deve conhecer todas as circunstâncias do risco e ter o mesmo grau de responsabilidade dos outros intervenientes. Assim, fica afastada a autocolocação nos casos em que o titular do bem não tem o potencial de conhecer uma circunstância especial da condução do veículo. Como no caso da pessoa que assente no risco ao trafegar na escavadeira de um trator. Aqui haverá uma heterocolocação em perigo.



Também são considerados os critérios observados por Cancio Meliá ao atribuir o resultado ao âmbito de competência da vítima. Nesse caso, a conduta da vítima não deve ser induzida pelo autor, ambos devem ter a mesma responsabilidade e conhecimento sobre o risco, não existindo a obrigação de proteção entre ambos.

Os critérios construídos por Roxin e Meliá privilegiam a autonomia do titular do bem jurídico/vítima no momento da colocação em perigo, buscando que o assentimento na ação seja o reflexo de um comportamento autorresponsável. No entanto, é preciso que se valere, objetivamente, o comportamento do titular do bem jurídico no desenvolvimento do risco: entre o assentimento no risco e o resultado lesivo.

É nesse ponto que as construções e propostas estudadas apresentam uma importante questão de insuficiência: Não existe na vivência das situações de risco nas relações de trânsito, a linearidade do controle do agente ou do titular do bem jurídico na linha do perigo. Esse controle não ocorre, no plano da vida, como se constrói na descrição teórica.

Por isso, além dos requisitos já mencionados, é necessário que exista, na autocolocação em perigo nas relações de trânsito, a manutenção do potencial de conhecimento da progressão do risco e a liberdade de evitação do resultado pelo titular do bem durante o curso causal da ação arriscada, aferidos numa prognose póstuma objetiva.

Ou seja, deve se realizar uma observação objetiva posterior, considerando, no momento da progressão da ação arriscada, a constante possibilidade de conhecimento do titular do bem jurídico sobre a progressão do risco, bem como a manutenção de sua liberdade através do potencial de manifestação pela evitação do resultado decorrente do risco assentido.

Ao assentir em participar de uma relação de trânsito arriscada e proibida, o titular do bem jurídico atua de modo autorresponsável, ainda que não domine o desenvolvimento do risco como dominaria com a sua própria direção. No entanto, a capacidade do titular do bem em manifestar ações autônomas socialmente

significativas, demonstrando a autorresponsabilidade, não se exaure no momento da colocação em risco, ela perdura durante todo curso causal da atividade arriscada.

A aferição do conhecimento sobre todas as circunstâncias do risco não deve se mensurar de modo estanque. De outro modo, a possibilidade de obter esse conhecimento deve ser perene e progredir em paralelo com o desenvolvimento do risco proibido inicialmente exposto. Por isso, nos casos em que o titular assente em ser conduzido por motorista alcoolizado, deve ser observado se tinha o potencial objetivo de conhecer o desenvolvimento do risco que se materializou no resultado: para além da ebriedade, a posterior majoração da velocidade, a direção sinuosa, a letargia na condução.

Por outro viés, cumulativamente, deve se analisar, objetivamente, frente ao modo de exposição ao risco, se o titular tinha o potencial de se manifestar pela evitação do resultado. Pois, ainda que tenha assentido na exposição ao risco, a expressão da autonomia não compreende, apenas, a exteriorização da vontade num fato social, mas, igualmente, a constante possibilidade de manifestar tal vontade a qualquer tempo. Pois, se o significado do comportamento autônomo advém do sistema social de interpretação, e daí ressaltam os efeitos jurídicos, se não houver espaço social para o exercício de tal comportamento, não haverá autonomia.

Não se analisa ontologicamente se o titular do bem solicitou a parada do veículo ou não, que logicamente poderia criar um novo curso causal. A análise aqui é se o fato social contém o comportamento de uma pessoa autorresponsável, que teve, considerando as circunstâncias da ação arriscada, objetivamente, a possibilidade de se manifestar para evitar o resultado.

A heterocolocação em perigo consentida, por sua vez, é sempre punível, pois não existe a possibilidade de manifestação da autonomia através da vontade do titular do bem jurídico, mas a expressão de um evento que resulta em um perigo em que o terceiro deve evitar. É o agente quem cria um risco proibido, com a violação do dever objetivo de cuidado, o risco se realiza no resultado lesivo ao bem jurídico e, como ausente qualquer traço da autonomia do titular do bem, devido à mácula no potencial de evitação do resultado lesivo, não existe ruptura no nexo de imputação

pela autorresponsabilidade do titular do bem que seja capaz de tirar o resultado do alcance do tipo.

Com esse argumento, poderiam se caracterizar como espécies de heterocolocação em perigo consentida, punível: os casos em que exista a condução de pessoas, de modo irregular, na carroceria e compartimentos de carga de veículos; a condução de passageiros no teto do veículo; bem como, em algumas situações de carona com o motorista alcoolizado.

Não desconsidera a diversidade do modo de realização das ações arriscadas, o que requer uma valoração específica caso a caso, mas os exemplos podem demonstrar situações em que o titular do bem não possui, durante o desenvolvimento do risco, o potencial objetivo de se manifestar pela evitação do resultado, o que impossibilitaria observar o comportamento do titular, durante o desenvolvimento do risco, como autorresponsável, como autocolocação em perigo impunível.

O que se busca é um equilíbrio entre a ampliação dos espaços de liberdade, com o recuo da proibição penal privilegiando a autonomia do titular do bem, considerando uma postura teleológica-funcional do direito penal, que pode se amoldar com a necessidade de segurança da resposta penal e respeito em sua função de instrumento de controle social voltado à proteção de bens jurídicos.

Esse estudo não pretende e não possui caráter exaustivo, sendo uma proposta que segue o desenvolvimento de uma nova abordagem para um relevante problema social e jurídico-penal.

## REFERÊNCIAS

ALAGIA, Alejandro. *El Consentimiento em la Dogmática Penal*. In: “*Nueva Doctrina Penal*”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1999/B, Sección Universidad.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado*. Tradução: de Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, 1970.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema Introducción a la Sistemática sobre la Base de Casos*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*. Colección Clásicos del Derecho. Buenos Aires: El Foro, 2002.

BELL, David. *Kant*. IN: BUNNIN, Nicholas; TSUI-JAMES (Orgs). *Compêndio de Filosofia*. 2ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRANDÃO, Claudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Acidentes de Trânsito nas Rodovias Federais Brasileiras: Caracterização, tendências e custos para a sociedade. Relatório de Pesquisa. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2015.

BRASIL. Decreto n. 86.714, de 10 de dezembro de 1981. Promulga a Convenção sobre Trânsito Viário. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/d86714.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d86714.htm). Acesso em 19 de nov de 2015.

BRASIL. Lei n. 9503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm). Acesso em 19 de nov de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (STF - HC: 117599 SP). *Jurisprudência*. Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 3 de dezembro de 2013. Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-031 DIVULG 13-02-2014 PUBLIC 14-02-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. (STJ - HC: 147250 BA 2009/0178790-9). *Jurisprudência*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 4 de março de 2010. T6 - Sextaturma, Data de Publicação: DJe 22/03/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. (STJ - Resp: 822517 DF 2006/0038086-0). *Jurisprudência*. Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 12 de junho de 2007. T5 - Quintaturma, Data de Publicação: DJ 29.06.2007 p. 697.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. (STJ - REsp 705416 / SC, Sexta Turma, rel. Min. Paulo Medina, j. 23/05/2006). IN: (TJ-SC - ACR: 598070 SC 2010.059807-0, Relator: Leopoldo Augusto Brüggemann, Data de Julgamento: 18/07/2011, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n. , de Chapecó)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ - REsp: 822517 DF 2006/0038086-0). *Jurisprudência*. Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 12 de junho de 2007. T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.06.2007 p. 697.

BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-DF - apr: 20100610088982 df 0008750-55.2010.8.07.0006). *Jurisprudência*. Relator: Cesar Laboissiere Loyola, data de julgamento: 15 de maio de 2014. Segunda turma criminal, data de publicação: publicado no dje: 26/05/2014, pág.: 209.

BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-DF - apr: 20130510013512 df 0001330-94.2013.8.07.0005). *Jurisprudência*. Relator: Humberto Adjuto Ulhôa, data de julgamento: 15 de maio de 2014. Terceira turma criminal, data de publicação: publicado no dje : 20/05/2014 . pág.: 255.

BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-RJ - apl: 00294150620088190014 rj 0029415-06.2008.8.19.0014). *Jurisprudência*. Relator: Des. José Muinos Pineiro Filho, data de julgamento: 2 de dezembro de 2014. Segunda Câmara Criminal, data de publicação: 22/12/2014 12:48.

BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-SC - APR: 109115 SC 2001.010911-5). *Jurisprudência*. Relator: Maurílio Moreira Leite, Data de Julgamento: 28 de agosto de 2001, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação criminal n. 01.010911-5, de Itaiópolis.

BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-RS - ACR: 70053376992 RS). *Jurisprudência*. Relator: Osnilda Pisa, Data de Julgamento: 15 de maio de 2013. Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/07/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-CE - APL: 01058141520078060001 CE 0105814-15.2007.8.06.0001). *Jurisprudência*. Relator: Mario Parente Teófilo Neto. Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 25/08/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-SP). *Jurisprudência*. Relator: Tristão Ribeiro, Data de Julgamento: 15/12/2011. Quinta Câmara de Direito Criminal.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo 2º. Fato Punível. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. São Paulo: Atlas, 2013.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CEREZO MIR, José. *Derecho Penal*. Parte General. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. São Paulo, Malheiros, 1996.

DECLARAÇÃO de Brasília – Segunda Conferência Global de Alto Nível sobre Segurança no Trânsito – Brasília, 18-19 de novembro de 2015. Disponível em: [http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=12508:segunda-conferencia-global-de-alto-nivel-sobre-seguranca-no-transito&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280](http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12508:segunda-conferencia-global-de-alto-nivel-sobre-seguranca-no-transito&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280). Acesso em: 19 de nov de 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DURKHEIM, Emile. *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal. Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

GLOBAL STATUS report on road safety 2015. World Health Organization. Disponível em: [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/road\\_safety\\_status/2015/en/](http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2015/en/). Acesso em: 19 de nov de 2015.

GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. A Teoria da Imputação Objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Tem Futuro a Teoria do Bem Jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto: § 173 Strafgesetzbuch. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, v. 18, n. 82, p. 165-185, jan/fev. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/82579>

\_\_\_\_\_. *Introdução à Doqmática Funcionalista do Delito*. In: I Congresso de Direito Penal e Criminologia, nº 1, 2000, Salvador, UFBA. *Comunicações Científicas* (Painel).

HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1989.

HONORATO, Cássio Matos. *Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/TRANSITO\\_SEGURO\\_Direito\\_Fundamental\\_CASSIO\\_HONORATO\\_Texto\\_impreso\\_RT\\_911\\_em\\_Set\\_2011.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/TRANSITO_SEGURO_Direito_Fundamental_CASSIO_HONORATO_Texto_impreso_RT_911_em_Set_2011.pdf). Acesso em: 04 de dez de 2015.

JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. *Sociedade, Norma e Pessoa*. Col. Estudos de Direito Penal. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Ação e Omissão no Direito Penal*. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

\_\_\_\_\_. *Suicídio, Eutanásia e Direito Penal*. Barueri: Manole, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

KANT, Immanuel. *Textos Seleccionados*. (Os pensadores). Seleção de textos de Marilena Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução: Dr. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. - Editores, 1899.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Guadalajara: Walter de Gruyter CO, 2006.

LUISI, Luis. *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. IN: *Revista Nuevo Foro Penal*. Vol. 6, nº 74, enero-junio 2010, pp. 58-80, Universidad EAFIT, Medellín.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema Jurídico-Penal do Perigo Proibido e do Risco Permitido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

MELIÁ, Manuel Cancio. *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. 1ª reimpressão. Mendoza: Cuyo, 2001.

\_\_\_\_\_. Reflexiones sobre la "Vitimodogmática" em la Teoria do Delito. *RBCCrim - Revista IBCCRIM*, nº 25, 1999, p. 23-25.

\_\_\_\_\_. Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva. In: GONZALES, Mireya Bolaños (compiladora). *Imputación Objetiva e Dogmática Penal*. Mérida-Venezuela: Universidad de los Andes/ Producciones Karol, 2005.

\_\_\_\_\_. La Exclusión de la Tipicidad por la Responsabilidad de la Víctima ("Imputación a la Víctima"). In: *Cuadernos de Conferências e Artículos*, nº 19, Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microssistemas*. Curitiba: Juruá, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Conceito Material de Culpabilidade: O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana*. Salvador: Juspodivm, 2010.



MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1958.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011.

\_\_\_\_\_. *El Derecho Penal en el Estado social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

\_\_\_\_\_. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal. Parte General*. Valência: Tirant lo Bllanch, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoría General del Delito*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. Imputación Objetiva, Participación en una Autopuesta en Peligro y Heteropuesta en Peligro Consentida. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Número Extraordinario 2. UNED, 2004.

PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Tradução: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-Penal e a Constituição*. 5ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado. Uma aproximação crítica aos seus fundamentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRIETO SANCHÍS, Luis, "La Filosofía Penal de la Ilustración". In: *História de los Derechos Fundamentales, Tomo II – Siglo XVIII, Vol. II – La Filosofía de los Derechos Humanos*, PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório *et alii* (directores). Madri: Dykinson, 2001.

RAMIREZ, Juan Bustos; MALAREÉ, Hernan Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen 1. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

RAMIREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Barcelona: PPU, 1994.

RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. *Um Novo Sistema Jurídico Penal. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

RICOEUR, Paul. Da Hermenêutica dos Textos à Hermenêutica da Ação. In: *Do Texto à Ação: Ensaio de Hermenêutica II*. Tradução: Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando. Porto: RÉS, 1986.

\_\_\_\_\_. *Do Texto à Ação: Ensaio de Hermenêutica II*. Tradução: Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando. Porto: RÉS, 1986.

RIZZARDO, Arnaldo. *A Reparação nos Acidentes de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 38, p. 11-31, Abril de 2002.

\_\_\_\_\_. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed., 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Tirant lo blach: Valência 2000.

\_\_\_\_\_. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Tradução: Luís Greco. Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *La Polémica en torno a la Heteropuesta en Peligro Consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal*. Disponível em: <http://www.indret.com/es/index.php>. Acesso em: junho de 2015.

\_\_\_\_\_. Sobre a Discussão acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como Crítica da Pena. Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madri, Barcelona, Buenos Ayres, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Princípio de Proteção de Bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos. In: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Vários tradutores. Coordenador: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ªEd. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

\_\_\_\_\_. *Perspectivas sobre la Política Criminal Moderna*. Espanha: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1998.

\_\_\_\_\_. *La “Victimo-dogmatica” en El Derecho Extranjero*. Disponível em: <http://www.ehu.es/documents/1736829/2030810/11++Victimodogmatica.pdf>.

STRATENWERTH, Günter. *Heteropuesta en Peligro Consentida en Conductas Imprudentes*. Disponível em: <http://www.indret.com/es/index.php>. Acesso em: maio de 2015.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Crime Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teorias do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. O Consentimento do Ofendido no Direito Penal. *Revista da Faculdade da Universidade do Paraná*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 257-270, 1969. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/7163/5114>.

TEIXEIRA, Joaquim de Sousa. *Liberdade*. In: LOGOS. Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia. São Paulo/Lisboa: Verbo, 1989.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude Penal e Causas de sua Exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

WACQUANT. Lóic. *Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doutrina da la acción finalista*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2004.

\_\_\_\_\_. Parte General. Traducción: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

\_\_\_\_\_. *Teoria de la Acción Finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951.