

Prognose do risco e previsibilidade do resultado: uma análise a partir do julgado no AgRg-REsp 1.094.758

Prognosis of the risk and predictability of the result: an analysis from the judgment in the AgRg-REsp 1.094.758

Rodrigo Amaral 

Resumo: O escopo do presente artigo é analisar, a partir do caso julgado no Recurso Especial nº 1.094.758, o instituto da previsibilidade na teoria do delito. Primeiramente, apresentam-se os detalhes fáticos do caso julgado, que gerou uma acusação por lesões corporais qualificadas pela morte da vítima, e, após, passa-se à apresentação sobre a forma como as diferentes instâncias do Poder Judiciário decidiram, bem como as razões de decidir. Em seguida, analisam-se os fundamentos específicos das razões de decidir, a fim de esclarecer se a constatação da imprevisibilidade de um elemento fático encerra a questão da prognose do risco. Com isso, reflete-se sobre critérios mínimos para a análise da previsibilidade e escrutinam-se os argumentos contidos na decisão que definiu seu resultado do caso analisado. Ao fim, analisa-se, ainda, se uma especial condição da vítima não cognoscível ao agente poderia ser considerada na prognose do risco e se o julgado analisado poderia resolver o caso pela ausência de desvalor do resultado. Conclui-se que o julgado analisado não analisou completamente a questão da previsibilidade do resultado, pois a impossibilidade de prever que a vítima tinha uma moléstia não equivale necessariamente à conclusão de que o resultado era imprevisível.

Palavras-chave: previsibilidade; imputação objetiva; crime culposo; desvalor da ação; desvalor do resultado.

Abstract: The scope of this article is to analyze, from the case decided in RE 1.094.758, the institute of predictability in the theory of crime. First, the factual details of the res judicata are presented, which generated an indictment for bodily injuries qualified by the death of the victim, and then we move on to the presentation of how the different instances of the Judiciary decided, as well as the reasons for deciding. Next, the specific grounds for the decision are analyzed in order to clarify whether the finding of the unpredictability of a factual element closes the question of risk prognosis. Thereby, it is reflected on the minimum criteria for the analysis of predictability and the arguments contained in the decision that defined the outcome of the case analyzed are scrutinized. At the end, it is also analyzed whether a special condition of the victim not knowable to the agent could be considered in the risk prognosis and whether the analyzed judge could resolve the case by the absence of devaluation of result. It is concluded that the

analyzed judgment did not fully analyze the issue of predictability of the result, because the impossibility of predicting that the victim had a disease does not necessarily equate to the conclusion that the outcome was unpredictable.

Keywords: predictability; objective imputation; negligence; devaluation of action; devaluation of result.

Sumário: Introdução; 1 O caso e a resolução dada pelo Poder Judiciário; 2 Análise dos argumentos utilizados no julgamento do Agravo Regimental no REsp nº 1.094.758; 3 A questão da previsibilidade; 4 A possibilidade abstrata de especial vulnerabilidade da vítima pode ser argumento a favor da previsibilidade?; 5 Panorama parcial: a previsibilidade como mínimo exigível no desvalor da conduta; 6 Ausência de desvalor do resultado?; Conclusões; Referências.

Introdução

Ao menos no que tange aos delitos culposos, o requisito geral da previsibilidade de ocorrência do resultado tem sido *conditio sine qua non* para qualquer hipótese de imputação¹. Em que pese isso ser um consenso entre os penalistas, ainda é preciso determinar os critérios pelos quais aferir o que é e o que não é previsível. Essa questão, que *prima facie* poderia parecer elementar, é capaz de, no momento da resolução de casos reais, suscitar muitas confusões.

Seria possível, por exemplo, afirmar que era previsível a um motorista que uma criança sairia correndo bruscamente de um ponto cego em direção à rua? Variando o caso, e se o fato ocorresse em uma rua onde opera uma escola? E se, utilizando outro exemplo, um indivíduo agride outro que, em razão da agressão, perde o equilíbrio e choca a sua cabeça ao chão, fato que leva o agredido a óbito? Tendo essa vítima um aneurisma que não era previamente conhecido nem por ela mesma, poder-se-ia dizer que a morte era previsível ao agente?

Esse último exemplo é o ponto de partida deste estudo, no caso que foi julgado no AgRg-REsp 1.094.758 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), anteriormente analisado por Quandt². O presente artigo segue o seguinte percurso: apresentação do caso e a resolução dada pelo Poder Judiciário (1); análise dos fundamentos da decisão no AgRg-REsp 1.094.758 (2); enfrentamento da questão da previsibilidade, com um ensaio³ sobre possíveis critérios mínimos para a prognose do risco no nível do desvalor da conduta, com o consequente escrutínio da decisão analisada no que tange ao tema (3); refletir se se pode exigir que o indivíduo tenha que agir contando com a possibilidade abstrata de a vítima possuir um

1 Didático, GRECO, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 1 ss.

2 QUANDT, *RBCCrim* 106, p. 297-326.

3 Porque a proposta não terá caráter exaustivo, isto é, não se pretende esgotar uma completa lista de regras sobre quais dados podem ser considerados na análise do desvalor da conduta.

problema de saúde desconhecido (4); a partir das reflexões anteriores, concluir que a ideia de previsibilidade representa o mínimo exigível para a análise do desvalor da conduta (5); e, por fim, analisar se, no caso scrutinado, a imputação poderia ser afastada por ausência de desvalor do resultado (6). Desse modo, passa-se à apresentação do caso.

1 O caso e a resolução dada pelo Poder Judiciário

O panorama do caso foi o seguinte: durante uma festa de carnaval, o autor X, embriagado e com ciúmes de sua namorada, ataca fisicamente a vítima Y, que também estava embriagada. Os golpes consistiram em “um soco no rosto, chutes e joelhacos na região abdominal”, causando a queda da vítima, cuja cabeça chocou-se com o meio-fio da calçada. Ao fim, Y morre. Posteriormente, descobriu-se que a vítima era portadora de um aneurisma cerebral congênito do qual ninguém, nem mesmo ela, tinha ciência, por ser assintomático e nunca ter sido detectado em exames.

Desse modo, constatou-se que Y morreu de hemorragia encefálica (acidente vascular cerebral – AVC) justamente em razão de seu aneurisma. O auto de necropsia não constatou lesões decorrentes diretamente do trauma causado pelas lesões que pudessem explicar a morte da vítima, o que motivou a constatação que “não podem os peritos afastar a eventual participação de fatores externos como causa do óbito”. Ao fim, concluiu-se que o resultado morte decorreria de três fatores: (i) os ataques de X, que provocaram a queda de Y contra o meio-fio da calçada, que, com isso, sofreu a pancada na cabeça; (ii) o estado de embriaguez da vítima; e (iii) o aumento da pressão arterial de Y, decorrente de seu ânimo alterado no momento do fato.

Em primeiro grau, o Juízo de piso condenara o autor pelo delito de lesão corporal simples (art. 129, *caput*, do Código Penal – CP), afastando o resultado morte, sob o entendimento de que haveria dúvida sobre o nexo de causalidade entre a conduta do agressor e a morte da vítima. Em fase recursal, o Tribunal estadual, dando provimento ao apelo da acusação, condenou o réu pelo delito de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP), entendendo que “a queda da vítima contra o meio fio da calçada, onde bateu a cabeça, salvo melhor juízo, foi incorretamente relegada a um segundo ou terceiro plano”, de modo que a agressão “foi causa desencadeante para o êxito letal”, sendo, portanto, “o elo necessário para a ocorrência do evento morte”.

Ao revés, a 6ª Turma do STJ, por maioria, deu provimento ao agravo regimental em recurso especial interposto pelo acusado, restabelecendo o decidido

em primeira instância: a condenação do réu pelo delito de lesão corporal simples. Para tanto, o voto condutor aduz que, em uma “abordagem estritamente causal”, o laudo contido nos autos “pode induzir à conclusão de que as agressões que o recorrente desferiu contra a vítima são pressupostos do resultado”. Entretanto, segundo a tese vencedora, esse fator não poderia dar conta da solução do caso.

Para a sua adequada resolução, prossegue o voto condutor, o art. 13 do CP, regulador do nexa causal no direito penal brasileiro, “deve ser lido de maneira contextualizada com os democráticos eflúvios que marcaram a reforma penal de 1984”. Seguindo o raciocínio, aduz-se que se objetivou, à época da reforma, “expungir do Direito Penal brasileiro as tenebrosas sombras da responsabilidade penal objetiva”, concluindo-se que se deve interpretar o art. 13 do CP à luz do art. 19 do Código⁴, para “que a responsabilidade somente se cristalize quando o resultado puder ser atribuível ao menos culposamente”.

Concluindo o raciocínio, afirma-se que a figura do ilícito culposos, necessária para a atribuição do resultado morte no caso, tem como requisito “a previsibilidade objetiva do advento da morte”. Entretanto, prossegue o voto condutor, “o laudo é absolutamente inconclusivo, porquanto não aponta haver liame entre o choque da cabeça contra o meio-fio e o evento letal”, e, além disso, nenhum golpe desferido pelo agressor atingiu diretamente a região do crânio. Desses fatores, concluiu-se contrariamente à previsibilidade do resultado no caso, tendo como consequência que “reconhecer como típico o resultado morte, imantando-o de caráter culposos é ir demasiado longe”.

2 Análise dos argumentos utilizados no julgamento do Agravo Regimental no REsp nº 1.094.758

Como o leitor pode observar, o ponto original de discordância entre o Juízo de primeiro grau e o Tribunal de Apelação residia na verificação do nexa causal entre a conduta do agressor e a morte da vítima. Em outras palavras, diante dos dados contidos nos autos, sobretudo o laudo pericial, houve uma discordância fundamental entre as duas instâncias: enquanto a primeira entendeu que havia dúvidas quanto ao nexa causal, em sede de recurso venceu o entendimento se-

4 O voto, na realidade, fala na leitura dos arts. 13 e 18 do CP, o que pressuponho ter sido um erro material, tendo em vista que o art. 18 somente dispõe sobre as possíveis modalidades subjetivas gerais dos tipos penais. Por outro lado, o art. 19 regula a necessidade de que o resultado qualificador do tipo deva ao menos ser realizado culposamente para ser considerado, *in verbis*: “Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

gundo o qual a queda da vítima contra o meio-fio, decorrente da agressão empreendida pelo autor do fato, foi o fator desencadeante da morte.

Chegando no colegiado da 6ª Turma do STJ, conforme visto antes, um velho conhecido tema dos estudiosos do direito penal veio à tona: a insuficiência da simples verificação do nexa causal (ontologicamente considerado) para aferição da tipicidade da conduta⁵. A proposta contida no voto condutor, consistente em uma leitura conjunta dos arts. 13 e 19 do CP, dá a entender a adoção de uma teoria normativa da causalidade, ou, ao menos para o reconhecimento da insuficiência do critério causal para a afirmação da imputação; em realidade, apesar de não citada diretamente, os fundamentos da tese vencedora guardam estreita relação com a teoria da causalidade adequada⁶⁻⁷, segundo a qual, em linhas gerais, para algo ser considerado causal em relação ao resultado, deve aumentar a probabilidade de sua ocorrência desde a perspectiva do agente, estando afastados, assim, os cursos causais imprevisíveis, segundo o conhecido critério da prognose póstuma objetiva.

Em outras palavras, não bastaria, para afirmação da causalidade, a mera exigência feita pelo art. 13 do CP, no sentido de causa como condição necessária para o resultado, mas de outro fator (por isso, a aplicação conjunta com o art. 19 do CP pela decisão do STJ): segundo um observador racional, munido das informações que o agente poderia ter no momento da sua conduta, a ação deve ter idoneidade para incremento da probabilidade de ocorrência do resultado ou, ao menos, o resultado deve ser previsível ao agente⁸. E foi justamente isso que o STJ decidiu: negou-se a causalidade da conduta do agressor em relação à morte da vítima, porque o aneurisma que acometia a vítima, fundamental para a ocorrência do resultado, era desconhecido até por ela própria. Desse modo, esse problema de saúde da vítima não poderia estar no âmbito daquilo que o autor poderia conhecer no momento de sua conduta e, portanto, era-lhe imprevisível.

5 Para um panorama histórico da questão, ver GRECO, *ob. cit.* (nota 1), p. 10 e ss.

6 No Brasil, a teoria é defendida, por exemplo, por REALE JR., *Instituições de direito penal* PG, p. 246-248 e 250-252. Cf., ademais, as exposições de GRECO, *ob. cit.* (nota 1), p. 23-28; ROCHA, *A relação de causalidade no direito penal*, p. 99-105; e TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*, p. 211-213.

7 O instituto, originalmente concebido como uma teoria da causalidade, hoje em dia é visto pela doutrina aparentemente dominante como um precursor das teorias da imputação justamente por inserir dados que extrapolam a verificação da conexão entre ação e resultado, fato que parece ser comum a todas as teorias que inserem dados normativos na análise do nexa causal. Por todos, cf. ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, p. 474 e ss.

8 “Será previsível tudo aquilo que um homem prudente, dotado dos conhecimentos médios adicionados aos conhecimentos especiais de que o autor porventura disponha, no momento da prática da ação (isto é, ex ante) entenda como tal” (GRECO, *ob. cit.* (nota 1), p. 26); “Alguns autores não subordinam o critério da prognose posterior objetiva à probabilidade, mas sim à previsibilidade do evento” (TAVARES, *ob. cit.* (nota 6), p. 211).

Pelo que se depreende do voto-vista da Ministra Assis Moura, que foi o voto que de fato mudou o rumo do julgado no STJ, considerou-se que o laudo pericial foi “absolutamente inconclusivo, porquanto não aponta haver liame entre o choque da cabeça contra o meio-fio e o evento letal”. Desse modo, o *decisum* aponta para o sentido de que haveria uma independência entre o rompimento do aneurisma e as lesões corporais provocadas pelo agente, ou, ao menos, uma dúvida sobre isso. A questão fica bastante clara quando se observa que o citado voto considerou não verificar um claro liame entre o choque de cabeça no meio-fio e a morte da vítima.

A decisão é digna de algumas observações. Na parte dos elogios, representa, do ponto de vista argumentativo, uma escolha na direção correta: o mero nexos causal não é suficiente para a aferição da tipicidade da conduta. A ciência do direito penal, de fato, evoluiu no que tange à capacidade de rendimento na resolução dos casos ao paulatinamente abandonar a antiga concepção, originária do naturalismo, segundo a qual o tipo esgota-se na causalidade⁹. Curiosamente, no contexto alemão da primeira metade do século XX, a teoria da causalidade adequada ganhou força justamente na sua melhor resolução de casos referentes a crimes qualificados pelo resultado¹⁰, na comparação à sua maior rival da época, a teoria da *conditio sine qua non*, adotada inclusive pelo legislador brasileiro.

Todavia, a primeira das críticas reside justamente no *como* esse caminho foi trilhado pela tese vencedora. Primeiramente, a leitura conjunta dos arts. 13 e 19 do CP, dando a entender que a solução da questão reside na causalidade, era desnecessária. Em realidade, o voto-vista da Ministra Assis Moura, que contou com o apoio do voto retificado do Ministro Della Giustina e do voto do Ministro Og Fernandes, deixou bastante claro que o tema seria, de fato, resolvido dogmaticamente pelo tema da causalidade¹¹. O art. 19 do CP tem existência autônoma em relação ao art. 13, cuja *ratio* reside justamente na ideia de que o simples nexos causal não é condição suficiente para aplicação da qualificadora do resultado, sendo necessário mais do que isso, isto é, que o resultado tenha se materializado ao menos culposamente. Não é acidental que hoje é bastante comum conceber

9 Um bom panorama sobre a evolução das principais escolas penais desde o naturalismo pode ser encontrado em GRECO, *Notícia do Direito Brasileiro*, p. 307-362.

10 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, p. 474 (tradução livre): “Uma vez que até 1953 a mera causação do resultado mais grave bastava para a imposição da pena mais elevada, era possível, com o auxílio do critério da adequação, eliminar ao menos as condições que, imprevisivelmente e sem culpa do autor, provocaram o resultado mais grave”.

11 “Pedi vista dos autos para melhor examinar a questão do nexos de causalidade, entre a conduta do recorrente e o resultado morte”. Dessa forma iniciou-se o voto-vista.

a teoria da causalidade adequada como uma teoria da imputação, e não estritamente da causalidade¹².

Desse modo, poder-se-ia simplesmente utilizar a já conhecida dogmática do delito culposo para fundamentar a decisão ou mesmo adotar uma das modernas teorias da imputação objetiva para a resolução do caso¹³. É, inclusive, o que determina a simples leitura do art. 19 do Código Penal: se o resultado qualificador tem que ser realizado culposamente para ser considerado, os institutos aptos a resolver os problemas dos crimes culposos devem ser naturalmente manejados. Com isso, evitar-se-ia não só o antigo debate sobre a natureza da causalidade¹⁴, mas também haveria um ganho em clareza: a causalidade diz respeito à conexão entre eventos, enquanto o elemento utilizado pelo voto condutor para limitar a causalidade – a previsibilidade – não diz respeito a essa conexão, mas sim ao próprio comportamento do agente¹⁵.

Poder-se-ia argumentar que o julgado considerou, em realidade, que, como não estaria suficientemente claro que o impacto da cabeça da vítima contra o meio-fio da calçada tenha provocado a morte do agente, haveria realmente uma dúvida quanto à causalidade. O próprio voto-vista deixa claro que considera esse liame, no mínimo, duvidoso.

Entretanto, o laudo citado somente aduz que “não foram constatadas lesões decorrentes de trauma direto que *isoladamente* pudessem explicar o óbito”¹⁶. Conforme já exposto antes, o laudo constatou que o AVC fora provocado por três fatores: (i) os ataques de X, que provocaram a queda de Y contra o meio-fio da calçada, que, com isso, sofreu a pancada na cabeça; (ii) o estado de embriaguez da vítima; e (iii) o aumento da pressão arterial de Y, decorrente de seu ânimo alterado no momento do fato. Assim, afirmar ser duvidoso o liame entre a conduta e o resultado parece ir demasiadamente longe. Afinal, se um dos fatores desencadeadores do AVC foi a agressão realizada pelo autor e a *causa mortis* foi justamente esse AVC, o liame entre conduta e resultado está adequadamente posto.

12 Essa é a posição, por exemplo, de ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, p. 474 ss.

13 Que se pretendem aplicáveis *in totum* aos delitos culposos, diferenciando-se das clássicas teorias do crime culposo no que tange a alguns critérios propostos, bem como à sua abrangência, já que as primeiras também se aplicam aos crimes dolosos. Não à toa Roxin, o arquiteto da primeira das ditas modernas teorias da imputação objetiva, chegou a afirmar que a sua teoria “permite, pela primeira vez, construir um sistema do ilícito culposo” (ROXIN, *RBCCrim*, p. 21).

14 Isto é, se a causalidade é uma categoria lógica ou ontológica e, no último caso, se o Direito está autorizado a conferir-lhe um caráter normativo.

15 Sobre isso, cf. a correta argumentação de QUANDT, *ob. cit.* (nota 2), p. 304-307.

16 Excerto do auto de necropsia, contido na página 321 do processo-crime (grifado por mim).

Por fim, um último questionamento é fundamental: o resultado morte realmente era imprevisível ao agente em razão da existência de um desconhecido aneurisma que acometia a vítima? Esse é o ponto fundamental para a decisão acerca da aplicação da qualificadora referente ao resultado morte no caso em exame, devendo-se analisar mais detidamente a questão.

3 A questão da previsibilidade

É aqui, na questão da previsibilidade, que se justifica o retorno a um julgado de 8 anos atrás e que já foi objeto de exame à época. Isso porque, a uma primeira vista, a tese vencedora, *a priori*, pareceria correta: a morte era imprevisível ao agente em razão de o aneurisma, que foi fundamental para a ocorrência do resultado, ser desconhecido até pela vítima, de modo que o agressor não podia contar com a sua existência no momento da conduta. Entretanto, antecipando já a conclusão no que tange ao caso em exame, aquilo que a uma primeira vista é razoável mostra-se, após detida reflexão, aparentemente incorreto, ao menos a nível de fundamentação da decisão.

É verdade que o conceito de previsibilidade nunca foi suficientemente delimitado, isto é, nunca foi determinado com suficiente clareza qual é o grau mínimo de probabilidade apto a embasar a previsibilidade do evento¹⁷, nem a nível abstrato, nem em sede de interpretação do caso concreto¹⁸. Não é raro conferir na doutrina tentativas de definição do conceito de previsibilidade¹⁹ que, se levadas a sério, abarcam tantas coisas, a ponto de abranger aquilo que

17 Nesse sentido, TAVARES, *Teoria do crime culposo*, p. 369-370.

18 Crítico, QUANDT, *ob. cit.* (nota 2), p. 310-314.

19 Aníbal Bruno, por exemplo, conceituava previsibilidade como “vínculo psíquico entre agente e resultado, expresso pela ausência de previsão do previsível”, que, nesses termos, na realidade, é um conceito circular que nada esclarece; após, Bruno define que a questão “deve concluir-se segundo a experiência da vida diária e o curso habitual das coisas, mas tendo-se em vista as circunstâncias do fato real e a situação individual do sujeito” (BRUNO, *Direito penal* PG II, p. 91), de modo que o autor não fornece uma definição muito bem delimitada sobre a questão. Por outro lado, Hungria propõe a limitação do exame da previsibilidade pelo brocardo latino *id quod plerumque accidit*, isto é, aquilo que geralmente ocorre (HUNGRIA, *Comentários ao código penal* I, II, p. 141), e, páginas depois, o autor, reforçando a ideia geral anteriormente exposta, afirma que o previsível é aquilo “cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum”, isto é, “quando a previsão do seu advento, no caso concreto, podia ser exigida do homem normal” (*Ibidem*, p. 188), tendo sido essa conceituação influente em gerações de penalistas brasileiros que vieram depois (dois exemplos em ordem cronológica: FRAGOSO, *Lições de direito penal* PG, p. 273-274; BITENCOURT, *Tratado de direito penal* PG, p. 38). Tal definição, se, por um lado, representa uma maior delimitação do conceito; por outro, ainda não responde *per se* o que importa: O que concretamente pode ou não ser considerado previsível à luz do que geralmente acontece? Em solo alemão, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal* PG, p. 632, observava que a jurisprudência alemã “tende a estender amplamente a previsibilidade”, negando a sua presença somente “ante a ausência de uma relação causal adequada” (tradução livre).

não raramente não se espera alcançar²⁰. Em decorrência disso, a afirmação de que algo era ou não previsível acaba ganhando contornos intuitivos na resolução de casos, sendo razoável supor que dita intuição é frequentemente (para não ir muito longe e dizer “sempre”) direcionada àquilo que o julgador entende como justo.

Desse modo, está essencialmente correta a consideração feita primeiramente por Roxin²¹, no sentido de que, “teoricamente, todos os cursos causais possíveis segundo uma lei natural são previsíveis”, e que o fundamental não é um conceito de previsibilidade nesses termos, mas analisar “aquilo que, de acordo com parâmetros jurídicos, se é obrigado a prever”, o que o autor defende estar realizado com os critérios desenvolvidos na teoria da imputação objetiva²². Portanto, a teoria da imputação objetiva – que se considera aqui, ao menos no fundamental, correta – ainda precisa enfrentar o problema de quais dados se pode exigir que o autor conhecesse no momento de sua conduta; caso contrário, cair-se-ia no velho problema da *versari in re illicita*²³.

Em outras palavras: mesmo que se opte por substituir a linguagem da previsibilidade pela da criação ou do incremento de um risco juridicamente desaprovado, esta ainda pressupõe aquela. Não à toa é pacífico na doutrina que a previsibilidade do resultado é elemento mínimo de qualquer crime culposos; a modalidade menos intensa – a culpa inconsciente – é conceituada como a realização não prevista de um resultado previsível²⁴. Em suma: a previsibilidade é o mínimo que se deve exigir para imputar um delito a alguém; por outro lado, é

20 Sobre isso, corretamente, QUANDT, *ob. cit.* (nota 2), p. 311.

21 ROXIN, *RBCCrim* 38, p. 21.

22 É possível notar, tanto em âmbito nacional quanto internacional, uma crescente tendência doutrinária em adotar as categorias da imputação objetiva no lugar da ideia mais geral de recurso à previsibilidade. No Brasil, por exemplo: GRECO, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*; QUEIROZ, *Direito penal* PG, p. 218-221. Na Alemanha: FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 47-51; JAKOBS, *Derecho penal* PG, p. 384-389; ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, p. 476 e ss. Em Portugal: FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* PG I, p. 638 e ss. Nos países de língua espanhola: BACIGALUPO, *Manual de derecho penal* PG, p. 211-217; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal* PG, p. 288-291, que, aparente e curiosamente, cumulam os critérios do dever de cuidado e da imputação objetiva. Em que pese tratarem o dever de cuidado no desvalor da conduta e a imputação objetiva como questão de resultado, expõem também critérios que são trabalhados no desvalor da conduta pela doutrina da imputação objetiva.

23 Há na doutrina, inclusive, quem defenda que a ideia de previsibilidade seja analisada inclusive no exame do desvalor do resultado, considerando até os dados *ex post*, o que Greco certa vez denominou como “nexo de adequação”. Cf. GRECO, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 129 e ss.

24 Nesse sentido, por exemplo: FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.* (nota 22), p. 631 e ss. (especialmente p. 634); EL TASSE, *Manual de direito penal* PG, p. 211; HUNGRIA, *ob. cit.* (nota 19), p. 184 e ss.; MARTINELLI/BEM, *Lições fundamentais de direito penal* PG, p. 475; CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal* PG, p. 181 e ss.; SOUZA/JAPIASSÚ, *Direito penal*, p. 174; ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *Direito penal brasileiro* PG II, I, p. 317.

preciso verificar critérios que extrapolam o exame da previsibilidade, o que leva à conclusão de que a previsibilidade deve ser uma condição necessária, mas não suficiente, da imputação objetiva.

Com isso, creio que a teoria não possa dispor completamente da ideia geral de previsibilidade, mas dar contornos mais precisos de como aplicar essa concepção que, em um primeiro momento, é abstrata. A própria ideia de limitar o desvalor da conduta aos elementos acessíveis ao autor no momento de sua ação (a denominada perspectiva *ex ante*)²⁵ explicita que aqui somente tratamos do que lhe era previsível. Assim, creio eu, a imputação objetiva nunca levará à punição de alguém pela realização de um resultado que lhe era de todo imprevisível no momento de sua conduta. O que ela faz, portanto, é fornecer um *plus* de conteúdo em relação ao tratamento da dogmática tradicional do ilícito culposo. A previsibilidade será sempre um elemento necessário, mas não suficiente para a imputação do tipo penal a partir de qualquer concepção que não deseje ensejar a figura da responsabilidade objetiva no direito penal. E isso mesmo que não se fale em previsibilidade. Analisar somente os dados disponíveis *ex ante* no desvalor da conduta já pressupõe *per se* a exclusão do que era imprevisível. Pois, se algo era imprevisível, trata-se de um dado indisponível *ex ante* ao agente.

Tendo isso em mente, creio não ser necessário adentrar nas especificidades doutrinárias acerca da previsibilidade²⁶. A partir daqui, tenho um objetivo: investigar o que pode estar no escopo da prognose póstuma objetiva no exame do desvalor da conduta, que foi, materialmente, o que de fato o *decisum* escrutinado propôs-se a fazer, conforme observado corretamente por Quandt²⁷.

Com isso em consideração, de fato, a decisão tem o mérito de reconhecer que não se poderia exigir do autor que ele contasse com a possibilidade abstrata de todo ser humano estar suscetível a ter um aneurisma assintomático. Se todos tivessem que contar com a possibilidade abstrata de todos os riscos que o conhecimento humano já foi capaz de documentar, a vida tornar-se-ia inviável e isso, no mínimo, por duas razões.

A primeira delas é que nenhum indivíduo, por mais prudente que possa ser, prevê, no cotidiano, todos os riscos abstratamente possíveis. O indivíduo prudente é aquele que, *diante dos dados concretos que pode acessar no momento da*

25 Por todos, cf. GRECO, *ob. cit.* (nota 23), p. 39 e ss.

26 Por todos, cf. TAVARES, *ob. cit.* (nota 17), p. 369-373.

27 QUANDT, *ob. cit.* (nota 2), p. 309-310.

sua conduta, atua tomando os devidos cuidados. Isso, inclusive, demonstra a utilidade do emprego do instituto do homem prudente como figura-padrão²⁸ objetiva (*objektive Maßfigur*) do juízo de imputação. A ideia de pensar o que uma pessoa prudente faria, apesar de não representar um cálculo exato, tem a vantagem de afastar exigências de condutas que nem pessoas cuidadosas de fato fariam²⁹. Além disso, está de acordo com a ideia de prudência que deve permear a valoração do dever de cuidado nos delitos culposos.

Para ficar no caso-exemplo, parece ser razoavelmente incontroverso que pessoas cuidadosas não pensariam no risco específico de um indivíduo ter um aneurisma se elas não sabem de fato que o sujeito é portador de um. Isso porque riscos meramente existentes em abstrato, sem respaldo da sua real possibilidade de ocorrência em dados concretos acessíveis ao agente no momento de sua conduta, não fazem parte do que as pessoas preveem no cotidiano.

É simplesmente inviável para um ser humano contar com todos os riscos abstratamente possíveis: a uma, porque tais riscos são tão numerosos que dificilmente se poderia dizer que o cérebro humano poderia dar conta de ponderar todos, sem deixar nenhum de fora; a duas, porque, mesmo se isso fosse possível, diante do alto número de riscos abstratos existentes no mundo, dificilmente uma pessoa que contasse com todos e quisesse evitá-los conseguiria realizar qualquer ação tomando-a como segura. Desse modo, seria inadequado exigir de qualquer um que contasse com o risco em abstrato de um aneurisma acometer a vítima. Assim, pode-se enumerar uma primeira regra de interpretação: *riscos meramente abstratos, não respaldados por aquilo que o agente poderia conhecer a partir de dados concretos que lhe eram acessíveis no momento de sua conduta, não podem ser objeto de análise na prognose do risco.*

Em segundo lugar, não é sequer razoável supor que todo ser humano tenha o conhecimento necessário para compreender todos os riscos existentes, principalmente quando documentados sob categorias de caráter científico-especializado. Para ficar no caso-exemplo deste texto, em um País como o Brasil, onde, no ano de 2019, menos da metade dos adultos maiores de 25 anos tinham ao menos o ensino médio completo, segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e

28 Adota-se, aqui, a tradução proposta por FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.* (nota 22), p. 644. Poder-se-ia, também, optar pela mais literal tradução “figura de medida”. O importante, aqui, é ter em mente que se pretende, com essa figura, fazer uma comparação entre o que o autor concretamente fez e aquilo que a nossa atual concepção de prudência prescreveria.

29 Vantagem observada por GRECO, *op. cit.*, 2014, p. 69.

Estatística (IBGE)³⁰, parece seguro afirmar que uma grande parcela da população brasileira não sabe nem o que é um aneurisma, nem os riscos dele decorrentes.

No momento da realização da prognose do risco, pressupõe-se naturalmente que há certos dados que qualquer pessoa do povo é capaz de compreender. Esses dados, acessíveis a qualquer do povo, são aqueles que sem problemas são incluídos na prognose póstuma objetiva a ser realizada por um terceiro observador racional. Entretanto, há dados que fogem do escopo do ordinário, isto é, que não se pode afirmar serem acessíveis ao conhecimento comum. Esse tipo de dado normalmente é tratado na seara daquilo que a doutrina denomina conhecimentos especiais³¹. É bastante conhecido o exemplo do indivíduo com conhecimentos específicos em biologia que nota a existência de um cogumelo venenoso em um prato de comida e, mesmo assim, serve-o a um terceiro³².

Esse conhecimento sobre aneurisma, em um País de baixa escolaridade como o Brasil, creio que deva estar na seara dos conhecimentos especiais, somente podendo ser exigido daquele que efetivamente *sabe* que a vítima é portadora de um aneurisma e o significado concreto desse dado para a prognose do risco. Destarte, uma segunda regra de interpretação pode ser elencada: *conhecimentos oriundos da ciência especializada, se não estiverem no âmbito do que o leigo comumente conhece, só poderão ser considerados para a prognose do risco quando houver elementos que indiquem que o autor efetivamente conhecia e compreendia aquele dado.*

Entretanto, equivocou-se quem acha que a impossibilidade de exigir que o agente contasse com o risco abstrato de a vítima ter aneurisma encerra a questão da previsibilidade no caso sob exame. Isso porque choques de cabeça são geralmente idôneos para gerar o resultado morte, conhecimento esse que já está razoavelmente generalizado na sociedade³³. Esse dado pode ser visto facilmente no esporte: por exemplo, a Federação Internacional de Futebol (Fifa) permitiu uma

30 Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html#:~:text=Tamb%C3%A9m%20em%202019%2C%2046%2C6%25%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20de%2025, completo%20ou%20equivalente%3B%20e%2017%2C4%25%2C%20o%20superior%20completo.> Acesso em: 1º ago. 2022.

31 Sobre a questão dos conhecimentos especiais, cf., por todos, GRECO, ZStW 117, p. 519-554.

32 JAKOBS, *ob. cit.* (nota 22), p. 251.

33 Por isso, Quandt observa corretamente o erro do julgado do STJ em desconsiderar o risco de morte da vítima pelo impacto da cabeça no meio-fio, que era inquestionavelmente previsível ao agente (QUANDT, *ob. cit.* (nota 2), p. 323-324).

substituição extra na última edição da Copa do Mundo de Futebol especialmente para casos de suspeita de concussão³⁴.

Ademais, e isso pareceu ter sido desconsiderado pela decisão analisada, os seus fundamentos, se levados logicamente às suas consequências, levam à impunidade pelo resultado morte de toda pessoa que não saiba o que é um aneurisma. Repita-se: em um País em que menos da metade dos seus maiores de 25 anos completou o ensino médio. Se, por um lado, a impunidade não pode ser vista sempre como uma decisão equivocada; por outro, na análise do caso concreto, ela leva a soluções que, ao menos *prima facie*, aparentam ser injustas. Pense-se em uma possível variação do caso examinado: o agressor desconhece o que é um aneurisma e a vítima sabe que é portadora dessa dilatação. Imagine-se que a vítima, inclusive, ao sofrer o espancamento, grita “eu tenho um aneurisma”, o que, evidentemente, não significa nada para quem desconhece do que se trata. Pense-se na execução do espancamento nos mesmos moldes do descrito pela decisão examinada. Nesse caso hipotético, em que o autor não sabe o que é um aneurisma, é razoável afirmar que o resultado lhe era imprevisível?

Se o leitor não considerar satisfatório o exemplo anterior, forneço-lhe outro: E se a vítima do caso examinado não tivesse sido agredida via espancamento, mas atropelamento? Pense-se na hipótese de um motorista que ultrapassa o sinal vermelho e atropela um transeunte, que sofre um choque de cabeça no chão, o que provoca o rompimento do seu aneurisma, com um conseqüente AVC. A existência desse imprevisível aneurisma, aqui, seria razão suficiente para o afastamento da imputação por homicídio culposo na condução de veículo automotor?

A questão que aqui parece fundamental, conforme dito antes, é que choques de cabeça em geral já são vistos como potencialmente perigosos à vida, a depender das circunstâncias em que esse tipo de impacto ocorre. E isso, repito, independentemente de se conhecer ou não alguma especial vulnerabilidade da vítima³⁵. Portanto, a principal questão que o julgado não enfrentou é se, independentemente da existência do aneurisma que acometia a vítima, ao agente era cognoscível que a sua conduta, no momento em que foi realizada, incrementava um perigo relevante para a vida do agredido.

34 Disponível em: [https://www.uol.com.br/esporte/futebol/colunas/marcel-rizzo/2022/07/08/copa-do-qatar-tera-substituicao-extra-em-casos-de-atletas-com-concussao.htm#:~:text=A%20Ifab%20\(International%20Board\)%2C,ao%20c%C3%A9rebro%20a%20m%C3%A9dio%20prazo](https://www.uol.com.br/esporte/futebol/colunas/marcel-rizzo/2022/07/08/copa-do-qatar-tera-substituicao-extra-em-casos-de-atletas-com-concussao.htm#:~:text=A%20Ifab%20(International%20Board)%2C,ao%20c%C3%A9rebro%20a%20m%C3%A9dio%20prazo.). Acesso em: 15 abr. 2023.

35 Por óbvio que, se essa especial vulnerabilidade for conhecida, será considerada para a análise da intensidade do risco criado.

E disso decorre a conclusão que, para analisar se o agente poderia prever o risco de morte da vítima tanto no caso sob exame quanto nas variações propostas *supra*, outras circunstâncias precisam entrar em consideração. Frise-se: tudo o que for considerado deve estar no escopo daquilo que se pode supor que uma pessoa cuidadosa levaria em consideração. No caso-exemplo, algumas circunstâncias são fundamentais para essa prognose: o grau de vulnerabilidade da vítima, o modo de execução da agressão e o local onde o ato ocorreu.

No que tange à vulnerabilidade da vítima, consta nos autos do caso que ela estava embriagada, de modo que, segundo conhecimento comum, é uma circunstância que aumenta a vulnerabilidade do indivíduo, visto que ele tem suas capacidades de resistência e autocontrole reduzidos. Em outras palavras, um agressor não pode racionalmente afirmar que se surpreendeu com a queda de uma vítima que estava embriagada no momento do fato.

O modo de execução das agressões consistiu, segundo o voto vencido do Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, em “um soco no rosto, chutes e joelhadas na região abdominal”, provocando, assim, a queda da vítima. Quem dá um soco no rosto, bem como sucessivos chutes e joelhadas na região abdominal de alguém embriagado, não pode afirmar racionalmente que a queda da vítima lhe era imprevisível. Por outro lado, é também de se afirmar que não é qualquer impacto no crânio que tem a potencialidade de provocar a morte de um indivíduo. Desse modo, ter-se-ia que aferir se a intensidade das agressões provocou uma queda tão violenta que tivesse *per se* idoneidade geral para provocar real perigo à vida da vítima.

Quanto a isso, o auto de necropsia afirmou não ter localizado “lesões decorrentes de trauma direto que isoladamente pudessem explicar o óbito”. Poderia isso ser um indício a favor da imprevisibilidade do resultado? O fato de o perito não ter localizado um trauma que pudesse ser considerado *per se* letal ainda não conclui a questão. A uma, porque, desde a perspectiva do agente, quando se considera que um ato é perigoso, isso significa que ele pode ou não produzir o resultado; se, ao final, o resultado não ocorreu, não significa que o indivíduo não contou ou pudesse contar com a possibilidade de sua ocorrência. A duas, porque é sabido que os peritos criminais, justificadamente, só afirmam aquilo que eles têm condição de ter certeza; afirmar não ter localizado um trauma letal não significa necessariamente que o resultado não teria ocorrido de outro modo.

O importante, aqui, seria analisar, desde a perspectiva do agente no momento de sua conduta, se aquilo que ele realizou tinha idoneidade geral de provocar o resultado fatal. Choques de cabeça possuem vários perigos hipotéticos

que um auto de necropsia não poderia simplesmente especular. O estouro de um aneurisma é somente uma das diversas formas pelas quais um choque de cabeça pode levar a pessoa a óbito. Em suma: o fato de a perícia não ter identificado um trauma *per se* fatal não significa necessariamente que o agente não tenha empreendido uma força geralmente idônea para provocar a morte da vítima. Outros elementos de prova deveriam ter sido considerados para concluir essa questão³⁶.

No que tange ao local de execução, pelo que se pode depreender do julgado, havia próximo um “meio-fio” de uma calçada, contra o qual chocou-se a cabeça da vítima. Esse local, por sua natureza, só pode incrementar o risco de um choque de cabeça fatal. Em outras palavras, ao agressor era possível contar com a hipótese de que a sua conduta tinha aptidão a provocar o choque da cabeça da vítima contra o meio-fio da calçada.

Desse modo, ao menos duas das três circunstâncias enumeradas (vulnerabilidade da vítima e local da execução) indicam a favor da previsibilidade (como incremento de um risco juridicamente desaprovado cognoscível ao agente no momento da conduta) do choque de cabeça que resultou no resultado morte. Quanto à restante, o modo de execução da conduta, aparentemente, poderia também indicar a favor da previsibilidade, a depender da intensidade da violência empreendida pelo autor. Choque de cabeça esse que, frise-se, pela sua natureza, é comumente visto como idôneo a provocar a morte de uma pessoa. Destarte, diante dessas circunstâncias, afirmar a falta de previsibilidade do resultado em razão exclusivamente do desconhecimento do aneurisma representa um erro na análise do caso. Se não pela conclusão (se de fato o resultado era ou não previsível), no mínimo por deixar de lado outros elementos do fato que são relevantes para a prognose do risco.

Afirmar que, no caso concreto, a combinação “aneurisma desconhecido + ausência de golpe direto na cabeça” resolve a questão a favor da imprevisibilidade do resultado é, portanto, ir demasiadamente longe. Ela estabelece uma exigibilidade um tanto quanto elevada para verificação da previsibilidade, que dificilmente seria utilizada para outros casos³⁷. Desse modo, apesar de o caso examinado apresentar um fator que era imprevisível ao agente (o aneurisma que

36 Como o presente estudo visa a versar sobre o tema da previsibilidade e analisar os argumentos empreendidos no julgamento do caso, mas não afirmar qual seria a correta imputação do réu à luz de todas as provas contidas no processo-crime, essa questão fica, aqui, em aberto.

37 Afirmando isso correta e primeiramente, QUANDT, *ob. cit.* (nota 2), p. 324.

acometia a vítima), outros fatores externos indicam ou têm a potencialidade de indicar para a previsibilidade do resultado morte.

Como conclusão das reflexões deste item, portanto, alguns pontos podem ser trazidos. Primeiramente, riscos meramente abstratos, não respaldados por aquilo que o agente poderia conhecer a partir de dados concretos que lhe eram acessíveis no momento de sua conduta, não podem ser objeto de análise na prognose do risco. Em segundo lugar, conhecimentos oriundos da ciência especializada, se não estiverem no âmbito do que o leigo comumente conhece, só poderão ser considerados para a prognose do risco quando houver elementos que indiquem que o autor efetivamente conhecia e compreendia aquele dado. Em terceiro lugar, as restrições *supra* só estabelecem que não se poderia considerar o aneurisma da vítima na prognose do risco, mas mais importante que isso seria considerar se, mesmo desconsiderando esse dado, era ou não possível ao agressor, diante dos dados a ele acessíveis no momento de sua conduta, a potencialidade letal da sua conduta.

4 A possibilidade abstrata de especial vulnerabilidade da vítima pode ser argumento a favor da previsibilidade?

Outro ponto que merece ser observado é o argumento de Quandt no que tange à vulnerabilidade da vítima³⁸. Para o autor, seria inadequado abarcar moléstias da vítima naquele rol de *riscos gerais da vida*, desconsiderados pelo Direito no momento da prognose do risco juridicamente desaprovado³⁹. Aparentemente, ele defende até mesmo a sua proteção jurídico-penal nos casos em que tal moléstia é de fato imprevisível, ao afirmar que “se alguém deve evitar algo, são os agressores, que têm que assumir as possíveis particularidades da vítima –particularidades que, ao não poderem identificar, tampouco podem descartar de plano”⁴⁰.

Existe uma grande diferença entre não saber, mas ter acesso a indícios concretos que o perigo pode se materializar, e não saber sem indícios adicionais. Por exemplo: em uma rua que contenha uma escola, não é de todo inesperado pelos motoristas a hipótese de uma criança repentinamente surgir de um ponto cego próximo; por outro lado, muitas condições de saúde são completamente ocultas para as pessoas, de modo a ser impossível discernir no cotidiano quando alguém

38 QUANDT, *ob. cit.* (nota 2), p. 325-326.

39 QUANDT, *ob. cit.* (nota 2), p. 325.

40 QUANDT, *ob. cit.* (nota 2), p. 325-326.

possui uma condição especial dessa ordem. Assim, se se considerar que esse tipo de problema imprevisível seja considerado em desfavor do autor, significa dizer que o indivíduo deveria contar com aquela abstrata hipótese no momento de sua conduta.

Não parece ser adequado onerar tanto o cidadão a ponto de ele ter de considerar riscos em abstrato, pelos argumentos já aduzidos no item anterior. Além de aparentar intuitivamente injusto, isso representaria, conforme já exposto, uma intolerável invasão na esfera de liberdade do cidadão, que teria suas possibilidades de ação engessadas pelos inúmeros riscos abstratos que o mundo apresenta. Se generalizado esse argumento, seria muito reduzido o rol de condutas em sociedade que estariam permitidas pelo Direito. Assim, sempre que imprevisíveis ao autor, moléstias das vítimas não podem ser consideradas na prognose do risco, estando, portanto, naquele rol de riscos gerais da vida que são irrelevantes ao Direito.

A única exceção a isso, conforme dito, é quando o agente conhece ou poderia conhecer a moléstia da vítima no momento da conduta e efetivamente sabe o que ela significa. Entretanto, conforme já explicado, em diversos casos a moléstia da vítima será ou poderá ser despicienda para a afirmação da criação do risco, conforme o próprio julgado analisado exemplifica. Em outras palavras, muitas vezes o risco cognoscível de ocorrência do resultado estará presente mesmo descartando a moléstia da vítima da prognose.

5 Panorama parcial: a previsibilidade como mínimo exigível no desvalor da conduta

A ideia geral da previsibilidade representa, portanto, o mínimo exigível na análise sobre o comportamento do agente. E isso fica ainda mais claro considerando-se que, segundo o entendimento dominante, o qual considero correto, a análise do desvalor do comportamento do agente deve ser regida pela perspectiva *ex ante*⁴¹. Em outras palavras, somente há sentido em limitar a análise da correção da conduta do agente tendo como parâmetros os dados a ele acessíveis no momento do seu comportamento, porque isso garante que não se exija do indivíduo aquilo que lhe era impossível de prever, evitando-se, assim, uma obrigação impossível no direito penal.

Desse modo, em que pese ser correto afirmar que o conceito de previsibilidade não é suficiente *per se* para uma completa análise do comportamento do

41 As razões para tanto podem ser conferidas em AMARAL, RSCP 5, p. 57-87.

agente – no sentido de que nem todo perigo previsível está proibido ao indivíduo –, também não é adequado dizer que a ideia fora completamente superada pela teoria da imputação objetiva. O que houve, portanto, foi um aproveitamento da previsibilidade como um mínimo exigível (= proibição de exigir a evitação de perigos imprevisíveis), somado a outras importantes exigências que foram ao longo de décadas aprimoradas (por exemplo, a necessidade de criação ou incremento de um risco relevante, que o risco seja proibido com base na ideia de prudência, das regras de cuidado da atividade e do princípio da confiança, o afastamento da imputação nos casos de auto e heterocolocação em perigo, entre outras).

Portanto, dispor completamente da ideia de previsibilidade em favor de substitutos oriundos da imputação objetiva, como sugeriu Quandt⁴², não parece ser de todo possível, ao menos materialmente. O máximo que ocorre é utilizar categorias substitutas, que invariavelmente conterão (ou deverão conter) a ideia de que aquilo que era imprevisível não pode ser exigido ao cidadão. Desse modo, pode-se até, no momento de expor as razões para a solução do caso, dispor de utilizar a até hoje não tão bem delimitada ideia de previsibilidade em favor de outros critérios, mas desde que esses critérios pressuponham que o imprevisível não pode ser exigido do agente.

Destarte, se a preocupação em não exigir o imprevisível deve estar contida no exame do desvalor da conduta – pois, repito, no fim das contas é isso que se deseja com a limitação à análise aos dados *ex ante* disponíveis ao agente –, será sempre necessário definir quais dados podem ser utilizados nesse exame. Se, no fim das contas, a linguagem for a da previsibilidade do resultado ou a da criação de um risco juridicamente desaprovado, isso, para essa mínima exigência do direito penal, é irrelevante. O uso de um sobre o outro deve, portanto, sempre pressupor essa exigência mínima, e a predileção de uma teoria sobre a outra deve estar respaldada em razões de ordem diversa, como, por exemplo, qual ideia terá critérios mais claros ou viáveis.

6 Ausência de desvalor do resultado?

É possível, ainda, no que tange à análise do julgado que orientou este estudo, outro questionamento: O caso analisado, se, por um lado, não poderia ser resolvido pela imprevisibilidade do resultado exclusivamente em razão do desco-

42 QUANDT, *ob. cit.* (nota 2), p. 317 e ss.

nhecimento do aneurisma da vítima; por outro, poderia ser solucionado pela ausência de realização do risco criado? Essa hipotética questão deve ser respondida de forma negativa.

O resultado ocorrido – morte decorrente do estouro do aneurisma – está abarcado pelo risco criado pelo agente. Nos casos resolvidos pela ausência de realização do risco, claramente o resultado materializado não está abarcado pelo risco criado pelo agente: o indivíduo que esfaqueia outro que, posteriormente, sofre um acidente, provocado por erro crasso do motorista, no caminho ao hospital e falece, não criou o risco de ocorrência desse acidente. Em outras palavras, o risco criado pelo primeiro agente foi o de morte em razão do esfaqueamento ou por circunstâncias conexas à situação emergencial provocada pela agressão.

Por isso, nesse conhecido exemplo, para cogitar que o erro do motorista estivesse abarcado pelo risco criado pelo agente, uma exigência mínima seria no sentido de que o risco criado pelo agressor tivesse gerado uma situação emergencial que forçava o motorista a assumir certos riscos atípicos no trânsito comum, a fim de chegar no hospital a tempo de poder de fato salvar a vida da vítima⁴³. Se, por outro lado, o erro do motorista não tenha decorrido de um erro esperado pela situação emergencial, mas por imperícia na condução do veículo, há, aqui, uma conduta posterior não tolerada pelo direito que interrompe o nexo de realização do risco provocado pelo primeiro agente.

Por outro lado, se, por exemplo, um indivíduo atira em outro, pouco importa, para a questão da criação e realização do risco, o processo científico que explica o resultado se o risco “genérico” criado abarca todas as hipóteses possíveis. Em outras palavras, trazendo para o caso concreto: o risco de morte pelo rompimento do aneurisma, desconhecido no caso pelo agente e materializado no resultado, está devidamente abarcado pelo risco de morte pelo impacto da cabeça no meio-fio.

O contrário só poderia ser afirmado se não se pudesse afirmar que um risco abarca o outro. Por exemplo, se o laudo considerasse que o aneurisma romperia no mesmo momento independentemente da agressão do autor contra a vítima, o risco criado pelo agente não seria o risco que teria se realizado no resultado. Entretanto, nessa hipótese, nem sequer haveria nexo causal, de modo que a pergunta sobre o desvalor normativo do resultado não se colocaria.

43 Uma resolução definitiva sobre o tema fica, aqui, em aberto, tendo em vista que extrapolaria as pretensões deste breve estudo.

Há vozes na doutrina que defendem que, em casos como esse de sobreposição de riscos, o resultado não é imputável ao agente justamente porque lhe era de todo imprevisível⁴⁴. A meu ver, não se trata exatamente (ou exclusivamente) disso, pois, se já se concluiu que houve a criação de um risco juridicamente desaprovado no exame do desvalor da conduta a partir de uma perspectiva *ex ante*, parece-me que já foi afirmada implicitamente a previsibilidade do resultado. Poder-se-ia até afirmar que somente se afirmou, no desvalor da conduta, a previsibilidade do resultado conforme a criação/incremento do risco provocado pelo agente (isto é, a previsibilidade do resultado que não ocorreu), e não conforme aquele risco que de fato se materializou no resultado. Entretanto, isso confirma que, no caso escrutinado, não se trataria de todo modo desse tipo de imprevisibilidade tratado pela doutrina no sentido ora exposto, visto que tal posterior sobreposição/substituição de riscos não ocorreu. O risco criado pelo agente foi justamente aquele que se materializou no resultado.

Outra questão suscetível de ponderação seria que o laudo médico afirmou que foram três os fatores que influenciaram no rompimento do aneurisma: o choque da cabeça da vítima conta o meio-fio, o estado de nervosismo da vítima diante do fato e o seu estado de embriaguez. Poder-se-ia cogitar em manejar, aqui, o *in dubio pro reo* para negar o desvalor do resultado. Entretanto, além de o citado princípio ser de caráter jurídico-processual, sendo de, no mínimo, duvidosa aplicabilidade em sede jurídico-material⁴⁵, dois dos três fatores – choque de cabeça e nervosismo da vítima diante da agressão – foram provocados pela conduta do agente, de modo que afirmar, aqui, uma dúvida acerca da realização do risco no resultado seria, no mínimo, um tanto quanto exagerado.

E mesmo que se considere somente o fator “choque de cabeça contra o meio-fio” fundamento da possível previsibilidade do resultado, o laudo pericial somente constatou que não se pode afirmar um único fator desencadeante do estouro do aneurisma, e não que haveria dúvidas acerca da influência do choque de cabeça sobre ele. Pelo contrário, se fosse constatado que o aneurisma estouraria independentemente do choque de cabeça, conforme já afirmado algumas linhas antes, seria de se afirmar a ausência de causalidade da conduta do autor em relação à morte da vítima.

44 Por todos, cf. GRECO, *ob. cit.* (nota 22), p. 129 e ss.

45 Contrário ao recurso do *in dubio pro reo* para o direito material, GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, p. 32.

Pelo exposto até aqui, a hipotética questão posta no início deste item deve ser respondida de forma negativa. Afinal, o risco criado pelo agente foi aquele que se realizou no resultado. A questão, portanto, limita-se ao desvalor da conduta, isto é, se ao agente, no momento de sua conduta, era possível constatar que ela tinha potencialidade de provocar a morte do agredido.

Conclusões

A título de considerações finais, o seguinte pode ser elencado:

1. O tema da previsibilidade do resultado diz respeito à análise da conduta do agente, e não ao nexos causal entre conduta e resultado;

2. O art. 19 do CP não diz respeito ao tema da causalidade, de modo que é inadequada a sua leitura em conjunto com o art. 13 do CP;

3. O simples recurso à ideia geral e abstrata de previsibilidade é dotado de um elevado grau de indeterminação e, portanto, necessita de precisão, o que é feito pela ideia de criação de um risco juridicamente desaprovado;

3.1. Isso não significa que o emprego das categorias da imputação objetiva disponha completamente da exigência de previsibilidade, mas, ao contrário, a pressupõe;

4. Riscos meramente abstratos, não respaldados por aquilo que o agente poderia concretamente conhecer no momento de sua conduta, não podem ser objeto de análise na prognose do desvalor da conduta;

5. Conhecimentos oriundos da ciência especializada, se não estiverem no âmbito do que o leigo comumente conhece, só poderão ser considerados para a prognose do risco quando houver elementos que indiquem que o autor efetivamente conhecia e compreendia o dado em questão;

6. O fato de um dado ser imprevisível ao agente não encerra a questão da previsibilidade do resultado, devendo-se analisar se, excluindo aquele dado, havia, na perspectiva do que era previsível ao agente, a criação de um risco juridicamente desaprovado de ocorrência do resultado.

Referências

AMARAL, Rodrigo. Somente se proíbem condutas humanas: um estudo sobre a perspectiva *ex ante* e a imputação no Direito Penal. *Revista do Instituto de Ciências*

Penais, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 57-87, 2020. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p57-85.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal: parte general*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. II, 1967.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra, t. I, 2004.

EL TASSE, Adel. *Manual de direito penal: parte geral*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Tradução: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2004.

GRECO, Luís. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: zum "Problem" des Sonderwissens. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, [s.l.], v. 117, n. 3, p. 519-554, 2005. DOI: 10.1515/zstw.2005.117.3.519.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1-180.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 7, p. 307-362, 2000.

GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HUNGRIA, Néson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. II, 1978.

JAKOBS. Günther. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Tradução: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Tradução: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva. Algumas considerações sobre o julgamento do AgRg no REsp 1.094.758. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 106, p. 297-326, 2014.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Tradução: Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 38, p. 11-31, 2002.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, I. 5. ed. Munique: C.H. Beck, v. I, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Direito penal: volume único*. São Paulo: Atlas, 2018.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, v. I, t. II, 2010.

Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Sobre o autor:**Rodrigo José dos Santos Amaral** | *E-mail:* rodrigoamaral2209@gmail.com

Mestre e Doutorando em Direito (UERJ). Advogado.

Recebimento: 06.05.2023

Aprovação: 20.07.2023