

O RISCO DE TOMAR UMA SOPA¹

DAMÁSIO DE JESUS

Um motorista, dirigindo um veículo em velocidade incompatível com o local, atropelou um transeunte de idade avançada, causando-lhe lesões corporais seríssimas, com perda da consciência, obrigando-o a um internamento hospitalar. Submetida a vítima a uma cirurgia, ela enfrentou um período de tratamento médico intensivo e alimentação artificial. Semanas depois, passada a fase crítica, voltou a alimentar-se naturalmente. Ocorre que, embora já estivesse em fase de recuperação e ultrapassado o perigo imediato à sua vida, devido à sua condição de debilidade geral, a par do longo tempo de inconsciência, a vítima, quando estava se alimentando naturalmente na cama pela primeira vez, engasgou-se seriamente ao tomar uma sopa, tendo o líquido penetrado em seus pulmões. Uma lavagem imediata não conseguiu evitar uma infecção pulmonar, que a levou à morte.

O motorista responde pela morte a título de homicídio culposo no trânsito² ou somente pelas lesões corporais culposas primitivas?³

O tema é polêmico, havendo duas orientações:

1ª posição: O motorista deve responder pela morte da vítima. De acordo com essa posição, só há imputação objetiva da conduta quando esta tenha provocado um risco juridicamente reprovável e relevante (desvalor da ação)⁴. No caso, o comportamento de atropelar a vítima dirigindo veículo em velocidade incompatível com o local criou um risco relevante e juridicamente proibido à sua vida e incolumidade (bens jurídicos), transformado em severa afetação jurídica (resultado jurídico), concretizada nas gravíssimas lesões (resultados naturalísticos).

1. Título e hipótese extraídos de Ingeborg Puppe. *La imputación objetiva - casos ilustrativos de la jurisprudencia de los tribunales*. Granada, Editorial Comares, 2001, p. 86 ("Acerca del riesgo de tomar una sopa").

2. Art. 302 do Código de Trânsito (Lei n. 9.503, de 23.9.1997).

3. Crime de lesão corporal culposa no trânsito (Código de Trânsito, art. 303).

4. Nesse sentido: Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada, Editorial Comares, 1993, pp. 258-260; Claus Roxin. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997, vol. I, p. 373; nosso *Imputação objetiva*. 3.ª ed. São Paulo, Saraiva, 2005, n. 14.1.1.

É verdade que o fato de alguém, especialmente de idade avançada, alimentar-se deitado em uma cama e afogar-se com o líquido pertence ao trato diário, consistindo em risco permitido. De ver-se, entretanto, prossegue a argumentação, que essa situação de risco admitido transforma-o em reprovável quando aliada aos fatores “debilidade física genérica da vítima e longo período de perda de consciência”, produzidos pela conduta inicial. Como explica INGBORG PUPPE, “um estado de debilidade geral produzido em consequência de um acidente e a perda de consciência unida a ele não é um estado de risco permitido. Por esta razão, os riscos específicos que podem se agravar em face do estado de debilidade têm que recair sobre o autor e não sobre a vítima do acidente. Diferente seria a questão se a mudança do tipo de alimentação, de natural para artificial, tivesse sido um erro médico. Partimos do pressuposto de que a ordem de alimentação natural dada pelos médicos não foi um erro profissional”⁵.

Concluindo, essa orientação observa que a imputação objetiva exige ainda que o risco proibido se transforme em afetação jurídica (gênero), que se manifesta por meio de uma lesão efetiva ou potencial do bem jurídico (espécies⁶). No caso, a morte da vítima, resultado típico, correspondeu ao risco criado pelo autor. Ocorre que os efeitos das lesões, consistentes na debilidade geral da vítima idosa, perda da consciência e necessidade de alimentação artificial, criaram nova situação de risco proibido, satisfazendo o denominado “requisito da continuidade”⁷. De modo que, se o engasgo encontra explicação fisiológica em face do grau de debilidade da vítima, presente a condição de continuidade, perfaz-se a correspondência entre o risco e o resultado jurídico. Diversa seria a solução se o engasgo não tivesse relação com a perda da consciência e o estado de debilidade da vítima, caso em que o evento morte ingressaria no campo dos perigos comuns da vida (princípio da “mala suerte”, do “azar”)⁸.

2ª posição (corresponde à que adotamos): Era imprevisível o fato de a vítima vir a se engasgar tomando sopa na fase de recuperação, quando já conjurado o perigo de vida imediato. Por isso, imputar-se a morte ao motorista com fundamento em seu estado de debilidade conduziria, na palavra de MARIA CARMEN GÓMEZ RIVERO, “a uma inaceitável limitação da liberdade de agir, que obrigaria qualquer um praticamente a abster-se de realizar qualquer conduta para evitar os possíveis resultados que hipoteticamente poderiam derivar, não do comportamento inicial e sim de seu relacionamento com qualquer outro fator externo”⁹.

5. *Op. cit.* *La imputación objetiva - casos ilustrativos de la jurisprudencia de los tribunales*, p. 86-87.

6. No homicídio consumado temos uma lesão jurídica efetiva; na tentativa de homicídio, uma lesão potencial ao bem jurídico.

7. Segundo Ingeborg Puppe, o requisito da continuidade pode ser explicado da seguinte maneira: “O comportamento do autor, com suas características proibidas, deve estar vinculado com a produção do resultado mediante uma cadeia causal tal que cada fase dela contenha um elemento proibido” (*op. cit.*, p. 83).

8. Claus Roxin, *op. cit.* *Derecho Penal: Parte General*. Vol. I, pp. 374-375.

9. *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 49.

A imputação objetiva requer uma relação direta entre a conduta e o resultado e que a afetação jurídica se encontre em posição de homogeneidade com o comportamento primitivo, inexistindo quando aquele (evento) vem a ser causado, em fase posterior, pelo próprio sujeito passivo, terceiro ou força da natureza (resultado tardio).

Exige-se, pois, a verificação de a conduta haver criado um perigo juridicamente reprovável ao bem jurídico e de o resultado produzido corresponder à realização do risco juridicamente proibido (relação de risco-resultado). Se o resultado jurídico foi causado por um risco diferente daquele produzido pela conduta desaprovada, não pode ser atribuído a seu autor. Em consequência, o resultado é objetivamente atípico quando não corresponde ao gênero de risco criado pelo agente. Como ensina CLAUS ROXIN, "a imputação ao tipo objetivo pressupõe que no resultado se tenha realizado precisamente o risco proibido criado pelo autor. Por isso, está excluída a imputação objetiva, em primeiro lugar, se, ainda que o autor tenha criado um perigo para o bem jurídico protegido, o resultado normativo produziu-se, não como efeito desse perigo, mas sim em conexão casual com o mesmo"¹⁰. Assim, inexistente imputação objetiva na hipótese de o evento não se conformar à realização do perigo juridicamente desaprovado criado pelo comportamento (resultado que não corresponde à realização do risco juridicamente desaprovado criado pela conduta). Nas palavras de CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, é necessário precisar se há uma relação de risco entre a conduta e o resultado produzido, *i. e.*, há que se determinar, sob o aspecto normativo, se o risco criado pelo sujeito é o mesmo que se realizou na produção do resultado, ou, em outros termos, se o evento pode ser explicado pela violação da norma de cuidado, uma vez que, se a norma infringida não guarda relação com o resultado, este não é imputável. Se não existe a relação risco-resultado, a questão se resolve em termos de tentativa ou atipicidade. Com outras palavras, é indeclinável a verificação *ex post facto* se o fim de proteção da norma incriminadora violada tinha realmente a destinação de impedir a produção de um resultado normativo como o provocado pelo agente. O evento jurídico deve ser plasmado pelo risco causado pelo autor. Se produzido por outros riscos, como pela conduta de um terceiro, pela própria vítima ou por força da natureza, há exclusão da imputação objetiva¹¹.

Note-se que o segundo fato ocorreu quando a vítima não sofria mais nenhum risco de vida. Assim, o primeiro fato, qual seja, o delito culposo de trânsito, já se tinha encerrado¹².

10. *Op. cit. Derecho Penal: Parte General*. vol. I, p. 373. No mesmo sentido: L. Delpino, *Diritto Penale: Parte Generale*. Napoli, Esselibri-Somone, 1995, p. 153.

11. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 49 e 174.

12. O motorista foi absolvido pelo Tribunal alemão da acusação de homicídio culposo.

No plano prático, causa estranheza condenar alguém por homicídio culposo no trânsito na hipótese de a morte ter sido causada por um engasgo da vítima.