



Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Responsabilidade Penal Objetiva do Participante do Crime de Rixa¹

Argemiro Silva & Suellen R. Aguiar²
Gabriel Ahid Costa³

RESUMO

Trata de caracterização do crime de rixa e da problemática que se apresenta ao se normatizar a rixa qualificada. A doutrina divide-se entre a possibilidade de se incorporar nesta qualificadora o princípio do *ne bis in idem* e a imputação objetiva. Parte da doutrina considera que o agente fica punido duas vezes quando há resultado morte decorrente de rixa. No âmbito da imputação objetiva, a problemática se estabelece diante da possibilidade de se punir todos os agentes quando não é possível estabelecer a identificação objetiva do agente causador do resultado. Neste sentido, o Código Penal assumiu adotar a imputação objetiva para normatizar o crime de rixa.

Palavras-chave: Imputação objetiva. *Ne bis in idem*. Rixa.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é resultado de levantamento bibliográfico sobre o crime rixa. Embora seja uma modalidade de crime que conta com apenas um artigo no Código Penal brasileiro, ele suscita especial atenção no que se refere ao resultado. Isto porque a norma penal brasileira classifica o crime na sua forma simples e qualificada a depender do grau de consequência do ato. Ao estabelecer tal diferenciação e ao deixar expresso as penalidades dirigidas à punição da rixa qualificada, o legislador inseriu dois conceitos significativos no âmbito da segurança jurídica e da proteção à liberdade do cidadão.

Trata-se da possibilidade de aplicação dos conceitos da teoria da imputação objetiva e do princípio do *ne bis in idem*. No âmbito da teoria, fala-se na possibilidade de se estabeleça uma relação de causalidade não só no âmbito físico, mas também no aspecto normativo e valorativo da conduta humana. Neste sentido, a punição somente deve ser atribuída ao autor do delito, de tal sorte que terceiros ou pessoas alheias não sejam punidas por um crime que não praticaram ou contribuíram para seu resultado. No âmbito do princípio

1 Paper apresentado à disciplina Direito Penal I, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB.

2 Alunos do 4º período do curso de Direito – Noturno – UNDB.

3 Profº. Esp. da disciplina Direito Penal I do curso de Direito – Noturno – UNDB.

do *ne bis in idem*, a doutrina levanta a possibilidade de que o crime de rixa, na sua versão qualificada, tende a punir duplamente o agente pelo mesmo crime.

Assim, este trabalho busca identificar a forma como esta problemática se apresenta no crime de rixa, além de identificar caminhos encontrados pelos doutrinadores e juristas para enfrentar o problema. Para tanto, a estrutura de apresentação do tema inicia no item 2 com a caracterização do crime de rixa. Em seguida, no item 3, faz-se uma abordagem sucinta da teoria de imputação objetiva, na visão de seu expoente maior, Claus Roxin. Ao fim de cada um destes itens encontram-se os comentários referentes à problemática do *ne bis in idem* (item 2.8) e da imputação objetiva (item 3.3) frente a qualificação do crime de rixa.

2 O CRIME DE RIXA

2.1 Aspectos Gerais

O código penal de 1940 interpreta a rixa como ação que concretiza um perigo à incolumidade pessoal. Na Exposição de Motivos do Código Penal é possível ver o entendimento da correlação deste crime com os crimes de perigo contra a vida e a saúde. A rixa é compreendida como uma perturbação da ordem e disciplina da convivência civil, e tem como bem jurídico protegido a incolumidade física e mental da pessoa.

Segundo Greco, a rixa é caracterizada pela “confusão”. A rixa consiste em um crime de perigo de participação necessária, só havendo o delito quando três ou mais pessoas se agredem de forma recíproca. O legislador vislumbrou na normatização do crime de rixa impedir a impunidade dos participantes uma vez que “no caso de agressão tumultuária ficaria difícil a identificação e penalização dos participantes” (GRECO, 2007, P. 396). A rixa pode ser conceituada como briga perigosa (acompanhada de vias de fato ou violência física recíprocas) entre três ou mais que agem de forma independente. Portanto, é um crime de perigo (BARRETO, 2011).

O crime de rixa está definido no Art. 137, CP. Segundo este artigo, é crime a participação em rixas, salvo se para separar os contendores. O crime tem como pena a detenção de quinze dias a dois meses, ou a multa. Portanto, de menor potencial ofensivo. Todavia, é possível, tanto na rixa simples quanto na rixa qualificada, a possibilidade de ser possível tanto na rixa simples como na qualificada a transação ou suspensão condicional do processo, embora esteja submetido à ação penal pública incondicionada.

O crime de rixa é caracterizado por ser um crime de perigo “e a grande preocupação está no dano que dela pode resultar”. (BITENCOURT, 2011, P.306). Outra característica do crime de rixa é a sua plurissubjetividade, pois é recíproco e exige a participação de no mínimo três contendores. Tem no elemento rixoso tanto o sujeito ativo quanto o sujeito passivo.

Greco fala que a doutrina está equivocada ao falar que “o crime de rixa é um crime de perigo abstrato, pois o perigo a que estão expostas a vida e a saúde serão, na verdade, concretos, passíveis de serem demonstrados” (GRECO, 2007, P. 398). O crime de rixa, portanto, será segundo Greco crime de perigo concreto.

“Os meios materiais de atuação consistem na prática de vias de fato ou violência havendo intervenção direta dos contendores na luta, porém não é necessário o desforço corpo-a-corpo dos rixosos, pois a rixa pode ocorrer pelo arremesso de objetos ou disparo de armas de fogo, a violência física é indispensável para a caracterização do crime” (CAPEZ, 2005, p.220).

Fernando Capez, citando os ensinamentos de Nelson Hungria diz que há formas diversas de surgimento da rixa como a “preordenada ou “ex proposito” que é a rixa planejada e a de improviso ou “ex improviso” que é a que surge de súbito, de forma inesperada, sem que haja previsão dos participantes”. (CAPEZ, 2005, p.219-220). O autor afirma ainda que, embora haja posicionamento que diga que a rixa só pode ocorrer de improviso, a maioria da doutrina concorda que pode ocorrer as duas situações em que a conduta de participar será típica tanto na hipótese de atuação desde o início da contenda quanto na de ingresso durante ela.” (CAPEZ, 2005, p. 220).

O crime de rixa tem características autônomas, desvinculando-se dos crimes de homicídio e lesão corporal grave, embora não admita a teoria da solidariedade absoluta e da cumplicidade correspectiva, preferindo adotar a teoria da autonomia, incriminando a rixa, independente da morte ou lesão grave. Percebe-se também uma nítida preocupação com a punição do simples ato de participar da rixa. Bitencourt apresenta seu raciocínio da seguinte forma:

“A finalidade da criação do delito de rixa foi evitar a impunidade que reinaria em muitas situações, onde não se pudesse apontar, com precisão, o autor inicial das agressões, bem como aqueles que agiram em legítima defesa. Por isso, pune-se a simples participação da rixa, de modo que todos aqueles que dela tomaram parte serão responsabilizados por esse delito”. (GRECO, 2007, P.396)

Barreto acrescenta que a legislação especial também previu as tipificações para o crime de rixa: (i) o Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/03, Art. 41-B) vincula a rixa na área esportiva; (ii) o Código Penal Militar (Decreto– Lei 1.001/69, Art. 211), estabelece a rixa

como crime, se praticada pelo militar, a menos que este intervenha para separar os contendores (BARRETO, 2011).

A doutrina classifica a participação nos crimes de rixa em material e moral. Na primeira, o agente participa diretamente da luta, praticando atos na briga. Na segunda, o agente não toma parte na luta, mas instiga os briguentos. Na participação moral, não há ainda a necessidade da presença do partícipe no local. É possível, ainda, a caracterização da rixa praticada à distância. Fato que se consuma por meio de arremesso de objetos (BARRETO, 2011).

O Código Penal difere o crime de rixa entre simples e qualificada. Na primeira se enquadram aqueles que participam de briga onde não há lesão corporal entre os agentes. A rixa qualificada, por sua vez, constitui-se em evento mais sério e gravoso, causando nos envolvidos ou em pessoas alheias ao conflito, a lesão corporal grave, gravíssima ou a morte.

BARRETO (2011) acrescenta que na doutrina comparada é possível se observar a proposição de três teorias acerca das consequências da rixa qualificada. Todavia, o Brasil adota a teoria da autonomia:

Teoria da solidariedade absoluta: Se houver lesão grave ou morte em decorrência da rixa, todos os participantes responderão por lesão corporal ou homicídio, independentemente de se apurar quem foi o autor do evento.

Teoria da cumplicidade correspectiva: Se houver lesão grave ou morte, não sendo apurado o seu autor, todos os participantes responderão por lesão ou homicídio, porém com pena intermediária de um autor e partícipe.

Teoria da autonomia: aqui o resultado lesão grave ou morte é apenas uma qualificadora. A rixa será punida por si mesma, independentemente do resultado. Apenas o causador da lesão ou morte, se identificado, responderá por lesão ou homicídio.

Alguns doutrinadores brasileiros levantam dois problemas controvertidos em relação à punição da rixa qualificada: a prática do *ne bis in idem* e a teoria da imputação objetiva. Estas problemáticas serão enfrentadas, respectivamente, nos itens 2.2 e 3.2.

2.2 Sujeito ativo do crime de rixa

O crime de rixa é crime comum podendo ser praticado por qualquer pessoa, segundo Damásio de Jesus o sujeito ativo ou sujeitos ativos “são todos aqueles que se envolvem na prática de vias de fato ou lesões corporais recíprocas”. (JESUS, 2007, P.192).

Chama a atenção neste crime fato de que é suficiente a participação de um agente imputável participando do crime de rixa, pouco importando se os demais sejam inimputáveis ou até desconhecidos (não identificados).

Afirma Noronha que “incorre para o crime quem intervêm diretamente ou indiretamente na luta, não apenas o que pratica vias de fato, mas também quem instiga, ou auxilia materialmente proporcionando meios para facilitar a agressão”. (NORONHA, 2001, P. 112-113). Noronha diz que a participação pode ocorrer em qualquer momento “no começo ou no fim do conflito” (NORONHA, 2001, P.113).

O sujeito ativo do crime de rixa, portanto, é “aquele que, com o seu comportamento, procura agredir o outro participante” (GRECO, 2007, P. 399). Segundo a doutrina o crime de rixa é delito plurissubjetivo ou de concurso necessário e número de participante é de no mínimo três, “é irrelevante que, dentro do número mínimo, um deles seja inimputável ou não identificado, ou tenha morrido” (CAPEZ, 2005, P. 221).

2.3 Sujeito passivo do crime de rixa

O sujeito passivo da rixa pode ser qualquer pessoa, os sujeitos passivos da rixa “são os mesmos rixosos que se envolveram na prática de vias de fato de lesões recíprocas” (JESUS, 2007, P. 192). Segundo Mirabete, os sujeitos passivos são os próprios “rixentos”, “ou ainda a pessoa que é diretamente atingida ou tem a vida ou a saúde posta em risco, também secundariamente é vítima o Estado”. (MIRABETE, 2012, P.116).

Segundo Noronha o sujeito passivo do crime de rixa “é o homem ou criatura humana, que pode, no caso concreto, ser ele entranho à rixa, vitimado por esta”. (NORONHA, 2001, P. 112). Sujeito ativo da rixa é, portanto, “aquele que não só agrediu como também fora agredido durante a participação da rixa”. (GRECO, 2007, P.399)

Pode-se falar que o Estado também é sujeito passivo do crime de rixa porque “a própria ordem e tranquilidade públicas acaba sendo atingida pela rixa e secundariamente trata-se de crime contra a incolumidade pública”. (BITENCOURT, 2011, P.307).

2.4 Tipo objetivo do crime de rixa

Segundo a doutrina a principal preocupação do legislador é a proteção da vida e da saúde física e mental do participante da rixa, “o núcleo do tipo é participar que significa tomar parte, contribuir”. (JESUS, 2007, P. 193). A participação da rixa pode ser caracterizada como “moral e material, a participação material ocorre por meio de vias de fato ou lesões

corporais, a participação moral decorre do induzimento ou instigação”. (JESUS, 2007, P. 193). Pode ainda ocorrer no crime de rixa a participação a distância “é desnecessária a luta corpórea, pois pode no entrevero realizar-se, atirando os sujeitos ativos pedras, objetos e desfechado tiros”. (NORONHA, 2001, P.113).

2 . 5 Tipo subjetivo do crime de rixa

Nos crimes de rixa, a tipificação Subjetiva é o dolo, fundamentado na vontade livre e consciente de tomar parte na rixa, expondo, dessa forma, as pessoas ao perigo. independentemente do motivo que iniciou a contenda. Afasta-se o aspecto subjetivo culposo em função da ausência da vontade de participação na rixa. Assim, o crime de rixa caracteriza-se pelo “dolo genérico da antijuridicidade, que é a vontade livre e consciente de tomar parte da luta, denominado *animus rixandi* que também pode ser consentido como dolo eventual”. (NORONHA, 2001, p.113).

Greco adverte que “não se admite a rixa na modalidade culposa, pois a rixa se configura quando os contendores querem agredir-se” (GRECO, 2007, p.402). “A causa que originou a rixa é irrelevante e não se exige qualquer fim especial de agir, pune-se a simples trocas de agressões independente do resultado”. (BITENCOURT, 2011, p.310). Mirabete pondera que “participando o agente com o intuito de ferir ou de matar, responderá por eventuais delitos consumados ou tentados de homicídio ou de lesão corporal”. (MIRABETE, 2012, p. 117).

2 . 6 Consumação e tentativa no crime de rixa

Segundo a doutrina para que o crime de rixa possa ser caracterizado é necessário que “os agentes iniciem os atos de agressão que podem se constituir em vias de fato, lesões corporais e até mesmo o fato morte” (GRECO, 2007, p. 399). A rixa pode ser “subitânea ou preordenada, no primeiro caso surge de repente e no segundo caso é a rixa combinada pelos agentes”. (JESUS, 2007, p. 196).

Noronha sustenta que é possível a tentativa, pode ocorrer na rixa ex proposito no caso de os agentes que “são impedidos por causa independente de sua vontade, pois pode ocorrer que grupos prontos para o entrevero armados com paus e pedras sejam obstados por intervenção policial” (NORONHA, 2001, p. 114).

Greco discorda da posição de Noronha pelo fato do delito de rixa se consumir quando os contendores iniciam os atos de violência, tendo que ser punível todos os atos já

praticados, “caso contrário se entendermos os atos como mera preparação ao cometimento do delito, não se poderá cogitar de tentativa punível”. (GRECO, 2007, p. 402).

Contrário a possibilidade de tentativa no crime de rixa adverte Bitencourt que a “configuração da tentativa seria muito difícil, pois ou estaremos diante de atos preparatórios ou diante de vias de fato”.(BITENCOURT, 2011, p. 310).

2.7 Crimes de rixa e a proteção do bem jurídico

Greco (2007) advoga que “os bens jurídicos protegidos pelo tipo penal que prevê o delito de rixa são a integridade corporal e a saúde, bem como a vida”. Já Damásio de Jesus (2007, p.197) entende que no crime de rixa “o legislador buscou proteger a vida e a saúde física e mental da pessoa humana”. Bitencourt resume o seu entendimento considerando que “a objetividade jurídica é efetivamente a incolumidade da pessoa humana, embora a rixa seja um crime de perigo para a integridade físico-psíquica, a grande preocupação está no dano que dela pode resultar”. (BITENCOURT, 2011, P. 306).

A rixa tem como objeto material os próprios contendores, pois são os rixosos que participam da agressão e que praticam as condutas contrapostas uns contra os outros (GRECO,2007, P. 399). “Embora a descrição típica não se refira expressamente à vida ou à saúde do agente, a preocupação está exatamente na punição da participação da rixa, pois o legislador reconhece que esta possibilita a produção de maiores danos”. (BITENCOURT, 2011, p.306).

Mirabete adverte que por via indireta o Código Penal tenta proteger também a incolumidade pública, “pois é patente que por se só a rixa perturba a ordem, a disciplina e a tranquilidade pública”. (NORONHA, 2001, P. 112). Mas, mesmo que a rixa perturbe a paz e ordem pública Segundo Bitencourt, não são esses os bens jurídicos protegidos, e sim a incolumidade da pessoa que por ventura venha a participar da rixa.

Segundo Barreto, o bem tutelado para este crime é a incolumidade física e mental da pessoa. Nos crimes de rixa os agentes atuam uns contra os outros estabelecendo um concurso necessário. Por tal razão é tido como crime plurissubjetivo de condutas contrapostas. Assim, cada participante então é ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo do crime (BARRETO, 2011).

2.8 Rixa qualificada e a possibilidade do *ne bis in idem*

O crime apresenta uma particular situação que faz suscitar na doutrina a possibilidade de ocorrência do *ne bis in idem*, imputando uma punição dupla do agente sobre um mesmo fato. A questão surge quando há a identificação dos autores do homicídio ou da lesão grave decorrentes de rixa. Neste contexto, o Código Penal estabelece que haverá concurso de crime material, sendo os autores imputados nos crimes homicídio ou de lesão corporal com rixa qualificada. Neste item específico, parte da doutrina vê uma possibilidade de caracterização do *ne bis in idem*.

A doutrina majoritária vislumbra a pertinência de se atribuir responsabilidade penal de todos os crimes que um ou alguns rixosos praticarem durante a rixa, desde que devidamente identificada a autoria. (CAPEZ, 2010). Bitencourt afirma que se houver resultado agravado a pena recairá para todos mesmo que ocorra desistência de algum participante. Ou seja, quando não é identificado o autor da lesão grave ou o homicídio, todos os participantes respondem por rixa qualificada (BITENCOURT, 2011, p. 311).

Mirabete tomando como referência Euclides Silveira aponta que “ao co-rixoso autor e responsável pelo homicídio ou lesão corporal grave não se pode aplicar a pena de rixa agravada, por força do princípio *ne bis in idem*, respondendo ele pelo crime de homicídio ou lesão corporal grave em concurso material com o de participação em rixa simples”. O autor, adverte, entretanto, que a doutrina majoritária inclina-se no sentido de não reconhecer esta possibilidade porque há nestas situações um “desdobramento volitivo do agente com relação à participação na rixa” (MIRABETE, 2012, p.120). Bitencourt afirma que não tem possibilidade de *bis in idem*, pois “há uma duplicidade subjetiva do agente, que age com duplo dolo, o de participar na rixa e o de causar a lesão grave ou a morte de alguém”. (BITENCOURT, 2011, p.308).

3 RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA

Um dos princípios de direito penal vigentes no ordenamento jurídico brasileiro é o da responsabilidade pessoal. Segundo este princípio, a punição somente deve ser atribuída ao autor do delito, de tal sorte que terceiros ou pessoas alheias não sejam punidas por um crime que não praticaram ou contribuíram para seu resultado (NUCCI, 2007). Por detrás deste conceito, está o princípio da culpabilidade que possibilita a indicação do vínculo subjetivo que mantém a ligação entre o agente e o ato injusto por ele praticado (MENEGHETTI, 2010).

Nesse sentido, o ordenamento jurídico-penal brasileiro caracteriza-se por condenar a mera atribuição de responsabilidade de resultado de fato ilícito a um indivíduo como resultado advindo de acontecimentos fortuitos (PRADO, 2013, p. 372). Ou seja, por este fundamento, mesmo na ausência de dolo ou culpa um indivíduos poderia vir a responder pela conduta. Embora o ordenamento brasileiro tenha dado pouco espaço para este tipo de possibilidade, é possível encontrá-la em três situações específicas: i) nas infrações penais lesivas ao meio ambiente (Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Art. 3º, caput), nos crimes de latrocínio e nos crimes de rixa qualificada.

Os primeiros estudos sobre a responsabilidade objetiva advêm de estudos desenvolvidos por Karl Larenz (1927) e Richard Honig (1930). Larenz sustentava que a imputação era uma tentativa de “delimitação entre fatos próprios do agente e acontecimentos puramente acidentais”, de forma tal que se a causa de um evento resultar de um conjunto de condições, torna-se impossível selecionar apenas uma delas e imputar o resultado ao agente.

Honig, por sua vez, estabelecia que a relação de causalidade verificada no ato não era instrumento suficiente e decisivo para o ordenamento jurídico. Havia a necessidade de se verificar a possibilidade de se imputar ao sujeito o fato determinado, diferenciando-o dos acontecimentos fortuitos. É tomando por base este conceitos que Roxin desenvolve sua tese. Segundo sua interpretação, torna-se imputável somente aquele resultado previsível e sob o domínio da vontade humana. O princípio geral de sua tese estabelecia a imputação objetiva somente se estabelecia se existisse a “criação pela ação humana de um risco juridicamente desvalorado, consubstanciado em um resultado típico” (PRADO, 2005 b. p. 2).

Ao desenvolver o conceito sobre a responsabilidade penal objetiva Roxin entendia que um resultado somente poderia ser imputado a alguém se este fora previsto e dirigido pela vontade, criando “um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico” (PRADO, 2013, p. 373).

Assim, no âmbito da conduta, a imputação está associada à criação ou incremento de um risco proibido relevante (numa espécie de valoração à tipicidade). Para José Pagliuca, a imputação objetiva não se preocupa somente com os fatos. Outrossim, considera também os outros bens jurídicos que o Direito Penal tem por meta proteger.

O autor acrescenta que a teoria da imputação objetiva permite que se estabeleça uma relação de causalidade não só no âmbito físico, mas também no limiar normativo e valorativo da conduta humana. Assim, a imputação objetiva considera que a conduta e o

resultado são de responsabilidade do autor sempre que a conduta tenha criado um perigo jurídico a um bem jurídico e que o risco estabeleça um resultado material e normativo e que o resultado tenha proteção por norma penal (PAGLIUCA, 2001).

3.1 Premissas e requisitos na imputação da responsabilidade penal objetiva em Roxin

A concepção teórica da responsabilidade penal objetiva engloba duas vertentes distintas: a) teoria da imputação da conduta (determinação da conduta típica e dos critérios de atribuição de sentido à mesma) e b) imputação objetiva do resultado (tem como objetivo comprovar se um fato pode ser atribuído a uma pessoa) (PRADO, 2005 a, p.5). Os seus pressupostos podem ser resumidos em três sentidos diversos.

O primeiro adverte que é indispensável que se leve em consideração a finalidade da ação (dolo ou culpa) a fim de se estabelecer se o resultado da ação do agente está protegido pela norma; o segundo, estabelece que o resultado somente pode ser imputado ao indivíduo se o “curso causal desencadeado” por sua conduta “está entre aqueles que podem ensejar uma desvalorização jurídico-penal da conduta”. Por fim, a terceira premissa estabelece ainda que se mantém necessário a existência de conexão com o ato doloso do agente, de tal modo que seja possível demonstrar a relação lógica entre o tipo objetivo e o subjetivo (PRADO, 2005 b, p.7).

CAMARGO (2002) considera a existência de um vínculo específico entre a ação humana e o resultado da ação. Tal ação tem uma finalidade consciente e objetiva que pode ser conduzida para produzir danos e riscos juridicamente relevantes. Roxin, ao desenvolver sua tese, estabeleceu que o domínio sobre a ação tinha equivalência ao ato de criação de risco juridicamente relevante de lesão feito pelo agente. Este aspecto de sua tese seria independente e anterior à verificação de dolo ou culpa do agente. Para fundamentar tal princípio, o autor desenvolveu os critérios de aplicação da imputação objetiva (PRADO, 2013, p. 373).

A diminuição do risco

Neste critério, o agente não conduz a ação de risco. Na verdade, atua modificando a ação. Este fato tem como consequência um impacto positivo, mais benéfico sobre o bem jurídico. Este critério se fundamenta na imputação objetiva, desconsiderando o efeito da adequação social da ação. Assim, as ações que visam a diminuição de riscos ou perigos não deveriam ser proibidas uma vez que tendem a impedir a criação ou atenuar as consequências do risco.

A criação risco

Este critério está associado às situações de exclusão de responsabilidade do agente quando não há criação do risco ou o agente não atua no fato, provocando sua diminuição ou aumento do risco juridicamente protegido. Na verdade, o que pode possibilitar a imputação do resultado decorre da análise de cada caso (CAMARGO, 2002, p. 76). Regis Prado acrescenta que admissão deste critério deve levar em consideração a previsibilidade objetiva e observância do dever de cuidado. Todavia, o autor adverte que este critério se torna restrito em sua admissibilidade nos casos concretos porque a existência de um risco relevante somente seria observado por este critério, se o mesmo ultrapassasse os limites de um risco permitido PRADO, 2013, p. 376).

O risco permitido, neste contexto, é compreendido como a conduta que cria um risco relevante, mas, em geral, permitido, o excluiria a imputação do tipo objetivo. Em resumo, o risco permitido passa a ser fundamento da imputação objetiva na medida em que estabelece o que é permitido ou proibido no âmbito social (CAMARGO, 2002, p. 141).

A criação de perigo

Segundo este critério, se estabelece um curso causal hipotético independentemente se a ação é praticada pelo autor original ou por um autor substituto, levando-se em conta que tal substituição, ainda assim, conduziria à realização do mesmo resultado CAMARGO, 2002, p. 77).

Âmbito de proteção da norma

Regis Prado sintetiza os conceitos de aplicabilidade deste critério considerando que (i) casos em que o risco não se reflete no resultado, ou seja, quando há situações em que o risco não é resultado da “infração de uma norma de cuidado”; (ii) nos casos em que o resultado é reflexo do risco produzido, todavia, tais riscos não são protegidos pela norma penal (PRADO, 2013, p. 376).

3.2 Responsabilidade penal objetiva na doutrina jurídica brasileira

A teoria da imputação objetiva passou, desde o início dos anos 2000, a permear com mais frequência as discussões doutrinárias brasileiras. Embora não se tenha ainda, congruências de interpretação na doutrina sobre a sua aplicação, os constantes embates têm levado os doutrinadores a encontrar mais consenso do que dissenso em relação às questões que lhes são pertinentes. Dentre os principais expoentes desta teoria no Brasil, pode-se citar Juarez Tavares, Luiz Regis Prado, Antônio Luís Chaves Camargo. Por outro lado, Fernando Capez ainda mostra-se um dos céticos quanto à sua viabilidade (JESUS, 2002).

Damásio de Jesus acrescenta que a teoria da imputação objetiva ainda é um conceito em construção, principalmente na doutrina brasileira, e que, por isso, requer contínuas alterações e discussões. No Brasil, apesar da relevância daqueles que se posicionam contrários à sua admissão, fato é que ela se vem fazendo importante, recebendo cada vez mais aceitação.

Juarez Tavares compartilha da aceitação da imputação objetiva. O autor faz referência de aceitação à teoria da imputação objetiva quando há um fato que se constitua em ação atribuível à colaboração do partícipe. Caso esta colaboração não seja perceptível, comprovada ou atribuível ao agente, o excesso da punição não lhe deve ser estendido. Neste caso, pode vir a ocorrer algumas circunstâncias que interfiram no fato, descaracterizando-o para fins de imputação (TAVARES, 2009).

Antonio Camargo também compartilha da aceitação da teoria da imputação objetiva. Para o autor, a doutrina contrária à ideia deve superar a dogmática positivista que ainda impera no Direito brasileiro e voltar-se para fundamentos mais modernos e pensar em termos um sistema mais aberto como forma de enfrentar a criminalidade crescente e os novos desafios que a nossa sociedade impõe (CAMARGO, 2002, p. 191).

Regis Prado mostra-se mais reticente frente a teoria em questão. O autor esclarece que, embora a imputação objetiva tenha o propósito de extrair os efeitos da causalidade sobre a ação do agente, ela não alcança tal propósito pela via do tipo objetivo, uma vez que este está associado aos acontecimentos fortuitos e o resultado, em si, requer o conhecimento da vontade do agente na ação. Portanto, é necessária a avaliação conjunta dos tipos objetivos e subjetivos de forma conjunta, sem dissociação (PRADO, 2013, p. 387).

3.3 Responsabilidade penal objetiva e os crimes de rixa

Um das principais críticas que a doutrina brasileira faz às consequências da pena imposta pelo Código Penal para a rixa qualificada é a presença do conceito da imputação objetiva e, sob esta ótica, esta qualificação teria indícios de inconstitucionalidade por ferir o princípio da proibição de se punir alguém duas ou mais vezes pelo mesmo fato. O problema se apresenta pelo fato de ter existido a rixa, que resultando em lesão grave ou morte, todos os agentes recebem a mesma qualificadora. Isto se dá independentemente de quem tenha sido o real responsável pelo resultado qualificador.

O código penal dedicou apenas um artigo para tipicar o crime de rixa. Ele está expresso no Art. 137. De acordo com o parágrafo único do referido artigo, o agente também responderá pelo crime de rixa se desta resultar morte ou lesão corporal de natureza grave.

Segundo Cleber Masson, é esta propositura do artigo que leva à conclusão de que, independentemente de qual agente tenha sido responsável pela produção do resultado, todos responderão igualmente pelo crime de rixa.

O autor lembra que, sob a ótica do Art. 48 da Exposição de Motivos do Código Penal, não há dúvidas quanto à intenção do legislador em punir cumulativamente o agente pela participação na rixa propriamente dita e também pelas consequências desta:

“A participação na rixa é punida independentemente das consequências desta [...] a pena cominada ao simples fato de participação na rixa é especialmente agravada. A pena cominada à rixa em si mesma é aplicável separadamente da pena correspondente ao resultado lesivo (homicídio ou lesão corporal), mas serão ambas aplicadas cumulativamente[...].”

Uma questão relevante surge neste contexto: a possibilidade ou não da individualização do resultado morte ou lesão corporal grave. No caso de identificação dos autores, o Código Penal estabelece que haverá concurso de crime material, sendo os autores imputados nos crimes homicídio ou de lesão corporal com rixa qualificada. Este item em especial suscita e parte da doutrina uma possibilidade de caracterização do *ne bis in idem*.

Na doutrina brasileira apresenta alguns posicionamentos como alternativas viáveis a este fato. Na interpretação de Cleber Masson, o agente deviria responder por homicídio ou lesão corporal grave em concurso material com rixa simples (MASSON, 2012, p. 164). Régis Prado, por sua vez, entende que na hipótese de não se identificar os autores, todos responderão pela rixa qualificada apenas. Neste preceito torna-se clara a escolha pela imputação objetiva aplicada à prática da rixa, embora o Código tenha se eximido de considerá-la esta hipótese para o resultado de morte ou lesão corporal (PRADO, 2013 b).

Segundo o STJ, se resume a questão considerando-se possível a aplicação dos conceitos da responsabilidade penal objetiva, à luz da teoria da imputação objetiva de Roxin, tornando-se necessário a demonstração da criação pelo agente de uma situação de risco desvalorado ou de uma autodeterminação do agente em se expor ao risco (HC 46525/MT – STJ).

4 CONCLUSÃO

Ao se fazer um análise mais concentrada nos aspectos jurídicos que envolvem a caracterização do crime de rixa na sua modalidade qualificada, é possível perceber a preocupação doutrinária frente a problemática da presença do princípio *ne bis in idem* e da imputação objetiva de forma implícita no art. 137 do Código Penal.

O princípio do *ne bis in idem* é um ponto mais ameno a ser discutido, considerando-se o entendimento homogêneo e congruente da doutrina em relação ao seu caráter intrusivo em face da liberdade do indivíduo. Por tal razão, fica claro o entendimento de que deve ser sempre combatido. No caso de sua potencial presença na rixa qualificada, a doutrina considera uma saída plausível que o agente responda por homicídio ou lesão corporal grave em concurso material com rixa simples.

A teoria da imputação objetiva ainda é tema controverso na doutrina brasileiro. Um de seus principais expoentes, Antônio Camargo, sustenta que a doutrina contrária à ideia deve superar a dogmática positivista, voltar-se para fundamentos mais modernos e pensar em termos um sistema mais aberto como forma de enfrentar a criminalidade crescente e os novos desafios que a nossa sociedade impõe. A teoria da imputação objetiva seria esta alternativa doutrinária.

A teoria da imputação objetiva é separar a casualidade da ação efetiva do agente. Todavia, a grande crítica sofrida por esta norma está em saber que critério usar para este propósito. Quanto à sua relação com a rixa qualificada, observa-se na doutrina a sua viabilização quando se pondera que na hipótese de não se identificar os autores, todos responderão pela rixa qualificada apenas.

REFERENCIAS

BARRETO, Leonardo. **Direito Penal**, nov. 2011, 242 f. Notas de Aula. Digitado. Disponível em:<http://www.mestredosconcursos.com.br/news/home/material_apoio/direitopenal_leobarr_eto.pdf>. Acesso em: 10 de abr. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

GRECO, Rogério. **Direito Penal**: parte especial. 3ª ed. Niteroi:Impetus, 2007.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte especial dos crimes contra pessoas e dos crimes contra o patrimônio. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v.2

_____. “**A doutrina brasileira e a teoria da imputação objetiva—alguns posicionamentos.**”(2002).Disponível em:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11099-11099-1-PB.pdf>>. Acesso em: 31 mar 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 4ª ed. São Paulo: Método, 2012. Vol 2.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2012.

MENEGHETTI, Edson José. **Limitações ao poder punitivo do Estado**. Revista Impulso.UNIMEP editora. Vol 20, n. 50, p. 123-135.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. A Imputação Objetiva (quase) sem seus mistérios. ESMP. Caderno Jurídico - Abril/01 - Ano 1 - n.º 1.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, vol 1.

_____. **A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista-normativa**. Revista dos Tribunais. Vol. 839. p. 421. Set 2005a.

_____. **A imputação objetiva no direito penal brasileiro**. Ciências Penais. Vol. 3. p. 81. Jul 2005b.

TAVARES, Juarez. **Autoria e participação**. 2009. 36 f. Notas de aula. Disponível em:<http://www.juareztavares.com/Textos/apontamentos_autoria.pdf>. Acesso em: 27 mar 2014.