



EXPEDIENTE

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

(Rua Minas Gerais, 316 - Higienópolis - São Paulo/SP)

Diretor:

Rodrigo César Rebello Pinho

Assessores:

Dalva Teresa da Silva,
Francisco Antonio Gnipper Cirillo,
Ricardo Barbosa Alves
Waléria Garcelan Loma Garcia

Coordenador Editorial:

Ricardo Barbosa Alves

Capa, diagramação e revisão:

Rosana Sanches (MTb 17.993)

Impresso por:

Imprensa Oficial do Estado
(Rua da Mooca, 1.921)

“Caderno Jurídico” da ESMP
é trimestral, com tiragem
de 3 mil exemplares.

**TEORIA DA
IMPUTAÇÃO
OBJETIVA**

**TEORIA DO
DOMÍNIO
DO FATO**

ÍNDICE

Expediente.....	4
Participantes da obra.....	9
Apresentação.....	11
Introdução.....	15

Teoria da Imputação Objetiva:

<i>Breve Enfoque - Estrutura da Imputação Objetiva.....</i>	<i>21</i>
<i>A Imputação Objetiva (quase) sem seus mistérios - José Carlos Gobbis Pagliuca.....</i>	<i>35</i>
<i>O Comportamento da Vítima e a Teoria da Imputação Objetiva - Jairo José Gênova...41</i>	
<i>A Importância da Teoria da Imputação Objetiva na Evolução da Dogmática do Direito Penal - Luiz Otavio de Oliveira Rocha.....</i>	<i>53</i>
<i>Causalidade e Imputação Objetiva no Direito Penal - André Luís Callegari.....</i>	<i>73</i>
<i>O Declínio do Dogma Causal - Fernando Capez.....</i>	<i>97</i>
<i>Teorias da Causalidade e Imputação Objetiva no Direito Penal - Carlos Ernani Constantino.....</i>	<i>115</i>
<i>La Teoría de la Imputación Objetiva y la Normativización del Tipo Objetivo - Manuel Cancio Meliá.....</i>	<i>123</i>

Teoria do Domínio do Fato:

<i>Concurso de Pessoas - Os Conceitos de Autoria e participação e a Teoria do Domínio do Fato - José Francisco Cagliari.....</i>	<i>157</i>
<i>A Autoria no Código Penal e a Teoria do Domínio do Fato - Oswaldo Henrique Duek Marques.....</i>	<i>171</i>

PARTICIPANTES DA OBRA

André Luís Callegari, Advogado, Doutorando em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid, Membro da Comissão Redatora do Código Penal Tipo Ibero-americano, professor de Direito Penal na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, na Escola Superior Ministério Público do RS e na Escola Superior da Magistratura do RS.

Carlos Ernani Constantino, Promotor de Justiça no Estado de São Paulo; Professor de Direito Penal no curso de graduação da Faculdade de Direito de Franca/SP; Professor de Direito Penal no Curso de Especialização de Direito Penal da ESMP; Mestre em Direito Público pela Unifran-SP.

Fernando Capez, Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo, Professor de Direito Penal e Processo Penal do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

Jairo José Gênova, Promotor de Justiça em Marília, Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito de Marília e Mestrando em Direito Penal pela PUC-SP.

José Carlos Gobbis Pagliuca, 1º Promotor de Justiça da Capital, Mestrando em Direito Processual Penal, PUC/SP, e Doutorando em Direito Penal, UNED/Madrid.

José Francisco Cagliari, 19.º Promotor de Justiça da Capital, Assessor da Corregedoria Geral do Ministério Público, Mestrando em Direito Penal pela PUC/SP.

Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 73.º Promotor de Justiça Criminal da Capital e Doutorando pela Universidade Complutense de Madri.

Manuel Cancio Meliá, Professor no Curso de Doutorado e Professor Doutor (titular da área de Direito Penal) da Universidad Autónoma de Madrid, autor de vários artigos sobre imputação objetiva.

Oswaldo Henrique Duek Marques, Procurador de Justiça em São Paulo, Livre-Docente em Direito Penal e Professor Associado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

APRESENTAÇÃO

A Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, inaugurando recente parceria com a Imprensa Oficial do Estado, apresenta com grande satisfação o seu Caderno Jurídico, publicação inédita que terá periodicidade trimestral.

Objetiva-se, com este novo espaço editorial, fomentar a reflexão e o debate em torno de temas jurídicos momentosos. Este primeiro caderno é dedicado a duas propostas doutrinárias que têm provocado acalorados debates entre os estudiosos do Direito Penal: as teorias da imputação objetiva e do domínio do fato. Digna dos mais efusivos agradecimentos a contribuição dos profissionais que assinaram os artigos - todos eles destacados operadores do Direito em suas respectivas áreas de atuação, bem como na atividade acadêmica. Merece destaque a iniciativa de alargar nossas fronteiras, a fim de receber a honrosa contribuição da doutrina espanhola, especialmente avançada na temática sob enfoque.

Reafirma a Escola Superior o propósito inafastável de acrescentar algo ao patrimônio de conhecimentos dos membros da instituição, contribuindo para o seu aprimoramento intelectual, que, decerto, reverterá em benefício da coletividade, cada vez mais confiante no efetivo cumprimento das funções institucionais do Ministério Público.

São Paulo, abril de 2001.

Rodrigo César Rebello Pinho

**Procurador de Justiça,
Diretor do CEAF-ESMP**

INTRODUÇÃO

A teoria geral do crime sempre esteve sujeita a construções doutrinárias dos mais variados matizes. O *causalismo*, o *finalismo* e a *teoria social da ação* tentaram, cada um a seu tempo, fornecer subsídios para a solução dos mais intrincados problemas que desafiam a intervenção do Direito Penal.

Naturalmente, a relação de causalidade não poderia permanecer refratária a esse dinamismo doutrinário. No século XIX, as ciências naturais inspiraram a teoria da *condição* ou *equivalência*, que atribuía relevância a todos os antecedentes do resultado naturalístico. Mais tarde, von Kries, von Bar e Rümelin defenderam a teoria da *causalidade adequada*: dentre os inúmeros condicionantes do resultado, causa é o fator que, segundo a experiência humana, é mais apto a produzi-lo. Binding, Oetermann e Stoppato formularam a teoria da *eficiência*, segundo a qual considera-se causa a condição *mais eficaz* na produção do evento. Mezger e Beling eram sequazes da teoria da *relevância jurídica*, que extrapola o terreno da pura causalidade para ingressar no campo normativo. Antolisei e Grispigni apresentaram variantes da *causalidade adequada*: a *causa humana* e a *condição perigosa*.

No Brasil, como é sabido, a reforma penal de 1984 prestigiou a teoria da *equivalência dos antecedentes causais*. Este ideário, que von Buri transportou para o terreno jurídico (costuma-se atribuir a paternidade filosófica desta teoria a Stuart Mill; alguns, porém, creditam-na a Julius Glaser), causou forte impacto entre os cultores do Direito Penal, principalmente em virtude das comodidades práticas que proporciona: a ação causal pode ser facilmente identificada por meio de um mecanismo batizado de *processo de eliminação hipotética*. Os partidários mais obstinados da teoria da "*conditio sine qua non*" nunca vergaram ao peso das críticas dos que nela apontam o risco do "*regressus ad infinitum*": a teoria da equivalência se limita à causalidade *material*, que não prescinde da consideração da causalidade *subjetiva*; em outras palavras, a causalidade não determina, "*de per se*", as conseqüências jurídico-penais do comportamento humano: é preciso que haja culpa ("*lato sensu*").

Mas o tempo se encarregou de mostrar a insuficiência das mais variadas propostas teóricas para resolver toda a gama de problemas ligados à aferição do nexos causal. Surge, então, a *teoria da imputação objetiva*, prometendo suprir as múltiplas deficiências que a causalidade material encerra. Não é uma proposta nova. É originária das obras de Karl Larenz e Richard Honig. Tem mais de setenta anos, mas permaneceu no esquecimento por décadas. Foi resgatada por Claus Roxin e Enrique Gimbernat Ordeig, lá pelos anos sessenta. Espalhou-se pela Europa e, agora, alcança a América do Sul. Seus profíctes

festejam-na como teoria verdadeiramente revolucionária, vocacionada a promover, no futuro, uma autêntica reengenharia da teoria do delito. Trabalha com princípios ainda pouco explorados pela doutrina pátria: *risco permitido*, *risco proibido*, *incremento do risco permitido* e *finalidade protetiva da norma*, conceitos com os quais procura estabelecer critérios seguros para atribuir objetivamente a lesão de um determinado interesse jurídico à conduta de um indivíduo.

Alvorçados, certos operadores do Direito permanecem encastelados em suas fortalezas dogmáticas. Opiniões afoitas e superficiais, presas de uma disparatada imprecisão semântica, desautorizam a recém-chegada teoria tentando lhe irrogar uma suposta violação do princípio "*nulla poena sine culpa*", peça fundamental para a consolidação dos pilotes de um Direito Penal consentâneo com o Estado Democrático de Direito.

Um pouco mais lúcidos - conquanto vitimados por uma espécie de paranóia -, outros críticos vociferam que esta idéia não passa de mais um arroubo liberalizante forjado no rastro das tendências abolicionistas e minimalistas que campeiam na atualidade, e granjeiam cada vez mais prosélitos. Trata-se - aditam vozes ainda mais resistentes - de uma ferramenta caldeada no recôndito das sisudas academias germânicas, com ares tecnocráticos e distante anos-luz da dura realidade tupiniquim; em uma palavra, é um instrumento que não faz senão potencializar as possibilidades de absolvição, com o que fornece abundante combustível para a chaga da impunidade que empesteia a sociedade brasileira.

Para outros, tudo isso não passa de questiúncula bizantina; esta é uma temática que apenas reflete a velha mania brasileira de se deslumbrar com os modelos alienígenas; fruto de uma bem urdida estratégia comercial - disparam os críticos -, a clonagem da valetudinária concepção européia preenche uma significativa lacuna editorial, mas não oferece contributo positivo para melhorar a distribuição da justiça penal; ao contrário, serve apenas para mobilizar inutilmente o exército de neurônios de ponderável parcela dos estudiosos e operadores do direito criminal, que melhor fariam se empregassem sua energia intelectual examinando problemas verdadeiramente relevantes - como de fato os há, em profusão, no âmbito da dogmática penal e das ciências que lhe são correlatas.

Partidários do modelo sob enfoque contra-atacam: a teoria da imputação objetiva permite uma ampla revisão dos conceitos fixados pelas concepções clássicas, especialmente no campo da tipicidade; possibilita a reverência incondicional aos princípios constitucionais que norteiam o Direito Penal, além de caminhar "*pari passu*" com os princípios da insignificância e da intervenção mínima; e, de resto, dentre outras inúmeras vantagens, proporciona mecanismos inibitórios capazes de conter a voracidade acusatória de certos representantes da Justiça Pública. Enfim, a imputação objetiva representa, hoje em dia, um complemento à causalidade material, mas em breve ser-lhe-á o sucedâneo natural.

A *teoria do domínio do fato* passa por semelhante processo de aclimação à realidade jurídico-penal brasileira. Bem por isso, também merece trato mais grave e demorado. Contrária da teoria da imputação objetiva e com fortes raízes finalistas, esta concepção, também chamada de *final-objetiva* ou *objetivo-subjetiva*, é anunciada como ponto de encontro entre as demais teorias que discorrem sobre o concurso de pessoas. Promove sensíveis alterações na definição de autoria e participação, e aponta solução para algumas situações em que o agente, mesmo sem executar material e pessoalmente o núcleo do tipo, deve ser considerado autor, e não simplesmente partícipe.

Divergências à parte, ninguém pode negar que estas duas concepções constituem "*food for thought*". Seus mais abalizados arautos reconhecem que são idéias embrionárias - pelo menos em plagas terceiro-mundistas -, mas que, por isso mesmo, guardam vastíssimo e copioso manancial de pesquisa. Não é atitude sensata repudiá-las com a ferinidade da sátira, nem simplesmente agasalhá-las com um sectarismo irrefletido. Tampouco se espera que os operadores do Direito as recebam com ouvidos moucos ou permaneçam numa cômoda posição esquiva, como a do cético de que falava o geólogo escocês Charles Lyell: não acreditava na geologia porque não a tinha estudado, e não queria estudá-la porque nela não acreditava.

A dimensão que o debate em torno destas teorias vem alcançando nos círculos acadêmicos e forenses justifica uma investigação mais dilatada, até mesmo pela relativa escassez de trabalhos doutrinários versando especificamente sobre elas. Daí a razão de se lhes reservar, com exclusividade, as páginas deste caderno. A idoneidade intelectual dos autores permite categorizar estes trabalhos à conta de portentoso impulso nas interrogações e meditações que a temática suscita, num momento em que o Direito Penal recebe o influxo de um material legislativo falto de idéias previamente amadurecidas e de reflexões doutrinárias que, nem sempre, primam pela necessária e esperada profundidade.

São Paulo, abril de 2001.

Ricardo Barbosa Alves

**Promotor de Justiça
Assessor da Escola Superior do Ministério Público**

IMPUTAÇÃO OBJETIVA

José Carlos Gobbis Pagliuca (1)

BREVE ENFOQUE

ESTRUTURA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

No século XIX, o Positivismo jurídico adotou o princípio natural do *consequente* em razão de um *antecedente* preciso e determinado. Entretanto, mais tarde, já no século XX, novas doutrinas se projetaram contra tal afirmação, criando outras probabilidades, fazendo crer que a causalidade estava unida a um juízo de probabilidade, nascendo assim, as escolas da causalidade adequada e da relevância típica, dentre outras.

A fim de se evitar os desacertos, dúvidas e métodos artificiais de causalidade de tais escolas, surgiu a teoria da imputação objetiva, com o fim de "verdadeira alternativa para a causalidade." ¹ A imputação objetiva deseja substituir o dogma causal material por uma relação jurídica (na norma) junto da conduta e do resultado. Procura a solução, de caráter normativo, para determinação de um resultado criminalmente relevante sobre determinada conduta ².

A teoria da imputação objetiva foi desenvolvida para superar as dificuldades da concepção final do injusto. Desde 1970, empreendem-se estudos no universo do Direito Penal para desenvolver um sistema jurídico-penal eficiente e justo. Com este pensamento, se chegou à valoração político-criminal da dogmática jurídico-penal.

Assim é que a teoria da imputação objetiva germinou com os pensamentos de Hegel, onde somente seria possível diante de um evento naturalístico se realizados pelo próprio autor do fato ³.

Certamente, somente as conseqüências da conduta do autor que modificam o mundo exterior podem, assim, ser àquele imputadas. Ou melhor, a responsabilidade do autor se encerra nos limites de sua atuação, nada mais.

¹ Juan Bustos Ramirez, *La imputación objetiva, Teorías actuales en el Derecho Penal*, B. Aires, 1998.

² Nelson R. Pessoa, *Imputación objetiva y el concepto de acción, Teorías actuales en el Derecho Penal*, B. Aires, 1998.

³ *Princípios da filosofia do direito*, Lisboa, 1990.

A teoria da imputação objetiva considera as propriedades objetivas da conduta e envolve a discussão acerca da causalidade. Não obstante, além de observar os critérios da causalidade, ainda identifica a importância jurídica do fato, e, assim, realiza atividade valorativa. Por conseqüência, a relação de causalidade não é tão apenas a primeira exigência da imputação objetiva, pois se completa com a verificação da imputação jurídica entre a conduta e o resultado. Tal relevância do fato é apurada caso este tenha produzido situação de risco não autorizado ao bem jurídico e este risco tenha produzido uma situação proibida e se tenha tornado um resultado danoso ⁴. Na verdade, se diz que a imputação objetiva tem dois elementos básicos: a criação de um risco juridicamente não aprovado e a realização de tal risco com infração à norma ⁵.

Assim, a imputação objetiva analisa a tipicidade do fato sob a perspectiva de um tipo penal de conteúdo valorativo. Os critérios fundamentais para a imputação são os padrões normativos em virtude de decisões político-criminais ⁶. Conclui-se, pois, que o tipo outorga significação social às condutas e é em seu conteúdo normativo que a imputação objetiva tem discussão, com função limitadora para o alcance da proibição penal ⁷.

Imputação objetiva não representa "responsabilidade penal objetiva" porque esta determina ao autor do fato sua responsabilidade, ainda que não haja atuado com dolo nem culpa, não ingressando na culpabilidade ampla. Também não é "imputabilidade penal", que é a capacidade do autor diante de seu caráter de querer e compreender o fato delinqüente. Trata-se, sim, de se imputar a uma pessoa a realização de uma conduta criadora de um risco ou perigo proibido ou de provocação de um resultado jurídico ⁸.

A imputação objetiva não está unicamente preocupada com os fatos, mas também com os bens jurídicos que o Direito Penal tem por meta proteger. Pretende estabelecer a causalidade não no âmbito físico, porém no limiar normativo e valorativo da conduta humana ⁹.

Para a imputação objetiva a conduta e o resultado são de responsabilidade do autor nas ocasiões em que a conduta tenha criado um perigo jurídico a um bem jurídico, o risco estabeleça um resultado, não apenas material, mas sim normativo e o resultado tenha proteção por norma penal ¹⁰.

⁴ Gunther Jakobs, *Derecho Penal*, Madrid, 1997.

⁵ Yesid Reyes Alvarado, *La imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1996.

⁶ Juan Bustos Ramirez, *La imputación objetiva*, *Teorías actuales en el Derecho Penal*, B. Aires, 1998.

⁷ Nelson R. Pessoa, *Imputación objetiva y el concepto de acción*, *Teorías actuales en el Derecho Penal*, B. Aires, 1998.

⁸ José M. R. Devesa y Alfoso S. Gómez, *Derecho Penal español*, Dickinson, Madrid 1994.

⁹ Nesse sentido veja-se Damásio E. Jesus, *Imputação objetiva*, Saraiva, São Paulo, 2000.

¹⁰ Paz M. C. Aguado, *Tipicidad y imputación objetiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

FINALIDADE DA CONDUTA

Sob a teoria da imputação objetiva, o resultado é totalmente normativo. Se a vontade de atuação não é típica, não interessa ao Direito Penal ¹¹. A imputação objetiva se prende à intencionalidade ou à finalidade, mas somente à conduta em sentido naturalístico. Ou seja, àquela que seja de interesse ao Direito Penal, reprovada como de autoria de seu autor. Não se consideram as questões subjetivas do autor, mas sim, se as expectativas sociais foram prejudicadas com o comportamento do autor. Bem assim expõe Marcelo A. Sancinetti: "a idéia de que a teoria da imputação objetiva é incompatível com uma concepção subjetiva do ilícito não é correta. A missão de estabelecer os princípios complementares para a interpretação do tipo (objetivo) que cabe à imputação objetiva não diz nada acerca de se o ilícito está constituído pelo dolo, pela imprudência, ou por eles, mas pela realização do tipo no mundo exterior." ¹²

PRESUNÇÃO DE PERIGO

Os denominados crimes de perigo surgem em razão da sociedade humana cujos comportamentos, pelas relações sociais, exigem certos freios de controle. Contudo, os crimes de perigo não alteram o mundo exterior, mas sim, se completam com a singela colocação de bens jurídicos à determinada situação de risco. Nesta situação, temos os crimes de perigo concreto e abstrato. Os dois fazem parte da mesma proteção, uma vez que o perigo não apenas se manifesta com a efetiva possibilidade de dano, como também de situações nas quais se aumentam as possibilidades de lesão.

"O juízo de perigo coincide basicamente com o juízo de previsibilidade objetiva. Trata-se de um juízo *ex ante*, pois *ex post* se o resultado não se produziu é porque não concorriam as condições necessárias para ele. A ação não era perigosa. O juízo tem que ser realizado por uma pessoa inteligente (o juiz) colocada na posição do autor, no momento do começo da ação e tendo em vista todas as circunstâncias do caso concreto conhecidas por essa pessoa inteligente, mais as conhecidas pelo autor (saber ontológico) e a experiência comum da época sobre os cursos causais (saber nomológico). Se a produção do resultado aparece como não absolutamente improvável (como no juízo de causalidade)

¹¹ Claus Roxin, *Problemas básicos de derecho penal*, Reus, Madrid, 1976.

¹² Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva, *in Teoría de la imputación objetiva*, Univ. Ext. Colombia, Bogotá, 1998.

dade adequada), a ação era perigosa. Não basta, pois, com que o resultado fora objetivamente previsível mas tampouco é necessário que a produção do resultado apareça como provável." ¹³

CAMPO DE ATUAÇÃO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A todas as infrações penais é possível a aplicação da teoria da imputação objetiva. Bem certo que o caráter da idéia da teoria tem aplicação nas conseqüências dos resultados naturais, mas não somente a estes, como também em situações onde seja viável se ver risco a todas condutas sociais não adequadas, nas hipóteses em que seja claro o risco não autorizado. Assim, estão abrangidos os crimes formais.

Também não é correto dizer unicamente útil a imputação objetiva para os delitos culposos. Tal idéia é errada, porque sempre se postula resolver grandes problemas da culpa com a imputação objetiva, mesmo porque, a criação de riscos com esta modalidade de crime é muito mais freqüente. Todavia, não se pode esquecer que na conduta dolosa também sempre há a ação ou omissão desaprovada. Assim explica Yesid Reyes Alvarado: "...a teoria da imputação objetiva, como determinadora do injusto do comportamento, é aplicável a todos os tipos da parte especial, isto é tanto aos delitos de resultado como os que encerram perigo, por igual aos ilícitos dolosos e culposos." ¹⁴

Escreve da mesma forma Wolfgang Frisch: " Mas também quando o autor atribui à sua conduta somente a possibilidade da produção do resultado - como nos casos de dolo eventual - se tratará normalmente de criações de riscos desaprovados, ao menos quando o autor parte de riscos que normalmente se intenta evitar, e sua representação coincida com a realidade; é dizer, quando não se trate, precisamente, de um caso de erro." ¹⁵

IMPUTAÇÃO OBJETIVA E CAUSALIDADE

A causalidade ou nexos causal é uma idéia muito complexa. Tudo que leva ao resultado se apresenta, filosoficamente, como causa. E, ademais, são iguais e num mesmo plano. Sem embargo, para o Direito Penal, tal conclusão não pode ser absoluta, porque não leva a um ponto determinante da responsabilidade. Segundo Juarez Tavares, não

¹³ José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español, P. General*, II, Tecnos, Madrid, 1999.

¹⁴ *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1996.

¹⁵ *Tipo Penal y Imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995.

existe critério perfeitamente verdadeiro para a identificação da relação de causalidade penal, pois que o Direito Penal não é físico, mas sim, normativo.¹⁶ É necessário um ponto de integração entre a filosofia da causa e a relação jurídico-penal. A doutrina criou duas principais teorias para explicar a causalidade, nenhuma dessas perfeitas ou ideais, senão com outros métodos de interpretação. Apenas para recordar, são as teorias da equivalência das condições e da causalidade adequada. Frisch diz: "A teoria da equivalência teve, por certo, temporalmente grande influência, porém finalmente não pode impor-se se quer na doutrina. A jurisprudência deixou desde o princípio constância de que qualquer condição necessária para a produção do resultado era causal no sentido dos delitos de resultado. Segundo a chamada teoria da equivalência, que trata todas as condições como equivalentes (e por isso leva esse nome), qualquer que haja fixado uma condição necessária para a produção do resultado causa o resultado de maneira típica."¹⁷

A responsabilidade da produção do resultado jurídico-penal relevante se impõe em duas etapas; uma, em casos de crimes materiais com a relação causal empírica e a outra, se vê a atribuição da consequência normativa do resultado e a conduta de seu autor.

Ainda hoje, muitos casos colocam problemas já normativos e em fixação de fatos que se qualificam em situações difíceis e são resolvidos com fórmulas causais modificadas. São os casos de concorrências causais, de modo que se pode eliminar uma sem que isso leve à eliminação do resultado. A problemática da causalidade se soluciona em parte, com uma modificação causal das fórmulas teóricas, ou também, com soluções diante da culpabilidade. Isto afeta, contudo, a imputação objetiva ou subjetiva do resultado, pois a o problema da causalidade há de solucionar-se segundo as considerações especificamente normativas. A consideração normativa da causalidade deve ser tratada sob a ótica da imputação objetiva, já que oferece possibilidades de eliminação de soluções pouco convincentes, antes verificadas no âmbito da culpabilidade somente, nem sempre com soluções não imperfeitas.

Não se pensa mais atualmente, que a consequência do resultado é imputável ao autor simplesmente porque havia nexos causal da conduta. O resultado é fruto de um perigo criado injustamente e proibido pelo tipo normativo.

¹⁶ As controvérsias em torno dos crimes omissivos, R. Janeiro, 1996.

¹⁷ *Tipo Penal y Imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995.

Na conexão da criação do perigo desaprovado a pessoa que haja dado causa deliberadamente poderá ter a responsabilidade porque produziu de modos causais resultados típicos e previsto como certa aquela produção. Na culpa estrita o risco é qualificado se desaprovado quando exige a observância das regras de diligência correspondentes para impedir tais riscos. Nesse rumo, perfeitas as palavras de Gunther Jakobs: " A conexão entre risco e resultado não oferece especiais dificuldades na medida em que os distintos riscos somente um esteja representado no curso causal como condição: este serve como explicação." ¹⁸

O RISCO PERMITIDO

A imputação objetiva somente admite a responsabilidade do resultado caso a criação do risco desaprovado colocou em perigo o bem protegido juridicamente. Não obstante, alguns bens estão sempre em estado de risco e, neste caso, a imputação objetiva será correta se aumentado o risco existente ou ainda, criado outro perigo até então inexistente.

Em resumo, a conduta está sob a imputação objetiva apenas nas situações em que ultrapassa o limite do risco permitido. Como diz Jakobs, "a presente exposição unicamente se refere à permissão daquele risco que necessariamente se acha vinculado à configuração da sociedade; se trata, por tanto, de uma concreção da adequação social. Aqui não se levam em consideração as situações de justificação. O risco permitido não resolve uma colisão de bens, senão que estabelece o que são suposições normais de interação, já que a sociedade - cujo estado normal é o que interessa aqui - não é um mecanismo para obter a proteção de bens, senão um contexto de interação." ¹⁹

Em concreto, se a conduta desaprovada do autor fizer crescer a possibilidade da realização do resultado danoso junto do risco já permitido, haverá imputação objetiva. Senão, faltarão a tipicidade objetiva.

O ainda, como mais uma vez explica Jakobs, se deve comparar os custos e benefícios. ²⁰ Ademais, os riscos permitidos são frutos da sociedade adequada socialmente, pois que o adequado se legitima pelo Direito, de forma histórica, na própria evolução social. O Direito faz o desenho do que é adequado socialmente e esse controle. São as normas jurídicas que estão em auxílio da sociedade.

A exigência do perigo injusto é o requisito central da imputação do resultado, como

¹⁸ *La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1999.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Ibidem*.

pressuposto da conduta típica dos delitos de resultado. Tais riscos são todos de uma qualidade específica da conduta, a qual possui idoneidade para produzir o resultado sob alguns pressupostos. A implicação do risco é a tipicidade relevante e constitui a base da proibição.

Importante é que o incremento do risco somente será considerado depois do fato ocorrido. Assim, devem ser avaliadas todas as circunstâncias do fato conhecidas para a consideração do incremento do perigo pelo autor. (Ex: um carcereiro, ao colocar determinado preso numa cela coletiva, diz a esse preso, logo após trancá-lo: "você é cagueta, hein!", em voz alta, de modo que outros presos também ouçam. Mais tarde, esse preso é morto pelos companheiros de cela. Não há dúvida que o carcereiro incrementou, com sua conduta - o comentário -, o risco de perigo de vida àquele preso - caso real da Comarca da Capital.

O risco permitido faz parte do mundo natural do homem, sendo que o risco proibido é aquele mesmo risco, que, porém, socialmente figura-se contrário ao ordenamento. Assim, dirigir um veículo sempre possui uma determinada carga de perigo, quer para transeuntes, quer para passageiros, sem que, contudo, tal condução seja ilícita pelo ordenamento jurídico. Porém, caso essa direção venha a causar danos, em face de condutas incompatíveis (como velocidade acima do permitido, condução em estado de embriaguez, ultrapassagem em pontes...), aí sim, a genuína conduta perigosa, mas tolerada *ex ante* torna-se alvo para o seu desvalor, e, portanto, objeto de ação e resultado. Assim também, um determinado brinquedo de parque de diversões que, a princípio, embora perigoso porque gira muito forte e à grande altura é permitido e tolerado, poderá ser, caso acionado de forma irregular por seu operador, e obter velocidade que dá causa a um acidente lesionando seus ocupantes, tornar-se, em razão da aquela conduta do operador, um risco proibido, ficando tão apenas essa conduta sob a égide de apuração para responsabilidade penal.

ALTERAÇÃO DO RISCO EXISTENTE

Unicamente, a modificação do perigo já existente não é campo relevante juridicamente para a imputação objetiva. Isto é, se a situação de risco não ultrapassa a tolerância da desaprovação, inexistem bem juridicamente relevante a ser protegido. Em tais casos, os resultados se ocorridos, ainda que sem o comportamento diferente, falta, sob a teoria da imputação objetiva, a realização do resultado, do risco desaprovado, ou a inobservância do cuidado, e, assim, foge a responsabilidade pelo resultado lesivo. Doutra banda, a alteração do risco que permite a imputação objetiva somente é aquela que estabelece nova forma de risco em suplementação à primeira. Uma pessoa que haja laborado

infringindo o cuidado normativo e criando o risco desaprovado, mas o resultado se produzira do mesmo modo que o agente satisfazendo as exigências de cuidado, não pode ser reconhecido como autor e, portanto, excluída da imputação objetiva. Exemplo: um motorista com seu filho infante a bordo do veículo, dirige por uma rua movimentada, em alta velocidade. A criança põe um dos braços para fora e é colhida por uma motocicleta que passava rente ao carro pela criança ocupado, lesionando-a seriamente. O pai não responde pelo fato, pois que, mesmo se estivesse em velocidade menor, o resultado de igual modo se daria.

A CRIAÇÃO DO RISCO DESAPROVADO

É reconhecido na doutrina que a conexão causal entre a vontade e o resultado não é tudo para a fixação da responsabilidade pelo fato. Assim, a teoria da imputação objetiva criou um novo sistema para a base da responsabilidade, justamente, o risco desaprovado. Seguramente, a determinação da imputação objetiva está apoiada na realização do risco não permitido e seu resultado diante do bem jurídico. Assim, a conduta somente poderá ser imputada ao criador do fato se possível uma situação de risco desaprovado e em colocação do bem jurídico sob este perigo. Sem embargo, nem sempre a situação de risco é desaprovada ao Direito e, por isso, se necessita verificar as ocasiões em que isso possa ocorrer.

Como ensina Frisch: "Provavelmente não requer largas explicações a constatação de que o círculo de modalidades de comportamento, identificadas deste modo, é ainda enormemente amplo. Se todo comportamento que está afetado de tais riscos fora proibido no interesse do mundo dos bens, faltaria muito pouco da liberdade de atuação do indivíduo. Se se quer manter essa liberdade num modo adequado, se requer, dito de outro modo, uma limitação muito mais forte do círculo dos sucessos ou formas de conduta, até agora descritos." ²¹ (Ex: o traficante que vende narcóticos ao viciado que, em face do uso da substância vem a cometer um delito, não poderá ser responsabilizado por esse delito, porque, embora tenha criado um risco (alteração da intelectualidade do consumidor), não teve vontade (tipo subjetivo) na conduta delinqüente do viciado.

AUTOCOLOCAÇÃO SOB PERIGO

²¹ *Tipo Penal y Imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995.

A autocolocação sob perigo existe nas ocasiões em que alguém efetua fatos que estabelecem uma situação de perigo para si próprio ou se expõe a um perigo já ocorrente. A autocolocação não afeta a imputabilidade do resultado, senão a conduta de terceiro como comportamento tipicamente proibido. Os casos de autocolocação sob perigo e a responsabilidade da vítima pelas conseqüências são apenas o reverso, já que a conseqüência da ausência de tipicidade a determinadas condutas de terceiros devido à limitação da proteção típica que se produz, tendo em vista a conduta subsequente ou simultânea do ofendido e não a sua vez a razão da impunidade de terceiro.

A participação do ofendido pode ter favorecido o partícipe a uma ação perigosa e lesiva ou a ela tê-lo induzido. Ou o partícipe pode ter possibilitado uma conduta autopeligosa em razão da entrega de coisas ou motivado a vítima mediante sua atuação a uma conduta por si só perigosa. Exemplo: a vítima, sabedora das péssimas condições de uma determinada embarcação, toma-a alugada de outrem para atravessar um curso d'água, sendo que, no trajeto, o barco faz água, resultando na morte do ofendido (sem embargo, nessa situação, há certa divergência doutrinária). Comum também o passageiro dum automóvel que não usava cinto de segurança e, em razão de colisão, vem a se ferir. O motorista não deve ser responsabilizado por não exigir ou zelar, de forma ampla, a utilização daquele equipamento - (trata-se de cuidado objetivo).

A IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Dentre algumas situações de risco permitido, às vezes, há a atuação em conjunto de duas ou mais pessoas no fato e em sua resolução. Não é lícito se afirmar que todas as pessoas atuam corretamente, porque determinadas situações levam-nas a cometer erros. Contudo, as outras que se comportam adequadamente, esperam que as demais também assim o façam. A sociedade, como um todo, tem em mente que as pessoas ajam consoante os comportamentos sociais adquiridos, não sendo tais, comportamentos desaprovados. Como ensina Juarez Tavares, "salvo em hipóteses de ação conjunta e vinculadora, ninguém em princípio, deve responder por ações defeituosas de terceiros, mas sim, até mesmo pode confiar em que atendam todos os outros aos respectivos deveres de cuidado." ²²

Por isso, a responsabilidade penal de um indivíduo somente existe por seu único comportamento, nunca pelo dos demais.

²² *Direito Penal da negligência*, RT, São Paulo, 1995.

Toda a sociedade é composta por situações de riscos permitidos, que fazem parte do modelo normal dos meios de vida, sem os quais essa sociedade não poderia desenvolver suas atividades. Nesse rol de atividades, estão, por exemplo, a circulação de veículos, a navegação aérea, os contatos pessoais, o compartilhamento do trabalho e muitas outras situações envolvendo mais de uma pessoa na elaboração dos fatos. Assim, p. ex., uma pessoa que causa lesão culposa em outra pode esperar que esta não venha a morrer porque não teve o cuidado devido quando do atendimento hospitalar. Espera-se, de quem quer que seja, que o atendimento seja de acordo com a diligência médica da melhor forma possível.

PROIBIÇÃO DE REGRESSO

O que denomina *proibição de regresso* não nasceu com a imputação objetiva. Já era conhecido na relação de causalidade, nas ocasiões em que era possível se imputar ao agente de um comportamento a responsabilidade pela conduta de terceiro, sendo que o primeiro agente deveria ter agido de forma culposa e o terceiro cometido um fato típico doloso. Com a imputação objetiva, não há necessidade causal entre a conduta do sujeito *ex ante* e de quem recebe o destino daquela conduta. Isto porque se entende que o comportamento anterior tem um caráter inócuo, já que estereotipado por cursos normais de conduta.

O autor não pode, por si, modificar o significado do comportamento, eis que o terceiro assume com o autor, uma conduta comum a todos, restrito ao próprio curso de vida daquele autor. Ou seja, o autor não integra os intentos delinquentes do terceiro infrator.

É o caso, por exemplo, do taxista que leva Alfa, a pedido deste, numa corrida normal, até onde está Beta, sendo que, no local, Alfa mata Beta, pois ali fora apenas para isso. Ou ainda, aquele que empresta uma ferramenta a um vizinho, que, com aquela, destrói patrimônio alheio, mesmo se conhecendo tal possibilidade.²³ Verifica-se, portanto, que a conduta do autor era absolutamente normal e inócua por si (conduta socialmente *standart*).

Dessa forma, tais comportamentos não podem ser considerados como co-autoria ou participação. Não se discute a relação de causalidade entre a conduta do autor e o

²³ La imputación objetiva en Derecho penal, Civitas, Madrid, 1999.

delito do terceiro, já que existe, em princípio, atipicidade no antecedente. Nem mesmo se pode considerar a regressão nas hipóteses em que o agente saiba que o resultado de sua conduta servirá de base para um crime futuro, já que não tem domínio do fato e nem mesmo certeza da infração por parte do terceiro.

O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Dado que o Direito, além de seu poder de coação, deve também, possuir significado a dizer se em determinado caso, houve ou não lesão a um direito. Alguns bens jurídicos estão afetos isoladamente ao consentimento de seu titular acerca de serem ou serem molestados. Nem sempre a norma é plena sob o ponto de vista normativo ou dogmático. Tem o titular do direito resguardado, às vezes, possibilidade de escolher se seu direito foi ou não foi violado. A relação dogmática entre tipicidade e justificação reside numa análise do respectivo tipo de injusto e de elementos valorativos extratípicos, os pressupostos materiais da eficácia do consentimento dependem do valor sobre o que dispõe seu titular, independentemente de que este seja típico ou extratípico.

Sob esse ângulo, pode ser que o ofendido se ponha em perigo por sua própria vontade, fazendo com que o autor realize um fato considerado desaprovado juridicamente. Tratam-se, pois, de bens chamados disponíveis. Entretanto, a vítima pode consentir com o risco criado por conta do autor, mas não possuir o bem disponível para aquela situação. É a pessoa ofendida quem deve atuar em último posto já que a ela "reside o domínio da decisão acerca de se o fato se leva a cabo ou não." ²⁴ Assim, não seria típica a conduta de quem amputa determinado membro de outrem, a pedido deste - (a Lei 9.099/95 já admite, em menor grau, parcialmente, tal consentimento). Também num caso de furto em residência, onde o larápio ingressa no imóvel e dali subtrai determinado aparelho de som. A casa estava vazia e a polícia foi acionada por um astuto vizinho. O rapino é preso na rua com o som, sendo, após, chamada a vítima. Esta diz à autoridade de polícia: "eu não me senti prejudicado patrimonialmente, porque esse aparelho era bem velho e não funcionava, não tinha até, mais conserto, iria jogá-lo fora. O ladrão me fez um favor, desocupando lugar". Assim, veja-se, o bem jurídico não foi, subjetivamente lesado, embora, objetivamente o fora. Daí porque, o positivismo tem também suas grandes máculas. É um caso a se pensar!

CONCLUSÕES DAS VANTAGENS E UTILIDADES

²⁴ Beatriz G. Vallejo, *Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva*, Colex, Madrid, 1995.

- A imputação objetiva abrange todos os crimes quanto à causalidade material (resultado);

- A problemática do dogma causal pode ser aplicada a qualquer infração;

- Permite *ex ante*, que se verifiquem condutas perigosas que já podem ser avaliadas antes da apreciação judicial;

- Proporciona ao Ministério Público a possibilidade de operar com o incremento do risco e a proibição de regresso;

- Facilita a defesa com um novo elemento do tipo, de valoração da relação causal, ou ainda, segundo outros doutrinadores, novo elemento de caráter normativo, não naturalístico.

- Constitui, portanto, um instrumento para, em futuro breve, tomar lugar sobre a causalidade material, sendo, atualmente, objeto de amplos estudos doutrinários e hermenêuticos. Possui críticos e admiradores. Não está esgotada, muito menos nas linhas acima desenvolvidas. Está aberta a discussões, porque não totalmente concluída ou esgotada. Permite inúmeros complementos, discussões e esclarecimentos. É jovem, embora sua elaboração remonte há mais de sessenta anos.

No Brasil, é uma criança desconhecida. Agora começa a caminhar passo a passo. Temos muita satisfação e voluntariedade em seu estudo, porém aos poucos. A causalidade brasileira está unida à causalidade condicionada, não sendo tarefa a colocação da imputação objetiva aos fatos reais.

Assim, cada vez mais, com a teoria em desenvolvimento, será possível sua melhor compreensão, para, definitivamente, adoção ou quem sabe, rejeição.

José Carlos Gobbis Pagliuca

José Carlos Gobbis Pagliuca (2)

A IMPUTAÇÃO OBJETIVA (QUASE) SEM SEUS MISTÉRIOS

Atualmente, muito se tem comentado sobre a doutrina penal da Imputação Objetiva, notadamente no direito europeu, com relevância sobre o germânico, austríaco, suíço e espanhol, bem como, com menor ênfase no italiano. Apresenta-se também em países América do Sul, com nuança acentuada na Colômbia. E, como não poderia deixar de ser, tal estudo reflete-se também no Direito Penal brasileiro, que, por tradição, recebe, hoje mais do que nunca, influência direta e acelerada, das modernas escolas européias.

Não obstante ser o tema de apreciação atual, seu nascedouro remonta ao século XIX, sendo principiado pela filosofia hegeliana. Porém, a verdadeira passagem jurídica de tal pensamento, de fato, somente foi mais bem aprofundada pelo Direito Penal na década de trinta, já no século XX, por intermédio das obras de Richard Honig (*Causalidade e Imputação Objetiva*) e Karl Larenz (*A teoria da imputação em Hegel e o conceito de imputação objetiva e, mais tarde em Metodologia da Ciência do Direito*). Sem embargo, à época, tais compêndios não modificaram a estrutura da imputabilidade causal com o efeito que se esperava. Por sorte, pelos idos de 1970, Claus Roxin deu novo impulso às teorias de Honig e Larenz, aclarando os conceitos e tornando-os mais aperfeiçoados ao Direito Penal, a partir da obra marco para a reformulação do pensamento dogmático-penal denominada *Problemas básicos de Direito Penal*. De igual modo se posicionou Gunther JaKobs com *Direito Penal, Parte Geral e La Imputación objetiva em Derecho Penal*.

Assim, chegou-se aos conceitos atualmente estudados acerca do que venha a ser a imputação objetiva. Não se trata de nada resolvido ou indefectível, mesmo porque a matéria, embora estudada eficientemente há quase 30 anos, não chegou ao esgotamento, quer doutrinário, quer prático, este ainda em fase embrionária, mesmo no velho continente. Por isso a sedução que o tema traz. Existe, assim, a possibilidade da convivência com o instituto, fazendo a dinâmica do Direito Penal ser sentida por quem o vive e o faz.

Na verdade, o que se pode, aqui, é traçar limitadas linhas sobre o que vem a ser o que se chama então, de imputação objetiva. Procura-se apenas demonstrar, de forma

sintética e sistematizada, tão somente idéias para, de uma vez por todas, se tirar o ranço de temor pelo que representa o monstro desconhecido, verificando, em verdade, que o assunto não é tão assustador, se tratado com o devido conhecimento de causa. Não se trabalha sobre doutrina abolicionista ou abstrativista, nem mesmo o popular "não se pune ninguém com esta teoria". Labora apenas, com a causalidade devida.

Assim é que a teoria construtiva da imputação objetiva viabiliza condutas (ação ou omissão) que possam ser consideradas como evento de resultado naturalístico geradas pelo próprio autor do fato. Ou seja, responsabiliza-se o agente até o limiar de sua conduta, excluindo as alterações resultantes das consequências além daquela.

Para que se possa estabelecer a possibilidade de que isso ocorra, deve-se incluir a produção de um perigo não permitido pela finalidade asseguradora da norma, dando-lhe um conceito axiológico a fim de se comparar o sentido valorativo da conduta e o evento naturalístico produzido.

A relação de causalidade porém, não é requisito singular para a imputação objetiva. Por isso necessita-se do conteúdo valorativo (injusto) da norma. Daí porque, se afirmar que o supedâneo para a existência da imputação objetiva é a causalidade relevante ou causalidade típica. Quer dizer, o nexu causal deve estar entrelaçado com a injustiça do conteúdo do tipo entre a conduta e o resultado e a relevância jurídica desse resultado, ocorrendo, de tal sorte, um risco não autorizado pelo Direito. Portanto, o risco jurídico injusto deverá ser aquilatado com ponderação entre o injusto, a conduta e a norma, observadas as proporcionalidades da ofensa ao bem jurídico. Assim, resumidamente, para a imputação objetiva a causalidade que importa é aquela que estabeleça um nexu causal entre a relevância jurídica entre a conduta e o resultado decorrente.

A relevância deve existir para a imputação objetiva se a criação do risco proibido pela lei for produzido e tenha se transformado em resultado lesivo. Em suma, afirmam os mestres que a imputação objetiva se constitui, basicamente, de dois componentes básicos: a elaboração de um risco juridicamente impróprio e a materialização desse risco, não necessariamente com resultado material, mas sim, como ataque às normas (para se poder alcançar os crimes sem resultado).

A despeito, como a imputação objetiva é essencialmente normativa (valoração do tipo), apenas poderá ser imputável o resultado voltado para uma finalidade ilícita. Dando-se maior elastério a tal proposição, afirma-se que não se pode imputar um resultado socialmente lesivo se tal não estiver atado a uma finalidade socialmente inadequada ou injusta.

Disso decorre que a imputação objetiva seleciona, entre as condutas de evento naturalístico, aquelas que interessam ao Direito Penal, consideradas reprováveis pela

conduta de seu autor e o risco ao bem jurídico.

Destarte, como já acima pincelado, a imputação objetiva se aplica aos crimes de resultado (materiais), como também aos formais e de mera conduta, uma vez que a fundamentação da tipificação reside na criação do risco não autorizado, na medida em que a conduta delituosa fere bem jurídico socialmente considerado relevante.

No que tange à causalidade, a imputação objetiva vai mais além que a mera determinação entre a modificação natural do mundo exterior e o pressuposto para a responsabilização penal. Exige a vinculação normativa entre o evento e o resultado, de forma a tornar viável a responsabilização em face da inevitabilidade da criação do risco, levando-se em conta que, nas condutas omissivas, deva existir elemento normativo incutindo ao agente dever de evitar o resultado.

Notadamente por isso, a moderna imputação objetiva apenas considera a responsabilização se o evento considerado delito tiver origem em criação de risco juridicamente desaprovado. Tal critério é o denominado incremento do risco permitido, de sorte que a imputação objetiva somente será lícita se comprovado ter o agente elevado ou criado risco anteriormente inexistente ao bem jurídico tutelado. Feito isso, exclui-se a imputabilidade se o resultado, mesmo que sem a observância dos cuidados devidos não pudesse ser evitado.

Por outra banda, a modificação do risco permitido ou tolerável não pode, unicamente, ser considerada para a imputação objetiva. Não são consideráveis as alterações exteriores, senão as que estabeleçam outras situações de risco em substituição a uma já existente, não aquelas que meramente criem variações ao perigo.

Ainda sobre os riscos, não se cogita em considerar injusto a criação de riscos socialmente permitidos, mesmo que tais riscos sejam juridicamente relevantes, porque a realização do perigo é tolerada no seio social.

Nessas situações, não há espaço para a imputação objetiva, eis que falece o juízo sobre o desvalor da conduta criadora do risco, uma vez que previamente tolerada ou permitida pelo comportamento social.

Por outro lado, ainda sobre o risco tolerável, não se pode, por todo, considerar o consentimento do ofendido e autocolocação em perigo como excludente da imputação. Apenas exclui-se a imputação objetiva nos casos em que os bens jurídicos possuam ampla possibilidade de disponibilidade, onde os direitos em conflito possam autorizar o comportamento danoso.

Deveras, a teoria da imputação objetiva é uma galáxia, onde centenas de constelações brilham e se apagam porque, isoladamente, deve-se analisar caso a caso

diante dos resultados naturalísticos, a fim de se enxergar com precisão a adequação do fato, não se pretendendo generalizar os critérios de imputabilidade e responsabilização, já que, como nascedouro de situações hipotéticas, se pode, com prática e suficiente conhecimento, limitar o alcance da causalidade, bloqueando-se a expansividade para algumas situações, com o verdadeiro intuito de se punir pelo risco produzido e não permitido e não apenas pela relação do "é porque é".

José Carlos Gobbis Pagliuca

Jairo José Gênova

O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

1. INTRODUÇÃO

Na Teoria do Crime, um dos mais antigos e intrincados problema é o da relação de causalidade, o elo entre a conduta humana e o resultado material, a aferição da "causa" do resultado. Basileu Garcia afirma que "causa" é a energia criadora do resultado. Este, entretanto, sempre advém graças à conjugação de múltiplos elementos, próximos ou remotos. Daí surgirem diversas teorias, visando precisar a noção de causa, investigando e debatendo acerca do maior ou menor realce a ser conferido a umas ou outras forças produtoras do evento¹.

O Código Penal pátrio adotou a teoria da "*conditio sine qua non*", que atribui relevância a todos os antecedentes do resultado naturalístico. Na maioria dos casos, a aferição do nexu causal é simples, mas há fatos que se apresentam com grandes dificuldades para a fixação da relação causal, principalmente quando surgem as chamadas "concausas".

Outro tema complexo dentro da Teoria do Crime é o consentimento e a conduta do ofendido. Na doutrina clássica, o consentimento do ofendido atua como *causa de exclusão da tipicidade*, quando o dissentimento for elementar do tipo e, como *causa supralegal de exclusão da antijuridicidade*, enquanto o bem jurídico for disponível².

Mas se o consentimento da vítima ou o seu comportamento (atirar-se de um veículo em movimento porque ameaçada de estupro, p. ex) atingir bens jurídicos indisponíveis (integridade física ou a vida), terá alguma conseqüência no campo penal?

Em razão das dificuldades inerentes a esses temas, tem sido proposta a adoção da

¹ *Instituições de Direito Penal*, vol. I, Tomo I, p. 219

² Magalhães Noronha, *Direito Penal*, vol. 1, p. 203; Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal*, vol. 1, p. 248; José Henrique Pierangeli, *O Consentimento do Ofendido* (na Teoria do Delito), p. 89.

Teoria da Imputação Objetiva, desenvolvida na Alemanha por vários doutrinadores, destacando-se para Claus Roxin e Hans Joachim Rudolphi e difundida no Brasil pelo professor Damásio Evangelista de Jesus. Sustentam seus defensores que a responsabilidade do autor só pode ir até os limites de sua atuação, ou seja, um resultado lesivo só pode ser imputado a uma pessoa, quando constituir obra de sua conduta, impedindo a responsabilidade baseada na mera causalidade, na má sorte ou no destino.³

Paulo de Souza Mendes, professor da Universidade de Lisboa, afirma que "a simples relação de causa-efeito (teoria da equivalência) é critério de apuramento de responsabilidade de malha muito larga, carecendo de restrições ainda em sede de subsunção do evento lesivo no tipo objetivo e, havendo necessidade de critérios adicionais, mais seguros, de imputação objetiva, surgiram as chamadas *modernas teorias da imputação objetiva*".⁴

Como se nota, a imputação objetiva não se satisfaz com a causalidade material, exigindo que, além dela, deva ficar comprovado que a ação, no momento de sua execução, constituía um perigo juridicamente reprovável e, que esse perigo, concretizou-se no resultado típico. Em outras palavras, está muito próxima da Teoria da Causalidade Adequada, que considera "causa" do resultado a conduta idônea a gerar o efeito. Donde se conclui que a conduta adequada (humana e concreta) funda-se no *quod plerumque accidit* (o que normalmente acontece) excluindo acontecimentos extraordinários, fortuitos, excepcionais e anormais.⁵

2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Damásio Evangelista de Jesus afirma que, "*imputação objetiva* não é sinônimo de *responsabilidade penal objetiva*. Imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico". Invocando Juan Bustos Ramírez, completa: "a imputação objetiva não se relaciona com presunção de dolo e culpa e sim com o nexos normativo entre a conduta criadora de relevante risco proibido e o resultado jurídico (afetação do bem jurídico)".⁶

Portanto, imputação objetiva é a atribuição normativa da produção de determinado resultado a um indivíduo, de modo a viabilizar sua responsabilização concreta e

³ A respeito: Fernando Galvão, *Imputação Objetiva*, p. 25; André Luís Calegari, *Imputação Objetiva no Direito Penal*, RT-764/435.

⁴ Crítica à idéia de "diminuição do risco" de Roxin, *passim*

⁵ Paulo José da Costa Júnior, *Nexo Causal*, p.88

⁶ *Imputação Objetiva*, p. 33

objetivamente. Se o resultado ocorrer por fatos que não estejam diretamente vinculados à sua conduta e à sua intenção, não pode ser atribuído ao agente.

Essa teoria está sedimentada, essencialmente, em alguns princípios como "*risco proibido*", "*incremento do risco permitido*", "*finalidade protetiva da norma*". Por *risco proibido* se entende a conduta humana contrária às regras sociais e legais. O *incremento ao risco permitido* significa praticar uma conduta perigosa, autorizada (dirigir veículo, p. ex.), mas de forma irregular. Já a *finalidade protetiva da norma* significa que o agente só deve responder pelo resultado que pretendia causar e não por outro que, no decorrer da execução do crime, ocorreu por má sorte da vítima ou por fatos supervenientes.

No tocante à natureza jurídica, há consenso que a imputação objetiva constitui *elemento normativo do tipo*, implícito em todas as figuras típicas, assim como o dolo é elemento subjetivo do tipo.

Destarte, todos os tipos penais passam a conter um elemento normativo, ainda que a descrição típica não contenha expressões como "indevidamente, injustamente, sem autorização legal", tradicionalmente apontadas como elementos normativos do tipo.

3. O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

Como já anotado, o consentimento do ofendido ora atua como *causa de exclusão da tipicidade* (art. 150, CP, p. ex.), ora como *causa supralegal de exclusão da antijuridicidade* (art. 138, CP, p. ex.).

A relevância do consentimento da vítima já foi objeto de arguta observação de José Henrique Pierangeli que afirma: "a tese da validade do consentimento nos crimes culposos, em que se faz indispensável seja a vítima cientificada quanto à dimensão do perigo a que se expõe, e, ciente do perigo o assume livremente, vem sendo apoiada quer pela doutrina, quer pela jurisprudência" ⁷.

Fernando Galvão ensina que "o tema do consentimento do ofendido torna-se bastante enriquecido, na perspectiva da *teoria da imputação objetiva*, com as considerações sobre a cooperação para que a vítima se coloque em perigo e na produção de um perigo consentido" ⁸.

Damásio afirma que "verifica-se na doutrina da imputação objetiva, tendência de conceder ao consento da vítima maior relevância no terreno da tipicidade e não da

⁷ ob. cit. p. 96

⁸ ob. cit. p. 62

antijuridicidade", elencando várias hipóteses em que a atuação da vítima exclui a imputação objetiva⁹. Em face da complexidade do tema, nos limitaremos em comentar apenas algumas dessas hipóteses.

3.1. A VÍTIMA PRÁTICA CONDUTA QUE CAUSA RISCO A SI PRÓPRIO

Damásio de Jesus aponta dois casos:

a) um traficante entrega droga a um viciado, que vem a morrer em virtude da ingestão em dose excessiva;

b) um motociclista convida outro para uma corrida pelas vias públicas. Durante a disputa, o convidado cai e morre.

Nesses dois exemplos, a própria vítima se coloca em situação de perigo e pratica a conduta que lhe causa um dano físico. Para a teoria da imputação objetiva, o traficante e o motociclista que fez o convite, não respondem pelo evento morte, porque foi a vítima quem, ciente dos riscos que corria, praticou a conduta que eliminou a própria vida. Outro argumento é que a vítima tinha o "domínio do fato" e poderia, livremente, deixar de praticar a conduta arriscada.

Fernando Galvão afirma que essa solução é discutível. É possível afirmar que o traficante criou a situação de risco e, nos termos do artigo 13, § 2º, "c", do Código Penal, tinha o dever de impedir consumo excessivo da droga, pois sabe que isso é letal. Não o fazendo, responde pelo evento danoso. Para ele, o argumento de que a participação na autocolocação alheia em perigo não gera imputação, deriva do fato de que a legislação alienígena não pune a participação em suicídio. Assim, se o traficante queria a morte do usuário, responde pelo crime do artigo 122 CP. Se não queria, responde pelo homicídio culposo, em face da previsibilidade da ocorrência do resultado. Já o motociclista deve responder pelo resultado morte, ao menos a título de culpa, pois criou a situação de risco que tornava previsível o acidente e evento morte.¹⁰

3.2. A VÍTIMA CONSENTE QUE TERCEIRO PRATIQUE CONDUTA QUE A COLOQUE EM RISCO

⁹ ob. cit., p. 55

¹⁰ ob. cit., p. 64

Aqui a situação é diferente, pois não é a vítima quem pratica a conduta, mas um terceiro. A vítima concorda com a conduta arriscada de terceiro e acaba sofrendo um dano. O exemplo citado por Damásio é alguém solicitar a um motorista embriagado que o conduza a determinado local ou pedir a um motorista que imprima excessiva velocidade, vindo a causar um acidente que lesione ou mate a vítima.

Nesse caso, a própria doutrina da imputação objetiva é divergente. De um lado há os que sustentam que o agente responde pelo evento, pois a vítima aceitou em sofrer o *risco*, mas não o dano. De outro, há os que sustentam que o motorista não responde pelo dano, pois a conduta da vítima foi a próprio risco ¹¹.

Entendemos que nas duas hipóteses o motorista responde pelo evento. Ainda que a pedido da vítima, ele tinha o domínio do fato, tinha o dever de cautela, devendo recusar o pedido da vítima. Ao aceitar e conduzir o veículo sem ter condições para tanto por estar embriagado ou imprimir velocidade, incrementou o risco permitido. Ademais, em regra, a vítima não aceita a ocorrência da colisão e, portanto, não há consentimento para o dano. A respeito, já se pronunciou José Henrique Pierangeli: "Estabelecemos que o consentimento do transportado é apto à produção de efeito justificante tão-somente quando tem ele uma perfeita consciência da específica conduta do condutor e da possibilidade de verificação do evento (saída da estrada, colisão etc.) e, mesmo assim, deliberadamente, resolve o consenciente arrostar um risco perfeitamente evitável. É, contudo extremamente difícil estabelecer as hipóteses em que o transportado poderá possuir uma clara representação do perigo". ¹²

Constata-se que mesmo os adeptos da Teoria da Imputação Objetiva não chegam a um consenso em determinadas situações. No exemplo anterior (item 3.1.) afirmam que há a exclusão da imputação objetiva, porque o usuário tinha o domínio do fato e, por isso, a responsabilidade é toda sua. Já no caso do motorista que imprime excessiva velocidade a pedido da vítima, apesar de o motorista ter o domínio do fato, há os que sustentam que ele não responde pelo resultado letal. É certo que nesse caso houve um fato agregador (o consentimento da vítima) mas, tratando-se de homicídio culposo, discutível é a validade do consentimento.

3.3. A VÍTIMA NÃO TOMA MEDIDAS DE PROTEÇÃO À SUA PESSOA

¹¹ Damásio de Jesus, ob. cit., p. 60

¹² ob. cit., p. 175

São as hipóteses em que a vítima cria um risco por não tomar medidas que a protejam. O exemplo citado é uma colisão de veículos provocada pelo motorista "A", que causa a morte do motorista "B", porque este não usava o cinto de segurança.

Parte da doutrina da imputação objetiva sustenta que o motorista "A", causador do acidente, não responde pela morte do motorista "B", porque este não se protegeu, deixando de usar o cinto de segurança e criando o risco à sua pessoa.

Temos que essa solução não pode ser aceita, pois quem criou a situação de risco foi o motorista imprudente. Logo, a ausência de proteção por parte da vítima, jamais pode beneficiar o causador do risco, que tinha o domínio do fato. Além disso, está sedimentado que o Direito Penal não admite a compensação de culpas.

3.4. FATO SUPERVENIENTE PROVOCADO PELA CONDUTA DA VÍTIMA

Três casos já julgados pelos nossos Tribunais merecem destaque:

a) vítima de roubo praticado mediante ameaça, entrega a carteira ao "assaltante" e se põe em fuga na via pública, vindo a ser atropelada e morta;

b) vítima de estupro tentado que foge dos autores e, ao ser perseguida, cruza a Via Dutra, é atropelada e morre;

c) um motorista dá carona a uma mulher e lhe propõe relações sexuais. Ela se nega e, diante de sua insistência, a mulher se joga do veículo em movimento, sofrendo lesões.

Os adeptos da teoria da imputação objetiva, com destaque para o professor Damásio de Jesus, de cuja obra os dois últimos casos foram colhidos, sustentam que o evento morte não pode ser imputado aos autores dos crimes precedentes por dois motivos: primeiro, porque falta correspondência entre o risco e o resultado jurídico, ou seja, os autores não criaram um risco à vida das vítimas, mas foram estas quem, com suas condutas, causaram o resultado. Logo, não houve a correlação risco-resultado. Segundo, porque o resultado morte não se encontra no âmbito de proteção das normas referentes aos bens jurídicos que os agentes pretendiam atingir (patrimônio e liberdade sexual) ¹³.

Passemos ao posicionamento dos nossos Tribunais.

No primeiro caso (vítima entrega os bens ao "assaltante", sai correndo e é atropelada),

¹³ Damásio de Jesus, ob. cit., p. 91

o evento morte foi imputado ao autor do roubo, que foi condenado por latrocínio. O E. Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a condenação de primeiro grau, entendendo que havia nexo entre a conduta de roubar e o resultado morte, afirmando: "a não ser que se pretenda desmerecer a existência do art. 13, caput do Código Penal, como de fato alguns penalistas modernos pretendem, afastando a idéia de relação de causalidade do Direito Penal, é indiscutível que Arnaldo é o responsável pelo resultado, tanto mais que o resultado decorre, não de causa superveniente relativamente independente, mas tão só do desdobramento causal do fato-crime que redundou em dolo eventual quanto ao resultado maior".

Houve interposição de recurso especial por parte do ilustre Procurador do Estado, Dr. Delton Croce Junior, lotado na Comarca de Marília e o C. Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, acolhendo a tese da imputação objetiva, afastou a responsabilidade do agente pela morte, argumentando: "Há de haver modernamente, também relação de causalidade subjetiva, moral ou psíquica. Caso contrário, o homem, ser pensante, será equiparado aos fenômenos da natureza e, se levada, a relação naturalística, às últimas conseqüências, dar-se-á razão à crítica de o marceneiro ser co-agente do adultério cometido na cama que fabricara! O fugir do "assalto", sem dúvida é previsível. Urge distinguir previsão, ou previsibilidade do resultado em tese, do resultado in concreto. Ao Direito Penal da Culpa, só o segundo é relevante. O pormenor ganha importância, dado o Código distinguir a concausa superveniente que, por si só produziu o resultado, da que apenas concorre, colabora para o resultado final (...) O caso da vítima de roubo que entrega o seu patrimônio disponível, sai correndo, ao atravessar a estrada, colhida por veículo em alta velocidade, vindo, por isso, a falecer, é exemplo ilustrativo. Que existe relação de causalidade material entre o comportamento do marginal e a fuga atabalhoada, não há dúvida alguma. Que o atropelamento é causa superveniente, é claro, como a luz do dia. Saber se, por si só, produziu o resultado, mais do que palavras de testemunhas, falam as máximas da experiência. Não é possível imaginar uma pessoa ameaçada (sem agressão física) para entregar os bens que portava, sair correndo, com plena saúde, a seguir atropelada, concluir que a conduta típica do roubo foi co-responsável pela morte. Evidente, há coligação (material) entre os fatos, mas o superveniente (atropelamento) por si só produziu o evento morte." (REsp 104.221-SP, 6ª Turma, j. 19.11.96, DJU 10.03.97).

No segundo caso (vítima foge da perseguição das pessoas que queriam estuprá-la e é atropelada), os autores foram condenados por homicídio doloso. O Tribunal de Justiça

de São Paulo, em acórdão relatado pelo eminente Desembargador Dirceu de Mello, confirmou a condenação, argumentando que "o atropelamento da vítima coloca-se na linha evolutiva de perigo, com a perseguição dos réus, após a parada do veículo no acostamento da rodovia. Quem, na perseguição já criminosa de sua vítima (não se esquece de que os acusados pretendiam, à força, submetê-la à concupiscência) obriga-a a correr para a morte (...) Correr para uma rodovia como a Presidente Dutra, ainda mais à noite, representa, para quem o faz, perigo certo de atropelamento fatal (...) No caso, apesar de provável que a jovem poderia ser atropelada e morta se insistisse em cruzar a Via Dutra, exercitaram os réus sua vontade de persegui-la. E a ofendida, de sua vez, não tinha como procurar outra direção: D. estava nas suas pegadas e A.C. mais atrás, impedia a fuga no sentido oposto ao da estrada" ¹⁴. E o Terceiro Grupo de Câmaras do Tribunal, rejeitando os embargos infringentes, assentou que "não era imprevisível, dada a situação em que se encontravam os protagonistas do crime, que L., atônita optasse por atravessar a via expressa (...) Destarte, os acusados tinham o dever de não expor a jovem aos riscos da travessia; ao contrário, forçaram-na a essa saída perigosa, anuindo, *ipso facto*, às conseqüências que dela poderiam advir, como efetivamente advieram. Concorreram, portanto, para o trágico evento" ¹⁵.

No terceiro caso (mulher que salta do veículo em movimento porque o motorista pretendia estuprá-la), o E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro atribuiu ao motorista a responsabilidade pelas lesões sofridas pela vítima ao se jogar do veículo, argumentando: "a ameaça do constrangimento à conjunção carnal deu causa à reação da vítima e, por via de conseqüência, às lesões sofridas por esta ao cair do veículo. A referida reação, única ao alcance da vítima em semelhante emergência, não pode deixar de ter sido prevista pelo réu, que assumiu o risco da ocorrência das lesões" (RT-637/291). Essa, aliás, é a posição de Manoel Cancio Meliá que afirma se a conduta do motorista havia criado uma situação de iminente risco sexual à mulher, há imputação objetiva do resultado ¹⁶.

Creemos que a posição que entende ser o resultado letal imputável aos agentes é mais correta. Nas três situações, foram os autores do crime de roubo e de estupro tentado quem criaram a "situação de risco" (usando a linguagem da imputação objetiva) à vida das vítimas e um risco proibido, pois praticavam condutas criminosas e não há como separar os fatos de forma absoluta. Não se descuida que a intenção inicial dos agentes não era a

¹⁴ Revista de Julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, vol. 103/444

¹⁵ Idem, vol. 106, p. 455-6

¹⁶ *apud* Damásio de Jesus, ob. cit., p. 88

morte das vítimas, mas quem se propõe a praticar um roubo de arma em punho, a perseguir uma mulher pelas margens de uma rodovia para dominá-la e estuprá-la, a não atender aos pedidos de parada do veículo de uma mulher em pânico, porque irá ser estuprada, tem plena consciência de que algo de pior lhe possa acontecer. E, prosseguindo em seu intento, assume os riscos pelo resultado mais grave. Nos três casos, as vítimas procuraram salvar suas vidas, fugindo da mira do revólver do "assaltante", fugindo da perseguição implacável das pessoas que pretendiam estuprá-la e, por isso, os resultados advindos de suas condutas (fuga) não podem a elas ser imputados, com o conseqüente benefício aos autores dos crimes precedentes, pois esse resultado era perfeitamente previsível, porquanto tudo ocorreu na mesma situação fática.

Jamais pretendemos rechaçar o Direito Penal da Culpa, mas temos que os casos aqui discutidos não podem ser equiparados ao do capotamento da ambulância e do incêndio no hospital, que matam vítimas de agressão que estavam sendo transportadas e medicadas, respectivamente, porque, nestes casos, as causas supervenientes estão desvinculadas, no tempo e no espaço da conduta do agressor. Já os casos acima examinados (item 3.4), há homogeneidade de tempo e lugar, um vínculo direto entre a conduta criminoso do agente e a reação da vítima, que se coloca na linha evolutiva do perigo criado pelo agente, o que tornam as situações bem distintas.

4. CONCLUSÃO

Como anotado, o consentimento da vítima já tem relevância penal nos casos em que o dissenso é elementar do crime e nas condutas lesivas a bens jurídicos disponíveis. Entretanto, a Teoria da Imputação Objetiva procura ampliar - a nosso ver em demasia - a relevância do consentimento e da conduta da vítima, transformando-os em causas excludentes da tipicidade, mesmo quando o bem atingido for indisponível, como a vida e a integridade física. Acreditamos que isso é muito perigoso e, afirmar que a conduta da vítima sempre excluirá a responsabilidade do autor do crime precedente, é abrir e tornar, cada vez mais largas, as portas da impunidade.

Não discordamos por completo da Teoria da Imputação Objetiva, mas entendemos que estabelecer os limites dos seus princípios (risco proibido, incremento do risco permitido, finalidade protetiva da norma, proibição de regresso, entre outros) é tarefa das mais árduas, talvez mais difícil do que descobrir a "causa" na teoria da equivalência. E prova disso é que mesmo entre os seus adeptos há divergências na solução de muitos casos.

Esperamos, com esse sucinto trabalho, contribuir para maior reflexão e debate do tema.

Jairo José Gênova

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto.** *Manual de Direito Penal - Parte Geral*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.000.
- CALLEGARI, André Luís.** *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: RT, nº 764, p. 434-452.
- O princípio da confiança no Direito Penal*. São Paulo: Boletim do IBCCrim nº 78, maio/1999, p. 3
- CENICCHIARO, Luiz Vicente.** *Questões Criminais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da.** *Nexo Causal*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GARCIA, Basileu.** *Instituições de Direito Penal, vol. I, Tomo I*. São Paulo: Max Limonad, 1954.
- JESUS, Damásio Evangelista de.** *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- A Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 27, p. 103-116
- MARQUES, José Frederico.** *Tratado de Direito Penal, vol. II*. Campinas: Bookseller, 1997.
- MENDES, Paulo de Souza.** *Crítica à idéia de "diminuição do risco" de Roxin*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 14, p. 103-118.
- NORONHA, Edgard Magalhães.** *Direito Penal, vol. 1, 31ª ed.* São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- PIERANGELI, José Henrique.** *O Consentimento do Ofendido (Na Teoria do Delito)*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- RAMÍREZ, Juan Bustos; LARRAURI, Elena.** *La Imputación Objetiva*. Santa Fé de Bogotá-Colombia: Editorial Temis S. A., 1998.
- RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLES, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio.** *Un Nuevo Sistema Del Derecho Penal. Consideraciones sobre las Teoría de la Imputación de Günther Jakobs*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

Luiz Otavio de Oliveira Rocha

A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA EVOLUÇÃO DA DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL

Embora ocupando destacado espaço na dogmática do Direito Penal europeu nos últimos 40 anos, a "teoria da imputação objetiva", que afeta drasticamente alguns dos fundamentos da teoria geral do delito, apenas recentemente despertou o interesse da doutrina brasileira, sendo bastante escassos os escritos a ela dedicados até o momento.

De fato, além da obra JAKOBS sobre o tema, recentemente traduzida ao português (da versão castellana "*La imputación objetiva en Derecho Penal*", Ed. Civitas, Madrid) por André Callegari, e da bem sucedida "*Imputação Objetiva*", do Prof. Damásio Evangelista de Jesus (Ed. Saraiva, 2000), a bibliografia brasileira resume-se a alguns artigos publicados em revistas especializadas, tendo como autores o próprio Prof. Damásio e William Terra de Oliveira, José Carlos Gobbis Pagliuca, Antonio Carlos Santoro Filho, Paulo Queiroz, Everards Mota e Matos, Wellington César Lima e Silva, Fernando A. N. Galvão da Rocha, Bruno dos Santos Paranho e Fernando Capez¹.

¹¹ Eis uma relação (não exaustiva) do que existe na doutrina brasileira: *Nexo Causal, Imputação Objetiva e Tipicidade*, Antonio Carlos Santoro Filho; *Imputação objetiva: uma análise global e crítica*, Wellington César Lima e Silva; *A Imputação Objetiva no Direito Penal*, Günther Jackobs/trad. André L. Callegari, Ed. RT; *A Teoria da Imputação Objetiva (Zurechnung) e a fidelidade ao método* - Boletim ICP, n.º 9, outubro de 2000, p.4, Fábio G. de Paula; Machado, *O consentimento do ofendido em face da Imputação Objetiva*, Boletim IBCCrim, n.º 94, setembro de 2000, p. 03, Damásio de Jesus; *Causalidade e imputação objetiva*, Everards Mota e Matos; *Crítica à teoria da imputação objetiva*, Paulo Queiroz; *A Imputação Objetiva é real*, José Carlos Gobbis Pagliuca; *Imputação objetiva e causa superveniente*, Damásio E. de Jesus; *O Declínio do dogma causal*, Fernando Capez; *Breve enfoque sobre a imputação objetiva*, José Carlos Gobbis Pagliuca; *O "Fugu Assassino" e o "Carrasco Frustrado"*, Boletim IBCCrim, n.º 86, fevereiro de 2000, p. 13, Damásio de Jesus; *Imputação Objetiva e Dogmática Penal*, Boletim IBCCrim, n.º 90, julho de 2000, p. 02, Damásio de Jesus; *Imputação penal objetiva*, Bruno dos Santos Paranhos; *Imputação objetiva nos delitos culposos. Imputação objetiva nos delitos omissivos*, Fernando A. N. Galvão da Rocha; *Teorias do Injusto Penal*, Rio de Janeiro, Ed. Del Rey, 2000, Juarez Tavares (os artigos que não contêm indicação da origem podem ser encontrados no site www.direitocriminal.com.br, do Prof. Luiz Flávio Gomes).

ORIGEM DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.

A teoria da imputação objetiva origina-se das obras de KARL LARENZ (*Hegelszurechnungslehre unter der Begriff der objektiven Zurechnung*), de 1927, e RICHARD HONIG (*Kausalität und objektive Zurechnung*), de 1930, cujas proposições mergulharam depois em um longo período de letargia, do qual foram resgatados nos anos setenta por autores como CLAUS ROXIN ² e ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG ³, responsáveis pelo impulso que culminou na sua larga aceitação na Alemanha, Espanha e Itália ⁴.

LARENZ, inconformado com o chamado "dogma causal" ⁵, ou a insuficiência das teorias da causalidade como fundamento para a imputação em não poucas hipóteses, retoma o estudo da imputação, "*que praticamente fora esquecido pelo Direito Penal por influência do pensamento positivista*" ⁶, fundamentando-se principalmente no conceito de ação idealizado por FRIEDRICH HEGEL ⁷.

Esse autor não nega a "teoria causal da adequação", delineada pelo magistrado do Supremo Tribunal alemão Von KRIES ⁸ (1886) - que se constituiu na primeira tentativa de restringir o alcance excessivamente amplo da "teoria da equivalência dos antecedentes", adotada por nosso Código Penal, no art. 13, "*caput*", 2.^a parte -, embora projetando-a como princípio de imputação, segundo o qual um resultado só é imputável ao agente se, desde a perspectiva de um homem prudente colocado na mesma situação, poderia ser por ele previsto e evitado ⁹. A imputação objetiva é concebida como um juízo teleológico

² Os primeiros escritos desse autor alemão sobre o tema, surgidos a partir de 1962, encontram-se traduzidos para o castelhano (por Diego Manuel Luzón Peña) e podem ser encontrados na obra "*Problemas básicos del derecho penal*", Ed. Réus, Madrid, 1976.

³ Esse autor espanhol abordou em profundidade o tema da causalidade em sua tese doutoral defendida na Universidade de Hamburgo, Alemanha, no ano de 1962, que gerou o texto em castelhano intitulado "*La causalidad en Derecho Penal*", publicado no mesmo ano no Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales 15, pág. 543 a 549 e, posteriormente, na obra "*Delitos cualificados por el resultado y causalidad*", Madrid, 1966 (que foi republicado em 1990 pela Ed. Centro de Estudios Ramón Aceres).

⁴ Cf. JAKOBS, Günther, "*La imputación objetiva en Derecho Penal*", Civitas, Madrid, 1999 (tradução para o castellano de Manuel Cancio Meliá), pág. 28.

⁵ V. a respeito, EVANGELISTA DE JESUS, Damásio, "*Imputação Objetiva*", Ed. Saraiva, São Paulo, 2000, pág. 12-15.

⁶ Cf. MARTINEZ SCAMILLA, Margarita, in "*La imputación objetiva del resultado*", Edersa, Madrid, 1992, pág. 19. A autora observa, também, que "nessa ocasião, diferentemente de KANT e dos juristas do século XIX, o conceito de imputação só era considerado em referência a culpabilidade".

⁷ HEGEL descreveu a ação juridicamente relevante como a exteriorização da "vontade moral", entendendo a ação como manifestação física provida de conteúdo valorativo, "compreendendo praticamente toda a imputabilidade penal" (cf. MANUEL JAÉN VALLEJO, "*El concepto de acción en la dogmática penal*", Ed. Colex, Madrid, pág. 19). Segundo esse conceito, a existência de ação implicava na afirmação da imputação, à qual se vinculava, algo que supunha negar a ação nos casos de culpa e também nos de condutas praticadas por inimputáveis. Considerando como ações todos os comportamentos imputáveis, a concepção hegeliana negava relevância jurídica aos comportamentos dos enfermos mentais e, também, aqueles derivados de *vis absoluta*, revelando-se, assim, por demais estreito para abarcar situações relevantes para o Direito Penal, como as relativas às condutas dos enfermos, a quem se devia impor uma medida de segurança. Sem embargo, essa concepção prevaleceu no âmbito europeu até o fim do século passado, quando foi suplantada pela teoria causal.

⁸ Curiosamente, Von Kries não era jurista, mas sim médico.

⁹ Como nota MARTINEZ SCAMILLA, Margarita, op. cit., pág. 21, nota 72, ao referir-se não apenas aos resultados previstos pelo agente, mas também aos que tinha possibilidade de prever e, em consequência, guiar sua conduta de modo a evitar o resultado, LARENZ se distancia de HEGEL, posto que o filósofo somente reconhecia a imputação de fatos causados

pelo qual se determinará se a ação desencadeada esteve ou pôde estar dirigida pela vontade consciente do agente no sentido da produção de determinada finalidade. Nesse diapasão, LARENZ aclara que "não se trata de modo algum de saber se um comportamento determinado constituiu-se na causa de um resultado, senão se este resultado pode ser imputado ao agente causador como um *ato próprio*, como conseqüência de sua vontade". Por fim, evoluindo no sentido de superar a confusão entre imputação do fato e imputação de culpabilidade reinante na teoria da ação dos hegelianos, LARENZ culmina por afirmar que as circunstâncias individuais do agente somente serão levadas em conta no momento do exame da culpabilidade.

HONIG, por sua vez, afastando-se deliberadamente das elucubrações filosóficas nas quais LARENZ embasa suas proposições, propõe a valoração das causas segundo considerações de caráter normativo, aludindo a "possibilidade objetiva de pretender" como critério fundamental de imputação, que deve ser objetivo antes de tudo, referido a um juízo em torno da alcançabilidade ou evitabilidade do resultado da ação. Para esse doutrinador, "o Direito só pode dirigir-se à vontade enquanto fundamento espiritual do comportamento. O Direito é ordenamento da vida em comum na medida em que é capaz de determinar o comportamento humano" ¹⁰. Segundo essa concepção, os mandatos e proibições só podem pretender afetar as condutas que ao homem comum é possível observar, o que sugere a inclusão na valoração das condutas de critérios objetivos antecedentes ao exame da culpabilidade. De fato, aponta-se como a principal contribuição de HONIG o intento de desvincular o juízo de imputação da finalidade (do comportamento humano) como elemento subjetivo, centrando-o no julgamento objetivo do fato sucedido, isto é, "na valoração deste como um meio idôneo para a consecução de um resultado indesejado pelo legislador" ¹¹.

Releva mais que tudo ter em mente que é a introdução da idéia de elaboração um juízo de valor objetivo sobre o resultado derivado de uma conduta voluntária - ainda que isto não implique em desconsiderar circunstâncias pessoais do agente -, antes de avançar no exame do elemento subjetivo do injusto, que irá fundamentar o desenvolvimento que a partir dos anos sessenta fará ROXIN das idéias desses precursores, culminando na elaboração de diversos novos critérios de imputação objetiva (não isentos de crítica, como veremos adiante), a saber: a) a diminuição do risco; b) criação, ou não, de um risco

¹⁰ Citado por MARTINEZ SCAMILLA, Margarita, op. cit., pág. 34.

¹¹ *Idem, ibidem*, pág. 35. GÜNTHER JAKOBS, op. cit., pág. 30, nota 35, não vê essa diferença alguma de abordagem entre LARENZ e HONIG, argumentando que LARENZ também concebia a finalidade em sentido objetivo. Para JAKOBS, a diferença mais visível entre ambos precursores da teoria aqui tratada estaria no enfoque prioritário dado por HONIG a "imputação do resultado" em relação a "imputação da ação", nada obstante seguir considerando que aquela não deixa de constituir-se em problema afeto ao conceito de ação.

juridicamente relevante; c) incremento, ou não, do risco permitido; e d) circunscrição do resultado ao âmbito de proteção da norma.

AMBIENTE QUE GEROU A TEORIA.

Para melhor situar o leitor, convém uma breve menção ao estado evolutivo das teorias da ação no qual se deu a gestação da teoria de que nos ocupamos.

Advertimos quanto à necessidade de fazê-lo para que o leitor menos avisado, talvez animado por críticas apressadas que já começam a surgir na comunidade jurídica brasileira contra a ainda recém aportada teoria ¹², não se deixe levar pelo impulso de supor que o seu conteúdo se presta mais a estimular o debate acadêmico do que a produzir resultados palpáveis na distribuição da justiça criminal.

E o fazemos de forma breve e resumida para contornar a extensão da matéria, bem demonstrada pelas irônicas palavras de ARMIN KAUFMANN, proferidas em conferência feita na Faculdade de Direito de Zaragoza em 5 de março de 1973: "Insta desmentir o boato surgido no estrangeiro de que, na Alemanha, uma censura secreta proíbe a publicação de qualquer novo manual de Direito Penal que não ofereça um novo conceito de ação...".

Como é sabido, na concepção clássica do Direito Penal, delineada fundamentalmente por ERNEST BELING, GUSTAV RADBRUCH e FRANZ Von LISZT (em 1881, 1904 e 1906), o delito compõe-se de parte objetiva - tipicidade e antijuridicidade - e parte subjetiva - culpabilidade. Além da concepção puramente naturalística da ação, o sistema clássico se caracterizava, assim, por um conceito de tipicidade objetivo, desprovido de conteúdo valorativo; por uma antijuridicidade formal e objetiva, entendida como a contrariedade da ação com a ordem jurídica e, ainda, pela culpabilidade referida ao aspecto psicológico-volitivo do agente, ou seja, como um nexo psicológico entre o fato e o respectivo autor, que poderia assumir a forma de dolo ou culpa ¹³.

O componente da tipicidade, segundo seu idealizador, BELING, correspondia à mera

¹² Vide, por exemplo, o artigo intitulado "Crítica à teoria da imputação objetiva - Significado e Posição Sistemática", de autoria de Paulo Queiroz (Professor da UCSAL e da UNIFACS), no qual o autor, inadvertidamente aponta ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, um dos precursores da teoria da imputação objetiva (tendo sido, aliás, diretor da tese doutoral defendida por MARGARITA MARTINEZ SCAMILLA sobre o tema, publicada sob o título "*La imputación objetiva del resultado*", Ed. Edersa, Madrid, 1992, com prólogo de sua autoria) como crítico "contundente" dessa teoria (...).

¹³ Essa concepção psicológica da culpabilidade supunha séria contradição, que se manifestava naqueles casos em que o agente atua sob o abrigo de causa excludente (estado de necessidade, por exemplo), que impunha negar a culpabilidade apesar da existência de dolo, ou a relativa a culpa inconsciente, na qual o autor nem sequer visualiza a realização do tipo, fazendo desaparecer o tal "nexo psicológico". Como observa JAÉN VALLEJO, op. cit., pág. 26, essa concepção psicológica deu lugar a concepção normativa da culpabilidade, em boa parte devido a obra de REINHARD FRANK, que afirmou ser necessário aferir o critério da reprovabilidade, não dependente tão somente do dolo ou da culpa, "mas também da capacidade de culpabilidade ou imputabilidade, como um pressuposto da culpabilidade mesma, bem como da circunstância de ter o agente atuado em condições normais, isto é, sem estar amparado por uma causa de justificação".

descrição do comportamento humano, desprovido de qualquer juízo de desvalor, significando que a ação típica seria toda aquela que correspondesse formalmente a uma dada norma proibitiva - o tipo penal -, com carga valorativa neutra; a valoração do tipo só ocorreria quando do exame da antijuridicidade.

Esse modo de conceber a teoria do delito derivava do positivismo jurídico (por sua vez, derivado do movimento filosófico positivista europeu), que identificava o Direito como ciência equiparável às demais ciências naturalísticas - que então experimentavam considerável avanço -, passível de ser reduzida a um sistema de leis composto por regras gerais estabelecidas segundo fatores empíricos, independentemente de questões abstratas ou transcendentes¹⁴.

Sob o influxo destas idéias, VON LISZT¹⁵, BELING¹⁶ e GUSTAV RADBRUCH¹⁷ propugnaram o conceito causal ou naturalístico de ação, que superava a concepção hegeliana e afirmava ser causa toda condição sem a qual o resultado não se houvera produzido, equivalente à fórmula da *condicio sine qua non*. Ao não diferenciar tais condições segundo o grau de sua importância individual, essa fórmula desbordava na *equivalência das condições*¹⁸, ou a consideração de todas as condições anteriores como causas de idêntica importância (significando, de modo inaceitável, que inclusive os pais que geravam aquele que mais tarde se tornasse assassino estariam conformando o tipo penal de homicídio¹⁹) a qual, nada obstante a crítica permanente relativa a sua excessiva amplitude - condutora do *regresus ad infinitum* -, prevaleceu sem grandes alterações até os anos setenta do século passado²⁰.

Ocorre que a fórmula de supressão hipotética também se mostrava incapaz de gerar

¹⁴ Em suma: os positivistas reconheciam valor ao conhecimento referente a fatos passíveis de serem reconhecidos pelos sentidos.

¹⁵ LISZT dirá que ação é todo ato - movimento corporal ou falta de realização deste, compreendendo, portanto, a ação em sentido estrito como a omissão - proveniente da vontade e que ponha em perigo interesses. O elemento "vontade" é explicado como a manifestação psicológica que caracteriza a manifestação de vontade e, conseqüentemente, o ato significa simplesmente o impulso da vontade, que pode ser definido fisicamente como enervação, o fenômeno da consciência pelo qual estabelecemos as causas" (cf. FRANZ VON LISZT, "Tratado de Derecho Penal", II, Reus, Madrid, trad. da 20ª ed. alemã por Luis Gimenez de Asúa, 4ª ed., 99).

¹⁶ BELING aclarará a idéia da nota anterior da seguinte forma: "... para constatar que estamos frente a uma determinada ação é suficiente considerar se o autor atuou voluntariamente ou não. O que ele queria é irrelevante para tal desiderato, já que somente importa para o exame da culpabilidade" (cf. *Grundzüge des Strafrechts*, 2.ª ed., 1902, p. 38, citado por JAÉN VALLEJO, op. cit., pág. 28).

¹⁷ RADBRUCH escreveu importante monografia sobre o tema, publicada em 1904 (*Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*), vindo, porém, da mesma forma que BILING, a retratar-se quanto a validade do conceito naturalístico de ação sob influência da filosofia neokantiana que vigorou na doutrina até a década de trinta do século passado.

¹⁸ A paternidade do primeiro estudo sistemático dessa teoria é atribuída ao Magistrado do Supremo Tribunal do "Reich" Von BURI.

¹⁹ Conseqüência que WOLFGANG FRISCH (*Tipo penal e imputación objetiva*, Ed. Colex, Madrid, 95, pág. 24, chama de "grotesca".

²⁰ E, como realça JAÉN VALLEJO, op. cit., pág. 24, "...até o aparecimento de um ponto de vista diferente, segundo o qual não é a causalidade, em sentido natural, o ponto decisivo, mas sim a relação de imputação objetiva, baseada em argumentos normativos". GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., pág. 194, identifica o primeiro a primeira reação explícita de renovação na jurisprudência espanhola somente no ano de 1993 (com a sentença do Tribunal Supremo Espanhol de 21 de dezembro, na qual se afirma o seguinte: "A doutrina da equivalência serve tão somente para assentar em um primeiro momento a relação causal

soluções aceitáveis, especialmente nos casos de cursos causais anômalos como o do famoso exemplo proposto por ENGISCH ²¹, do carrasco que está prestes a executar um assassino quando o pai da vítima, movido pelo desejo de vingança, intervém de inopino empurrando-lhe e acionando o mecanismo que faz a guilhotina funcionar, matando aquele. Suprimindo o comportamento do pai da vítima, o resultado não desaparecia, posto que na sua ausência o carrasco teria operado o mecanismo provocador da morte. Desse modo, com o emprego da fórmula da *condicio sine qua non*, se haveria de negar que a morte do assassino ocorreu como conseqüência da ação do pai da vítima; mas, também como o carrasco não chegou a atuar, não causando, assim, a morte, chegaria-se à conclusão de que a morte, real e constatada, não teria decorrido de qualquer comportamento causal ²².

Com o propósito de corrigir os excessos a que dava azo a citada teoria e encontrar respostas adequadas à demanda de situações concretas ou imaginadas que iam aparecendo, engendraram-se diversos corretivos, como a *proibição de regresso*, projetada ao passado, ou o emprego dos critérios da culpabilidade - dolo e culpa -, em projeção futura, os quais, por insuficientes, deram lugar à formulação de outras teorias melhor elaboradas, como a da "adequação" (ou "causalidade adequada"), de Von BURI, e da "relevância", de MEZGER, também conhecidas como teorias individualizadoras da causalidade.

A teoria da "adequação" tenta ajustar a amplitude da teoria da equivalência considerando como causa de um resultado somente aquela(s) condição(ões) que a experiência indica ser adequada a produção desse resultado. O desdobramento dessa teoria leva a necessidade de consideração de dois elementos fundamentais: a previsibilidade objetiva e o dever de diligência mínima. Em outros termos, a adequação da causa deriva de um juízo formulado à base de todas as condições presentes no tempo da ação e que fossem conhecidas ou passíveis de conhecimento pelo homem prudente, bem assim aquelas que o agente efetivamente conhecia. A principal crítica dirigida a esta teoria é no sentido de que a introdução dos critérios mencionados a afasta do âmbito ontológico, remetendo-a ao campo normativo, com o propósito exageradamente ambicioso de construir um conceito de causa exclusivo do Direito Penal, prescindindo das ciências da natureza e da própria realidade ²³.

²¹ Comentado, entre outros, por ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, in "*Ensayos Penales*", Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 192.

²² ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., pág. 193, entende que o terrível exemplo deve levar à conclusão de que "para determinar se um comportamento é condição de um resultado não há que formular hipoteticamente a pergunta sobre o que haveria sucedido..., senão sobre o que realmente sucedeu e se uma determinada conduta influiu científico-naturalmente em um resultado concreto".

²³ Cf. PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO, "*Tipicidade e Imputación Objetiva*", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 118.

A seu turno, a teoria da relevância é o ponto de partida para a evolução do conceito de ação que fundamenta a teoria da imputação objetiva. Como propunha MEZGER²⁴, "a relação causal não pode, por si só, fundamentar a responsabilidade pelo resultado, sendo necessário algo mais: a relevância jurídico-penal do nexos condicional", constituindo-se em requisito necessário para fixar a responsabilidade "que o resultado esteja conectado com o ato de vontade do autor".

Restava, de qualquer modo, elaborar um modelo teórico que se ajustasse à constelação de casos que não encontravam solução satisfatória em qualquer das proposições anteriores, como, por exemplo, aqueles que a doutrina denomina de "interrupção do nexos causal", a consequência de intervenções posteriores e imprevisíveis da vítima ou de terceiros (o exemplo mais comum é da vítima de acidente de automóvel causado por imprudência, que dá entrada em hospital com graves lesões, vindo a falecer durante a cirurgia a que é submetida porque o médico-anestesiologista comete um erro; porque o médico encarregado da cirurgia faz transfusão de sangue inserindo tipo sanguíneo que não corresponde ao seu etc.).

Não se tratava, enfim, de negar o acerto da teoria da equivalência dos antecedentes, que persiste como válida e útil pela verdade que encerra e pela clareza de seu conteúdo. Era, contudo, imperioso elaborar um modelo técnico-jurídico que tornasse possível sua aplicação levando-se em conta as diversas variantes que o mundo real apresenta, gerando uma mínima estabilidade nas soluções adotadas.

Assim, as proposições iniciais de ROXIN e GIMBERNAT fundamentaram diversos outros estudos, vindo já na década dos setenta a influenciar a jurisprudência alemã e espanhola, servindo de ingrediente na apreciação judicial de casos de grande repercussão, como os casos "Vinader" e "La Colza", na Espanha, e *Leaderspray*, na Alemanha, que comentaremos brevemente em seguida.

Mas, paralelamente a essas construções, surgia nos anos trinta, na Alemanha, o conceito final de ação, tendo como expoente maior HANS WELZEL. Para os defensores dessa teoria, o que define a ação humana é a finalidade para a qual está voltada; a ação humana é, portanto, a exteriorização de uma atividade finalística (conceito ontológico, atado à realidade) e preexiste a valoração jurídica (conceito prejurídico). A consequência dessa formulação é a de que não é possível proibir a causação de resultados, senão ações finalísticas, ou seja, comandadas pela vontade. E isto é assim, segundo WELZEL, porque "nenhuma norma, moral ou jurídica, pode preceituar que as mulheres dêem à luz a filhos viáveis ao cabo de seis meses de gestação, ao invés de nove, como não podem tão

²⁴MARTINEZ SCAMILLA, Margarita, op. cit., pág. 15.

pouco proibir a um avião que no caso de queda não ultrapasse a velocidade de 30 km/h"; tais normas "somente podem referir-se a atos que são diversos de meros processos causais naturalísticos, dos quais se distinguem pelo momento do direcionamento consciente no sentido de um objetivo, vale dizer, pelo momento em que se estabelece a finalidade".

Como é sabido, a principal consequência da teoria finalista é a proposta nela embutida de alteração dos elementos fundamentais da teoria do delito. O tipo penal, que ela concebe como descrição da conduta típica e como indício de antijuridicidade, não mais podia descrever um acontecimento causal externo, devendo englobar também a estrutura final da ação. Desse modo, o dolo e a culpa, considerados como formas de expressão da culpabilidade pela estrutura clássica, devia transladar-se ao âmbito da primeira categoria dogmática do delito, a tipicidade. Em suma, o conceito de ilícito defendido por WELZEL - e seus seguidores - "é um conceito personalístico, fundamentado na necessidade de que o fato ilícito, como fato social, se diferencie das meras ocorrências naturais explicáveis pela causalidade"²⁵.

Embora apoiada por fervorosos seguidores²⁶, a teoria final da ação não logrou afirmar-se na Europa, nem mesmo na Alemanha²⁷, onde foi engendrada²⁸. Mas, justamente porque a teoria de que tratamos neste trabalho implica na introdução de elementos objetivos na teoria do delito, era de se esperar que se levantassem contra ela os finalistas, coerentes com seu decisivo enfoque subjetivista dos elementos fundamentais do delito - em especial nos crimes dolosos -, o que de fato ocorreu, derivando dessa facção da doutrina as mais significativas críticas dirigidas aos fundamentos e critérios da imputação objetiva.

De qualquer modo, como observa WOLFGANG FRISCH²⁹, houve certa demora na reação dos finalistas, talvez porque acreditavam que uma teoria centrada no requisito do resultado não colocaria em perigo seus postulados relacionados sobretudo ao conceito de ação (também não há que desprezar a circunstância de que a imputação objetiva foi inicialmente concebida tendo como foco principal os delitos culposos, exatamente o ponto nevrálgico da teoria finalista...)³⁰.

A bateria de críticas dos finalistas à teoria da imputação objetiva coincide com a

²⁵ JAÉN VALLEJO, op. cit., pág. 38.

²⁶ Entre eles, ARMIN KAUFMANN, MAURACH, NIESE, SCHAFFSTEIN, STRATENWERTH e Von WEBER.

²⁷ A respeito HANS-HEINRICH JESCHECK, "Tratado de Direito Penal - Parte Geral", 4.ª ed., Ed. Comares, Granada, 1993, pág. 192, afirma que "na Alemanha, o conceito final da ação impôs-se somente em uma parte da Ciência do Direito Penal... No estrangeiro, o conceito final de ação foi majoritariamente rechaçado".

²⁸ JAÉN VALLEJO, op. cit., pág. 40.

²⁹ WOLFGANG FRISCH, op. cit., pág. 15.

³⁰ WOLFGANG FRISCH, op. cit., pág. 65, realça que a inconsistência da crítica dos finalistas aos critérios da imputação objetiva aplicáveis aos delitos imprudentes deriva-se, basicamente, de que "os próprios partidários da teoria final da ação estão desunidos quanto a concepção estrutural do delito imprudente".

incursão desta no campo dos delitos de resultado (ou de lesão), podendo-se afirmar que na violenta refrega não se pode falar em vencedores e vencidos, posto que o resultado que dela emana é o amadurecimento da argumentação sobre os fundamentos em discussão, projetando no melhor sentido as transformações da teoria do delito.

CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Desde sua formulação originalmente feita por ROXIN, são basicamente quatro os pressupostos que devem ser levados em conta no juízo de imputação do resultado (ou da ação) ao agente: primeiramente se exige que o autor haja provocado o resultado de modo causal com sua atuação; ademais, é necessário que com essa conduta haja criado um perigo desaprovado; esse perigo deve realizar-se no resultado; e, finalmente, esse resultado deve circunscrever-se no âmbito de proteção da norma.

Nexo Causal. O mundo dos fatos continua apresentando problemas de difícil solução para o mundo jurídico, e que podemos relacionar principalmente com o fenômeno da expansão do Direito Penal, que se caracteriza pela incorporação recente de uma grande quantidade de novos bens jurídicos nas regulações jurídico-penais. Esse fenômeno, que pode ser atribuído a maior complexidade da vida em sociedade e o conseqüente incremento de todas as espécies de relações jurídicas, traz consigo "a transformação dos problemas frente aos quais o Direito deve propor soluções e, para o campo do Direito Penal, modificações substanciais nas características da criminalidade clássica"³¹.

Entre tais características podemos destacar a criação cada vez mais freqüente de tipos penais que buscam a proteção simultânea de bens jurídicos individuais e coletivos, como são, por exemplo, os delitos contra a segurança do tráfego, contra a saúde pública, contra a saúde - fraudes em produtos alimentícios -, contra o meio ambiente e os delitos socio-econômicos em geral³², cuja casuística esbarra no déficit técnico e interpretativo do Direito Penal tradicional.

Os problemas que vão surgindo relativamente ao nexo causal são de complexidade que não pode ser menosprezada.

Citemos, pois, os exemplos que geraram as maiores controvérsias nos últimos anos.

³¹ Cf. MAYA Y MARTIN, RICARDO M., *Bienes Jurídicos Intermedios y Delitos de Peligro*, Ed. Comares, Granada, 1997, págs. 2-3.

³² Para HASSMER/MUÑOZ CONDE, "La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 26, esta nova tendência já começa a alijar o Direito Penal do contexto liberal ao que pertencia, convertendo-o em instrumento de controle dos problemas sociais ("meio de direção social"). F. HERZOG, "Límites del Derecho Penal para Controlar los Riesgos Sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho Penal de Peligro)", *Poder Judicial*, n.º 32, dez-1993, págs. 80-82, por vez, entende que o Direito Penal, ao pretender controlar as novas fontes de risco derivadas dos conflitos sociais da civilização moderna privilegia seu caráter instrumental, provocando grave deterioração de seus princípios fundamentais.

O primeiro deles, o "caso Vinader", ocorreu na Espanha em 1980. Uma revista de grande circulação publicou uma série de reportagens, de autoria do jornalista Vinader, que descrevia - com fotografias e grande quantidade de detalhes - atividades violentas de determinados indivíduos de tendência ultradireitista, contrárias aos membros do conhecido grupo terrorista ETA ("Euskadi Ta Askatasuna", ou *País Basco e Liberdade* no idioma "euskera"). Dias depois das publicações, dois dos indivíduos mencionados nessas reportagens foram assassinados, tendo o ETA assumido a autoria. Os autores desses homicídios nunca foram identificados, não tendo sido possível afirmar, portanto, com a necessária certeza, que o impulso da ação do grupo terrorista estivesse vinculado a tais reportagens, ou que, ao contrário, na ocasião os seus componentes já estivessem a par das atividades levadas a cabo por aqueles indivíduos, tendo decidido agir exclusivamente com base nas informações que já detinha. O jornalista foi condenado por homicídio imprudente, ao que se opôs a doutrina, especialmente GIMBERNAT, que afirmou que embora lhe fosse possível imputar uma ação imprudente que em princípio colocava sob risco de vida as pessoas que as reportagens mencionavam, isto não bastava para a condenação por homicídio, já que, tratando-se de crime de lesão, exigia-se não apenas que a conduta houvesse criado um perigo para o bem jurídico, mas que houvesse também causado (condicionado) efetivamente sua lesão, o que, naquele caso, à falta da identificação dos autores do crime, não pôde ser científico-naturalmente provado.

O segundo caso, ocorrido na Alemanha, diz respeito à distribuição de um produto do tipo "spray" destinado ao cuidado de artigos de pele e couro em geral ("*Leaderspray*"). Durante alguns anos, o produto foi comercializado sem que nada de anormal fosse notado quanto à saúde dos consumidores que o utilizavam. Contudo, a partir de 1980 começaram a aparecer notícias de que pessoas haviam sofrido determinado danos à saúde como consequência de seu emprego. Ante essas notícias, os responsáveis pela sua fabricação se reuniram para deliberar sobre que medida adotar, vindo por fim a optar pelo prosseguimento de sua comercialização, à vista da informação técnica dos químicos da empresa de que não havia qualquer indício de propriedades tóxicas ou qualquer outro tipo de irregularidade com o produto. O Tribunal alemão que decidiu a causa entendeu que os empresários eram responsáveis pelas lesões sofridas pelos consumidores, primeiramente por culpa - até o momento em que não conheciam as notícias sobre os danos à saúde - e posteriormente por dolo - comissão por omissão, ao não retirarem de circulação os produtos já distribuídos, e por simples comissão, ao introduzirem novos produtos no mercado. O intenso debate que se seguiu a essa sentença, dividindo a doutrina basicamente entre os que defendiam não ser possível exigir-se dos empresários a atuação de garantes relativamente aos produtos já distribuídos ao consumo e os que se punham de acordo com

a decisão nesse sentido. A respeito, GIMBERNAT, então reconheceu que "não existe um aparato dogmático minimamente seguro, que permita dar uma solução inequívoca e unitária às hipóteses de omissão, na medida em que estas, com maiores ou menores novidades, vão surgindo no mundo real..."³³.

O terceiro e mais interessante foi o "caso de la colza", também ocorrido na Espanha, que se destacou por ter gerado a primeira manifestação de expressa do Tribunal Supremo (em 5 de abril de 1983) daquele país sobre o aproveitamento prático dos fundamentos da imputação objetiva³⁴.

Na ocasião, um grupo de empresários havia importado e introduzido no mercado como produto alimentício um tipo de óleo ("aceite de la colza") que se destinava originalmente ao emprego industrial (em atividades siderúrgicas), descaracterizado com "anilina", cujo consumo provocou, até o momento da prolação da mencionada sentença, 330 mortes e 15 mil intoxicações. A dificuldade na apreciação do caso dizia respeito a saber se, de fato, o consumo do óleo provocara tais danos, uma vez que não fora possível demonstrar, pelos métodos científicos disponíveis, a relação de causa e efeito entre a ingestão do óleo e os males a ele atribuídos. Afirmavam os *experts* que os afetados padeciam de "síndrome tóxica", uma enfermidade nova que combinava sintomas, sinais e aspectos patológicos "de maneira extremamente original... e ... não parecida com outras descritas cientificamente com anterioridade". O TSE argumentou no sentido de que essa "insólita enfermidade" não aparecera em outras épocas e tão pouco em outros lugares do planeta, senão na Espanha e precisamente nos lugares onde fora comercializado dito produto, desaparecendo, inclusive, a partir da retirada do produto do mercado. E dessas premissas extraiu a conclusão de que estava demonstrado o nexos causal, a *condicio sine qua non* para a ocorrência do resultado, que não dependia da demonstração do processo científico através do qual se manifestaram os danos, senão da certeza de que tais danos provieram do consumo do produto. Na

³³ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., págs. 322-323.

³⁴ Assim se manifestou o Tribunal espanhol: "Este tribunal já distinguiu com anterioridade, e com a precisão possível, a relação causal e a imputação objetiva como categorias independentes e sucessivas e que, para a responsabilidade penal não basta a verificação da relação causal -a ser determinada segundo o critério da equivalência das condições-, mas faz-se necessária a imputação objetiva do resultado, para o que se requer a adequação da causa para produzir tal resultado como sua consequência lógica e natural. Vale dizer, como já antecipado, que a imputação objetiva se situa em um momento anterior ao da chamada imputação subjetiva. La concorrência ou não de causalidade é algo empiricamente constatável, a determinar segundo os métodos das ciências naturais e esta é a base da teoria da equivalência de condições. Mas outra coisa e que para o injusto típico se requeira, ademais, a concorrência de uma categoria puramente normativa: a imputação objetiva, ou seja, que mediante critérios extraídos da interpretação da essência e função do tipo de injusto, se possa afirmar do ponto de vista jurídico-penal que um resultado é objetivamente imputável a uma ação. Posteriormente, com a sentença de 6 de abril de 1993, o TSE iria concretizar ainda mais essa proposição, afirmando que "o juízo de imputação objetiva exige, portanto, dois elementos: a existência de relação de causalidade natural ente ação e resultado e queo resultado se configure como expressão do risco criado e o fim de proteção da norma, de sorte que é objetivamente imputável um resultado que está dentro do âmbito de proteção da norma penal que o autor vulnerou mediante uma ação criadora do risco ou perigo juridicamente desaprovado".

ocasião, o TSE inclusive adotou princípio estabelecido no caso alemão do "*Leaderspray*" segundo o qual "se está comprovado de uma maneira juridicamente inquestionável que a composição e conteúdo de um produto - ainda que não seja possível uma maior esclarecimento - é causador dos danos, não será requisito para a prova da causalidade que também se comprove porque dito produto pôde ser causador dos danos, isto é, qual foi o fundamento último dessa causalidade a partir de uma análise dos conhecimentos científico-naturais"

³⁵.

A aparição de casos como esses por si só demonstra, a nosso ver, a validade dos esforços que redundaram na formulação da teoria da imputação objetiva, que se apresenta, assim, como mecanismo auxiliar na solução de problemas jurídicos dificilmente solucionáveis com o emprego das tradicionais categorias da teoria do delito.

Não ousamos afirmar, como faz alegremente MARGARITA MARTINEZ ESCAMILLA³⁶, que "uma superação definitiva do dogma causal se busca atualmente, ou inclusive podemos dá-la por conseguida, mediante a moderna teoria da imputação objetiva". Preferimos, ao contrário, concordar com o exame que faz o Prof. GIMBERNAT do estado da questão, ao afirmar que "os problemas de causalidade que derivam da responsabilidade pelo produto como, por exemplo, nos casos de *la colza* e *Leaderspray* estão colocando em risco a clareza conceitual alcançada depois de um esforço dogmático de muitos anos: se havia abandonado definitivamente as teorias jurídicas da causalidade (adequação, interrupção do nexos causal etc.) e se havia concluído que o tipo objetivo consistia, em primeiro lugar e por uma parte, da *causação científico-natural do resultado* que devia ser decidida exclusivamente com critérios ontológicos e que, se a esta primeira pergunta se devesse responder afirmativamente, então se haveria de determinar, em segundo lugar e para completar esse tipo objetivo, se ao causador material do dano típico caberia imputar objetivamente esse dano. Mas, ultimamente, se volta a ouvir vozes que concebem a causalidade como um conceito normativo (jurídico) ou, inclusive, como algo que somente pode ser estabelecido com critérios de probabilidade..."³⁷.

Risco desaprovado. O conceito de risco juridicamente desaprovado³⁸ opera o

³⁵ Autores alemães de prestígio, como PUPPE e HASSEMER criticaram a solução do Tribunal espanhol, com base no argumento de que "somente com base em leis fenomênicas causais cientificamente válidas pode afirmar-se legitimamente como provada a existência de uma relação causal", enfrentando a objeção de GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., págs. 331-333 (que cita entendimento semelhante de KÜHLEN e GÓMEZ BENITEZ), para quem "o tipo objetivo dos delitos de lesão - como prefere o autor chamar os delitos de resultado [acrescentamos] - exige unicamente que o autor haja causado o resultado típico, sem que seja necessário - porque a tipicidade não o requer - saber como o causou".

³⁶ op. cit., pág. 30.

³⁷ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., págs. 334-335. Esse autor completa o raciocínio, propondo que "frente a este conceito normativo - funesto na história da dogmática jurídico-penal - ou probabilístico da causalidade, há que seguir mantendo que a relação causal entre um comportamento e um resultado consiste em um enlace físico-natural - independentemente de que se conheça ou não o seu concreto mecanismo de atuação..."

raciocínio que vai além da mera constatação donexo causal. Vale dizer, nos delitos que exigem a produção de um resultado, sempre que falte a relação de causalidade - apurada segundo o critério da equivalência dos antecedentes -, não se cogitará de imputação objetiva; mas nem toda a causa que determina a produção de um resultado supõe a criação de um risco que exacerba os limites do que pode ser razoavelmente assumido no trânsito social, realizado nesse resultado.

Em termos ideais, parece conveniente que se proibisse - através do estabelecimento de sanção correspondente - toda e qualquer conduta que fosse minimamente perigosa para os bens jurídicos considerados preponderantes, além daquelas que se mostram evidentemente perigosas, como as que visivelmente atentam contra tais bens (ex: a conduta de atirar com arma de fogo contra alguém). Ocorre que a materialização dessa idéia implicaria na proibição de uma infinidade de condutas que se consideram socialmente úteis e que, sem embargo, encerram determinados graus de risco a tais bens jurídicos, como a condução de automóveis, embarcações e aviões, as atividades medico-cirúrgicas, a industrialização de produtos alimentícios etc.

Desse modo, é intuitivo que o Direito Penal deva ocupar-se apenas e tão somente daquelas condutas que revelem um extravasamento objetivo dos limites aceitáveis de risco que se permite para cada atividade, sem prejuízo do exame da situação concreta.

No tocante a criação do risco, deve-se entender que nos casos em que o resultado deriva de conduta amparada por risco que não extravasa os limites da normalidade, a não imputação deriva da falta de desvalor dessa ação. Nesse particular, a teoria da imputação objetiva tem debatido dois critérios adicionais, que são o da "**diminuição do risco**" e "**ausência de incremento do risco**".

Costuma-se ilustrar a problemática afeta a cada um destes últimos critérios com os exemplos do agente que aparta a vítima para que não receba um disparo frontal e mortal de arma de fogo, mas não consegue evitá-lo totalmente, de modo que a vítima é atingida no ombro e, respectivamente, com o do sobrinho, que envia a um bosque seu tio milionário, e de quem quer herdar a fortuna, sabendo que haverá uma tempestade, com o propósito de que um raio o mate, vindo esse fato a ocorrer. No primeiro exemplo, busca-se fundamentar a não imputação (note-se, apesar de presente onexo causal), na utilidade da conduta do agente, que se exteriorizou com a diminuição do risco não provocado³⁹; no

³⁸ SANTIAGO MIR PUIG, "*Derecho Penal*", 5.ª ed., REPERTOR, Barcelona, 1998, págs. 234-235 prefere a expressão "risco tipicamente relevante", também utilizada por MARGARITA MARTINEZ ESCAMILLA, op. cit., pág. 61 e ss.

segundo, pela impossibilidade do agente manejar o risco pré-existente de modo a elevá-lo, eis que falta ao sobrinho a capacidade essencial de domínio do fato (evitabilidade) ⁴⁰, que se traduz na não-criação de um risco mensurável de lesão a um bem jurídico, que impede o reconhecimento da periculosidade da conduta, tornando-a irrelevante do ponto de vista jurídico-penal ⁴¹.

Realização do risco. O critério da realização do risco no resultado parte da idéia de que, ademais da relação de causalidade, deve-se operar a constatação de uma "relação de risco", que implica em aferir se o resultado foi produzido como conseqüência do risco criado pela conduta. Esse juízo, *ex post* ⁴², deve excluir a imputação objetiva se o resultado é conseqüência da realização de outro risco distinto do que foi criado pelo autor (aqui se discutem os "cursos causais anômalos" ou "desvios no curso causal", que são, em geral, exemplificados com o caso da vítima que é apunhalada e morre em conseqüência de um incêndio no hospital em que era atendida) ou se não existe incremento do risco de produção do resultado em relação com a conduta real (por exemplo: marido deixa a chave do botijão de gás aberta na esperança de que sua mulher morra asfixiada; porém, sem que ele soubesse, o conduto de gás, que já possuía um orifício, permite a saída por outro lugar, e com maior rapidez, de todo o gás, provocando a morte da esposa).

Âmbito de proteção da norma. Por fim, o critério de imputação objetiva que aparentemente desperta o maior interesse é o do "âmbito de proteção da norma", que seu próprio idealizador, ROXIN, considerava incipiente nos anos setenta ⁴³, tendo motivado críticas no sentido de que representava um intento de introduzir-se critérios de política criminal na interpretação dos tipos. O que se propõe com tal critério é a exclusão da imputação objetiva mesmo naquelas hipóteses em que se afirma o nexos causal, a existência prévia de um risco relevante e a realização desse risco no resultado, por não ser esse resultado compatível com o fim último de proteção da norma. A doutrina procura abarcar aqui um vasto leque de situações, como a autocolocação dolosa em risco (agente que recebe entorpecente de

³⁹ Essa conclusão, sem embargo, não está isenta de críticas. Para JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, II, 6.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 109, a conduta do agente que desvia a vítima do disparo encontra amparo na "legítima defesa", sendo certo que "a aplicação do critério da diminuição do risco nesse caso supõe a inclusão no tipo da solução de conflitos de interesses cujo lugar adequado é o das causas de justificação". SANTIAGO MIR PUIG, op. cit., págs. 232-233, propõe para a solução do exemplo o emprego da eximente do estado de necessidade e, de forma semelhante, DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, Madrid, pág. 386.

⁴⁰ Alguns autores, como PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO, op. cit., pág. 136, consideram que o exemplo trata, de fato, de ausência de ação.

⁴¹ Cf. CLAUS ROXIN, op. cit., pág. 139.

⁴² CLAUS ROXIN, op. cit., pág. 134, a respeito da necessidade de realização desse juízo *ex post* afirmava já em 1970 que "recentes investigações tem demonstrado de modo convincente que não se pode emitir um juízo concreto de perigo sem excluir as circunstâncias de fato que somente podem ser comprovadas *ex post*".

⁴³ CLAUS ROXIN, op. cit., pág. 136.

terceiro e morre em consequência do seu uso), a criação de risco com consentimento da vítima (relações sexuais consentidas com portador do vírus da AIDS), a contribuição imprudente a conduta dolosa de outrem (provocação imprudente de suicídios, autolesões e autocolocações em risco) etc, as quais sempre significam "para o autor a exoneração de responsabilidade relativa a riscos por ele criados" ⁴⁴. O exemplo mais conhecido é o dado por JESCHECK, dos ciclistas que trafegam à noite, um detrás do outro, sem a necessária luz de advertência, até que o que vai à frente colide com veículo que trafega em sentido contrário: ainda que se possa conjecturar que a existência de iluminação na bicicleta do que trafegava logo atrás evitaria o resultado - pois permitiria ao veículo colidente visualizar a bicicleta atingida -, não se pode imputar ao segundo ciclista a responsabilidade pelo evento, posto que a norma que cria a obrigação de prover-se a bicicleta de iluminação visa a proteção exclusiva do próprio ciclista e não a iluminação de outros veículos.

Nesse campo, porém, muito há para ser dito ainda, observando-se, de qualquer modo, que a obra de GIMBERNAT ORDEIG evoluiu bastante além das proposições iniciais ⁴⁵.

CRÍTICAS À IMPUTAÇÃO OBJETIVA.

Conforme já mencionamos, as mais sérias e significativas críticas à teoria ora em comento provêm dos partidários do finalismo, destacando-se um dos discípulos de WELZEL, o alemão ARMIN KAUFMANN.

Do ponto de vista dos finalistas, o maior defeito da teoria da imputação consiste na imprecisão dos conceitos que emprega (perigo desaprovado, fim de proteção, realização do perigo...), que implica em risco à segurança jurídica enquanto afeta o mandato de determinação típica. Por outro lado, acusam os finalistas o grave risco que implica a construção de uma doutrina voltada ao enriquecimento de critérios de desvalor do resultado (sobre os fundamentos da teoria causal da ação), com prejuízo à compreensão do elemento subjetivo do injusto, cuja importância é admitida já há tempo pela dogmática.

Também apontam os finalistas a desnecessidade de criação de uma nova teoria da imputação para o âmbito dos delitos imprudentes, preferindo a consideração do critério

⁴⁴ CLAUS ROXIN, op. cit., pág. 139.

⁴⁵ Como observa sua discípula MARGARITA MARTINEZ ESCAMILLA, op. cit., pág. 37, "a atualidade e valor do trabalho de GIMBERNAT se deve também a que, há trinta anos e com uma clarividência assombrosa, soube ele reconduzir a seus justos termos o problema nuclear da imputação objetiva: a relação entre lesão do dever objetivo de cuidado e resultado, apontando como único critério válido o respeito ao fim de proteção da norma de cuidado lesionada".

subjetivo do "especial dever de cuidado" a qualquer critério de natureza objetiva para a aferição da responsabilidade. Visto de outro ângulo, sustentam a impossibilidade de apreciar a criação de um "risco desaprovado" no âmbito de uma teoria objetiva do tipo, porque a questão da valoração de determinadas ações não pode ser resolvida sem levar-se em conta o "estado de informação, o conhecimento do autor".

Mas, apreciando de modo bastante imparcial essas críticas, FRISCH ⁴⁶ reconhece que o debate entre a preponderância do "objetivo" ou o "subjetivo", que parece ser o ponto culminante da discórdia, caracteriza-se fundamentalmente pelo apego a questões terminológicas e conceituais que não são necessariamente incompatíveis ou reciprocamente excludentes. Exemplifica esse autor com a afirmação de que "a maioria dos críticos (finalistas) não faz qualquer reparo ao falar da criação objetiva de perigos ou de uma lesão objetiva ao dever de cuidado, e em qualificar o problema como pertencente ao tipo objetivo; e isto apesar de que esses críticos são conscientes de que no âmbito de apreciação da lesão ao dever de cuidado também devem ser levados em conta, dentro de certos limites, os conhecimentos especiais do autor". FRISCH considera inadequada a crítica sobre serem vagas ou imprecisas as categorias da imputação objetiva, na medida em que essa imprecisão se constitui em uma "irrenunciável exigência material", que obriga a assunção de certas áreas duvidosas de delimitação, como, aliás, se dá nos demais âmbitos do conceito de "dolo" ou de "contrariedade ao dever de cuidado", observando que ela se torna ainda menos consistente na medida em que os finalistas propõem, no âmbito do conceito de poder de atuação final que emprega, critérios "completamente comparáveis" aos utilizados pela imputação objetiva (juízo de adequação aos riscos normais da vida social...).

De qualquer modo, a crítica mais comum que parte dos finalistas, de que a imputação objetiva é supérflua ou que só se refere a uns poucos casos insignificantes, é a que pode ser mais facilmente respondida. Conforme observa FRISCH ⁴⁷, essa reprovação não merece maior consideração se com ela se propõe que o leque de casos que a teoria da imputação objetiva busca equacionar deve ser como tal desatendido. Da mesma forma, a acusação quanto a ser supérflua somente mereceria algum respaldo se viesse acompanhada da demonstração de que esse leque de casos pode ser tratado de forma adequada com dispensa aos critérios propostos pela teoria criticada.

O certo é que referidos critérios, como tem ficado evidente com a evolução do debate, atuam de forma eficiente na elaboração de soluções mais justas e racionais para uma

⁴⁶ WOLFGANG FRISCH, op. cit., pág. 16.

⁴⁷ WOLFGANG FRISCH, op. cit., pág. 59.

gama considerável de situações - que não são abstratas e nem de casuística isolada, como afirmam os finalistas ⁴⁸ - em face das quais a dogmática clássica ou finalista não mostrava aptidão para resolver, daí derivando, aliás, o combustível intelectual que vem impulsionando o desenvolvimento da teoria de que tratamos.

CONCLUSÃO.

Há que considerar, contudo, e sem prejuízo de reconhecer que a imputação objetiva possa atuar, como de fato vem atuando, como ferramenta dogmática eficaz do Direito Penal atual, que se constitui ainda em um modelo teórico em gestação, que carece de plena fundamentação e não oferece ainda resposta suficiente a todas críticas que têm sido contra ela articuladas.

Exemplo dessa dinâmica está na circunstância de ter a imputação objetiva, inicialmente empregada para melhor justificar a atribuição de responsabilidade nos delitos culposos, experimentado uma ampliação de cunho funcionalista, de modo a fomentar discussão já fora do âmbito do tipo objetivo, afetando todas as categorias do delito ⁴⁹.

Mas, como medida de prudência, é recomendável que a doutrina brasileira busque compreender e discutir com a maior profundidade possível a alvissareira contribuição da doutrina européia, inclusive para identificar em quais dos seus aspectos podem contribuir para o aprimoramento do Direito Penal Brasileiro, tão questionado nesses dias de conturbação social.

Luiz Otavio de Oliveira Rocha

⁴⁸ Conforme se pode verificar dos exemplos incluídos na obra do Prof. DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, op. cit., bem assim no artigo de autoria de JOSÉ CARLOS GOBBIS PAGLIUCA, *A imputação objetiva é real*, publicado no site www.direitocriminal.com.br.

⁴⁹ Nesse sentido PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO, op. cit., págs. 33-34. ROXIN afirma que cada vez ganha mais terreno a concepção de que é menos importante para o Direito Penal averiguar se e com quais requisitos se pode qualificar como 'ação' uma conduta humana, do que estabelecer quando e até que ponto pode ser imputar um resultado a uma pessoa como fundamento de sua responsabilidade. (CLAUS ROXIN, *Problemas básicos del Derecho Penal*, Ed. Reus, Madrid, 1976, pág. 147).

André Luís Callegari

CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL¹

1. INTRODUÇÃO.

A doutrina e a jurisprudência estrangeira vinham afirmando, até pouco tempo, que um resultado era conseqüência de uma ação se ambos estivessem unidos por uma relação de causalidade. Para essa determinação desenvolveram-se, com o decorrer dos anos, distintas teorias. Desde a teoria da equivalência das condições, que parte da necessidade de generalização frente as teorias individualizadoras, até a teoria da relevância típica, que facilitou o trânsito para a teoria da imputação objetiva, que hoje começa a impor-se.

Segundo a teoria da equivalência, todas as condições sem as quais não se houvesse produzido o resultado são causa equivalentes². Assim, uma ação é causa do resultado se, suprimida mentalmente sua realização, o resultado não se produziria (causalidade hipotética). O problema que a extensão excessiva que foi dada ao conceito de causa, mesmo que se tentasse corrigir estabelecendo limites a esta teoria³, acabou por determinar críticas da doutrina a essa teoria.

A teoria da causalidade adequada tentou corrigir os excessos da teoria da equivalência das condições, mencionando que nem todas as condições são causas, somente aquelas adequadas para produzir o resultado⁴, de acordo com a experiência geral. Por sua vez, essa teoria também enfrentou uma série de críticas, sendo que a principal é a de que se deve

¹ O presente trabalho teve sua origem numa exposição apresentada pelo autor em janeiro de 1999 no curso de doutorado "La protección jurídico-penal del medio ambiente en el ordenamiento español, coordinado pelos Profs. Drs. Agustín Jorge Barreiro e Manuel Cancio Meliá, na Universidad Autónoma de Madrid. Não posso deixar de agradecer especialmente ao Prof. Cancio Meliá, responsável direto pela orientação.

² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción José Luis Manzanares Samaniego, 4.ª ed., Comares, Granada, 1993, p. 252; ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 347 e ss.

³ JESCHECK, Hans-Heinrich, p. 252, menciona que a limitação a essa ampla conexão de responsabilidade apoiada na causalidade é feita por três corretivos: teoria da imputação objetiva, pelos elementos da ação correspondentes ao tipo e pela exigência de dolo ou culpa.

⁴ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 359; JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 238 e ss.

partir da experiência geral ou conhecimentos de uma pessoa média para julgar a adequação da causa e, assim, dificilmente se poderá afirmar a causalidade quando o autor possui conhecimentos especiais, isso, aplicando-se a teoria corretamente.

De todas as formas, as duas teorias apresentam, como aspecto favorável, a concentração na relevância jurídica da causalidade, fator no qual se insere precisamente o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva. Já de início uma coisa deve ficar clara, a teoria da imputação objetiva não veio para resolver o problema da causalidade natural. Nos delitos de resultado, ou seja, nos quais a ação típica produzirá o resultado típico, consistente na lesão do objeto sobre o qual aquela recai, segue-se estabelecendo sempre, antes de analisar a realização da imputação objetiva, a causalidade. A causalidade constitui um pressuposto prévio da imputação objetiva do resultado e, assim, segue sendo um problema. Para a doutrina, existe este problema porque há *causalidades* muito difíceis de serem estabelecidas desde um ponto de vista natural., já que para estabelecer a causalidade natural devemos partir de uma lei geral de causalidade ou lei causal natural, na qual se possa subsumir o comportamento do autor. Logo, quando conhecemos a lei geral que é aplicável ao caso em particular, a relação de causalidade ficará facilmente resolvida. Porém, quando a experiência cotidiana, que se adquire basicamente através da observação da repetição freqüente de determinados acontecimentos, não é suficiente para estabelecer a lei geral de causalidade e, tampouco o acesoramento técnico dos peritos explica satisfatoriamente o mecanismo causal, a causalidade adquire uma complexidade especial⁵.

Nesses casos, comprovado o requisito da causalidade, chega o momento de verificar sua relevância desde o ponto de vista normativo, isto é, a relação de imputação objetiva. É certo que dita teoria não está inteiramente acabada, visto que não há acordo na doutrina sobre todos os pontos em que se assenta, mas é pacífica a opinião de que a comprovação da relação de imputação objetiva requer as seguintes condições⁶: a) que a ação do autor tenha criado um risco juridicamente desaprovado; b) que o resultado produzido seja a realização daquele perigo realizado pela ação.

Portanto, ainda que ocorra uma relação causal entre a ação do autor e o resultado produzido, pode que falte a imputação objetiva do resultado, como no caso em que o autor, com sua conduta, não tenha criado um risco desaprovado.

⁵ A doutrina cita casos julgados na Alemanha, como o caso do laboratório Contergan e a talidomida, o caso dos pincéis de pelo de cabra; na Espanha o caso de *la colza*. Esses exemplos constam, com mais detalhes, em nosso artigo sobre a imputação objetiva. Ver RT 764/434.

⁶ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 373.

Assim, a teoria da imputação objetiva impõe-se cada vez mais na doutrina estrangeira. Neste pequeno trabalho, procuramos apenas demonstrar alguns pontos desta teoria que, na Alemanha, segue em constante desenvolvimento. Teoria que conduz a um filtro objetivo para a imputação de um resultado. Como não existe acordo na doutrina, pretendemos, de modo simples, trazer alguns pontos fundamentais desta teoria, sem aprofundá-los.

Segundo ROXIN, a dogmática antiga partia da base de que com a causalidade da conduta do autor, a respeito do resultado, cumpria-se o tipo objetivo. E nos casos em que parecia inadequada a punição, tentava-se excluir a pena nos delitos comissivos dolosos negando-se o dolo. Assim, podemos encontrar inclusive em Welzel o "exemplo freqüentemente utilizado" de que alguém, "ao começar uma tempestade, envia a outro ao bosque com a esperança de que lhe mate um raio". Se, contra toda a probabilidade se produz efetivamente esse resultado, segundo a teoria da equivalência não se pode duvidar que há causalidade naquele que deu o conselho; mas se com isso se considera realizado o tipo objetivo, somente se pode elidir o castigo negando o dolo. E isso é o que efetivamente faz Welzel, ao opinar que neste caso no sujeito "de trás" há certamente uma esperança ou um desejo, mas não a vontade com poder de influência real no ocorrido que exige dolo. Entretanto, esta não é uma fundamentação convincente: pois é indiscutível que o autor subjetivamente queria exatamente aquilo que produziu objetivamente; e a planificação e o curso real coincidem entre si. Se apesar disso não consideramos correta a punição, isso se deve de modo primário ao caráter objetivamente causal do ocorrido. Se uma causação de morte é puramente causal e não se discute já objetivamente como homicídio em sentido jurídico é porque um dolo tendente a isso não é um dolo homicida, senão dirigido a algo impune ⁷.

Algo similar ocorre no caso de manual de que "A" dispara contra "B" com dolo homicida e este só sofre uma lesão leve e vai a um hospital para receber tratamento, mas perece num incêndio que se produz no mesmo. Existe acordo unânime em que em constelações como está só se pode aceitar uma tentativa de homicídio. Entretanto, quando a jurisprudência e a doutrina fundamentam o caso aduzindo que falta o dolo homicida, porque este deve estender-se ao curso causal concreto, volta a passar sem razão o problema para a parte subjetiva; pois a morte pelo incêndio do hospital, já no plano objetivo, não se pode afirmar como obra de "A", de modo que a consumação do fato não fracassa só pela falta de dolo.

⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general*, tomo I, traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, 1997, p. 362.

E como a tentativa, que em todo caso há que afirmar que ocorre, também pressupõe um dolo homicida, só se pode negar o dolo a respeito do concreto resultado homicida se a causação de morte, tal como se desenvolveu, já não se considera como uma "ação de matar" no sentido do tipo. Isto é uma questão de imputação objetiva e não um problema de dolo ⁸.

A dogmática mais recente acolheu os pontos de vista que oferecem as teorias da adequação e da relevância para a restrição da responsabilidade jurídico-penal e, com ajuda de ulteriores argumentos, desenvolveu uma teoria da imputação objetiva, que, se bem todavia não foi formulada de forma acabada, já revela que grupos de casos se devem contemplar e que critérios devem guiar sua solução ⁹. O fundamento da teoria da imputação objetiva é a observação, deduzida da essência da norma jurídico-penal, que se encontra também na base da teoria da adequação: só é objetivamente imputável um resultado causado por uma ação humana (no sentido da teoria da condição), quando **dita ação criou um perigo juridicamente desaprovado que se realizou no resultado típico** ¹⁰.

Esta teoria reconhece as suas origens na teoria da relevância e seu ponto de partida é a substituição da relação de causalidade, como único fundamento da realização entre a ação e o resultado, por outra relação elaborada sobre a base de considerações jurídicas e não naturais. Neste ponto, a verificação de causalidade natural será um limite mínimo, mas não suficiente para a atribuição de um resultado ¹¹.

ROXIN, quem sem dúvida é o máximo representante de uma perspectiva da imputação objetiva vinculada ao "principio do risco", sintetiza o estágio de evolução desta teoria - e, ao mesmo tempo, o conteúdo deste princípio - do seguinte modo: "um resultado causado pelo sujeito que atua somente deve ser imputado ao causante como sua obra e somente cumpre o tipo objetivo quando o comportamento do autor criou um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realizou no resultado concreto (2) e quando o resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3) ¹². Cabe estimar que esta também é a perspectiva que adota a doutrina atualmente majoritária tanto na Alemanha

⁸ ROXIN, Claus, pp. 362/363.

⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de S. Mir Muig y F. Muñoz Conde, v. I., Bosch, p. 389.

¹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., p. 389; CUELLO CONTRERAS, Joaquin, *El Derecho Penal Español, parte general, Nociones Introductorias, Teoría de delito 1*, 2ª ed., Editorial Civitas, pp. 443 e ss.; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, J.M. BOSCH Editor, pp. 53 e ss.

¹¹ BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 4ª. Ed., Akal, p. 188; .

¹² ROXIN, Chengchi Law Review 59 (1994), pp. 221 e ss., em CANCIO MELIÁ, Manuel, ob. cit., p. 58.

como na Espanha ¹³: com efeito, a teoria da imputação objetiva se conecta habitualmente com a questão da atribuição de um resultado à conduta do autor.

Para MARTÍNEZ ESCAMILLA o objeto da teoria da imputação objetiva é o nexó objetivo que deve existir entre a ação e o resultado para que se possa afirmar a responsabilidade do autor pela lesão do bem jurídico. A imputação objetiva dentro de uma perspectiva histórica, representa em contrapartida a situação existente sob o denominado "império do dogma causal": a tipicidade dos delitos de resultado se esgotava na relação de causalidade, a ser decidido, segundo a teoria da equivalência das condições, de tal maneira que todo comportamento pelo simples fato de haver condicionado o resultado, ainda que

¹³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Derecho penal de la circulación*, pp. 36 e ss.; CUELLO CONTRERAS, ob. cit., p. pp. 488 e ss. CANCIO MELIÁ, Manuel, ob. cit, p. 57 e ss., citando a vários autores, traça uma panorâmica básica dos distintos elementos que foram utilizados para alcançar a definição da imputação objetiva de Roxin. Um dos primeiros âmbitos da aplicação da teoria da imputação objetiva se constituem nos chamados "comportamentos alternativos ajustados ao direito", referidos a casos nos quais o resultado se produziria igualmente ainda que o autor adotasse um comportamento conforme ao dever. GIMBERNAT ORDEIG propôs para a solução destes casos a utilização do critério do "fim de proteção da norma". De acordo com o mesmo, se o resultado produzido pelo comportamento não é um dos que se queria evitar com o estabelecimento do dever derivado da norma de cuidado, o autor estará isento de responsabilidade. ROXIN, pelo contrário, elaborou para estes casos a doutrina do "incremento do risco", conforme a qual o decisivo é determinar se a conduta do autor gerou um risco acima do permitido.

Mas além destas constelações de casos, se propôs utilizar como critério geral de imputação, no âmbito do delito imprudente, o critério do fim de proteção da norma antes mencionado. Este operaria em substituição da idéia de previsibilidade objetiva. Sua aplicação pretendia evitar as dificuldades que apresenta o juízo de previsibilidade, e permitir determinar de modo mais correto se concorre a necessária relação de antijuridicidade entre a lesão do dever de cuidado e o resultado lesivo.

Estas primeiras aproximações cristalizaram-se numa construção de conjunto, levada a cabo sobre tudo por ROXIN e consistente na elaboração de uma série de critérios normativos situados num mesmo marco sistemático. O denominador comum destes critérios, desde esta perspectiva, no "princípio do risco" antes mencionado, de acordo com o qual, partindo do resultado, a questão estriba em determinar se a conduta do autor criou ou não um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico em relação com dito resultado. Sobre esta base, ROXIN propôs os seguintes parâmetros concretos para determinar o juízo de imputação objetiva do resultado: a) a diminuição do risco; b) a criação ou não criação de um risco juridicamente relevante; c) o incremento ou falta de aumento do risco permitido e d) a esfera de proteção da norma. A idéia da diminuição de risco, válida segundo ROXIN para todos os casos nos quais se modera pela conduta de um sujeito um acontecido que comportaria um dano mais grave, exige a exclusão da imputação apesar da relevância causal da intervenção. No âmbito da criação ou falta de criação de um risco juridicamente relevante, ROXIN incluiu, por um lado, casos de irrelevância do risco, e, por outro, diversas constelações agrupadas em torno das chamadas "desviações do curso causal". ROXIN seguiu reservando o incremento do risco para a problemática dos comportamentos alternativos ajustados ao Direito, conforme os critérios por ele desenvolvidos já com anterioridade; por último, recorreu ao fim de proteção da norma, como critério destinado, basicamente, a abarcar casos de danos sobrevindos posteriormente, casos nos quais se produz um segundo dano, e, precisamente, casos de provocação de acidentes de salvamentos arriscados e de favorecimento de "autopuestas" em perigo.

Nesse contexto, a expressão "fim de proteção da norma" estava sendo utilizada com duas distintas acepções. Por uma parte, o critério vinha sendo referido ao alcance que tinha a "norma objetiva de cuidado" dos delitos imprudentes - sentido original no que a empregaram, por exemplo, GIMBERNAT ORDEIG y RUDOLPHI -; por outra, o fim de proteção da norma fazia referência ao alcance da norma da correspondente figura delictiva. Inicialmente, ROXIN a utilizou em ambos sentidos de forma indistinta. Mais recentemente, entretanto, para evitar confusões, recorre a expressão "alcance do tipo" quando utiliza o critério na sua Segunda acepção; nesse sentido, no marco do "alcance do tipo", apesar de concorrer a realização de um risco não permitido, "...a imputação todavia pode fracassar porque o alcance do tipo, o fim de proteção da norma típica... não abarca resultados das características que mostra o (resultado) que se produziu, porque o tipo não está destinado a evitar tais casos".

Estes critérios propostos sobre tudo por ROXIN - menos o escalão do "alcance do tipo" - logo se cristalizaram na fórmula dominante citada ao princípio, segundo a qual para que um resultado seja objetivamente imputável a um comportamento causal em relação com dito resultado, é necessário que o comportamento incorpore um risco juridicamente desaprovado

de forma remota ou imprevisível, merecia o qualificativo de típico. Se bem o finalismo atenuou esta situação com a introdução do injusto pessoal deixa, entretanto, intacto o tipo objetivo. Para sua afirmação seguia bastando a comprovação do nexos causal. Neste contexto, a teoria da imputação objetiva aparece não somente com a intenção de dar solução aos problemas concretos que surgem no marco do mencionado nexos entre ação e resultado, senão que constitui a realização, no âmbito do injusto, da atual corrente da Ciência jurídico-penal, que se denominou funcionalismo ou pensamento teleológico-racional. Essa tendência afasta o método axiomático-dedutivo inspirado em verdades ontológicas próprias do finalismo e propugna a renormatização da teoria jurídica do delito, inspirada teleologicamente nos fins do Direito penal. Consequentemente, com essa colocação se afasta de forma concreta que a relação de causalidade possa decidir por si mesma quando um acontecimento, já desde um ponto de vista objetivo, é ou não relevante para o Direito penal, empreendendo o trabalho de definir o nexos entre a ação e o resultado sobre critérios eminentemente normativos" ¹⁴.

Assim, conforme comprovada a causalidade natural, a imputação do resultado requer, ademais, verificar ¹⁵:

1. Se a ação do autor criou um perigo juridicamente desaprovado para a produção do resultado;

2. Se o resultado produzido por dita ação é a realização do mesmo perigo (juridicamente desaprovado) criado pela ação.

Ambos juízos de partida são deduzidos da função do direito penal. Este só tem por objeto ações que criam para o bem jurídico um risco maior que o autorizado e a produção de um resultado que se pudesse evitar. Disso, se pode deduzir critérios que permitem esclarecer, já no nível da tipicidade, comportamentos que são irrelevantes para o direito penal ¹⁶.

Como é certo, nem toda criação de um risco de resultado pode ser objeto de uma

¹⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, EDERSA, 1992, pp. XXIII Y XXIV.

¹⁵ ROXIN, nesse sentido, afirma que: a) um resultado causado pelo agente somente se pode imputar ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo para o bem jurídico não coberto por um risco permitido e esse perigo também se realizou no resultado concreto; b) se o resultado se apresenta como realização de um perigo criado pelo autor, por regra geral, é imputável a este, de modo que se cumpre o tipo objetivo. Mas, não obstante, excepcionalmente pode desaparecer a imputação se o alcance do tipo não abarca a evitação de tais perigos e suas repercussões. ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, 1997, p. 373.

¹⁶ BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 188.

proibição do direito penal, pois isso significaria uma limitação intolerável da liberdade de ação. Por isso, existem *riscos permitidos*, que excluem a tipicidade da conduta que os cria, ainda que daqueles se possa derivar um resultado típico. Exemplo: o motorista que dirige seu carro dentro dos limites de velocidade e com respeito as regras de trânsito, ainda assim, cria um perigo, porém, permitido. Se, como consequência disso, atropela um pedestre que inesperadamente cruza por um lugar não autorizado e este resulta com lesões (resultado do delito do art. 129, CP), não haverá dúvidas de que o motorista causou o resultado, pois se o motorista não tivesse circulado por esse lugar não haveria produzido o mesmo, mas, esse resultado não será objetivamente imputável ao motorista ¹⁷.

Os princípios da imputação objetiva surgem em primeiro lugar do *fim do direito penal*, de garantir expectativas normativas. Desde este ponto se deduz que as *condutas socialmente adequadas*, é dizer, que se desenvolvem dentro da ordem social ¹⁸, não podem ser alcançadas pelo tipo penal ou, com outras palavras, nunca serão típicas. Do fim do direito penal se deduzem especialmente os critérios do *risco permitido*, o *princípio da confiança*, a *proibição de regresso*, e a *comissão em posição de garante* ¹⁹. A outra fonte dos princípios da imputação objetiva concerne a realização do risco criado pela ação no resultado produzido e provém da estrutura dos tipos de resultado, que requerem que só o resultado que seja a realização do perigo criado pela ação dê lugar a consumação do delito ²⁰.

Assim, é necessário sublinhar que a seqüência da comprovação da imputação objetiva requer que em primeiro lugar se estabeleça uma relação de causalidade entre um resultado típico e uma determinada ação. Em seguida, deve-se verificar: 1º.) se esta ação *no momento de sua execução* constituía um perigo juridicamente desaprovado (se era socialmente inadequada) e 2º.) se esse perigo é o que se realizou no resultado típico produzido ²¹.

Portanto, passaremos a analisar algumas hipóteses que excluem a imputação objetiva.

2. CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO

¹⁷ BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 189; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conduta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, J.M. BOSCH Editor, 1998, p. 53.

¹⁸ Nesse ponto, deve-se estudar a teoria da adequação social desenvolvida por Welzel, que difere da imputação objetiva. Para este autor a adequação social é a "interpretação de sentido dos tipos", conforme a qual ficam excluídas do "conceito de injusto... todas as ações que se localizem funcionalmente dentro da ordem historicamente gerada". Tão só com a adequação social se entra "no âmbito do tipo, ...nas regiões do injusto tipificado", WELZEL, Hans, ZStW 58 (1939), p. 259, em CANCIO MELIA, Manuel, ob. cit., p. 76.; Para aprofundar, CANCIO MELIÁ, Manuel, *La teoría de la adecuación social en Welzel*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Tomo XLVI, Fascículo II, mayo-agosto, 1993, pp. 697 e ss.

¹⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General - Fundamentos y teoría de la imputación*, tradução de Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo, Marcial Pons, 1997, p. 243 e ss.; BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 189.

²⁰ JAKOBS, Günther, p. 243 e ss.; REYES ALVARADO, Yesed, *Imputación objetiva*, Temis, 1994, p. 50 e ss.

²¹ BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 189.

2.1. Risco permitido. Compreende-se por risco permitido uma conduta que cria um risco juridicamente relevante, mas que de modo geral (independentemente do caso concreto) está permitida e, por isso, diferentemente das causas de justificação, exclui a imputação ao tipo objetivo²². Assim, a imputação objetiva se exclui quando a ação que causalmente produziu o resultado não supera os limites do risco permitido. JAKOBS afirma que não é possível uma sociedade sem riscos²³. Exemplo de risco permitido é a condução automobilística observando-se todas as regras de trânsito, pois, não se pode negar que o tráfego viário constitui um risco relevante para a vida, saúde e bens materiais, coisa que prova irrefutavelmente a estatística de acidentes²⁴. Não obstante, o legislador permite o tráfego viário (com determinadas regras de cuidado) porque os interesses preponderantes são nesse sentido. Portanto, neste âmbito, também se inclui o tráfego aéreo, fluvial, o funcionamento de instalações industriais (especialmente perigosas), as intervenções médico curativas dentro do marco da *lex artis*, as práticas esportivas que implicam risco etc.

Normalmente, o risco permitido está normativamente regulado (por exemplo: regras de trânsito, segurança do trabalho etc.). As regras que estão nestes regulamentos são, de todos modos, critérios orientadores para a ponderação dos limites do risco autorizado. Em todo caso, a determinação do risco permitido quando não existe uma autorização legal expressa, provém de uma *ponderação de bens*, é dizer, de um juízo pelo qual "não só é calculável a magnitude do risco, senão também a utilidade ou dano como vantagem ou perda segundo critérios juridicamente relevantes²⁵.

Questão fundamental posta pela doutrina é que o risco permitido exclui a tipicidade e não é causa de justificação. Um comportamento que gera um risco permitido considera-se socialmente normal, não porque no caso concreto esteja tolerado em virtude do contexto em que se encontra, senão porque nessa configuração é aceito de modo natural²⁶. Portanto, os comportamentos que criam riscos permitidos não são comportamentos que devem ser justificados, pois não realizam tipo algum. Assim, aqueles comportamentos que geram riscos permitidos não têm porque estar inscritos num contexto especial para serem tolerados socialmente, senão que são tolerados de modo geral²⁷. A situação é distinta no âmbito da justificação; aqui é o contexto especial que permite que se tolerem comportamentos que

²² ROXIN, Claus, ob. cit., p. 371; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte general*, 4ª. Ed., 1994, PPU, Barcelona, p. 320.

²³ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, AD-HOC, p. 44.

²⁴ ROXIN, Claus, pp. 371/371; BACIGALUPO, Enrique, pp. 189/190; MARTÍNEZ ECAMILLA, Margarita, ob. cit., pp. 125 e ss.

²⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, p. 243 e ss.

²⁶ JAKOBS, Günther, *Imputación*, p. 49; Nesse sentido, ROXIN, Claus, ob. cit., p. 372.

per se são perturbadores ²⁸.

2.2. Exclusão da imputação no caso da diminuição de risco. Já de início falta a criação de risco e, com isso, a possibilidade de imputação se o autor modifica um curso causal de tal maneira que reduz ou diminui o perigo já existente para a vítima, e, portanto, melhora a situação do objeto da ação ²⁹. Exemplo: quem vê como uma pedra voa perigosamente em direção a cabeça de outro e, ainda que não possa neutralizá-la, somente logra desviá-la a uma parte do corpo que é menos perigosa, apesar de sua causalidade, não comete uma lesão corporal, igualmente que tampouco comete o médico que, com suas medidas, somente pode retardar a inevitável morte de seu paciente ³⁰. Casos desse tipo, que não são raros, tampouco podem ser solucionados com a teoria da adequação, já que o curso causal que modifica o resultado é totalmente previsível para o autor e, muitas vezes, pretendido por ele. Entretanto, deve-se excluir a imputação do resultado porque seria absurdo proibir ações que não pioram, senão que melhoram o estado do bem jurídico protegido ³¹. É certo que, segundo a doutrina tradicional, poderia solucionar-se os casos de redução ou diminuição de risco desde o ponto de vista da antijuridicidade, aceitando um estado de necessidade justificante. Mas isso pressupõe que se comece por considerar a redução do risco como lesão do bem jurídico típica de um delito e isso é precisamente o que falta ³². Para BACIGALUPO, aqueles autores que pensam que estes casos deveriam ser resolvidos a nível de justificação se vêm obrigados a estender o âmbito da tipicidade a extremos, formalmente possível, mas materialmente incompatível com o direito penal da liberdade ³³.

2.3. A exclusão da imputação se falta a criação do perigo. Roxin diz que se deve afastar a imputação ao tipo objetivo quando o autor certamente não diminuiu o risco de lesão ao bem jurídico, mas tampouco o aumentou de modo juridicamente considerável ³⁴. Para que se entenda esta hipótese, a doutrina coloca freqüentemente o mesmo exemplo, ou seja, um sobrinho, no momento que inicia uma tormenta e com a intenção de receber a

²⁷ JAKOBS, Günther, ob. cit., p. 50.

²⁸ JAKOBS, Günther, ob. cit., p. 50. Ademais, Jakobs coloca o seguinte exemplo: um motorista que dirige a uma velocidade de 69 quilômetros por hora por um lugar que está permitido e é adequado dirigir a 70 quilômetros por hora, não defrauda nenhuma expectativa, com independência da finalidade que persiga com sua viagem, mas o motorista de uma ambulância que circula pelo mesmo lugar a uma velocidade de 75 quilômetros por hora para dirigir-se ao lugar em que deve prestar seu serviço, necessita da situação de necessidade como contexto para que, de modo excepcional, seu comportamento seja tolerado (devido ao contexto).

²⁹ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 365; JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., p. 389; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª., ed., PPU, 1996, p. 231 e ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, p. 319.

³⁰ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 365.

³¹ ROXIN, Claus, ob. cit., pp. 365/366.

³² ROXIN, Claus, ob. cit., p. 366; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 319.

³³ Ob. cit., p. 191.

³⁴ ROXIN, ob. cit., p. 366.

herança de seu tio, envia este a um bosque com a esperança de que lhe mate um raio ³⁵. Neste caso, como em outros como qualquer incitação a realizar atividades normais e juridicamente irrelevantes como passear por uma grande cidade, subir escadas, banhar-se, subir montanhas, etc., não se imputa objetivamente o resultado. Inclusive, ainda que tais condutas em situações excepcionais possam dar lugar a um acidente, o Direito não toma em conta os mínimos riscos socialmente adequados que vão unido a elas, por isso, de início, não é imputável uma causação do resultado produzida pelas mesmas. Como a provocação de uma conduta socialmente normal e geralmente não perigosa não pode estar proibida, não haverá uma ação homicida tipicamente delitiva, ainda que excepcionalmente tal atuação seja causal a respeito de uma lesão de um bem jurídico ³⁶.

2.4. O princípio da confiança. De acordo com este princípio não se imputarão objetivamente os resultados produzidos por quem obrou confiando em que outros se manterão dentro dos limites do perigo permitido ³⁷. O princípio da confiança significa que, apesar da experiência de que outras pessoas cometem erros, se autoriza a confiar - numa medida ainda por determinar - em seu comportamento correto (entendendo-o não como acontecimento psíquico, senão como estar permitido confiar ³⁸. Exemplo: "A", conduzindo o seu carro, atravessa um cruzamento com o semáforo verde, sem tomar medida alguma de precaução para o caso de que algum automóvel que circule na outra direção não respeite o semáforo vermelho que proíbe sua passagem. "B", desrespeita o semáforo vermelho e colide com o carro de "A", resultando a morte de "B". Este resultado não se imputa a "A" objetivamente pelo efeito do princípio da confiança. Isso é assim porque não se pode imaginar que todo motorista tenha que dirigir seu carro pensando continuamente que o resto dos participantes no trânsito podem cometer imprudências ou que existem crianças ou idosos frente aos quais se deve observar um maior cuidado, se fosse assim, as vantagens que o tráfego rodado nos oferece seriam bastantes escassas. Não obstante, ainda que desenvolvido para o trânsito, o princípio de confiança pode-se aplicar em todas aquelas atividades em que concorrem distintas condutas perigosas numa mesma situação. O princípio da confiança manifesta sua eficácia naqueles

³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., p. 390.

³⁶ ROXIN, Claus, ob. cit., pp. 366/367.

³⁷ BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 191; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, ob. cit., p. 333 e ss.; CANCIO MELIÁ, Manuel, La Exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima ("imputación a la víctima"), Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2a época, n. 2, pp. 49 e ss.;

³⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, p. 253.

casos em que com a atuação infratora de um sujeito se misturam outros participantes na atividade de que se trate, que se encontram imersos no mesmo perigo criado pela infração³⁹.

2.5. A proibição de regresso. A teoria da proibição de regresso, de acordo com sua compreensão habitual, pretende recortar já no tipo objetivo (de autoria) as ampliações que a teoria da equivalência das condições introduziu no tipo objetivo dos delitos de resultado⁴⁰. Conforme a teoria da proibição de regresso, deve-se renunciar aos resultados que se obtenham com a teoria da equivalência a respeito daquelas condições nas quais, para a produção do resultado, mediou a atuação dolosa e culpável de um terceiro. Ditas condições não cumprem nenhum tipo objetivo de autoria; por conseguinte, em caso de imprudência, sua criação é impune, e, havendo dolo, ficam abarcadas pelas ampliações do tipo de autoria: os preceitos relativos a participação⁴¹. Para que se entenda melhor, a teoria da proibição de regresso afirma que a intervenção culposa numa realização dolosa e plenamente responsável do tipo é impune: quem deixa um revólver carregado ou uma faca, não é responsável, segundo esta teoria, por homicídio culposo, se outra pessoa mata a um terceiro com este elemento⁴².

No Brasil, a sujeito que deixa ditos objetos, poderia responder como autor culposo do homicídio. A proibição de regresso é um critério para limitar a imputação de um resultado a certos comportamentos que podem ser causais, mas que estão fora do interesse do direito penal. Inicialmente sustentou-se que "não são causas as condições prévias de uma condição". Em sua versão moderna a teoria da proibição de regresso já não se formula como uma negação do caráter *causal* das "pré-condições de uma condição", dado que nestes casos a causalidade é inegável. Agora se trata de excluir a imputação naqueles casos em que a causa (ou a "pré-condição" no sentido de *Frank*) foi posta por alguém que não tem porque responder pelo resultado que produz diretamente um terceiro ou que é imputável a própria vítima⁴³. Resumidamente, a teoria da proibição de regresso é um limite da participação criminal, ou seja, o comportamento doloso de um autor

³⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente - criterios de imputación del resultado*, PPU, 1989, p. 327.

⁴⁰ JAKOBS, Günther, *La prohibición de regreso en derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, p. 102.

⁴¹ JAKOBS, Günther, *La prohibición...*, pp. 103/104.

⁴² ROXIN, Claus, *Observaciones sobre la prohibición de regreso*, traducción de Marcelo Sancinetti, *La prohibición de regreso en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, p. 151.

interromperia a imputação do resultado ao comportamento imprudente anterior unido causalmente com o resultado.

Os exemplos que surgem a respeito da proibição de regresso são os seguintes:

A imputação de um resultado exclui-se em relação as ações de um autor que são causais do mesmo por mediação de um terceiro *que não obra conjuntamente* com o autor. Exemplo: o vendedor legalmente autorizado de armas que vende ao autor o revólver que este utiliza para matar a outro, colocando uma condição do resultado sem a qual este não se produziria (portanto, é causa do mesmo). Entretanto, na medida em que não incumbia ao vendedor custodiar que os compradores das armas, cuja venda está autorizada, não cometam com isso delitos, *não é garante* e não cabe a imputação do resultado diretamente ocasionado por terceiro ⁴⁴.

Exemplo: alguém causa um acidente automobilístico por imprudência em que um terceiro resulta lesionado, de maneira que, no transcurso da cirurgia a que teve que se submeter, por negligência do cirurgião, morre a vítima. Aqui, ainda que o comportamento anterior seja imprudente, ficaria interrompida a imputação do resultado ⁴⁵.

Esta teoria é muito discutida e não há acordo na doutrina para a sua utilização.

3. A REALIZAÇÃO DO RISCO NÃO PERMITIDO

⁴³ BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 192; Para aprofundar, FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo, *Límites de la participación criminal - Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*, 1999, Editorial Comares; NAUCKE, Wolfgang, *La prohibición de regreso en derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidade Externado de Colombia, pp. 15 e ss., começa explicando a teoria da proibição de regresso com o seguinte exemplo extraído do Tribunal Supremo do Reich alemão (RGSt, T. 64, p. 370): um sujeito havia envenenado dolosamente a sua esposa. Havia recebido o veneno de sua amante. No processo não se pode provar contra a amante que tivesse determinado dolosamente ao marido levar a cabo o homicídio nem que lhe houvesse ajudado dolosamente na realização do mesmo. Neste caso, a problemática da proibição de regresso praticamente se coloca por seu próprio peso. O marido deve ser condenado como autor de um homicídio doloso; segundo a lei, isto é inequívoco. Pelo contrário, é de difícil contestação a questão sobre qual é o tratamento jurídico-penal que corresponde à amante. Ela não é partícipe no fato do marido, pois os preceitos do StGB relativos a participação exigem todos eles dolo do partícipe; ela, entretanto, não atua de modo doloso. O Tribunal condenou a amante como autora de um homicídio imprudente. Essa solução é acorde a da doutrina dominante. Uma opinião divergente, entretanto, pronuncia-se contra essa condenação. Fundamentalmente, esta postura sustenta o seguinte: o decisivo é o homicídio doloso cometido pelo marido; não se pode recorrer ao atuar imprudente da amante, ainda que fosse esta quem fizesse possível o fato do esposo. Esta opinião divergente pode caracterizar-se de modo prático e breve com a palavra "proibição de regresso" introduzida por Frank. Portanto NAUCKE afirma que se está limitado a um determinado grupo de casos: parte-se do pressuposto que um autor imputável que atua dolosamente produz diretamente um resultado juridicamente proibido, utilizando ou aproveitando o comportamento imprudente de outro. O problema geral que oferece este grupo de casos é o seguinte: o comportamento consistente em fazer possível em forma imprudente um fato doloso não é punível a título de participação; pode-se castigar este fazer possível de modo imprudente um fato doloso como autoria imprudente?

⁴⁴ BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 192.

⁴⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., p. 474.

O segundo nível em que se trata a questão da imputação objetiva é o da exigência de que o risco (não permitido) criado pela ação seja o que se realiza no resultado ⁴⁶. Portanto, formam um segundo ponto essencial da discussão, característico da teoria atual da imputação, as questões em torno da realização do risco desaprovado ⁴⁷. Para a imputação de resultados típicos não basta, segundo a teoria da imputação, que alguém tenha provocado os resultados típicos de modo causal e que tenha criado, mediante sua conduta, um risco desaprovado de produção de tais resultados ⁴⁸. É necessário, ainda, que estes resultados se configurem como a realização de um risco desaprovado pelo autor ⁴⁹.

Nesse sentido, afirma MARTÍNEZ ESCAMILLA que, atualmente, praticamente toda doutrina afirma que para poder imputar um resultado a um autor não basta que sua conduta imprudente e o resultado estejam unidos por uma relação de causalidade, senão que deve existir um nexos específico entre ambos, de tal maneira que o resultado possa ser considerado a realização do risco penalmente relevante criado pelo autor, a realização que a norma infringida tinha por finalidade combater ⁵⁰.

3.1. A exclusão da imputação se falta a realização do perigo. A imputação ao tipo objetivo pressupõe que no resultado se realize precisamente o risco não permitido criado pelo autor. Por isso, está excluída a imputação, em primeiro lugar, se, ainda que o autor crie um perigo para o bem protegido, o resultado se produz não como efeito da realização desse perigo, senão só em conexão causal com o mesmo ⁵¹. São os casos em que um delito doloso em um primeiro momento fica na fase da tentativa, mas, depois, acaba provocando o resultado como conseqüência de um curso causal imprevisível ⁵². A doutrina coloca o seguinte exemplo: a vítima de uma tentativa de homicídio não morre no próprio atentado, mas num incêndio do hospital para qual fora trasladada ⁵³. Neste caso o autor criou certamente um perigo para a vida da vítima e também casou a sua morte; mas, como não se pode imputar a ele este resultado porque este não supõe a realização do perigo criado, só haverá cometido uma ação de tentativa de homicídio e não um homicídio consumado ⁵⁴. O exame de realização de perigo é prévio, de tal maneira que o curso dos

⁴⁶ BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 195.

⁴⁷ FRISCH, Wolfgang, *Tipo Penal e Imputación Objetiva*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jáen Vallejo e Yesid Reyes Alvarado, Colex, 1995, pp. 48/49.

⁴⁸ FRISCH, Wolfgang, ob. cit., p. 49.

⁴⁹ FRISCH, Wolfgang, ob. cit., p. 49.

⁵⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, ob. cit., p. 169.

⁵¹ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 373.

⁵² ROXIN, Claus, ob. cit., p. 373.

⁵³ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, p. 274; ROXIN, *Derecho Penal*, p. 373.

fatos realmente produzido deve medir-se num segundo juízo de perigo que se deve efetuar após a ação do autor. É dizer, que no caso do exemplo devemos perguntar se o disparo efetuado pelo autor aumentou o perigo de uma morte num incêndio de modo juridicamente mensurável; e a tal efeito deve-se aplicar o mesmo critério que no primeiro juízo de perigo ⁵⁵. Pois bem, como a questão deve ser respondida negativamente - uma estância num hospital não fundamenta um perigo relevante de ser vítima de um incêndio acidental no mesmo -, deve-se negar a realização do perigo e a imputação do resultado ⁵⁶.

3.2. A exclusão da imputação se falta a realização do risco não permitido. Nos casos de risco permitido a imputação ao tipo objetivo pressupõe que se ultrapasse o limite da autorização e com isso a criação de um perigo não permitido. Mas, assim como na criação usual de perigo, a consumação requer mais que a realização do perigo, e no caso de risco não permitido a imputabilidade do resultado depende adicionalmente de que no mesmo se realizou precisamente esse risco não permitido ⁵⁷. O caso relativamente mais simples é o de que a superação do risco permitido simplesmente não repercute sobre o resultado em sua concreta configuração.

Para JAKOBS, tratam-se de casos em que um comportamento não é permitido sempre que não se ponha em marcha um curso causal prévio para diminuir o risco, ainda que esse curso causal não haveria surtido efeito no caso concreto.

Exemplo: o diretor de uma fábrica de pincéis subministra a suas trabalhadoras pelo de cabra china para a elaboração de pincéis, sem desinfetá-los previamente como estava previsto. Quatro trabalhadoras se infectam com bacilos de carbunco e morrem. Uma investigação posterior dá como resultado que o desinfetante prescrito seria ineficaz contra esse bacilo, não conhecido até este momento na Europa ⁵⁸.

Nesse caso o autor, ao omitir a desinfecção, num juízo *ex ante* criou um grande perigo, mas o mesmo, como se comprovou posteriormente, não se realizou. Se imputássemos o resultado ao autor, castigaríamos a este por uma infração de um dever, cujo cumprimento havia sido inútil. E isso proíbe o princípio da igualdade; pois se o curso dos fatos coincide

⁵⁴ ROXIN, ob. cit., p. 373.

⁵⁵ ROXIN, ob. cit., pp. 373/374. Para JAKOBS nestes casos a relação com o bem afetado é conforme ao Direito na medida que se expõe tais bens aos riscos usuais do tráfego viário ou da estância num edifício (hospital), pois tais riscos ou outros semelhantes não faltam inteiramente em nenhuma parte - salvo conservando os bens num museu.

⁵⁶ ROXIN, ob. cit., p. 373.

⁵⁷ ROXIN, ob. cit., p. 375.

⁵⁸ JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 281; ROXIN, Claus, p. 375.

totalmente com o que se produziu mantendo-se dentro do risco permitido, tampouco se pode manejar de modo distinto a imputação do resultado. Portanto, se o fabricante tivesse dolo homicida, somente poderia ser castigado por tentativa; e no caso mais verossímil de mera imprudência se produziria a impunidade ⁵⁹.

Em outros casos, a infração do dever que ultrapassa o risco permitido certamente é causal para o resultado, mas o risco de produção do resultado não se aumentou pela superação ou excesso. Exemplo: o autor ultrapassa a velocidade máxima permitida, mas, pouco depois, volta a observar a velocidade prescrita. Então, atropela uma criança que saiu repentinamente detrás de um automóvel, colocando-se em frente ao seu carro; o acidente é objetivamente inevitável para o condutor ⁶⁰.

Em considerações como esta o acidente foi causado não só pela (permitida) condução do automóvel em si mesma, senão precisamente também por ultrapassar a velocidade máxima; pois, sem ela, o veículo não estaria nesse lugar preciso ao cruzar a criança pela rua e não sucederia nada. Pese a isso, neste caso tampouco se realizou o risco específico que é imanente ao excesso de velocidade. Pois por uma condução demasiado rápida não se aumenta o risco de que se produza um acidente numa condução novamente regular; desse modo também se pode evitar um posterior atropelamento, porque o carro passou já longe pelo potencial local do acidente. A proibição do excesso de velocidade não quer impedir que os automóveis passem num determinado momento por um determinado lugar. Portanto, o haver experimentado o risco proibido só por causalidade deu lugar ao acidente, de modo que se exclui a imputação do resultado e, para isso, não é preciso uma classe especial de comprovação da causalidade, o que muitas vezes quer a jurisprudência ⁶¹.

O mesmo rege no caso de que se origine um acidente porque durante uma ultrapassagem proibida rompe-se uma roda do veículo que ultrapassava devido a um defeito de material não conhecido (BGHSt 12, 79); pois nesse caso se realizou, não o perigo que radica na ultrapassagem proibida, senão uma circunstância fortuita (causal) para o motorista: ainda dirigindo corretamente, em qualquer momento a roda também poderia romper-se e causar um acidente ⁶².

3.3. A exclusão da imputação em caso de resultados que não estão cobertos pelo fim de proteção da norma de cuidado. Também há casos em que a superação do risco permitido inicialmente aumentou claramente o perigo de um curso do fato que logo

⁵⁹ ROXIN, Claus, ob. cit., pp. 375/376.

⁶⁰ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 376.

⁶¹ ROXIN, p. 376.

⁶² ROXIN, p. 377.

se produziu, mas, em que pese isto, não pode ter lugar a imputação do resultado ⁶³.

Nesse passo, a imputação objetiva pode faltar, quando o **resultado fica fora do âmbito de proteção da norma** que o autor vulnerou mediante sua ação, já que em tal caso não se realiza no resultado o risco juridicamente desaprovado que criou o autor, senão outra classe de risco ⁶⁴. Afirmo LUZON que para a imputação objetiva é preciso, ademais, que o resultado concretamente causado encaixe no fim de proteção ou evitação da norma, é dizer, que coincida com o tipo de causação de resultados que precisamente pretende evitar a norma proibitiva direta ou a norma de cuidado infringida; trata-se, pois, de um critério de interpretação teleológica do tipo ⁶⁵.

O critério do fim de proteção da norma pode configurar-se, em geral, como princípio regulador que pode operar em distintos níveis. Entretanto, onde encontra seu âmbito próprio de aplicação é como critério de imputação, na determinação da existência ou não da relação de risco ⁶⁶. A função mediata, ou última, do critério do fim de proteção da norma é a comum a todos os critérios de imputação, de raiz essencialmente de política criminal ⁶⁷. Trata-se de evitar que, pese a introdução no injusto da infração da norma de cuidado e pese a utilização de princípios reguladores, como o risco permitido, no juízo sobre o injusto típico, continuem existindo castigos que tenham claras conotações "versaristas" ⁶⁸.

JAKOBS menciona que são comportamentos sem procedimentos de segurança. São os casos em que o comportamento do autor não está permitido por haver omitido o processo de determinados procedimentos de segurança, quando, no caso concreto, sua adoção prévia não haveria incorporado, entretanto, segurança adicional alguma em razão de um defeito do próprio procedimento ⁶⁹.

A doutrina, para explicar este caso, costuma colocar o seguinte exemplo: um dentista aplica anestesia geral a um paciente sem submetê-lo previamente ao reconhecimento de um médico, o que claramente estava indicado; por não tolerar a anestesia geral o paciente morre; se houvesse sido consultado o médico, este também não tinha como diagnosticar a incompatibilidade existente ⁷⁰. Neste caso, deste o princípio era reconhecível que a intervenção de um médico como mínimo retardaria os riscos de uma intervenção. Contudo, não tem sentido a imputação do resultado: o dever de consultar um médico não tem a

⁶³ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 377.

⁶⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, p. 390.

⁶⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Editorial Universitas, S.A., p. 382.

⁶⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente - criterios de imputación del resultado*, PPU, 1989, pp. 571/572.

⁶⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, p. 563.

⁶⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, p. 563.

⁶⁹ JAKOBS, Günther, *Imputación*, p. 117.

finalidade de provocar um retardamento da intervenção e desse modo prolongar ao menos a curto prazo a vida do paciente ⁷¹. Por isso, não se realizou o perigo que queria prevenir o preceito de cuidado infringido e aí fracassa a imputação do resultado ⁷².

ROXIN adverte que de todos os grupos de caso de falta de realização de rico não permitido ou, como também se formula, de falta de "nexo de risco" se pode inclusive dizer que o fim de proteção da norma não abarca a concreta forma de produção do resultado. Somente se deve ser consciente de que na realização do risco não permitido se trata sempre do **fim de proteção da norma de cuidado limitadora do risco permitido** (do mandato de iluminação, do dever de consultar um médico especialista, etc.), e não do fim de proteção do tipo penal. Em câmbio, os casos propriamente ditos de exclusão da imputação pelo fim de proteção do tipo são aqueles em que a norma típica (a proibição de matar, lesionar, danificar, etc.) não abarca de antemão determinadas condutas e conseqüências. Estes casos se discutem aqui desde a perspectiva do "alcance do tipo", e, contra o que maioritariamente se faz, não deveriam misturar-se com os casos em que a imputação se exclui já porque o fim de proteção dos mandados de cuidado não cobre o resultado produzido ⁷³.

3.4. Conduta alternativa conforme ao Direito e teoria do incremento do risco.

Como recorda REYES, as primeiras tentativas de trabalhar com cursos causais hipotéticos surgiram dentro da teoria da equivalência das condições através da fórmula da *conditio sino qua non*, mecanismo este que foi criticado com razão, porque a multiplicidade de causas de sucessão que podiam hipoteticamente produzir o mesmo resultado, ainda quando a conduta do autor se suprimisse mentalmente, não permitiam obter resultados satisfatórios na maioria dos casos ⁷⁴. Entretanto, uma vez reconhecida amplamente a incapacidade da *conditio sino qua non*, e aceita a necessidade que o direito penal tem de diferenciar entre conceitos de causalidade e imputação, voltou a tomar importância a proposta de recorrer ao emprego de cursos causais hipotéticos, mas esta vez como mecanismo de estabelecer se um risco desaprovado se realizou ou não no resultado;

⁷⁰ JAKOBS, *Imputación*, p. 117; ROXIN, *Derecho Penal*, com algumas modificações, p. 377; Afirma-se, por exemplo, que as normas que proíbem aos condutores de automóveis executar perigosas manobras de ultrapassagem não tem como finalidade proteger aos demais condutores de infartos sofridos como conseqüência da alteração nervosa gerada por uma perigosa ultrapassagem; em conseqüência, ao condutor que de forma não regulamentar e perigosa ultrapassa a outro carro, não lhe é imputável a título de lesões pessoais o infarto que, devido ao susto, sofre o condutor do veículo ultrapassado, cfr. *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, volume 2, München und Berlin, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1959, págs. 2320 y 2321, em REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación Objetiva*, Temis, 1994, pp. 204/205.

⁷¹ ROXIN, Claus, p. 378.

⁷² ROXIN, Claus, p. 378.

⁷³ ROXIN, Claus, ob. cit., pp. 378/379.

⁷⁴ REYES ALVARADO, Yesid, ob. cit., p. 231.

admitindo-se que não se trata já de indagar sobre um problema causal, propõe-se estabelecer uma limitação aos cursos causais hipotéticos que devem ser utilizados, de maneira tal que em lugar da conduta do acusado não teria que se incluir *qualquer outra forma* de comportamento, senão tão só aquela conduta que o autor deveria haver realizado de acordo com as exigências legais ⁷⁵.

Para ROXIN, o problema mais discutido em conexão com a idéia de risco se refere a questão de se devemos imputar um resultado quando mediante uma conduta alternativa conforme ao Direito o mesmo seria evitado, não com segurança, senão só provavelmente ou possivelmente ⁷⁶.

A doutrina colaciona o exemplo da sentença do Tribunal Supremo Federal da Alemanha: o motorista de um caminhão quer ultrapassar a um ciclista, mas, ao fazê-lo, não guarda a distância de separação lateral regular, por acercar-se a uns 75cm do mesmo. Durante a ultrapassagem o ciclista, que ia fortemente alcoolizado, gira a bicicleta a esquerda, por uma reação de curto-circuito provocada pelo álcool e cai sob as rodas traseiras do caminhão. Se comprova que provavelmente (variante: possivelmente) o acidente também se produziria, ainda que se houvesse guardado uma distância de separação lateral suficiente segundo as normas de trânsito ⁷⁷.

Está amplamente aclarada a questão de que se exclui a imputação se a conduta alternativa conforme ao Direito conduziu com segurança ao mesmo resultado; pois então não se realizou a superação do risco permitido no curso real do acontecimento. Em câmbio, no caso do exemplo, segundo a concepção mantida por Roxin, é obrigada a imputação, porque uma condução correta haveria salvado a vida do ciclista, certo que não com segurança, mas possivelmente, e, portanto, a superação do risco por não guardar a distância de separação lateral incrementou de modo juridicamente relevante a possibilidade de um acidente mortal ⁷⁸.

Para referido autor, isso se baseia na seguinte reflexão: se apesar de guardar a distância requerida o ciclista morreu, também se realizou nesse curso do fato um risco que sempre existe nas ultrapassagens; mas desse risco o motorista seria liberado pelo legislador que lhe autorizou (por guardar a distância requerida), por isso o resultado não

⁷⁵ REYES ALVARADO, Yesid, pp. 231/232; Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, ob. cit., p. 451, "o problema que estabelecem as "condutas alternativas adequadas ao direito" está intimamente relacionado com a relevância penal que se dê a evitabilidade do resultado. Estes casos foram tratados, tradicionalmente, sob a denominação de cursos causais hipotéticos. Comum a todos eles é a existência de uma conduta do autor que infringe o dever objetivo de cuidado junto a constatação da existência de relação causal, no sentido da teoria da equivalência das condições, entre essa conduta e o resultado. A peculiaridade de estes casos se estriba em que, "ex post" se comprova que o resultado se produziria igualmente com uma conduta diligente do autor".

⁷⁶ ROXIN, Claus, p. 379; JESCHECK, Hans-Heinrich, p. 391.

⁷⁷ ROXIN, *Derecho Penal*, p. 379; JAKOBS, Imputación, p. 121.

⁷⁸ ROXIN, p. 379.

lhe seria imputável. Se, ao contrário, o autor ultrapassa o risco permitido e se produz então o resultado como conseqüência do perigo existente na ultrapassagem, o mesmo é imputável como realização de um perigo proibido. Não existe nenhum motivo para liberar também aqui o autor do risco e absolve-lo, pois o limite máximo de risco tolerável é traçado pela distância legal de separação lateral. E todo incremento desse risco faz recair as conseqüências sobre o autor ⁷⁹.

O fundamento da teoria do incremento do risco baseia-se na afirmação de que a finalidade de proteção da norma de cuidado existe para reduzir o perigo de lesão do bem jurídico, quando a conduta ultrapassou a medida do risco permitido ⁸⁰. Contanto que a conduta que infringe o cuidado não produza, no caso concreto, nenhum risco maior que o que produziria a conduta adequada, com base no princípio da igualdade, afirma-se a impunidade do comportamento. Ao contrário, no caso de que a conduta infratora da norma de cuidado, em comparação com a conduta alternativa adequada aumenta o risco, esta elevação do risco não é compatível com a finalidade da norma ⁸¹. Em conseqüência, o resultado produzido tem que ser imputado, quando possivelmente com a conduta alternativa se produziria um

⁷⁹ ROXIN, pp. 379/380. Roxin advoga que ainda quando a conduta exigível tampouco houvesse podido evitar o resultado, este deve ser imputado ao autor porque criou um risco que não é equiparável ao permitido, senão que o excede (ZStW 74, 1962, p. 434), em REYES ALVARADO, Yesid, p. 248. Desta maneira se pretenderam solucionar casos como o do médico que havendo cometido um grave erro no desenvolvimento de uma operação, quisera defender-se com o argumento de que dada a complexidade do procedimento o paciente quiçá não sobreviveria, ainda quando a operação estivesse livre de erros; nestes casos, a tese de Roxin conduziria a condenação do médico, posto que se bem a conduta conforme ao direito provavelmente não evitaria a morte do paciente, sua conduta gerou um risco que não pode ser equiparável ao que normalmente emerge de uma intervenção cirúrgica, cfr. REYES ALVARADO, Yesid, p. 248. Esta afirmação de Roxin deu lugar a uma reprovação à teoria da elevação do risco já que viola o princípio do *in dubio pro reo*, enquanto propõe que quando não esteja demonstrado se a conduta conforme ao direito evitaria ou não o resultado se condene o acusado por haver estendido um risco maior que o permitido; com este procedimento, afirma-se, estaríamos resolvendo toda a dúvida contra o acusado, cfr. REYES ALVARADO, Yesid, p. 248. Contra esta objeção, contestou-se que a proposta da teoria da elevação do risco contém dois aspectos que devem ser claramente diferenciados: de uma parte, exige-se por parte do juiz o absoluto convencimento de que a conduta do autor gerou um risco superior ao que deveria derivar-se de uma conduta conforme ao direito, de maneira que quando o funcionário judicial não possua certeza sobre a elevação do risco, deve resolver a dúvida em favor do acusado; mas, de outra parte, há oportunidades em que, estando demonstrada a elevação do risco, não existe certeza sobre se a conduta conforme ao direito evitaria com absoluta segurança a produção do resultado, sendo casos nos quais não se deve resolver em favor do acusado porque sua conduta foi geradora de um risco superior ao que normalmente deveria produzir-se. Com esta distinção, afirma-se que a teoria da elevação do risco aplica corretamente o *in dubio pro reo* aos problemas de índole pessoal, mas sem empregá-lo em campos que como o direito material são por completo alheios a dito postulado, cfr. REYES ALVARADO, Yesid, pp. 248 e 249. Com esta resposta, surgem inevitavelmente dúvidas sobre se a teoria da elevação do risco é uma tese que busca explicar em forma autônoma a imputação objetiva, ou se refere-se tão só ao um de seus elementos, vale dizer, a criação ou a realização de um risco desaprovado. Com efeito, quando se afirma que se deve sancionar ao autor pelo fato de haver elevado o risco, independentemente de se o resultado se pudesse ou não evitar com segurança mediante uma conduta alternativa conforme ao direito, se está referindo a teoria da elevação do risco a simples criação de riscos juridicamente desaprovados, com absoluta independência da criação do risco, cfr. JAKOBS, Günther, Lehrbuch, Rd 7/99, em REYES ALVARADO, Yesid, p. 248; sobre isto não pode caber dúvida alguma, posto que se sanciona ao autor, ainda quando sua conduta conforme ao direito causasse o mesmo resultado, se está sancionando uma pessoa sem estar seguro de que foi sua conduta irregular a que gerou o resultado nocivo. E se isso é assim, se está violando claramente o princípio *in dubio pro reo*, porque se estaria imputando a alguém um resultado pelo fato de que quiçá sua conduta contrária ao direito pudesse evitá-lo, é dizer, porque talvez foi sua atuação a que produziu o resultado, cfr. REYES ALVARADO, Yesid, pp. 249/250.

⁸⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente - criterios de imputación del resultado*, PPU, 1989, p. 497.

menor risco. Em outras palavras, para a teoria do risco haverá imputação quando a conduta imprudente, em relação com a cuidadosa, produziu um aumento do perigo para o objeto da ação⁸². Desde esta perspectiva, para a imputação do resultado é suficiente com que o autor tivesse uma "reale Chance" de evitar o resultado e não o fez⁸³.

Porém, em que pese a argumentação exposta até o presente, uma parte da doutrina e da jurisprudência chegam a outra conclusão. O Tribunal Supremo Federal (Alemanha) diz que: "Somente se pode aceitar que uma conduta infratora das regras de cuidado é causal a respeito de um resultado danoso se é seguro que com uma conduta correta no trânsito não se produziria o resultado". Em caso contrário, argumenta-se também na doutrina, 'se não é seguro que se realizou o perigo não permitido e em virtude do princípio *in dubio pro reo* o autor deve ser absolvido'⁸⁴.

Ao aplicar-se o princípio *in dubio pro reo* a decisão é cristalina: o motorista (caso do exemplo citado) que leva a cabo a ultrapassagem, ao não manter a suficiente distância lateral, gera com seu comportamento um risco não permitido, entretanto, tal risco não está numa relação planificável com o sobressalto que por causa do ruído sofrem os ciclista ébrios, e tampouco está com o fato de que estes resultem atropelados se realizam um movimento excessivo para um dos lados; pode que seja provável que as coisas ocorressem de outro modo, mas isto não está provado⁸⁵. Por conseguinte, o motorista do caminhão não haveria de responder pela consequência sobrevinda, é dizer, pelo homicídio. Em favor do caminhoneiro haveria que partir da base de que o ciclista deveria atribuir-se o acidente a si mesmo como consequência da infração de seus deveres de autoproteção: participar no trânsito apesar de sua incapacidade para conduzir⁸⁶.

Para ROXIN, as argumentações são incorretas, já que não é lícito dividir um risco em uma parte permitida e outra não permitida e averiguar separadamente para cada uma a realização do perigo. Se o autor ultrapassa o risco permitido e com isso segue incrementando o risco que precisamente ainda era tolerável, cria um risco em conjunto

⁸¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, pp. 497/498.

⁸² ROXIN, ZStW 74, 1962, p. 411, em CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, p. 498.

⁸³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, p. 498; Cfr. GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano, *Teoría del delito imprudente*, (Doctrina general y Regulación legal), Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1991, p. 94, "Com sua teoria do incremento do risco Roxin acredita poder resolver o inconveniente que apresentava a doutrina contrária, consistente em ter que recorrer a processos causais hipotéticos (que levam em conta um comportamento alternativo correto), o que conduziria a impunidade na maioria dos delitos imprudentes, pois, com efeito, como resulta quase impossível averiguar com total segurança o que haveria ocorrido se o autor não houvesse realizado a ação contrária ao cuidado, aquele sempre poderia escudar-se em que quiçá se haveria produzido em todo caso a morte da vítima e haveria que absolvê-lo em virtude do princípio *in dubio pro reo*."

⁸⁴ ROXIN, Claus, p. 380.

⁸⁵ JAKOBS, Günther, *Imputación*, p. 121.

⁸⁶ JAKOBS, Günther, *Imputación*, p. 121.

simplesmente proibido. E esse risco proibido em sua totalidade também se realiza se se produz o resultado; disso não cabe a menor dúvida, portanto não há campo de aplicação para o princípio *in dubio pro reo* ⁸⁷.

Para referido autor, não se pode descompor o risco num *quantum* permitido e outro proibido e exigir uma comprovação da causalidade separada para cada um, pois é algo que se segue necessariamente do fim de proteção da norma de cuidado, que também é em outros casos tão importante para a questão de se se realizou um perigo não permitido. Com efeito, o legislador tem que insistir também no cumprimento da norma de cuidado precisamente ali onde sua observância certamente aumenta claramente a possibilidade de salvaguarda do bem jurídico, mas não a garante com absoluta segurança ⁸⁸.

JAKOBS, criticando a teoria do incremento do risco, diz que é incorreta a tese fundamental segundo a qual não se pode fracionar um risco numa parte permitida e outra não permitida, senão que, ao contrário, o autor "cria um risco simplesmente proibido em seu conjunto" ao superar o risco permitido e "seguir incrementando o risco que justamente ainda era tolerável" (Roxin, AT, 11/74). Precisamente, esta perspectiva não é certa, e, se quiséssemos tomar como base, isso excluiria que se pudesse negar a responsabilidade do autor quando se provasse que foi o risco da vida que se realizou, pois se a superação do risco permitido criasse um "risco simplesmente proibido **em seu conjunto**", junto a este risco não existiria nenhum tipo de risco da vida: esta seria a idéia do *versari in re illicita*. Frente a isto, a graça da orientação social atual está precisamente em que há uma distinção entre as conseqüências planificáveis de um comportamento e os meros traspases de riscos vitais que excluem o planejamento e nada aportam para a orientação ⁸⁹.

Portanto, a conclusão de JAKOBS é de que a necessária aplicação do princípio *in dubio pro reo* deve conduzir a absolvição inclusive nos casos limites de extrema falta de cuidado e sendo pouco provável a explicação através de outro risco; mas não porque não concorra um comportamento desaprovado, senão porque não está provado que o resultado possa ser atribuído ao comportamento ⁹⁰. Enquanto todas as tentativas culposas, ainda as extremamente descuidadas, permaneçam impunes, não há nenhuma razão de converter artificialmente este âmbito em algo especial. O que pode resultar perturbador no âmbito da imprudência é a intensa dependência da punibilidade com o resultado, é dizer, com a

⁸⁷ ROXIN, Claus, p. 380.

⁸⁸ ROXIN, Claus, pp. 380/381.

⁸⁹ JAKOBS, Günther, *Imputación*, pp. 124/125.

consumação, mas essa dependência é um problema geral e não pode ser resolvida com um ponto de partida concreto; tendo em conta, ademais, que este ponto de partida conduz simultaneamente, e de modo desbordante, a ter que castigar inclusive em caso de ser mínima a imprudência e provável a explicação do resultado através de outro risco ⁹¹.

Com este breve estudo, procuramos desenvolver alguns pontos que seguem sendo discutidos e aplicados na doutrina estrangeira. Porém, como se pode extrair do texto, em vários deles, não há acordo na doutrina. De qualquer modo, fica lançada a semente para que se comece a pensar nos novos parâmetros a que conduz esta teoria.

André Luís Callegari

⁹⁰ JAKOBS, Günther, *Imputación*, p. 125. No mesmo sentido, GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano, p. 95, quando afirma que "a teoria do incremento do risco é criticável, ademais das razões processuais, já que vulnera o princípio *in dubio pro reo*, por razões de direito material: Que grau de probabilidade se requer para falar de um aumento do risco, em relação com o processo causal onde não houvesse descuido? Em realidade, somente se pode eleger entre duas possibilidades relevantes: ou há certeza de que a conduta correta haveria evitado o resultado ou não há, e em caso de dúvida o critério de favorecer ao acusado parece decisivo.

⁹¹ JAKOBS, Günther, *Imputación*, p. 125; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, p. 386, com uma posição similar afirma que o critério do incremento do risco não parece correto, pois o decisivo deve ser se o resultado encaixa ou não no fim da norma por realizar o risco típico inicial - maior por certo que o permitido - da ação; e se o concreto resultado não guarda relação com essa perigosidade inicial, que é o que ocorrerá na maioria dos casos destes cursos causais hipotéticos, não haverá imputação objetiva. Por certo que será preciso que haja segurança ou ao menos uma grande probabilidade de que o resultado também se produziria com a conduta correta para poder afirmar, com certeza ou em virtude do *in dubio pro reo*, que o resultado não é precisamente a realização do perigo inerente à ação incorreta sem que baste uma certa possibilidade de que também o causaria a conduta correta.

Fernando Capez

O DECLÍNIO DO DOGMA CAUSAL

Para JUAREZ TAVARES, não se deve a STUART MILL e VON BURI a primeira formulação desta teoria, mas a JULIUS GLASER, em 1858. VON BURI teria apenas introduzido a teoria na jurisprudência. Do mesmo modo, o critério da eliminação hipotética não provém do sueco THYRÉN, mas também de GLASER.¹

Da mesma forma, MIR PUIG, para quem: "La teoría de la condición o de la equivalencia de las condiciones, ideada por el procesalista JULIUS GLASER y adoptada por el magistrado de Tribunal Supremo alemán del Reich, VON BURI, sostiene que es causa de um resultado toda condición de la cual há dependido su producción, com independencia de su mayor o menor proximidad o importancia".²

Seja como for, as principais críticas dirigidas a este princípio dizem respeito, não só à possibilidade objetiva do regresso causal até o infinito, mas também a algumas hipóteses não solucionadas adequadamente pelo emprego da *conditio sine qua non*. São essas as principais dificuldades³:

1.^a) Dupla causalidade alternativa: ocorre quando duas ou mais causas concorrem para o resultado, sendo cada qual suficiente, por si só, para a sua produção. A e B, sem que um saiba da conduta do outro, ministram veneno a C, com o intuito de matá-lo. Cada uma das doses é suficiente, por si só, para produzir o evento letal. Se aplicarmos a eliminação hipotética, nenhuma das duas poderá ser considerada causa. Senão vejamos: suprimida a

¹Tavares, J. *Teoria do Injusto Penal*, Del Rey, 2000, p. 210 e 211.

²Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. Barcelona, 5.^a ed., 1998, p. 218.

³Tavares, J. *Teoria do Injusto Penal*, Del Rey, 2000, p. 210 e 211.

conduta de A, ainda assim o resultado ocorreria, já que a dose ministrada por B era suficiente para matar a vítima; eliminada a conduta de B, ainda assim o resultado teria ocorrido, pois a dose aplicada por A também era suficiente por si só para a produção do evento. Em tese, por incrível que pareça, segundo o critério da eliminação hipotética, nenhuma das duas condutas poderia ser considerada causa, pois mesmo que suprimida uma delas hipoteticamente da cadeia causal, o resultado ainda assim teria ocorrido. Poderíamos, em resposta a esta crítica, fazer a seguinte afirmação: causador do resultado é aquele, cuja dose, efetivamente, produziu, por uma ou por outra razão, a morte (se foi a dose ministrada por A, este é o autor; se foi a de B, este responde pelo resultado), devendo o outro ser punido pela tentativa. Não se provando qual das doses acarretou a morte, aplica-se o princípio do *in dubio pro reo*, e a nenhum dos autores será imputado o resultado, respondendo ambos por tentativa (a chamada autoria incerta). Mesmo assim, é forçoso reconhecer: ainda que suprimida a conduta de um dos autores, o resultado teria sido causado pela do outro. Outro exemplo interessante é a morte do Imperador César, assassinado com 23 (vinte e três) punhaladas. Neste caso, ainda que se eliminasse um dos golpeadores, o resultado teria ocorrido, o que representa uma falha na explicação do nexa causal pela teoria da *conditio sine qua non*.⁴

2.^a) Dupla causalidade com doses insuficientes: e se no mesmo exemplo, as doses fossem insuficientes, por si só, para levar ao resultado morte, mas somadas, acabassem por atingir o nível necessário e assim, produzir a fatalidade? Nesse caso, nem a conduta de A, nem a de B, sozinhas, levariam ao resultado. Eliminada qualquer uma delas, o resultado desapareceria, pois somente juntas são capazes de provocar a morte. Ora, pelo critério da eliminação hipotética, ambas devem ser consideradas causa, pois excluída uma ou outra da cadeia causal, o resultado não ocorreria. Parece estranho não considerar como causa a hipótese anterior, em que as condutas tinham, isoladamente, idoneidade para produzir a morte, e considerar neste caso, em que, sozinhas, as condutas nada produziriam (podendo até mesmo cogitar-se de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio, na medida em que falta a um ou outro comportamento capacidade para gerar, isoladamente, o resultado visado).

⁴ Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. Barcelona, 5.^a ed., 1998, p. 220

3.^a) O resultado que ocorreria de qualquer modo: se um médico acelera a morte de um paciente terminal, que já está com danos cerebrais irreversíveis, desligando o aparelho que o mantinha vivo, não poderá ser considerado causador do homicídio, pelo critério da eliminação hipotética, já que, mesmo suprimida a sua conduta da cadeia causal, ainda assim a morte acabaria acontecendo, mais cedo ou mais tarde. Haverá nexos causais, é certo, mas por influência de outras teorias que entram para socorrer a da equivalência dos antecedentes (é o caso do princípio da alteração posterior, pelo qual o médico responde pelo resultado porque seu comportamento alterou o estado de coisas no mundo naturalístico).

4.^a) Decisões corporativas: uma empresa, por meio de um órgão colegiado, constituído de vários diretores, decide lançar um produto que provoca danos ao meio ambiente. Qualquer um dos votantes, poderia dizer que, ainda que não tivesse votado, os demais o teriam feito, de modo que, mesmo eliminada a sua conduta, ainda assim o resultado teria ocorrido.

5.^a) Cursos causais hipotéticos ou desvios de cursos causais: o ladrão principiante, trêmulo e inseguro, aponta um estilete para um homenzarrão empolado e anuncia o assalto. A vítima, surpreendentemente se apavora, sofre um enfarto e morre. DAMÁSIO DE JESUS cita o caso da vítima que, fugindo de perseguição empreendida por dois agentes, acaba por ser atropelada. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, aplicando o critério da *conditio sine qua non*, entendeu haver nexos causais. Na hipótese, dois rapazes e uma mulher se dirigiam, em um automóvel, para um motel, localizado na rodovia Presidente Dutra. No caminho a moça mudou de idéia e, aproveitando-se da parada do carro no acostamento, saiu correndo e ao tentar atravessar a estrada, foi atropelada e morta. Do mesmo modo que correu para o meio da pista e foi colhida por um veículo, poderia ter fugido para o mato e ser picada por uma cobra. Em qualquer caso, se não fosse a conduta dos agentes, esta não teria fugido, e se não tivesse fugido, não teria sido atropelada e morta. Reconheceu-se o nexos causais.⁵ Outro problema é o da vítima que leva um tiro no pé, entra no hospital, sofre infecção hospitalar e morre, entendendo a jurisprudência tratar-se de causa dependente, sem ruptura da causalidade⁶. Aplicada a equivalência dos antecedentes, em todos esses casos haveria nexos causais, o que não se afigura muito apropriado.

⁵ Jesus, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*, Saraiva, 2000, p. 89/91

⁶ RT 700/317,596/411,580/372, 528/320, 455/276; RJTJSP 25/565; RJDTACrimSP 11/109

O principal problema, no entanto, é a exclusiva dependência nonexo normativo, para que não ocorram absurdos jurídicos. O que tem isentado de responsabilidade o tataravô pelo crime praticado pelo tataraneto, ou o fabricante de automóveis pelos acidentes, é a ausência de dolo ou culpa. No plano objetivo, porém, a *conditio sine qua non* admite a relação causal. Na entrada deste terceiro milênio, continuar admitindo no direito uma teoria que pertence ao campo das ciências físicas, desprovida de conteúdo axiológico, é caminhar na contra-mão da evolução do pensamento jurídico e filosófico.

A teoria da causalidade adequada seria uma opção?

Como tentativa de limitar o insaciável apetite do dogma causal, foi concebida a teoria da causação adequada.

VON KRIES usou os critérios da probabilidade e possibilidade como limite ao determinismo causal, afirmando escapar aos juízos de possibilidade e de probabilidade, por exemplo, a morte de um passageiro atingido por um raio no caminho que, por haver dormido o cocheiro, seguiu equivocadamente.

Aplicando a teoria da equivalência dos antecedentes, tem-se que, se o condutor não tivesse adormecido, a carruagem não teria seguido o caminho errado e, não tomando rumo diverso, o raio não cairia sobre a cabeça do passageiro, matando-o.

Mediante um critério puramente físico, naturalístico, não há como recusar a existência entre um liame causal entre a conduta omissiva do cocheiro e a morte do viajante. A causalidade adequada, contudo, temperando os excessos decorrentes da *conditio sine qua non*, vai afastar, do ponto de vista jurídico, a relação de causa e efeito, por considerar a absoluta imprevisibilidade e improbabilidade entre uma efêmera soneca e um relâmpago assassino.

Ficam, portanto, descartadas, já na dita sede, todas aquelas ações caracterizadas por uma mínima possibilidade objetiva de realização do evento, mas presididas por vontade de causação do mesmo. Por exemplo, no caso da morte de um homem, atingido por um raio em um bosque, lugar que havia sido mandado por um inimigo precisamente para este fim. Não será possível, à luz da causalidade adequada, atribuir nexocausal, ainda que pela teoria da eliminação hipotética, fosse possível estabelecer um vínculo físico-naturalístico.

Resulta, assim, que solução final da subsunção dependerá de uma série de fatores normativos a estabelecer a relevância do nexocausal para o direito penal, independentemente de sua real existência no plano naturalístico.

A partir de tantas constatações, considera-se que somente pode ser causa a conduta que, isoladamente, tenha probabilidade mínima para provocar o resultado. Se entre o comportamento do agente e o evento houver uma relação estatisticamente improvável, aquele não será considerado causa deste.

Ocorre que tal assertiva pode provocar problemas dogmáticos capazes de levar a distorções e injustiças. Senão, confira-se a seguinte hipótese: um condutor de um veículo, cujos freios estão gastos, dá causa a uma colisão com a traseira de um caminhão. Tal caminhão estava excepcionalmente trafegando na rodovia naquele dia, em que tal tráfego é proibido para veículos maiores, devido a uma autorização especial. Era o único em toda a estrada. Os freios não funcionaram não somente devido a seu estado, mas também porque o auto passou sobre uma poça de óleo que acabara de ser derramada. O acompanhante do motorista, justamente no instante do acidente resolveu regular o cinto de segurança e, por esta exclusiva razão, chocou-se contra o vidro dianteiro, tendo recebido uma pancada no pulmão. Para sua infelicidade o impacto foi exatamente no pulmão no qual já existia um problema de insuficiência respiratória. Levado a um hospital, é submetido a uma cirurgia, mas o plantonista do dia não tinha tanta experiência em cirurgias de pulmão, pois embora clínico geral, sua especialidade era cardiologia. Devido a todos esses fatores, tragicamente coincidentes, a vítima vem a falecer. Estatisticamente, a chance de ter morrido nessas condições era a de uma em um milhão (foi muito azar).

Em outro exemplo: *"si un veneno común, en una persona que se droga con un medicamento sumamente raro, a causa de su constitución modificada a través de es adicción, no surte efecto en el estómago -como suele- sino en el esófago (o no antes de los intestinos), a pesar de la extrema improbabilidad del curso causal concreto no cabe aportar ninguna razón para no imputar el resultado"*.⁷

Nesses casos, a teoria da condição adequada excluiria indevidamente o nexos causal, em face da improbabilidade do resultado. O motorista negligente e o autor do envenenamento não responderiam pela morte da vítima, o que não nos parece justo, nem correto.

Não parece ser a melhor solução.

A lei das probabilidades, da mesma forma que a da causa e do efeito pertence à ciência diversa da jurídica e, se adotada, poderia levar a soluções no mínimo arriscadas. Como bem lembra ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, em sua primorosa obra, "Direito à Prova no Processo Penal", tratando de processo penal, mas em raciocínio que se ajusta perfeitamente ao campo penal, as conseqüências da adoção de uma teoria

⁷ Jakobs, Günther. *Derecho penal: parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, 2.ª ed, 1997, traducción Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, p. 240 e 241.

probabilística poderiam ser preocupantes e insatisfatórias . No processo *People v. Collins*, a jurisprudência norte-americana empregou, de forma equivocada, como critério de avaliação das provas, o chamado julgamento *by mathematics* ao seguinte caso: "uma senhora foi assaltada em Los Angeles e declarou ter percebido uma moça loira fugindo; uma vizinha da vítima também afirmou ter visto uma jovem branca, com cabelos loiros e "rabo de cavalo", sair do local do crime e entrar em um automóvel amarelo, dirigido por um homem negro com barba e bigode; dias depois, policiais conseguiram prender um casal com essas características, mas no julgamento, tanto a vítima como a testemunha não puderam reconhecê-los;...a acusação serviu-se então, de um perito matemático que, com base nas características apontadas - automóvel amarelo, homem com bigode, moça com rabo de cavalo, loira, negro com barba e casal negro-branca no carro -, e aplicando a esses dados as respectivas probabilidades de ocorrência, fundadas em estatísticas, multiplicou-se para extrair a conclusão que somente existia uma possibilidade, em doze milhões, que um casal preenchesse todos esses requisitos. Com base nisso, o júri condenou os acusados. A Suprema Corte da Califórnia anulou a decisão dos jurados, entendendo inadmissível o argumento trazido pelo perito matemático, por várias razões: primeiro, porque não havia base probatória suficiente para amparar as possibilidades individuais alegadas pela acusação; depois, porque mesmo que estivessem corretas, a multiplicação delas seria possível se cada um dos fatores fosse absolutamente independente. Além disso, também restava a hipótese de que a dupla criminosa não tivesse efetivamente as características indicadas pelas testemunhas ou que houvesse na área de Los Angeles outro casal com características semelhantes..."⁸

A teoria da causalidade ou condição adequada é válida como questionamento da equivalência dos antecedentes, mas também peca por não evidenciar o caráter valorativo da ciência jurídica como fator preponderante da definição do nexos causal objetivo.

Nesse ponto, é superada em muito pela imputação objetiva.

O surgimento desta teoria parte da premissa de que a equivalência dos antecedentes, adotada pelo código penal é muito rigorosa no estabelecimento do nexos causal, na medida em que se contenta com a mera relação física de causa e efeito.

A *conditio sine qua non*, do ponto de vista puramente objetivo, nada resolve em termos de *regressus ad infinitum*. O regresso causal até Adão, Eva e a serpente do Paraíso

⁸ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo, RT, 1997

(Gênesis, Capítulo 3) existe no plano naturalístico e a cadeia infinita antecedente de responsabilidades só consegue ser evitada pela ausência de nexos normativos (exclusão de dolo e culpa), imprescindível para a infração penal. Deste modo, os pais só não respondem pelo crime cometido pelo filho, porque não atuaram com dolo ou culpa em relação ao resultado, entretanto, nexos causais houve.

Foi visando a conter os excessos do dogma causal material, mediante a substituição de uma teoria sem qualquer conteúdo axiológico (plano do "ser"), por outra de cunho valorativo ("dever ser"), de um critério regido pela física, por outro regulado pelo direito, que surgiu a teoria da imputação objetiva: como verdadeira alternativa à causalidade.⁹

É que, com a equivalência dos antecedentes, a parede de contenção do jus puniendi reside exclusivamente na imputação subjetiva (ausente o nexos normativo, não há responsabilização do agente).

Somente não resultam absurdos da *conditio sine qua non*, como a responsabilização dos avós pelo crime cometido pelo neto, exclusivamente devido à ausência do dolo e da culpa. Relação causal, porém, para a referida teoria, existiu, uma vez que sem os avós não haveria os pais e sem estes, o delinquentes não nasceria e não cometeria o crime.

A solução, por conseguinte, parece insatisfatória do ponto de vista do enquadramento objetivo, sendo necessário para não incriminar o vovô e a vovó pelo crime cometido pelo netinho recorrer ao nexos normativo, no caso, inexistente.

O nexos causal, por si só, não resolve.

Em outras palavras: a questão da imputação do resultado objetivamente ao agente, isto é, independentemente de se falar de dolo ou culpa, não está solucionada de modo satisfatório pela teoria aparentemente em vigor (equivalência dos antecedentes). Depender apenas da ausência do elemento psicológico (dolo) e do normativo (culpa) da conduta não se afigura dogmáticamente correto e nem justo....muito menos prudente.

Essa tomada de consciência já ocorrera na Alemanha, em meados do século passado, quando, em primeiro lugar, despertou a vontade e a necessidade de limitar a causalidade, sem que fosse preciso recorrer à análise de dolo e culpa. A razão foi simples: naquele país, antes da reforma penal de 1953, havia responsabilidade objetiva quanto ao resultado agravador, no caso dos delitos qualificados pelo resultado, ou seja, o agente respondia pelo mesmo, ainda que não o tivesse causado dolosa ou culposamente. Bastava o nexos causal.

⁹ Ramírez, Juan Bustos. *La imputación objetiva, in Teorías actuales en el Derecho penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 211.

*"En esta situación legislativa, la cualificación por el resultado dependía en exclusiva de si había sido causada, de modo que, con arreglo a las máximas de la teoría de la equivalencia, se respondía también por la cualificación aun cuando en una consideración valorativa el autor no fuera responsable del resultado, p. ej., a causa de predominar la propia culpa de la víctima o a causa de una desgraciada concurrencia de circunstancias en el caso".*¹⁰

Não podendo a intrigante hipótese ser resolvida pelo auxílio do nexo normativo, não restou outra estrada, senão a de enfrentar o problema de ser injusta a própria vinculação objetiva do resultado ao agente.

O dogma da causalidade precisava ser revisto.

Depender só da ausência de dolo ou culpa já se mostrava insuficiente e perigoso. Nasceu então, a idéia de limitar o nexo causal, conferindo-lhe um conteúdo jurídico e não meramente naturalístico. Não bastaria mais o simples elo físico ditado pelas leis da causa e do efeito, pois se o nexo causal não tiver relevância jurídica, não haverá causalidade.

Como lembra DAMÁSIO DE JESUS, "o positivismo do século XIX insistia na adoção do princípio natural de que todo conseqüente deveria possuir um antecedente preciso e determinado. No século XX, porém, a teoria da relatividade colocou em xeque essa regra, pondo em debate o tema da probabilidade, segundo a qual há sempre margem de indeterminação nas relações. Nada é absoluto. Trazida a discussão para as ciências sociais, esclareceu-se que não era admissível falar em causalidade nos fatos da vida em sociedade, uma vez que neles há essencialmente o fenômeno da interação, sendo inadequado estabelecer uma relação de causa e efeito"¹¹.

Criou-se então, a teoria da imputação objetiva, denominação que revela a preocupação de se trabalhar a dogmática no sentido de apontar respostas mais justas e adequadas para a própria atribuição objetiva do resultado, independentemente de pedir socorro para o dolo e a culpa.

Sua meta principal é a de reduzir o âmbito de abrangência da equivalência dos antecedentes e, desta maneira, "restringir a incidência da proibição ou determinação típica sobre determinado sujeito"¹². "Pretende substituir o dogma causal material por uma relação jurídica (normativa) entre conduta e resultado"¹³.

¹⁰ Jakobs, Günther. *Derecho penal: parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, 2.ª ed, 1997, traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, p. 238

¹¹ Jesus, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*, Saraiva, 1.ª ed., 2000, p. 23

¹² Tavares, J. *Teoria do Injusto Penal*, Del Rey, 2000, p. 222

¹³ Jesus, Damásio E. de. *Teoria da Imputação Objetiva*, p. 23

Nada tem a ver com responsabilidade sem dolo ou culpa, ou sem culpabilidade. Nem tampouco com imputabilidade penal. Consiste em atribuir um fato típico a seu autor do ponto de vista da causação objetiva, mediante critérios jurídico-valorativos e não categórico-naturalísticos. "Imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico"¹⁴.

Mediante essa interessante conjugação, a subsunção deixa de ser um processo meramente mecânico, para incorporar um processo mental de adequação, em que será levado em conta muito mais do que a mera correspondência exterior e formal entre conduta e descrição típica, ou do que a verificação da causalidade, mediante processos de ordem físico-naturalística. Ao contrário da *conditio sine qua non*, torna-se insuficiente a ligação físico-naturalística entre conduta e acontecimento concreto.

Postula-se a exclusão do fato típico, quando, a despeito de ser realizada a conduta formalmente descrita no tipo penal, o agente tiver se comportado dentro de seu papel social, ou seja, fizer exatamente o que a sociedade dele espera, não criando uma situação de risco intolerável. Quando a sua conduta nada mais representar do que um comportamento absolutamente normal e esperado, não haverá fato típico, por ausência desta nova elementar.¹⁵

Partindo de um prosaico exemplo, JAKOBS proporciona uma imediata compreensão dos efeitos da imputação objetiva no moderno direito penal: um agricultor adquire uma nova máquina de aragem do solo; um de seus empregados, por curiosidade laborativa, a toca e acaba ferido. Inicia-se, então, uma teia de causalidades: a vítima deu causa à autolesão, uma vez que tocou imprudentemente a máquina; o agricultor também deu causa ao ferimento, pois, se não tivesse comprado o maquinário, o resultado não teria ocorrido, além do que, deveria ter tomado todas as cautelas para que ninguém dela se aproximasse; finalmente, o fabricante além de ter sido o criador do aparato mecânico, sem o qual não existiria a lesão, deveria ter cuidado para que todas as peças perigosas fosse seguras, quaisquer que sejam as condições de funcionamento.

Surgem então, as alternativas punitivas: responsabilidade da vítima, do patrão ou do fabricante? Responsabilidade de todos? Ou de nenhum, tratando-se de mero caso fortuito

¹⁴ idem, p. 33.

¹⁵ cf. Jakobs, Günther. *La Imputación Objetiva*, trad. Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1.ª ed., 1996, 1.ª reimpressão, 1997).

(*desgracia*)? De acordo com Jakobs existe a firme *convicción de que estas preguntas no pueden ser contestadas sin tener en cuenta el estadio de desarrollo alcanzado por la sociedad concreta...*" .¹⁶

Deste modo, uma sociedade saturada pela técnica esperará de um fabricante de máquinas que este não crie novos riscos, e, portanto, lhe imporá o dever de garantir a plena incolumidade de quem as usa, independente da forma com que se dê o manuseio.

Ao contrário, uma sociedade que está necessitada de avanços técnicos tolerará os riscos, ante a imprescindibilidade de se obter a evolução tecnológica necessária para atingir o progresso. Eventuais acidentes serão debitados na relação custo-benefício. As futuras e possíveis vítimas de um acidente no manuseio são ainda desconhecidas, dado que não se conhece o que está por vir, e este risco é assumido por todo o corpo social, ante o reconhecimento geral de que, sem se arriscar, não será possível evoluir.

Antes, portanto, de se estabelecer até onde vai a imputação penal pelo resultado, é necessário extrair da sociedade quais são os seus anseios, sendo imprescindível estabelecer o papel social que cada um representa, firmando-se, a partir daí, as responsabilidades individuais. Aquele que concorre para uma lesão, mas apenas cumprindo, rigorosamente, o papel social que dele se espera, não pode ser incluído na relação causal para fins de aplicação do direito penal.

A conclusão de GÜNTHER JAKOBS é a de que a mera causação do resultado, ainda que dolosa, resulta de maneira manifestamente insuficiente para fundamentar por si só, a imputação. Sim, porque se o direito penal tivesse por fim eliminar todo e qualquer risco resultante do contato social, mediante a prevenção geral e especial (previsão *in abstracto* e aplicação efetiva da sanção penal), a sociedade ficaria completamente paralisada.

Pode-se, assim, afirmar que a finalidade da imputação objetiva do comportamento é a de considerar penalmente relevantes apenas aquelas condutas que se desviam do papel social que se espera de determinado agente.

As expectativas acerca deste desempenho é que dão à ação um significado socialmente relevante e, por conseguinte, penalmente considerável. Importa mais o conceito social e normativo definidor dos limites de cada atuação, do que a capacidade pessoal do autor, de modo que o motorista que se conduz em excesso de velocidade incorre em um desvio de conduta, não interessando se assim procede dada a sua extrema perícia.

¹⁶ Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Tradução de Manuel Cancio, Meliá Universidad Autónoma de Madrid, Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 1996, p. 15,16 e 17.

Em outras palavras, quem se mantém dentro do papel que dele se aguarda, não responde pelo resultado, tendo sido mero causador de *una amalgama heterogênea de datos que no han adquirido significado social, pois sólo la imputación objetiva convierte dicha amalgama en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible* ¹⁷.

Convém ressaltar que a relevância social será considerada não apenas em função da gravidade do dano ou da importância do bem jurídico, mas também de acordo com o grau de agressão ao conceito de justiça do homem comum, ou seja, será socialmente inadequada a conduta que venha a colidir com o sentimento geral de justiça, empregando-se aqui, o senso comum, que toda pessoa medianamente equilibrada possui.

O risco permitido, portanto, não é conceituado pela técnica, mas pelo sentimento social daquilo que cada um espera do outro, no sentido de uma convivência salutar e pacífica.

Ocorre, assim, uma proibição de regresso em relação ao comportamento padronizado, o qual, por ser esperado, acaba se tornando inócuo e não ingressa na cadeia de causalidade, nem como participação de menor importância, pois uma sociedade que está necessitada de que se *ofrezcan prestaciones estereotipadas, más aun, que requiere en general la existencia de condiciones estereotipadas del comportamiento social, no puede renunciar a una prohibición de regresso* ¹⁸.

Se o risco decorre de uma conduta normal e socialmente adequada, ou mesmo permitida ou tolerada pelo ordenamento jurídico, não se poderá atribuir eventual dano daí decorrente ao seu autor. O direito não pode permitir um comportamento e depois censurá-lo. Além disso, o banimento da responsabilidade objetiva de todos os sistemas criminais modernos impede que se atribua um resultado jurídico lesivo, quando sua ocorrência estiver fora do âmbito do risco provocado pela conduta.

Como se percebe, a referenciabilidade social aparece como instrumento hermenêutico para a formação normativa e a definição do risco proibido.

Um fabricante de armas cria um risco que a sociedade aceita, quando permite a sua produção. Os crimes que venham a ser praticados com as armas produzidas não podem ser imputados ao industrial, pois a colocação dos instrumentos vulnerantes em sociedade é um risco aceito e permitido. Pondera-se, em uma relação de custo-benefício, se vale a

¹⁷ Jakobs, ob. cit. p. 24

¹⁸ ob. cit. p. 34

pena correr certo perigo para, em contrapartida, estimular a economia, gerar empregos e alimentar o progresso. A morte de alguém provocada por arma de fogo será, por conseguinte, um fato atípico em relação ao fabricante (não há regresso causal em relação a este). Cabe à sociedade decidir se quer menos perigo e menos progresso ou se busca um desenvolvimento mais acelerado, à custa de correr mais riscos.

Foi exatamente neste sentido que o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, aplicando postulados da imputação objetiva, no julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido Social Liberal (PSL), quando, liminarmente, suspendeu os efeitos da Medida Provisória n.º 2.045/2000, a qual proibia o registro de armas de fogo, por considerar não haver razoabilidade na norma impugnada, uma vez que ela, apesar de não proibir a comercialização de armas de fogo, praticamente a inviabilizava, sem produzir, em contrapartida, benefícios sociais que compensassem o sacrifício (ADInMC n.º 2.290-DF, rel. min. Moreira Alves, j. 18.out.2000, Informativo STF n.º 16, de 20.out.2000, n.º 207, p. 1).

Em outras palavras, reconheceu a mais alta Cômte de Justiça do Brasil, que os riscos provocados pelas armas produzidas são normais dentro da evolução dinâmica da sociedade e, por essa razão, no que tange ao fabricante, são riscos permitidos que levam à desconsideração do nexos causal objetivo em relação a eventuais delitos praticados com tais instrumentos.

Ao contrário da equivalência dos antecedentes, não será sequer necessário indagar acerca do dolo ou culpa, pois a questão se resolve no plano da imputação do fato ao agente, sob o aspecto objetivo. Se o risco era tolerado socialmente, não haverá causalidade.

Hipótese idêntica é a da indústria automobilística, pois, pela imputação objetiva (ao contrário da equivalência dos antecedentes) não há nexos causal entre os acidentes de veículos e a conduta do fabricante. Quando a coletividade aceitou a produção de automóveis, conhecia os riscos decorrentes do tráfego rodoviário, os quais foram sopesados e aceitos como necessários para o desenvolvimento.

Com efeito, risco existe em toda hora e lugar. Sem correr algum risco a humanidade não caminha. Ninguém sairia de casa e mesmo nela ficando, ainda assim, estaria sujeito a algum infortúnio. Qualquer contato social traz algum risco: um abraço, o tráfego ferroviário, rodoviário ou aéreo, a regular prática desportiva *etc.* Se acaso algum dano derivar de tais práticas, desde que desempenhadas dentro do que se espera, o mesmo será considerado como uma normal decorrência da vida em sociedade, não podendo ser imputado ao autor. O fato, por conseguinte, será atípico. Como diz JESÚS-MARIA SILVA SÁNCHEZ, vivemos todos em uma sociedade de riscos ¹⁹. Na mesma linha, CUESTA

AGUADO, quando afirma: "...*toda la vida en sociedad supone la asunción de ciertos riesgos, los cuales están admitidos por la sociedad y permitidos por el ordenamiento jurídico. La intervención penal sólo empieza a partir del momento que se excede el riesgo permitido*".²⁰

Certos comportamentos, dada a sua importância para a sociedade ou a sua absoluta contextualidade, nada mais representam do que atos normais da vida cotidiana, os quais, ainda que provoquem naturalisticamente algum dano, não podem ser atribuídos ao autor. Uma sociedade que não tolera nenhum risco, também não progride.

Deveria ser proibida a construção de automóveis, porque propiciam grande número de acidentes de trânsito; de aviões, porque podem vir a ocorrer desastres, e assim por diante? Evidentemente, não é o caso. Uma sociedade que não está disposta a assumir nenhum risco derivado do avanço tecnológico, ficará eternamente estagnada no atraso.

Imagine-se voltar ao tempo das carruagens para eliminar completamente o risco de acidentes automobilísticos. Nem pensar. Os riscos devem ser assumidos em prol do desenvolvimento da humanidade.

O que deve ser feito é cobrar de cada um, de acordo com o papel social que representa, cujos limites serão estabelecidos pela aspiração geral dos membros da coletividade. Ao construtor, basta que o veículo funcione corretamente, devendo os condutores zelar pela efetiva segurança própria e dos demais; estes, por sua vez, devem respeitar seus deveres de autoproteção, sem necessidade de uma cautela extraordinária para tutelar a imprudência alheia.

Assim, "*una sociedad saturada por la técnica esperará de un fabricante de máquinas que éste no cree nuevos riesgos, y por tanto le impondrá el deber de garantizar la inocuidad en todas las condiciones de funcionamiento, exonerando de este modo tanto a quien adquiere la máquina como a la víctima. Por el contrario, una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará bastantes riesgos; por consiguiente, exonerará al fabricante e impondrá al propietario y a la potencial víctima la obligación de garantizar la seguridad*".

21

Só haverá, portanto, imputação do resultado ao autor do fato, se o resultado tiver

¹⁹ Silva Sánchez, Jesús-Maria. *La expansión de Derecho penal: aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Civitas, 1999, p. 24.

²⁰ Cuesta Aguado, Paz Mercedes de la. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1995, p. 148.

²¹ Jakobs, Günther. *La Imputación Objetiva*, trad. Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1.ª ed., 1996, 1.ª reimpressão, 1997, p. 17

sido provocado por uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido ou se o agente, com seu comportamento, tiver aumentado a situação de risco proibido e, com isso, gerado o resultado. Em contrapartida, se, a despeito de ter fisicamente contribuído para a produção do resultado, o autor tiver se conduzido de modo a ocasionar uma situação de risco tolerável ou permitido, o resultado não lhe poderá ser imputado.

Como lembra WOLFGANG FRISCH, *elemento básico para la teoría actual de la imputación es el entendimiento de que la producción de consecuencias típicas no le es imputable a una persona simplemente porque ésta haya provocado las consecuencias de modo causal. Mas bien es necesario, además, que las consecuencias producidas de modo causal representen la realización de un peligro creado por el autor y desaprobado en el tipo penal respectivo. Por consiguiente, el agente debe haber creado, antes de nada, mediante su conducta causal para la producción del resultado, un peligro desaprobado (de la realización de ciertos resultados) en el sentido del tipo penal respectivo.*

22

Atualmente, a imputação objetiva "é amplamente dominante na doutrina, especialmente na Alemanha e na Espanha. Na América Latina, entretanto, é objeto de pequena consideração. No Brasil, no término do segundo milênio, ainda é quase desconhecida." ²³

Segundo informa WOLFGANG FRISCH a teoria da imputação objetiva *ha emprendido una marcha triunfal sin precedentes em la teoría del Derecho penal de Alemania, Austria y Suiza.* ²⁴

Trata-se de uma teoria ainda em discussão no Brasil, mas que não depende de reforma do Código Penal para ser adotada, pois a Constituição Federal, em seu art. 5.º, XXXIX, ao prever o princípio da reserva legal, acometeu à lei, por meio de tipos penais, definir os crimes. A imputação objetiva é um elemento normativo implícito em todo o tipo, cuja ausência implica em exclusão de elementar e conseqüente atipicidade do fato.

Do ponto de vista dos fins precípuos de um direito penal mais garantista dos direitos

²² Frisch, Wolfgang. *Tipo Penal e Imputación Objetiva*. Traductores Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid, Editorial Colex, 1995, p. 34

²³ Jesus, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*, cit., p. 24

²⁴ Frisch, Wolfgang. *Tipo Penal e Imputación Objetiva*. Traductores Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid, Editorial Colex, 1995, p. 27

fundamentais do jurisdicionado, a imputação objetiva constitui um componente relevantíssimo a propiciar uma interpretação evolutiva do ordenamento jurídico, mediante o emprego de um mecanismo hermenêutico muito mais célere e eficaz do que os lentos e burocráticos trâmites legislativos.

A necessidade de uma constante atualização do aparato legal, de acordo com as intensas transformações sociais está a exigir uma maior flexibilidade do intérprete, de acordo com fundamentos jurídicos e sociais, para delimitar o alcance da norma, de acordo com as peculiaridades de cada caso e o momento sócio-cultural de uma dada sociedade. Não se trata de descumprir a lei, mas de interpretá-la segundo as condições da época.

Falar em imputação objetiva, por conseguinte, é pensar em fornecer ao juiz e aos operadores jurídicos em geral, importantíssimo elemento de contenção típica e acompanhamento das contínuas modificações sócio-culturais.

Fernando Capez

Carlos Ernani Constantino

TEORIAS DA CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL

Muito se tem falado, ultimamente, no Brasil, em imputação objetiva, no âmbito do Direito Penal, como se se tratasse de algo totalmente novo. Em nosso País, talvez, o tema *imputação objetiva do resultado ao autor da conduta* tenha ainda um certo sabor de novidade; mas, na Europa, não: lá, o assunto vem sendo debatido, desde longa data.

Segundo LARENZ, a origem mais remota da imputação objetiva (*Objektive Zurechnung*) está na teoria da imputação de HEGEL (1770-1831), portanto no final do século XVIII e início do século XIX. Depois, a citada teoria entrou franca decadência, a partir da segunda metade do século XIX, devido à fascinação que surgiu em torno do pensamento causal, orientado pelas Ciências Naturais, conforme lembra CLAUS ROXIN¹. Somente no século XX, reiniciaram-se os estudos acerca do tema, com LARENZ (1927) e HONIG (1930); porém, foi da década de 60 em diante, que os penalistas começaram a dedicar especial atenção à teoria da imputação, a partir do escrito de HARDWIG (*Die Zurechnung; Ein Zentralproblem des Strafrechts*, isto é: *A Imputação; um problema central do Direito Penal*, de 1957); desde então, escreveram sobre ela BOCKELMANN, SCHAFFSTEIN, MAURACH, SCHMIDHÄUSER, WESSELS, JESCHECK, STRATENWERTH, ROXIN e JAKOBS (a maioria deles, nas décadas de 70 e 80).

Para que haja um melhor entendimento do assunto sob exame, é necessário que façamos um retrospecto histórico sobre as teorias da causalidade que se sucederam, até chegarmos à da imputação objetiva do resultado (e, aqui, é necessário que fique bem

¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal; Parte General*. tradução de Diego-Manoel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri/Espanha: Civitas, 1997, tomo I, p. 363.

claro que toda esta discussão só se justifica, em função dos crimes de conduta e resultado, vale dizer, dos crimes materiais):

1) A primeira teoria é da condição ou da equivalência (*Bedingungstheorie* ou *Äquivalenztheorie*), chamada no Brasil de *teoria da equivalência dos antecedentes causais* e adotada pelo nosso Código Penal (art. 13). Seus fundadores são o austríaco JULIUS GLASER (1858) e o alemão MAXIMILIAN VON BURI (1860). É ela a mais amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência na Alemanha, segundo lembram HANS-HEINRICH JESCHECK e CLAUS ROXIN². Tal teoria considera *causa* tudo aquilo que tenha contribuído, em maior ou menor escala, para a produção de um resultado. Excluindo-se mentalmente *algo*, se se concluir que o resultado - sem isto - não poderia ocorrer, este *algo* é *causa* do evento; se se excluir *in mente* a pretensa *causa* e se chegar à conclusão de que, mesmo assim, o resultado sucederia, então, o que foi excluído é uma *não-causa*; por esta exata razão, tal posicionamento doutrinário é também denominado teoria da *conditio sine qua non*, pois, consoante os seus postulados, causa é toda a condição sem a qual o evento não teria ocorrido.

Esta doutrina, tendo sofrido forte inspiração das Ciências Naturais, vê apenas uma relação de causa e efeito, entre a conduta do agente e o resultado naturalístico; se, junto ao comportamento do sujeito ativo, atuarem outras condições, estas - em regra - serão levadas em conta como causas (ou concausas), não excluindo a relação de causalidade (salvo nas hipóteses de interrupção do nexo causal, como na ocorrência de uma causa pré-existente, concomitante ou superveniente, **absolutamente** independente da conduta do indivíduo; ou de uma causa superveniente, **relativamente** independente da conduta do autor, que **por si só** desencadeie o resultado). Assim, a grande crítica que se faz a esta teoria é o chamado *regressus ad infinitum*: se tudo o que contribuiu para um evento criminoso é causa, tomando-se como exemplo um atropelamento por veículo automotor, dirigido por um indivíduo ébrio, que cause a morte da vítima, deve-se concluir que a ação culposa (imprudente) do motorista é causa, mas também são causas - o automóvel, quem fabricou as peças e montou o veículo, quem extraiu o minério para a confecção das autopeças; a bebida alcoólica, bem como quem industrializou e vendeu a citada bebida ao motorista; os pais do motorista, que o geraram, etc.. Entretanto, a doutrina procurou excluir tais situações remotas do nexo causal, através da tipicidade (WELZEL dizia faltar dolo ou culpa [previsibilidade] na conduta do fabricante do veículo ou da bebida, etc.) ou afastando-se a

² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil* (id est: *Manual do Direito Penal; Parte Geral*). 4.^a ed. Berlim/Alemanha, Editora Duncker & Humblot GmbH, 1988, p. 250; e ROXIN, Claus, cit. obra, p. 347.

culpabilidade. Também, no caso da superveniência de certos fatores anormais na cadeia causal, embora se afirme o nexo de causalidade, afasta-se a responsabilização penal do agente, nos setores da tipicidade ou da culpabilidade.

Mas, não sendo tais construções totalmente convincentes, os estudiosos do Direito Penal passaram a buscar, ao lado da causalidade mecânica ou ontológica, um modo de se imputar o resultado ao autor da conduta típica, a partir de um conceito jurídico (e não físico) de causalidade; retomou-se, então, a preocupação para com a teoria da imputação objetiva do resultado ao indivíduo, na hipótese de ser ele o responsável pela prática da ação ou omissão de que o evento derivou.

2) Surgiu, pois, a segunda teoria: a da adequação (*Adäquanztheorie*). São seus adeptos SAUER, VON HIPPEL, ENGISCH e MAURACH, entre outros. Segundo ela, causa, - no sentido jurídico -, é tão-somente a condição adequada ao tipo e ao resultado concreto, no dizer de WESSELS³. É ela também chamada de *teoria da prognose objetiva póstuma* ou *posterior*, pois, para aferir tal adequação, baseia-se no princípio do *id quod plerumque accidit* (causa é aquilo que normalmente acontece, segundo a experiência comum da vida cotidiana das pessoas); em outras palavras: o Juiz penal, para saber se *algo* é causa ou não de um determinado evento, deve proceder a uma análise objetiva do fato, numa prognose posterior (durante o processo) e com base na experiência do homem médio; se o acontecimento estudado *normalmente* desencadeia certo resultado, dentro de uma estatística, então deve ser considerado como causa. Portanto, para esta doutrina, causa é só aquilo que a normalidade do cotidiano e a experiência média indicam como tal.

3) A terceira teoria é a da relevância jurídica (*Relevanztheorie*). Foi MEZGER o seu criador, compartilhando de seu pensamento BOCKELMANN e WESSELS. Para esta corrente doutrinária, a determinação do nexo de causalidade deve ser feita através da teoria da *conditio sine qua non*, mas a imputação do resultado deve-se efetivar com base na relevância jurídica da respectiva cadeia causal, observando-se a finalidade da norma e os caracteres de cada tipo penal. Destarte, em um dado acontecimento, muitas vezes, o nexo causal é afirmado entre a conduta do agente e o resultado, porém tal evento não pode ser *juridicamente* imputado ao autor do fato, porque sua atuação não se reveste de relevância, frente às finalidades da norma ou às elementares do tipo penal.

³ WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1.976, p. 43.

4) Por fim, a teoria da imputação objetiva (*Objektive Zurechnung*) deslocou, decisivamente, o cerne da discussão, do plano da causalidade meramente mecânica ou ontológica, para o plano jurídico. Tal doutrina toma por base, para imputar o resultado ao agente, se ele criou, com sua conduta, um perigo permitido ou não permitido, para a vítima (ou se aumentou significativamente a incidência desse perigo ao bem jurídico protegido). Não pretende a teoria da imputação objetiva acabar com a teoria da *conditio sine qua non*, mas limitá-la e adequá-la ao plano normativo; conforme as palavras de MAURACH e ZIPF: "la investigación de la causalidad tiene lugar en dos etapas, estructuradas una sobre la otra, en quanto en primer lugar debe ser examinada la causalidad (empírica) del resultado y, afirmada que ella sea, la imputación (normativa) del resultado" ⁴.

Assim, analisando-se o tão citado exemplo de o indivíduo "A" induzir "B" a sair, em meio a uma tempestade, e ingressar em um bosque, para desempenhar uma certa tarefa, tendo "A" em si o desejo de que um raio caia sobre "B" e o mate, - se tal evento acabar por ocorrer -, teremos as seguintes soluções, conforme a teoria adotada:

- A teoria da *conditio* dirá que tanto o induzimento de "A" em relação "B", quanto o raio foram causas do evento-morte (houve, inclusive, no tocante à imputação subjetiva, o dolo de "A" em matar "B", coincidindo tal desejo maléfico com o fenômeno natural); entretanto, o nexos causal deve ser negado, *excepcionalmente* (segundo BAUMANN), pois o indivíduo não tem controle sobre as forças da Natureza (*in casu*, sobre o raio); ou, mesmo que se afirme a relação de causalidade, "A" não pode ser tido como culpável, uma vez que o fenômeno ocorrido está fora de sua linha de calculabilidade;

- A teoria da adequação afirmará que o comportamento de "A" (de induzir "B") não é adequado ao tipo penal, pois, segundo a experiência cotidiana, nenhuma pessoa tem poderes mágicos sobre as forças da Natureza, para fazer um raio cair ou não;

- A teoria da relevância argumentará que o fato não é relevante no plano jurídico, perante o tipo penal em questão (homicídio), pelo seguinte raciocínio: embora o nexos causal deva ser afirmado entre a conduta e o evento, não há como se imputar *juridicamente* o resultado-morte a "A", pois ele não possui domínio ou dominabilidade sobre um fenômeno natural (raio);

- A teoria da imputação objetiva dirá que "A", ao induzir "B" a sair, durante uma

⁴ MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal; Parte General*. Tradução de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires/Argentina: Astrea, 1994, vol. 1, p. 318.

tempestade, e ir a um bosque, criou um risco tolerável ou permitido, em relação à vítima, porque não há como se calcular, com segurança, a probabilidade da ocorrência ou não de um raio.

Entretanto, no mesmo exemplo, se "A" souber que, no caminho a ser trilhado por "B" em meio ao bosque, há uma vala profunda, coberta por folhas caídas das árvores ali existentes, e que, se "B" passar por tal estrada (a única disponível), certamente cairá na referida vala e se ferirá e morrerá - e tal vier a acontecer -, "A" responderá pelo homicídio doloso, pois criou um risco não permitido ou acima do tolerado, em relação ao ofendido "B", induzindo-o a passar pelo referido caminho.

Carlos Ernani Constantino

Manuel Cancio Meliá

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LA NORMATIVIZACIÓN DEL TIPO OBJETIVO

1. PLANTEAMIENTO

1. Una de las características más destacadas de la evolución de la discusión dogmática de las últimas décadas puede verse en una tendencia hacia la normativización de distintos elementos de la teoría del delito, en un proceso en el que los elementos de la construcción dogmática se configuran de acuerdo con la función que deben cumplir ¹. En particular, respecto de los delitos de resultado, se sostiene que para la construcción dogmática debe ser evidente que la causación evitable de una lesión no puede bastar, ya en un plano objetivo, para dar lugar a una desvaloración jurídico-penal de la conducta en cuestión. En este sentido, ya dentro de la teoría del tipo objetivo "no todo es asunto de todos" ², o, dicho de otro modo, "no todo causante del hecho realiza el tipo. Y ello no se debe a razones que dependan del dolo del sujeto, sino al significado *objetivo* del verbo típico... Para 'matar' es preciso no sólo causar la muerte, sino que esa muerte pueda *imputarse objetivamente* al sujeto como a su autor, es decir, como hecho suyo, como 'perteneiente' a él" ³. Esta convicción se ha plasmado, en el marco de la teoría del tipo, sobre todo en la teoría de la "imputación objetiva", según la cual, en palabras de PEÑA CABRERA, "la realización de la

¹ Cfr. sólo SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 62 y ss., 67 y ss., llegando a sostener este autor que dentro del "sincretismo metodológico generalizado" que advierte en el pensamiento penal de la actualidad, "...si puede hablarse de una constante... ésta aparece constituida, sin duda, por la referencia teleológica y la consiguiente tendencia a una mayor o menor normativización de los conceptos jurídico-penales" (pp. 63 y s.).

² JAKOBS, ZStW 89 (1977), p. 30; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 152 y s.

³ Así MIR PUIG, *Adiciones a JESCHECK*, PG, pp. 914 y s. (cursiva en el original), desde la perspectiva de la autoría.

parte objetiva del tipo no se satisface con la concurrencia de los aspectos objetivos de la acción, del sujeto activo, del resultado naturalístico y la lesión del bien jurídico; se requiere, además, de un elemento que permita afirmar que dicho ataque al bien jurídico es objetivamente imputable al autor del comportamiento típico" ⁴. Dicho de modo sintético, sólo "puede resultar objetivamente un resultado... si la acción *ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto de acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico*" ⁵. La teoría de la imputación objetiva se configura, para muchos, como un elemento nuclear de una concepción funcional de la teoría del delito ⁶, y ha penetrado con inusual rapidez en la discusión dogmática, tanto en Alemania como en los países de habla española ⁷. Esta teoría ha producido un debate extraordinariamente intenso, hasta el punto que puede decirse al menos en lo que se refiere a la extensión de la discusión dogmática que ha provocado - que ha "revolucionado la categoría de la tipicidad" ⁸ o que implica una "reformulación de la tipicidad" ⁹. Sin embargo, este debate dista aún mucho de condensarse en posiciones dogmáticas que hayan logrado cierto grado de consenso. Por el contrario, en la discusión actual cabe encontrar desde voces que niegan a la teoría de la imputación objetiva relevancia en cuanto teoría de la Parte General ¹⁰ hasta autores que sostienen que debe extender su influencia más allá de la teoría del tipo objetivo ¹¹. En este sentido, puede decirse que el único elemento acerca del cual están de acuerdo tanto defensores - sector que a menudo concibe la imputación objetiva con importantes diferencias en sus respectivas concepciones, como se verá - como detractores de la teoría de la imputación objetiva es en que su desarrollo aún no ha alcanzado una formulación dogmática

⁴ *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte General. Tomo I*, en colaboración de CARO JOHN y CHOCANO RODRÍGUEZ, 2.ª edición, Lima, 1995, pp. 288 y s.

⁵ En la formulación de JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, § 28 IV., sin cursiva en el original.

⁶ Cfr. sólo, desde distintas perspectivas, ROXIN, *AT* *P*, 7/24 y s.; ESER/BURKHARDT, *StudK* *I*⁴, 4 A 4 56; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 30 y ss.; WOLTER, en: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik*, p. 24; JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), pp. 860 y s.

⁷ Sobre la evolución de la doctrina en lengua alemana en la materia, cfr. sólo las consideraciones de ROXIN, *AT*⁷, 11/36 y ss., 11/41a y s.; en América latina debe hacerse referencia, sobre todo, a la exhaustiva monografía de REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Bogotá, 1994; también se ocupa de la problemática, últimamente, SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, Bogotá, 1996/Buenos Aires, 1997; entre las obras dedicadas a la Parte General cabe hacer alusión a FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental. Tomo II. Teoría general del delito y punibilidad*, reimpresión de la segunda edición, Bogotá, 1989, pp. 151 y ss., y a la obra acabada de citar de PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal* (n. 4), pp. 288 y ss., 291 y ss.; acerca de la evolución de la teoría de la imputación objetiva en la doctrina española, cfr. sólo la información contenida en LUZÓN PEÑA, "Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto", en: IDEM, *Derecho penal de la Circulación*², pp. 36 y s., 41 y s.

⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, en: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER, *Omisión e imputación objetiva*, p. 113.

⁹ SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 21.

¹⁰ Cfr. de momento (vid. *infra* II. C.) sólo ARMIN KAUFMANN, *FS Jescheck* I, pp. 251 y ss., 271.

¹¹ Cfr. por ahora sólo WOLTER, en: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik*, pp. 3 y ss., sobre todo pp. 21 y ss., con una posición especialmente amplia.

clara y más o menos definitiva ¹². Lo cierto es que la discusión en este ámbito adolece de un acusado nominalismo, en el que con frecuencia parece que la discusión dogmática está más fijada en el establecimiento de determinadas denominaciones que en la averiguación de contenidos. Por ello, parece llegado el momento de observar la teoría de la imputación objetiva en su conjunto para intentar averiguar el papel que le corresponde dentro de la teoría del delito. En las páginas que siguen se intentará avanzar en esa reflexión, con la intención de contribuir así a un mejor entendimiento de esta teoría.

2. En la actual discusión acerca de los contenidos de la teoría del tipo objetivo que aquí interesan, cabe observar, en primer lugar, que en el marco de ciertas posturas, la denominación "imputación objetiva" es utilizada de modo exclusivo para los problemas que plantea la atribución de un determinado resultado lesivo a una conducta que realiza el tipo ¹³. Otros, en cambio, hacen uso de ese término tanto para la constatación del carácter típico de la conducta como para la cuestión antes mencionada de la atribución del resultado lesivo a la conducta ¹⁴. En el texto que sigue, se adoptará la terminología a la que se ha aludido en segundo lugar, probablemente mayoritaria. En todo caso, lo cierto es que se trata *per se* de una cuestión de carácter meramente terminológico ¹⁵.

Por el contrario - más allá de esta diferenciación terminológica -, desde el punto de vista aquí defendido cabe distinguir dos aproximaciones básicas, o, mejor dicho - ya que éstas están presentes, en mayor o menor medida, en muchas concepciones, es decir, no se presentan de modo "puro" -, dos perspectivas básicas acerca de la cuestión: la vinculación de la teoría de la imputación objetiva a ciertos problemas que presenta el nexo entre acción y resultado en los delitos de resultado, por un lado, y, por otro, la discusión de determinadas

¹² Así, por ejemplo, se ha hecho referencia a la teoría de la imputación objetiva como un "fantasma" que vaga por los tipos (GIMBERNAT ORDEIG, "¿Qué es la imputación objetiva?", en: IDEM, *Estudios de Derecho penal*, p. 213), se dice que "...no puede exponerse de un modo unitario porque, en razón de su juventud, es abordada de múltiples formas por distintos autores" (BAJO FERNÁNDEZ, PE 12, p. 17), se ha afirmado que ésta tiene el efecto de un "remolino que atrae violentamente y ahoga en sí todo el tipo objetivo" (STRUENSEE, GA 1987, p. 97), se ha calificado a esta doctrina como "supercategoría dogmática heterogénea de 'cuestiones del tipo sin resolver'" (W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 8), se ha aludido a la "confusión" que reina en este ámbito (LARRAURI PIJOAN, ADPCP 1988, p. 175), a que recurre a "confusos y cuestionables criterios interpretativos" (SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, p. 91), se la ha calificado como "conglomerado" inconexo (MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. xxiv), se le ha reprochado que utiliza "conceptos gaseosos" (VELÁSQUES VELÁSQUES, PG, p. 339) o que no es más que una "fórmula mágica" (MAIWALD, FS Miyazawa, p. 467), se ha dicho, en fin, que "...los institutos de la imputación objetiva son todavía muy inseguros y... la manera en que son utilizados en la argumentación suele ser engañosa" (SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, p. 88).

¹³ Cfr., desde distintas perspectivas, sólo los punto de vista de LUZÓN PEÑA, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales", en: IDEM, *Derecho penal de la circulación*, p. 89, nota 8; IDEM, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: IDEM, op. cit., pp. 108 y s.; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, por ejemplo, pp. 7 y s., 63 y s., 507 y ss. y *passim*; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 34 y s., 434 y ss. y *passim*.

¹⁴ Cfr. sólo ROXIN, *AT P*, 11/36 y ss.; JAKOBS, *AT*, 7/4 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 44 y ss. y *passim*.

¹⁵ Como dice MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 41 y ss., 43, 47.

características de la conducta típica no expresamente descritas en el texto legal ¹⁶. Para la exposición que sigue, se presentarán en primer lugar de modo muy sintético aquellas aproximaciones que más bien se centran en la primera de las perspectivas (*infra* II. A.). En segundo lugar, se hará una exposición - algo más pormenorizada - de otras aportaciones - que cabe calificar de minoritarias - que más bien toman como punto de referencia la segunda de las perspectivas aludidas (*infra* II. B.). Como se verá, se ha dicho "más bien" en la frase anterior porque ambas perspectivas, en realidad, conviven en muchas de las concepciones a las que se hará referencia. A continuación, también parece necesaria una breve consideración de algunas posturas que cuestionan de modo global la teoría de la imputación objetiva, posturas que, como se verá, desde la perspectiva aquí adoptada no pueden compartirse (*infra* II. C.). Finalmente, se intentará precisar el contenido de las dos perspectivas básicas a las que antes se ha aludido con ayuda del análisis de dos antecedentes histórico-dogmáticos de la discusión actual y esbozar así las bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva (*infra* II. D.).

II. IMPUTACIÓN OBJETIVA Y COMPORTAMIENTO TÍPICO

A. Imputación objetiva y principio del riesgo

ROXIN, quien sin duda es el máximo representante de una perspectiva de la imputación objetiva vinculada al "principio del riesgo" ¹⁷, sintetiza el estadio de evolución de esta teoría - y, al mismo tiempo, el contenido de ese principio - del siguiente modo: "Un resultado causado por el sujeto que actúa sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (1), cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo (3)" ¹⁸. Cabe estimar que ésta es también la perspectiva que adopta la doctrina actualmente

¹⁶ Cfr. en este sentido la exposición de SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 28 y ss., 49 y s., 50 y ss.

¹⁷ Cuyo desarrollo se atribuye, con razón, el propio ROXIN, *Chengchi Law Review* 50 (1994), p. 234; cfr. también TORÍO LÓPEZ, *ADPCP* 1986, pp. 33 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 77; WOLTER, en: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik*, pp. 5 y ss.

¹⁸ ROXIN, *Chengchi Law Review* 59 (1994), pp. 221 y s.; cfr. también MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 40.

mayoritaria tanto en Alemania ¹⁹ como en España ²⁰: en efecto, la teoría de la imputación objetiva se conecta habitualmente a la cuestión de la atribución de un resultado a la conducta del autor ²¹. En lo que sigue, se intentará trazar una panorámica básica de los distintos elementos que han sido utilizados para alcanzar la definición antes reproducida.

Uno de los primeros ámbitos de aplicación de la teoría de la imputación objetiva lo constituyen los así llamados "comportamientos alternativos ajustados a derecho", referidos a supuestos en los que el resultado se hubiera producido igualmente aún de haber adoptado el autor un comportamiento conforme a deber. GIMBERNAT ORDEIG propuso para la solución de estos supuestos la utilización del criterio del "fin de protección de la norma" ²². De acuerdo con el mismo, si el resultado producido por el comportamiento no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber derivado de la norma de cuidado, el autor estará exento de responsabilidad. ROXIN, por el contrario, elaboró para estos supuestos la doctrina del "incremento del riesgo" ²³, conforme a la cual lo decisivo es determinar si la conducta del autor generó un riesgo por encima del permitido.

Más allá de estas constelaciones de casos, se propuso utilizar como criterio general

¹⁹ Sobre la evolución de la doctrina en lengua alemana en la materia cfr. sólo las consideraciones de ROXIN, *AT*², 11/36 y ss., 11/41a y s. Vid. también las reflexiones histórico-dogmáticas aquí expuestas *infra* II. D. 1.

²⁰ Sobre la evolución de la teoría de la imputación objetiva en la doctrina española, cfr. sólo la información contenida en LUZÓN PEÑA, "Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto", en: IDEM, *Derecho penal de la Circulación*², pp. 36 y s., 41 y s.

²¹ Cfr. sólo ROXIN, *AT*¹, 11/1: "La imputación al tipo objetivo tan sólo constituye un problema de la Parte General en aquellos casos en los que el tipo exige un resultado en el mundo exterior separado en espacio y tiempo del acto del autor"; en ese mismo sentido también S/S²⁴ - LENCKNER, n.m. 72 previo a los §§ 13 y ss.; también parece escéptica frente al intento de extender la teoría de la imputación objetiva fuera del problema de la conexión entre conducta y resultado MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 48 y s. y *passim*, para quien con las diversas posibilidades de expansión "...se observa el peligro de confundir método o forma de proceder [= "método normativo-teleológico"] con objeto de la imputación objetiva" (op. cit., p. 48); en la doctrina italiana cfr. el desarrollo de CASTALDO, *L'imputazione oggettiva, passim*, vinculado sobre todo a la posición de ROXIN.

Entre las primeras contribuciones a este desarrollo cabe destacar los trabajos de GIMBERNAT ORDEIG y ROXIN. Respecto de GIMBERNAT ORDEIG, puede afirmarse que las aportaciones de este autor, dicho en palabras de MIR PUIG (*Adiciones a JESCHECK*, PG, p. 394), se produjeron "muy tempranamente y abriendo caminos originales" (vid. también, en ese mismo sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 37 y s.). Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Problematik der inadäquaten Handlungen*, pp. 133 y ss. y *passim*; IDEM, ADPCP 1962, pp. 543 y ss., 558 y ss.; IDEM, RDCir 1965, pp. 593 y ss., 673 y ss., 676 y ss.; IDEM, *Delitos cualificados, passim*. GIMBERNAT ORDEIG en lugar de la expresión "imputación objetiva" utilizó inicialmente las denominaciones "reprochabilidad" y "reprobabilidad objetiva" (ADPCP 1962, p. 559 con nota 53), término que coincide, sin embargo, en lo material con los criterios de la teoría de la imputación objetiva (en este sentido LUZÓN PEÑA, "Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto", en: IDEM, *Derecho penal de la Circulación*², p. 37; cfr. la crítica de ANTÓN ONECA [ADPCP 1969, pp. 195 y s.] a esa terminología, que en su opinión podía llevar a confusiones con la culpabilidad; vid. también sobre esta cuestión terminológica TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1986, p. 33, nota 1). Entre las aportaciones de ROXIN, cfr. ZStW 74 (1962), pp. 411 y ss.; sobre todo, IDEM, FS Honig, pp. 133 y ss.; IDEM, FS Gallas, pp. 241 y ss.; vid. también a continuación en el texto.

²² RDCir 1965, pp. 593 y ss., 673 y ss., 682; IDEM, *Delitos cualificados*, pp. 135 y ss.; en la doctrina española más moderna, cfr. por todos el estudio de MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 259 y ss.; EADEM, en: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Omisión e imputación objetiva*, pp. 103 y ss., 106 y ss.

²³ ZStW 74 (1962), pp. 411 y ss.; IDEM, FS Honig, pp. 138 y ss.; IDEM, *AT*¹, 11/72 y ss., 11/74 y ss.; cfr. también SK-RUDOLPHI, n.m. 65 y ss. previos al § 1; coinciden con la teoría del incremento del riesgo MAURACH/GÖSSEL, *AT*²⁷, 43/105 y ss.; con un punto de vista original, STRATENWERTH, *AT*¹³, n.m. 215 y ss., 225; SCHÜNEMANN, JA 1975, pp. 582 y ss., 647 y ss.. Desde una perspectiva crítica, cfr. por todos S/S²⁴-CRAMER, § 15 n.m. 173; CEREZO MIR, *PG*¹, pp. 437 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 214 y ss., 219 y ss.; JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 192 y ss.

de imputación, en el ámbito del delito imprudente, el criterio del fin de protección de la norma antes mencionado. Este operaría en sustitución de la idea de previsibilidad objetiva²⁴. Su aplicación pretendía evitar las dificultades que presenta el juicio de previsibilidad, y permitir determinar de modo más correcto si concurre la necesaria relación de antijuridicidad entre la lesión del deber de cuidado y el resultado lesivo²⁵.

Estas primeras aproximaciones cristalizaron en una construcción de conjunto, llevada a cabo sobre todo por ROXIN y consistente en la elaboración de una serie de criterios normativos ubicados en un mismo marco sistemático. El denominador común de estos criterios está, desde esta perspectiva, en el "principio del riesgo" antes mencionado, de acuerdo con el cual, partiendo del resultado, la cuestión estriba en determinar si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado²⁶. Sobre esta base, ROXIN propuso como parámetros concretos para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado los siguientes: a) la disminución del riesgo; b) la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) el incremento o falta de aumento del riesgo permitido y d) la esfera de protección de la norma²⁷. La idea de la disminución del riesgo, válida según ROXIN para todos los supuestos en los que se atempera por la conducta de un sujeto un suceso que comportaría un daño más grave, exige la exclusión de la imputación a pesar de la relevancia causal de la intervención²⁸. En el ámbito de la creación o falta de creación de un riesgo jurídicamente relevante, ROXIN incluyó, por un lado, supuestos de irrelevancia del riesgo, y, por otro, diversas constelaciones agrupadas en torno de las llamadas "desviaciones del curso causal"²⁹. El incremento del riesgo lo siguió reservando para la problemática de los comportamientos alternativos ajustados a Derecho, conforme a

²⁴ Cfr. sólo RUDOLPHI, JuS 1969, pp. 549 y ss., pp. 550, con referencias en notas 7 a 11; cfr. sobre los orígenes jurídico-civiles de esta idea TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, pp. 141 y ss.; RUDOLPHI, JuS 1969, p. 550 con nota 7.

²⁵ A modo de ejemplo respecto de esta fase inicial cabe señalar que RUDOLPHI aplica el criterio, en concreto, a los supuestos de daños consecuenciales, cursos de salvamento, favorecimientos de autopuestas en peligro y puestas en peligro de un tercero con su consentimiento (JuS 1969, pp. 552 y ss.).

²⁶ ROXIN, FS Honig, pp. 135 y ss., donde señala, además, que es necesario vincular a este "principio del riesgo" el criterio de que una determinada meta pueda ser imaginada objetivamente como perseguida finalmente formulado por HONIG (cfr. sobre esto *infra* II. D. 1 a). Por otro lado, partiendo de que lo determinante en el juicio de imputación objetiva es conocer si el comportamiento conlleva un riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico, se ha señalado desde un principio la estrecha vinculación existente entre las teorías de la adecuación y de la relevancia y la de imputación objetiva. Cfr. en este sentido sólo JE-SHECK, AT2, § 28 III. 2. e IDEM, AT³, § 28 III. 3.; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 299; BACIGALUPO, PG³, p. 120 y s.; LUZÓN PEÑA, "Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto", en: IDEM, *Derecho Penal de la Circulación*², p. 39; TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1986, pp. 38 y s.; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 17 y s. con nota 48; LARRAURI PIJOAN, ADPCP 1988, pp. 729, 731; EADEM, EPCr XII (1989), p. 228; vid. sobre esta relación - tan sólo parcial - también *infra* II. D. 2.

Por lo demás, respecto de la discusión respecto de la teoría de la adecuación, cfr. sólo ENGISCH, *Kausalität*, pp. 41 y ss., el exhaustivo estudio realizado por MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 79 y ss., y el análisis crítico de JAKOBS, AT², 7/30 y ss., 7/33 y s.

²⁷ ROXIN, FS Honig, pp. 136 y ss.

²⁸ FS Honig, p. 136.

²⁹ FS Honig, pp. 136 y ss.

los criterios por él desarrollados ya con anterioridad; por último, recurrió al fin de protección de la norma, como criterio destinado, básicamente, a abarcar casos de daños sobrevenidos posteriormente, casos en los que se produce un segundo daño, y, precisamente, supuestos de provocación de acciones de salvamento arriesgadas y de favorecimiento de autopuestas en peligro ³⁰.

En este contexto, la expresión "fin de protección de la norma" estaba siendo utilizada con dos distintas acepciones ³¹. Por una parte, el criterio venía siendo referido al alcance que tenía "la norma objetiva de cuidado" de los delitos imprudentes - sentido original en el que lo emplearon, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG y RUDOLPHI -; por otra, el fin de protección de la norma hacía referencia al alcance de la norma de la correspondiente figura delictiva. Al comienzo, ROXIN lo utilizó en ambos sentidos de forma indistinta. Más recientemente, sin embargo, para evitar confusiones, recurre a la expresión "alcance del tipo" cuando utiliza el criterio en su segunda acepción ³²; en este sentido, en el marco del "alcance del tipo", a pesar de concurrir la realización de un riesgo no permitido, la "...imputación aún puede fracasar porque el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica... no abarca resultados de las características que muestra el [resultado] que se ha producido, porque el tipo no está destinado a evitar tales sucesos." ³³

Estos criterios propuestos sobre todo por ROXIN - menos el escalón del "alcance del

³⁰ Si bien ya se formula en FS Honig, pp. 140 y ss., su aplicación a las constelaciones de casos mencionadas se desarrolla sobre todo en su contribución en FS Gallas, pp. 241 y ss.

³¹ Cfr. ya WOLTER, *Zurechnung*, pp. 341 y ss., distinguiendo los supuestos en los que se trata de la finalidad de la "norma de protección" previa al ordenamiento penal (supuestos de falta de realización del riesgo [vid. op. cit., pp. 341 y s.] que WOLTER denomina "casos impropios del fin de protección de la norma") de los supuestos en los que se trata de la norma penal misma (cfr. op. cit., pp. 341, 343 y ss.), que en la terminología de WOLTER son los supuestos de "fin de protección de la norma" propiamente dichos. Posteriormente también el propio ROXIN ha diferenciado entre ambos sectores, si bien con otra terminología -cfr., por ejemplo, AT *P*, 11/71, nota 103-, como se expone a continuación en el texto. Está claro que puede hablarse desde el principio en ROXIN de una utilización "residual" del criterio (como señala MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 37). TORÍO LÓPEZ propone, por su parte, reservar la expresión "fin de protección de la norma" para los supuestos en los que el resultado "no se considera objetiva, general o humanamente previsible", mientras que bajo el criterio del "ámbito de protección de la norma" engloba los supuestos abarcados por el riesgo permitido (cfr. EPCr X [1987], pp. 396 y ss.). Por lo demás, respecto de la insegura utilización de este criterio, o incluso de esta denominación, cfr. sólo MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 265 y ss., para quien existe en este ámbito un verdadero "imperio del caos" (op. cit., p. 265).

³² Cfr. ROXIN, AT *P*, 11/68 y ss., 11/85 y ss. La diferenciación se produjo de forma clara ya en la contribución de ROXIN en FS Gallas, pp. 242 y ss., especialmente p. 245, nota 17, mientras que en FS Honig el criterio del fin de protección de la norma era utilizado aún de manera indiferenciada (pp. 140 y ss.). Más recientemente, ROXIN ha señalado que el criterio de la "pertenencia del resultado al ámbito de protección jurídico-penal" (alcance del tipo) y constituye un "segundo nivel de imputación objetiva" (respecto de los primeros dos escalones, creación y realización del riesgo), y afirma que las restricciones de la imputación que se operan sobre la base de este criterio se agrupan en determinadas constelaciones de casos (cfr. ROXIN, CPC 1989, p. 761; IDEM, AT *P*, 11/85).

³³ ROXIN, AT *P*, 11/85.

tipo" - pronto cristalizaron en la fórmula dominante citada al principio de este apartado, según la cual para que un resultado sea objetivamente imputable a un comportamiento causal en relación con dicho resultado, es necesario que el comportamiento incorpore un riesgo jurídicamente desaprobado que sea el que se realiza en el resultado ³⁴.

Sin embargo, en cierto modo puede decirse que con la asunción generalizada de esta fórmula es en donde termina ya el consenso de la doctrina acerca de la estructura de la imputación objetiva ³⁵. De modo particular, cabe constatar que existen diferencias más que significativas en lo que se refiere a la incorporación de la teoría de la imputación objetiva a las construcciones en el marco respectivo de los delitos imprudente y doloso y al delito de comisión por omisión ³⁶. En este sentido, puede destacarse especialmente que la intención declarada de ROXIN, proclamando que la imputación objetiva viene a sustituir otras construcciones desarrolladas para el delito imprudente ³⁷, y así a unificar el tipo objetivo de delito imprudente y doloso ³⁸, aún no se ha asumido en la discusión doctrinal.

B. Imputación objetiva y tipicidad objetiva

Frente a la construcción de la teoría de la imputación objetiva como teoría fundamentalmente ligada a determinación de la relación entre conducta y resultado, son cada vez más frecuentes las aportaciones que - aún compartiendo el punto de partida antes esbozado - adoptan, en realidad, una perspectiva desligada del "principio del riesgo". Desde este punto de vista, algunos de los criterios delineados por la teoría de la imputación

³⁴ Ya en JESCHECK, *AT*³, § 28 IV., texto correspondiente a la nota 40; cfr. además, por ejemplo, desde distintas perspectivas, SK-RUDOLPHI, n.m. 57 previo al § 1; S/S²⁴-LENCKNER, n.m. 91 y ss. previos a los §§ 13 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *AT*², 8/49, 8/63 y ss.; MIR PUIG, *PG*⁴, 10/47.

³⁵ Cfr. en este sentido W. FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 58.

³⁶ Cfr. sólo la exposición en SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 36 y ss.

³⁷ Cfr. ROXIN, *Chengchi Law Review* 50 (1994), p. 229: "Los conceptos con los que la dogmática tradicional ha intentado aprehender la imprudencia - infracción del deber de cuidado, previsibilidad, cognoscibilidad - son superfluos y pueden ser despedidos".

³⁸ Cfr. sólo ROXIN, *AT*², 24/10 y ss., y, por otro lado y por ejemplo, las aproximaciones en S/S²⁴-CRAMER, § 15 n.m. 116 y ss., 121 en relación con n.m. 159 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, § 54 I. 4. con nota 17; WESSELS, *AT*²⁶, n.m. 664, en el marco de las cuales la imputación objetiva no sustituye los contenidos tradicionales del delito imprudente. Vid. también GIMBERNAT ORDEIG ("¿Qué es la imputación objetiva?", en: IDEM, *Estudios de Derecho penal*³, pp. 213 y s.), quien señala que en el delito imprudente la imputación objetiva no puede identificarse con la infracción del deber objetivo de cuidado, ya que la primera sería un elemento no escrito del tipo, mientras que la segunda sí lo es; por otro lado, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO (*PG*², p. 614) sostienen que si falta la previsibilidad no "falta la imputación objetiva... sino la misma conducta típica de imprudencia".

objetiva deben extenderse a ámbitos distintos de los delitos de resultado: "La teoría de la imputación objetiva *debe extender su alcance* más allá del problema del nexo que debe concurrir entre la conducta y el resultado en los delitos de resultado"³⁹. Lo más importante de esta aproximación estriba en que - en lo que aquí interesa, como se verá - esta perspectiva conduce a desligar estos criterios del curso lesivo fáctico - también en los delitos de resultado - y a vincularlos a otras consideraciones distintas de la atribución de ese curso lesivo. En última instancia, la teoría de la imputación objetiva va aproximándose a convertirse en una teoría general de la conducta típica, en la que la atribución del resultado ya no es la cuestión dominante. Como se acaba de decir, aparece con cierta frecuencia la afirmación de que la teoría de la imputación objetiva debe extenderse fuera del ámbito de la imputación de resultados⁴⁰. En particular, han presentado construcciones de conjunto que llevan a la práctica de modo global este postulado W. FRISCH con su teoría de la conducta típica y JAKOBS con su desarrollo de la teoría de la imputación objetiva.

1. La teoría de la conducta típica de W. Frisch

El elemento nuclear de la concepción de la teoría del tipo de FRISCH está en que el criterio que permite determinar si un comportamiento está o no permitido estriba en una ponderación de intereses. Se trata de ponderar entre la libertad de actuación y ciertos intereses de protección de bienes⁴¹. Esta ponderación debe realizarse, en su opinión,

³⁹ MIR PUIG, PG4, 10/60, cursiva en el original.

⁴⁰ Cfr., desde distintas perspectivas, por ejemplo, MIR PUIG, PG4, 10/60, 10/62 y ss. - en particular, MIR PUIG (*Adiciones a JESCHECK, PG*, p. 915; IDEM, *PG*³, pp. 249 y s.; cfr. también CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 347 y s.) viene sosteniendo desde hace tiempo que la teoría de la autoría también es un fragmento de la imputación objetiva, dado que es al autor al que se le imputa objetivamente el hecho como obra suya (de todos modos, hay que señalar que la frase más explícita en este sentido ["La autoría se presenta, pues, desde este prisma, como parte de la teoría de la imputación objetiva" (*PG*³, p. 250) ha sido eliminada por MIR PUIG en la cuarta edición de su *Parte General* (cfr. *PG*⁴, 10/60)]; una de las primeras aproximaciones en la línea de ampliación es la de TRIFFTERER, *AT*, pp. 138 y ss.; desde una perspectiva de base muy peculiar - asentada en la cibernética - cfr. también la aproximación de KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung*, pp. 358 y ss.; IDEM, *FS Oehler*, pp. 65 y ss., 69 y ss.; defienden también una aproximación amplia, por lo demás, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *PG2*, pp. 90 y s., quienes, al vincular la exigencia de imputación objetiva no al resultado externo, sino a la afección del bien jurídico, defienden una extensión de la imputación objetiva a todas las infracciones; también TORÍO LÓPEZ, *ADPCP* 1986, pp. 33 y ss., 45 y ss.; IDEM, *EPCr X* [1987], pp. 384 y ss., ha propuesto extenderla proximándose, según él mismo señala, al punto de vista amplio de TRIFFTERER (vid. *ADPCP* 1986, p. 41) - la teoría de la imputación objetiva fuera de la conexión de acción y resultado, ya que para este autor se trata, en realidad, de un "principio metódico superior" (loc. cit., p. 35); particularmente amplia es la concepción de WOLTER, en: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik*, p. 3; en cuanto a la coautoría, LESCH, *ZStW* 105 (1993), pp. 271 y ss., especialmente 274 y ss., 281 y ss.; igualmente con especial amplitud en cuanto al alcance de la imputación objetiva, vid. también el exhaustivo desarrollo monográfico de REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 72 y ss., 78 y ss., 81 y s.

tanto en el tipo del delito imprudente como en el del doloso, lo que supone introducir en este segundo ámbito como requisito limitador la creación de un peligro, que sólo cuando supera la medida de lo tolerable resulta desaprobado⁴². Concretamente, para FRISCH la averiguación ha de llevar-se a cabo en un procedimiento en dos fases: en primer lugar, debe determinarse si la desaprobación de ciertas conductas generadoras de riesgo es un medio idóneo, necesario y adecuado para la conservación de determinados bienes. En segundo lugar, debe constatar-se que para el mantenimiento de la norma resulte necesario y adecuado que frente a las creaciones de riesgo desaprobadas - conforme al primer paso - se reaccione precisamente mediante una pena⁴³. Sobre la base de esta ponderación, la peligrosidad típicamente relevante de la acción es el concepto nuclear que da cuerpo al primer nivel sobre el que se proyecta la "imputación": el comportamiento típico. FRISCH parte del mismo presupuesto del que parten aquellas aproximaciones vinculadas al principio del riesgo, esto es, de que para que un resultado sea objetivamente imputable es necesario que éste sea concreción de un peligro objetivamente desaprobado, pero deja de considerar este requisito como un exclusivo presupuesto de la imputación de resultados: mediante su entendimiento como cualidad específica de la propia conducta lo eleva a la categoría de piedra angular de la conducta típica⁴⁴. El peligro objetivamente desaprobado da paso a la peligrosidad típicamente relevante de la acción. Se pasa así de la teoría de la imputación objetiva de resultados a la teoría de la conducta típica⁴⁵. En coherencia con esto, FRISCH reserva la expresión "imputación objetiva" exclusivamente para la imputación del resultado en los delitos de resultado.

Para precisar el criterio central de la aptitud típicamente relevante de la conducta a producir el resultado típico, FRISCH opera sobre la base de tres parámetros que, como él mismo reconoce, ya aparecen subrayados por el sector doctrinal vinculado al principio del riesgo. En primer lugar, existen riesgos idóneos para provocar en combinación con determinadas circunstancias la aparición de resultados típicos que quedan excluidos de la esfera de formas de conducta prohibidas por tratar-se de riesgos generales de la vida y riesgos usuales de la vida social⁴⁶. En segundo lugar, la concreción de los principios directivos de los ordenamientos primarios es un instrumento esencial para determinar

⁴¹ Vid. W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 72 y ss., 75 y ss.

⁴² Cfr. W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 36 y ss.; IDEM, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 71 y s.

⁴³ Cfr., por ejemplo, W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 79 y s.

⁴⁴ Cfr. W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 23 y ss., 33 y ss., 66.

⁴⁵ W. FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 102 y ss.

⁴⁶ Vid., por ejemplo, W. FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 96 y s.

concretamente los riesgos tolerados ⁴⁷.

La teoría de la conducta típica de FRISCH supone una reducción de la teoría de la imputación objetiva de resultados a la imputación del resultado y, en consecuencia, a la exigencia de la realización de un peligro típicamente desaprobado ⁴⁸. La realización del riesgo desaprobado como exigencia del tipo faltará cuando en el resultado se manifieste el riesgo residual consentido de determinadas acciones o ciertos riesgos secundarios no desaprobados. Para FRISCH, por tanto, no se trata de buscar una "fórmula de realización" que pondere la relevancia del riesgo desaprobado en atención al resultado verificado, sino de valorar "el propio curso verificado desde la perspectiva del riesgo" ⁴⁹. En el ámbito de la realización del riesgo, para FRISCH no existe en realidad ningún problema normativo relativo a las exigencias de realización, ya que la cuestión sobre si el curso causal realizado forma parte de los cursos por los que la conducta se halla desaprobada es previo a la realización del peligro, pues afecta a la misma desaprobación de la conducta ⁵⁰. La realización del riesgo es, en consecuencia, un problema de prueba fáctica ⁵¹. En coherencia con su planteamiento, por lo tanto, para FRISCH carece de utilidad uno los elementos más empleados por la doctrina mayoritaria a la hora de enfrentarse a la solución de determinadas constelaciones de casos: el fin de protección de la norma ⁵².

2. La teoría de la imputación objetiva de Jakobs

También la construcción dogmática que ha ido desarrollando JAKOBS bajo la denominación de "imputación objetiva" ⁵³ se aleja cada vez con mayor claridad de una exclusiva vinculación a las cuestiones relativas a la atribución de un resultado para convertirse en una teoría general de las "características objetivas generales de un comportamiento imputable" ⁵⁴. Los contenidos de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por este autor se encuentran estrechamente vinculados a la idea de que el sistema de la teoría del

⁴⁷ W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 101 y ss.

⁴⁸ W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 518 y ss.; IDEM, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 54 y ss.

⁴⁹ Cfr. W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 526 y s.; IDEM, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 109.

⁵⁰ W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 518 y ss., 529 y ss.; IDEM, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 110 y ss.

⁵¹ Cfr. W. FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 109 y ss.; "Esta categoría normativamente está poco menos que vacía de contenido: las claves orientadoras han de desvelarse en su conjunto en el ámbito de la conducta típica... Para la realización del peligro como presupuesto de la presencia de un resultado imputable no resta sino... la comprobación fáctica." (op. cit., pp. 115 y s.).

⁵² Cfr. W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 81 y ss.

⁵³ Las aportaciones de JAKOBS en este ámbito dan comienzo sobre todo con su estudio sobre la prohibición de regreso (ZStW 89 [1977], pp. 1 y ss.); vid. sobre la aportación de JAKOBS en este ámbito, detalladamente, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 50 y ss., 59 y ss. y PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, IX.

⁵⁴ JAKOBS, *AT*², 7/4, 7/4a.

delito debe tomar como punto de referencia la esfera de administración autónoma que corresponde al ciudadano, a la persona ⁵⁵. En este sentido, la teoría de la imputación objetiva es para JAKOBS un primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, que permite constatar cuando una conducta tiene carácter (objetivamente) delictivo ⁵⁶. Mediante la teoría de la imputación objetiva, por tanto, en opinión de JAKOBS se determina si concurre una expresión de sentido típica ⁵⁷ que ha de entenderse en sentido general, en cuanto expresión de sentido del portador de un rol, como contradicción de la vigencia de la norma en cuestión ⁵⁸.

Concretamente, la teoría de la imputación objetiva se divide para JAKOBS en dos niveles: por un lado, la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento), y, por otro, la constatación - en el ámbito de los delitos de resultado - de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado). En el primer nivel de la imputación objetiva, la imputación de comportamientos, JAKOBS propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de vertebrarse el juicio de tipicidad: riesgo permitido, principio de confianza, actuación a riesgo propio de la víctima y prohibición de regreso ⁵⁹. JAKOBS configura el riesgo permitido partiendo de una definición claramente normativa del "riesgo", desligada de probabilidades estadísticas de lesión ⁶⁰. El riesgo

⁵⁵ Sobre la perspectiva sistemática de JAKOBS en su conjunto, cfr. sólo PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, passim.

⁵⁶ "...es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo. Por lo tanto, ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que este patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los autores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas. Es entre éstas donde se determina a quién le compete un curso lesivo: a un autor, a un tercero, o a la víctima..." (JAKOBS, ZStW 107 [1995], p. 860).

⁵⁷ Recuperando una terminología acuñada años atrás por WELZEL en el marco de la teoría de la adecuación social; es éste uno de los ámbitos den el que JAKOBS ha manifestado en ocasiones la pretensión de enlazar en su dogmática con la obra de su maestro WELZEL, en este caso, rescatando la vertiente normativa expresada en un primer momento por WELZEL para la dogmática del tipo mediante la teoría de la adecuación social (cfr., por ejemplo, JAKOBS, *Handlungsbegriff*, p. 29, afirmando que WELZEL realizó los "trabajos preparatorios" para la moderna teoría de la imputación objetiva con la idea de la adecuación social; vid. también JAKOBS, *AT*², 7/4b). Sobre la propuesta de WELZEL desde la perspectiva de la teoría del tipo, cfr. *infra* II. D. 1. b) y sobre la interpretación de la teoría de WELZEL desde la perspectiva del desarrollo del finalismo sólo CANCIO MELIÁ, ADPCP 1993, pp. 704 y ss. con nota 35, 710 y s., 728 y s.; IDEM, GA 1995, pp. 178 y ss., 190 y s. con nota 78.

⁵⁸ Esta determinación (general-abstracta) del quebrantamiento de la norma se produce en el ámbito del tipo es provisional, pues en el pensamiento de JAKOBS sólo la afirmación de culpabilidad (como juicio perso-nal) hace que se pueda hablar verdaderamente de un ataque a la vigencia de la norma; cfr. sólo JAKOBS, *Handlungsbegriff*, pp. 43 y s.

⁵⁹ Cfr. JAKOBS, ZStW 76 (1974) (suplemento), pp. 6 y ss.; IDEM, ZStW 89 (1977), pp. 1 y ss.; respecto de la intervención de la víctima, IDEM, "La organización de autolesión y heterolesión", en: IDEM, *Estudios de Derecho penal*, X., y las exposiciones de conjunto en IDEM, *AT*², 7/4 y ss.; IDEM, *La imputación objetiva*, passim; IDEM, *La autoría mediata*, pp. 8 y ss. e IDEM, "La imputación objetiva", en: IDEM, *Estudios de Derecho penal*, passim; sobre la doctrina de JAKOBS, cfr. sólo las exposiciones en SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 69 y ss.; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, IX.

permitido se define, entonces, como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica - de una ponderación omitida -, dicho en otros términos, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación ⁶¹. El principio de confianza determina cuándo existe, con ocasión del desarrollo una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido), la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido), y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos ⁶². La institución de la "actuación a riesgo propio" o "competencia de la víctima" - mediante la cual JAKOBS propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso - tan sólo ha sido esbozada en algún trabajo monográfico y en su tratado sobre la Parte General aún presenta - como se verá más adelante en el presente estudio - un tratamiento disperso y poco coherente en algunos puntos ⁶³. Respecto de la institución de la prohibición de regreso ⁶⁴ cabe decir que lo que JAKOBS pretende en última instancia es enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. Desde esta perspectiva, la prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamientos imprudentes como dolosos, con base en criterios objetivo-normativos ⁶⁵; de este modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible ⁶⁶. Para JAKOBS, la prohibición de

⁶⁰ Cfr. JAKOBS, ZStW 76 (1974), suplemento, pp. 12 y ss., 14 y s.; IDEM, AT², 7/35.

⁶¹ Cfr. JAKOBS, AT², 7/36, especialmente notas 62 y 63; IDEM, *La imputación objetiva*, pp. 119 y ss.; en este sentido, el riesgo permitido aparece tan sólo como "descendiente" del estado de necesidad justificante (JAKOBS, ZStW 89 [1977] p. 13); la "fundamentación del riesgo permitido está... *emparentada* con la ponderación de intereses" (JAKOBS, AT², 7/35, sin cursiva en el original), pero no su funcionamiento en la imputación; la ponderación es solamente la consideración del legislador que antecede a la fijación del estándar descontextualizado (JAKOBS, AT², 7/40), es decir, el "estado normal de interacción" al que se ha aludido en el texto (JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 119).

⁶² JAKOBS, ZStW 89 (1977), pp. 13 y ss., 29 y ss.; IDEM, AT², 7/51; IDEM, *La imputación objetiva*, pp. 105 y s.

⁶³ Cfr. las distintas construcciones esbozadas en JAKOBS, AT², 7/61, 7/104 y ss., especialmente en relación con 7/124 y ss., 7/129; 29/53 y ss.; vid. también los apuntes en IDEM, "La organización de autolesión y heterolesión", en: IDEM, *Estudios de Derecho penal*, especialmente X.; IDEM, *La imputación objetiva*, pp. 109 y ss.; IDEM, *Tun und Unterlassen*, p. 28.

⁶⁴ Que poco tiene que ver con la antigua doctrina de la "prohibición de regreso" como interrupción del nexo de imputación entre un primer comportamiento imprudente y un posterior comportamiento doloso; cfr. sobre todo JAKOBS, ZStW 89 (1977), pp. 1 y ss.; IDEM, AT², 7/56 y 21/14 y ss.; IDEM, *La imputación objetiva*, pp. 145 y ss.; IDEM, "La imputación objetiva", en: IDEM, *Estudios de Derecho penal*, III.

⁶⁵ Como ha señalado el propio JAKOBS (por ejemplo, últimamente, *La imputación objetiva*, pp. 171 y s.; IDEM, GA 1996, pp. 260 y s., nota 15, con ulteriores referencias), las diferencias materiales - más allá de la denominación - con aquellas posturas que incorporan delimitaciones normativas de ámbitos de responsabilidad y la correspondiente exclusión de responsabilidad por actos que carecen de significado delictivo no son de consideración.

regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir, que puede ser "distanciado" de él. Por otro lado, frente al alto grado de desarrollo que ha alcanzado el primer nivel de la imputación objetiva, el segundo nivel de imputación, la realización de riesgos o imputación objetiva del resultado, tiene un peso menor en la concepción de JAKOBS ⁶⁷.

C. ¿Imputación "objetiva"?

El elemento común más destacado de todas estas elaboraciones doctrinales está, sin duda, en el reconocimiento de la necesidad de introducir filtros objetivos en la teoría del tipo. Y precisamente en esta dirección se dirigen algunas aproximaciones críticas ⁶⁸ frente a la teoría de la imputación objetiva, formuladas, sobre todo, por representantes del finalismo

⁶⁶ Cfr. respecto de la parte "negativa" (exclusión de la responsabilidad por comportamientos objetivamente irrelevantes) sobre todo últimamente JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 145 y ss.; respecto de la parte "positiva" (repercusiones sobre la teoría de la participación, en especial respecto de la accesoriedad), ahora IDEM, GA 1996, pp. 253 y ss.

⁶⁷ Cfr. JAKOBS, *AT*², 7/72 y ss., 7/78 y ss., 7/90 y ss.; IDEM, FS Lackner, pp. 53 y ss.; IDEM, *La imputación objetiva*, pp. 173 y ss.

⁶⁸ La validez de la teoría de la imputación objetiva también se ha puesto en duda, en ocasiones, por algún sector doctrinal minoritario desde otras premisas distintas de las aludidas en el texto, con argumentaciones que para lo que aquí interesa no son de un interés central, y que por ello tan sólo se reseñan a continuación de modo muy breve.

Así, desde la perspectiva de un concepto avalorativo de tipo BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹⁰, 14/62 y ss., 14/88 y ss., 14/100, como es natural, no comparten el planteamiento de esta doctrina; cfr. también RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PG*¹⁷, pp. 371 y ss., 378 y ss., quienes aún optan por tratar en el plano de la causalidad diversos supuestos que hoy suelen considerarse pertenecientes al ámbito de la imputación objetiva; por su parte, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*⁴, pp. 385 y ss., 388 y ss., rechazando la teoría de la imputación objetiva, distinguen entre "relación de causación" y "relación de causalidad", concibiendo la primera como algo material y la segunda como relación ideal que concurrirá de existir "predecibilidad"; en la doctrina italiana, vid., por ejemplo, el punto de vista de PAGLIARO, *PG*⁴, pp. 342 y ss., especialmente 342 y s., 370 y ss., quien en atención a las disposiciones existentes en el CP italiano acerca de la relación de causalidad (arts. 40 y 41 CPit) prefiere mantener las restricciones a la causalidad material - si bien coincidiendo en el fondo con los contenidos de la teoría de la imputación objetiva - bajo el rótulo de la relación de causalidad "en el sentido del Derecho" en vez de llevar a cabo una construcción autónoma.

Desde otra perspectiva, por otro lado, en alguna ocasión también se ha sostenido (cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *EPCr XII* [1989], pp. 105 y ss., 136 y ss.; IDEM/HORMAZÁBAL MALARÉE, *PG*⁴, pp. 296 y ss.; cfr. también LARRAURI PIJOAN, *EPCr XII* [1989], pp. 221 y ss.) que alguno de los elementos de la imputación objetiva, en realidad, excluye la antijuridicidad. Desde esta óptica, la imputación objetiva opera a modo de "segundo correctivo" (así BUSTOS RAMÍREZ, *EPCr XII* [1989], p. 114; LARRAURI PIJOAN, *EPCr XII* [1989], p. 245) que presupone la existencia previa de un comportamiento doloso o imprudente. Este sector parece entender que resulta necesario contraponer tipo y antijuridicidad, adscribiendo a esta categoría la valoración del comportamiento y, por tanto, la imputación del resultado: "para que el resultado sea imputado es necesario si la imputación es de carácter valorativo y no física que haya una valoración por parte de alguna regla jurídica, lo que no puede suceder en la tipicidad cuyo contenido valorativo viene de la norma prohibitiva que solo valora actos y no resultados" (BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *PG*⁴, p. 312). Pero como señala W. FRISCH con razón (*Tipo penal e imputación objetiva*, p. 87) no queda claro por qué razón la presencia de valoraciones ha de impedir que se conciba el curso subsiguiente a la acción y la producción del resultado como problema de tipicidad. En el ámbito de la tipicidad de los delitos dolosos, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE explícitamente admiten como "criterios generales de atipicidad" la adecuación social y el consentimiento (*PG*⁴, p. 295) y como "criterios específicos" para determinar "si los procesos de interacción son o no peligrosos" la "disminución del riesgo, el riesgo permitido y el fin de protección de la prohibición (norma de cuidado)" y "el ámbito situacional al ámbito de protección del tipo penal-autonomía de la víctima, pertenencia de la situación a un ámbito de responsabilidad ajena" (*PG*⁴, pp. 298 y ss.). En los delitos imprudentes señalan que la concreción

⁶⁹. Estas críticas - que, pese a constituir una puesta en duda radical de las tesis mayoritarias ⁷⁰, no han recibido, por lo general, una respuesta concluyente por parte de los partidarios de la teoría de la imputación objetiva ⁷¹- no sólo aciertan a plantear una de las cuestiones esenciales de las aproximaciones de imputación objetiva (su carácter general y objetivo), sino que afectan de modo directo a una problemática específica que también aparece en el tema objeto del presente estudio (la relevancia de determinados factores subjetivos en el marco del tipo objetivo). Por ello, parece necesario llevar a cabo una breve exposición de estos puntos de vista para posteriormente poder pasar a sintetizar (*infra* D.) los presupuestos que cabe establecer en el ámbito al que estas aproximaciones críticas se refieren para el estudio que aquí deberá desarrollarse.

1. Inadecuación en los delitos dolosos

Por un lado, se ha señalado que la teoría de la imputación objetiva resulta superflua en el ámbito de los delitos dolosos. En este sentido, se ha afirmado que la imputación objetiva - cuyo origen en el delito imprudente lleva "sellado en la frente", en famosa expresión de ARMIN KAUFMANN ⁷²- en realidad ocupa el espacio correspondiente al dolo, y en ese sentido - en igualmente conocida expresión de HIRSCH ⁷³- no respetaría el axioma de que

⁶⁹ Otra reacción reciente proveniente del campo del finalismo, el análisis de la teoría de la imputación objetiva por parte de SANCINETTI (*Subjetivismo e imputación objetiva*, pp. 89 y ss.) se sitúa en realidad en un plano superior respecto de los contenidos dogmáticos concretos de esta teoría, de modo que puede decirse que SANCINETTI lo que discute no es tanto la configuración de la imputación objetiva como su idiosincrasia: la tesis central que este autor sostiene es que en realidad la teoría de la imputación objetiva no es incompatible con un entendimiento subjetivomonista del injusto (op. cit., pp. 19, 89 y ss., 94 y s., 96 y ss., 122 y ss.). Para SANCINETTI, la teoría de la imputación objetiva tan sólo acota la materia de prohibición, mientras que es el dolo - que debe referirse a esa materia - el elemento decisivo de fundamentación del injusto. En este sentido, la necesidad de elaborar requisitos de imputación objetiva no es contradictoria con un entendimiento subjetivo del injusto, ya que la "subjetivización no prejuzga acerca del *contenido* que hay que subjetivizar, es decir, acerca del 'tipo objetivo'" (op. cit., p. 94, cursiva en el original). En el contexto de este estudio no puede realizarse un análisis exhaustivo de este original intento de tomar el bastión de la imputación objetiva por sorpresa en vez de combatirlo - como han hecho otros sectores del finalismo a los que se alude a continuación en el texto. Pero sí puede señalarse que parece dudoso que sea viable la convivencia feliz que SANCINETTI parece pretender alcanzar: en este sentido, lo cierto es que hay una diferencia entre configurar la teoría de la imputación objetiva como una mera concreción de los límites del injusto (subjetivo) y el entendimiento que le suelen asignar sus defensores. Pues para éstos, la imputación objetiva no sólo acota la materia de prohibición como una especie de límite externo derivado de la teoría de las normas, sino que - de acuerdo con una concepción que reconoce la misión social de la construcción dogmática y consiguientemente de la "norma" - contribuye a la constitución del injusto, ya que no puede haber tipicidad sin relevancia objetivo-social de la conducta. En este sentido, es significativo que el propio SANCINETTI reconozca que hay sectores de la imputación objetiva en los que el ámbito de ésta queda definido de modo completamente objetivo, sin que la adición

de datos subjetivos pueda modificar los contornos de lo típico (op. cit., p. 110, nota 29, pp. 111 y ss.).

⁷⁰ Y ser, como ha señalado con razón SILVA SÁNCHEZ (en: SCHÜNEMANN [ed.], *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 18), sin duda alguna, una de las "cuestiones importantes en la discusión" actual.

⁷¹ Cfr., sin embargo, las argumentaciones de JAKOBS, GS Armin Kaufmann, pp. 271 y ss., 275 y ss.; ROXIN, GS Armin Kaufmann, pp. 249 y s., ambos sobre todo en relación con la postura defendida por ARMIN KAUFMANN; y, sobre todo, con un análisis global de la crítica del sector del finalismo crítico con la imputación objetiva, W. FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 63 y ss.

⁷² ARMIN KAUFMANN, FS Jescheck I, p. 251.

"lo que es objetivo y lo que es subjetivo [es una cuestión que] no está a disposición de la dogmática". En suma: en el delito doloso, la imputación objetiva no tiene nada que hacer, ya que determinados supuestos lo que faltaría es el dolo, mientras que en otros, sin el análisis del lado subjetivo no resulta posible valorar el hecho ⁷⁴.

2. Inadecuación en los delitos imprudentes

Por otro lado, se ha sostenido que la teoría de la imputación objetiva resulta inadecuada también en el ámbito del delito imprudente. En este ámbito, se utilizan dos argumentaciones. En primer lugar, se afirma que la teoría de la imputación objetiva carece de relevancia, pero no por ser inadecuadas sus propuestas de solución, sino porque éstas en realidad no harían otra cosa que reproducir los contenidos ya elaborados por la dogmática de la imprudencia con la infracción del deber objetivo de cuidado - en el primer nivel - y con la llamada relación de contrariedad a deber - en el segundo nivel de imputación objetiva ⁷⁵. Se trata, por lo tanto, en cierta medida tan sólo de una consecuencia de la crítica anterior planteada en el ámbito del delito doloso: no cabe elaborar una teoría conjunta de la imputación objetiva, ya que ésta resulta inviable en el delito doloso; en el ámbito del delito imprudente, los contenidos planteados por la imputación objetiva ya están recogidos por la dogmática del delito imprudente. Por otro lado, también se ha planteado - sobre todo por STRUENSEE - otra argumentación que, ésta sí, es paralela a la esgrimida en el ámbito del delito doloso: sí puede elaborarse una teoría unitaria para los problemas tratados por la teoría de la imputación objetiva, pero en realidad éstos se refieren, tanto en el delito doloso como en el imprudente, al tipo subjetivo, tipo subjetivo que - en contra de la opinión común - habría que elaborar también para todas las formas de imprudencia ⁷⁶.

De modo sintético cabe decir ⁷⁷- y dejar planteado para el siguiente apartado -

⁷³ FS Universität zu Köln, p. 407.

⁷⁴ Cfr. ARMIN KAUFMANN, FS Jescheck I, pp. 251 y ss., 271 y s., quien, además, sostiene que en conclusión se trata, en realidad, de problemas de Parte Especial; en sentido próximo HIRSCH, FS Universität zu Köln, pp. 403 y ss., 405; IDEM, en: *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland*, p. 49; CERESO MIR, *PG I*, pp. 345 y ss.; para KÜPPER, *Grenzen*, pp. 83 y ss., 92 y s., 96 y s. 115, 197, con un punto de vista algo distinto, faltaría el dominio final del hecho; vid. también GRACIA MARTÍN, en: DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 44, y coincidiendo parcialmente - en cuanto a que es el referente subjetivo el que tiene la "última palabra"- SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, pp. 104 y ss., 107.

⁷⁵ Cfr. sólo *LK*¹¹-HIRSCH, n.m. 32 previo al § 32; KÜPPER, *Grenzen*, pp. 91 y ss., 99 y s., 100 y s.

⁷⁶ STRUENSEE, GA 1987, pp. 97 y ss.; IDEM, JZ 1987, pp. 53 y ss.; en la doctrina española, vid. CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia*, pp. 180 y ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, pp. 88 y ss., 109, 110 y s., 118 y ss.

entonces, que las críticas formuladas se refieren, en realidad, a dos cuestiones: por un lado, se trata de la posibilidad y justificación material de la introducción de criterios generales de imputación objetiva. Por otra parte, más específicamente, lo que se discute es precisamente el carácter objetivo o no de esos criterios.

D. La teoría de la imputación objetiva y sus distintas raíces

Con la escueta panorámica acabada de trazar se han hecho tres constataciones: en primer lugar, dentro de la evolución dogmática que generalmente se plantea bajo el rótulo de la teoría de la imputación objetiva, existen elementos que están relacionados de modo primario con la problemática de la atribución de resultados a determinadas conductas. En segundo lugar, que también existe la tendencia a ver el centro de gravedad de la teoría de la imputación objetiva en la definición del carácter típico de la conducta, con anterioridad e independencia de la cuestión de la atribución del resultado. En tercer lugar, que se existe un sector de la doctrina que ha cuestionado el carácter de la imputación objetiva como teoría general y precisamente "objetiva" en el marco de la tipicidad.

En lo que sigue, se tratará de desarrollar algunas reflexiones que ayuden a precisar las características generales de la teoría de la imputación objetiva en relación con las cuestiones antes planteadas. Para ello, se partirá del análisis de dos aproximaciones dogmáticas históricas que pueden considerarse antecedentes de la evolución actual ⁷⁸: la teoría de la "imputación objetiva" propuesta por LARENZ y HONIG y la de la "adecuación social" desarrollada por WELZEL. Se han seleccionado estas dos aportaciones porque, como se verá, constituyen verdaderos paradigmas de las dos fundamentaciones que desde la perspectiva aquí defendida conviven en el actual desarrollo. Sobre la base de este análisis, finalmente, se podrán exponer las consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva que deben servir de presupuesto - y, como se ha dicho, este objetivo es el que delimita el alcance de estas consideraciones - del análisis a desarrollar en el presente estudio.

1. Dos antecedentes histórico-dogmáticos

⁷⁷ Siguiendo a W. FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 67.

⁷⁸ Sin que, sin embargo, aquí se pretenda hacer un análisis de la evolución dogmática en sentido estricto. De lo que se trata, como se indica a continuación en el texto, es de mostrar la existencia de dos paradigmas distintos que en ocasiones no se separan con claridad en la discusión actual.

a) La teoría de la imputación objetiva de Larenz y Honig

Puede decirse que se ha convertido en un lugar común el dar por hecho que la actual teoría de la imputación objetiva encuentra su origen en la doctrina desarrollada bajo el mismo nombre antes de la segunda guerra mundial sobre todo por LARENZ y HONIG ⁷⁹.

La primera aproximación fue realizada por LARENZ en una monografía que planteaba la cuestión desde la perspectiva de la filosofía del derecho y tomaba como punto de partida la teoría de la imputación desarrollada por HEGEL ⁸⁰. Esta contribución se publicó en un momento en el que, como es sabido, se estaba produciendo la sustitución de una perspectiva fundamentalmente naturalista-positivista - en lo que aquí interesa: el "dogma causal" - por diversos puntos de vista valorativos ⁸¹. Como también es sabido, la primera de las perspectivas antes aludidas, a su vez, antes había desgajado el concepto "global" de acción de los hegelianos ⁸², separando el concepto de acción del de acción culpable. Sin embargo, la referencia del suceso jurídico-penalmente relevante a la voluntad, para poder entender tal suceso como obra de una persona, sólo se entendía - en este marco sistemático - en sentido causal: en lugar de la imputación del hecho se situó la causalidad, pues en el plano de la acción el elemento de la voluntad se veía cumplimentado con la constatación de la existencia de un impulso voluntario cualquiera, sin importar a qué se dirigía ese acto voluntario. Partiendo de esta situación, LARENZ planteó como criterio determinante para adscribir un hecho al sujeto el "juicio de imputación", con un sentido distinto del que tiene el juicio sobre la existencia de una relación de causalidad. Para LARENZ, "la imputación no significa otra cosa que el intento de delimitar el hecho propio del acontecer fortuito" ⁸³. Dicho sintéticamente, LARENZ parte, por tanto, de que el juicio de imputación es aquel por el cual se determina si un hecho es obra de un sujeto ⁸⁴. Partiendo de la concepción filosófica en la que LARENZ basa su construcción, esta determinación debe llevar-se a cabo comprobando si lo sucedido constituye una acción del sujeto, lo que sólo será el caso si el

⁷⁹ Cfr. sólo las afirmaciones del propio ROXIN, FS Honig, pp. 133 y s., e IDEM, AT P, 7/25 con nota 32; vid. también, por ejemplo, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁴, p. 385 y ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, pp. 88 y s.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 22.

⁸⁰ *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, reimpresión de la edición de 1927, 1970.

⁸¹ Cfr. sobre el contexto de la discusión de aquel momento, por ejemplo, W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 10 y ss.

⁸² La refundición de los tradicionales juicios de imputación al hecho (*imputatio facti*) e imputación a la culpabilidad (*imputatio iuris*) en un único juicio resultaba factible para los hegelianos en la medida en que, como recuerda el propio LARENZ, "en aquella época sólo conocían la responsabilidad por culpabilidad y el concepto de hecho sólo resultaba de interés para la ciencia del derecho como hecho culpable", (*Hegels Zurechnungslehre*, pp. 60 y s.).

⁸³ *Hegels Zurechnungslehre*, p. 61.

⁸⁴ *Hegels Zurechnungslehre*, p. 60.

hecho puede entenderse como realización de su voluntad ⁸⁵. La voluntad se realiza en el hecho en la medida en que constituye su principio determinante ⁸⁶. Por ello, "la imputación al hecho es la referencia del acontecer a la voluntad" ⁸⁷, cuya determinación fundamental, su esencia, es la libertad, que en cuanto significa autodeterminación ⁸⁸ y pertenece al ser de la persona como expresión de su yo y de su racionalidad ⁸⁹, abre la posibilidad de imputar al ser humano su hecho como "propio" ⁹⁰ y hacerlo responsable del mismo.

El juicio de imputación sobre el hecho se configura, por tanto, como un juicio teleológico ⁹¹. Dada la capacidad de la voluntad para establecer y realizar fines y dirigir el curso causal hacia una meta determinada, la voluntad domina lo que acontece en la naturaleza y lo convierte en hecho propio. El hecho se presenta así como un todo teleológico, es decir, como un conjunto variado de causas y efectos que halla conjunción a través de la relación con los fines de la voluntad ⁹².

Sin embargo, LARENZ afirma que a diferencia del concepto de acción propuesto por HEGEL, la acción - y, consecuentemente, la imputación - no debe ser entendida en sentido subjetivo, sino objetivo ⁹³. En este sentido, LARENZ pretende superar y completar el concepto de acción desarrollado por HEGEL al sostener que el concepto de imputación por él propuesto es objetivo: no sólo abarca la imputación de hechos conocidos y queridos sino también los que podrían haber constituido objeto de la voluntad, es decir, los hechos imprudentes ⁹⁴.

LARENZ, por tanto, interpreta el concepto de acción de HEGEL como limitado a los delitos imprudentes ⁹⁵, una cuestión sobre la que hasta el día de hoy no existe acuerdo ⁹⁶.

En todo caso, hay que subrayar que para LARENZ, de lo que se trata es de la

⁸⁵ En palabras de HEGEL, acción es la "exteriorización de la voluntad subjetiva o moral" (*Grundlinien*, § 113 [p. 211]); cfr. sobre este concepto de acción sólo V. BUBNOFF, *Entwicklung*, pp. 36 y ss., 43; críticamente JAKOBS, *AT*², 6/3, 6/5; cfr., sin embargo, IDEM, *Handlungsbegriff*, *passim*.

⁸⁶ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 67.

⁸⁷ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 63; IDEM, *NJW* 1955, p. 1011.

⁸⁸ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 45.

⁸⁹ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 21 y s., 64.

⁹⁰ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 66; IDEM, *NJW* 1955, p. 1011.

⁹¹ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 68; V. BUBNOFF, *Entwicklung*, p. 45.

⁹² LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 68; es en este sentido en el que puede hablarse de "causalidad de la voluntad", lo que significa que un acontecer externo es reconducible a una voluntad que establece fines (V. BUBNOFF, *Entwicklung*, p. 46.).

⁹³ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 68.

⁹⁴ "Lo no conocido me puede ser imputado por cuanto el no conocer no es algo fortuito, sino obra de mi libertad, pues el conocer constituye una circunstancia que me era posible", LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 53, 68; cfr. también IDEM, *NJW* 1955, p. 1011.

fundamentación del concepto de acción ⁹⁷ en cuanto presupuesto teórico general de cualquier sistema de imputación, de adscripción de un hecho a un sujeto ⁹⁸. "En esta medida - dice LARENZ -, la teoría satisface una necesidad puramente teórica, y no resulta, por tanto, de interés para los prácticos, por tratar-se de una pura especulación jurídico filosófica" ⁹⁹. Sin embargo, a renglón seguido LARENZ afirma que esa construcción de base ofrece en el plano dogmático "la posibilidad de captar el núcleo central de las viejas teorías de la 'interrupción' del curso causal referidas a los casos englobados por la teoría de la 'prohibición de regreso'..., supuestos en los que en relación con quien actúa en primer término no se interrumpe el curso causal, pero sí la imputación objetiva" ¹⁰⁰.

⁹⁵ Al ser la acción "unidad de la voluntad subjetiva" (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 51), la imputación es para HEGEL, en opinión de LARENZ (*Hegels Zurechnungslehre*, pp. 50 y ss.), tan sólo "el derecho de la voluntad subjetiva", de la voluntad que "reconoce y es algo en la medida en que es suyo, en lo que ella existe como algo subjetivo" (HEGEL, *Grundlinien*, § 107 [p. 205], cursiva en el original). En consecuencia, lo fortuito en la acción de HEGEL es lo que no era conocido por la voluntad (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 52).

⁹⁶ De hecho, sobre este punto de la teoría de la imputación de HEGEL se han llegado a sostener interpretaciones muy diversas. En este sentido, mientras que la postura que parece mayoritaria, por ejemplo, como se acaba de reseñar, la del propio LARENZ, considera que la concepción de HEGEL no podía abarcar la imprudencia (en el mismo sentido, cfr. V. BUBNOFF, *Entwicklung*, pp. 44 y s.; últimamente, vid., por todos, JAKOBS, *AT*², 6/3; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, pp. 137 y s., con referencias; ESER, FS Mestmäcker, p. 1015) - con la consiguiente limitación de la virtualidad de la concepción de HEGEL como teoría general de la imputación -, hay autores que entienden, por el contrario, que la doctrina de HEGEL no excluye la imprudencia. Pero aún dentro de este entendimiento, la interpretación se realiza desde presupuestos a veces enfrentados. En este sentido, KÖHLER (*Die bewußte Fahrlässigkeit*, pp. 200 y s., 202 y ss.) entiende desde una perspectiva subjetivista (centrada en la determinación axiológica de la "autonomía" como elemento esencial dentro de la teoría de la acción) que la teoría de HEGEL debe aplicarse también a la imprudencia, evitando cualquier tentación de "deslizarse hacia una imputación 'objetiva'..." (op. cit., p. 202), mientras que VEHLING (*Abgrenzung*, pp. 23 y ss., 27 y ss.) afirma que la doctrina de HEGEL se ha de interpretar como imputación general, interpretando la "voluntad" en sentido normativo (como racional-general, por contraposición a lo "particular" o "subjetivo" en la terminología de HEGEL), de modo que precisamente la teoría hegeliana serviría como base de la "moderna teoría jurídico-penal" de la imputación objetiva, es decir, justo lo contrario de lo que sostiene KÖHLER. Esta controversia es indicativa de que quizás no debiera sobrevalorarse la teoría de HEGEL para la discusión dogmática en el campo del Derecho penal, dada su inserción en un complejo sistema filosófico. Una buena muestra de ello se encuentra en que HONIG, al adaptar con mínimas modificaciones la construcción de LARENZ a la dogmática específicamente penal (cfr. a continuación en el texto), renuncie expresamente a realizar una fundamentación de índole filosófica, considerando, por el contrario, que la teoría puede obtener su justificación de su propio papel como instrumento dogmático (cfr. HONIG, FG Frank, p. 181 y s.) o en que se haya considerado que la teoría de la imputación objetiva de LARENZ abandona ya en realidad completamente los postulados de la teoría de la imputación de HEGEL (cfr. TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, p. 139).

En cambio, sí es de interés directo para el propósito que aquí se persigue constatar que en este contexto se ha llegado a ver un paralelismo entre la concepción de HEGEL y la teoría final de la acción (cfr. V. BUBNOFF, *Entwicklung*, p. 46; así también MEYER, *Autonomie*, p. 111); extendiéndose esta apreciación al desarrollo hecho por LARENZ y HONIG (así recientemente MAIWALD, FS Miyazawa, pp. 472 y ss.; cfr. también WELZEL, ZStW 51 [1931], p. 719, nota 30, en la que dice - téngase en cuenta que se trata del artículo en el que WELZEL dió el impulso inicial decisivo a la teoría final de la acción - coincidir con los resultados alcanzados por LARENZ). Como se verá más adelante en el texto, esta apreciación no es casual.

⁹⁷ Cfr. en este sentido sólo GIMBERNAT ORDEIG, *Problematik der inadäquaten Handlungen*, pp. 83 y ss., exponiendo las relaciones de esta construcción con el posterior desarrollo del concepto social de acción; cfr. también CEREZO MIR, *PG I*^o, p. 344, nota 9; LUZÓN PEÑA, voz "imputación objetiva", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II (COR-IND), p. 3465. Que esto es así queda corroborado, por lo demás, por el hecho de que el propio LARENZ utilice posteriormente, en el contexto del Derecho de daños - 54 años después de la publicación de su monografía - la definición por él desarrollada de imputación objetiva para caracterizar el concepto de acción (vid. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil*, 12.ª edición, 1981, § 71 I. a).

La introducción de la construcción de LARENZ en la dogmática jurídico-penal fue llevada a cabo pocos años más tarde por HONIG ¹⁰¹. Para este autor, el cometido fundamental de la imputación objetiva es el de clarificar la significación que la relación de causalidad tiene para el ordenamiento jurídico, separando los juicios de causalidad y de imputación ¹⁰². Partiendo, como se ha dicho, de la aportación de LARENZ ¹⁰³, HONIG propuso como criterio de decisión la noción de "objektive Bezweckbarkeit" (que podría traducirse de modo literal como "susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad"). Esta noción caracteriza, en su opinión, a aquellos supuestos en los que "...existe objetivamente una 'posibilidad de control del curso causal'" ¹⁰⁴). Es decir, desde esta perspectiva, sólo puede ser relevante aquel resultado que, siendo consecuencia de un comportamiento humano con efectos causales "sólo puede ser imaginado como producido en persecución de una determinada meta" ¹⁰⁵.

b) La teoría de la adecuación social de Welzel

Como se ha señalado antes, según algunos representantes de la teoría final de la acción, resulta inviable la pretensión de desarrollar una teoría general de la imputación objetiva ¹⁰⁶. Incluso se ha dicho que la elaboración de la teoría de la imputación objetiva es uno de los desarrollos dogmáticos que siguen de modo especial la tradición de los adversarios de WELZEL, fundador de la teoría final de la acción ¹⁰⁷. El propio WELZEL en la última edición de su manual resuelve el ejemplo en el que alguien "envía a otro al bosque cuando amenaza una tormenta, con la esperanza de que un rayo lo matará" no excluyendo la tipicidad objetiva - como haría la teoría de la imputación objetiva ¹⁰⁸-, sino

¹⁰⁰ NJW 1955, p. 1012; cfr. también H. MAYER, *AT*, pp. 131 y ss.; este proyecto de fundamentación de la prohibición de regreso "tradicional" (impunidad de hechos imprudentes que permiten la ejecución de un hecho doloso por parte de un sujeto que actúa posteriormente) es acometido - apoyándose en gran medida en el desarrollo hecho por LARENZ - en la dogmática jurídico-penal con posterioridad exhaustivamente por NAUCKE, *ZStW* 76 (1964), pp. 426 y ss., especialmente 428 y ss. Vid., por todos, las valoraciones críticas de esta perspectiva realizadas por JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), pp. 8 y s. y DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 63 y ss.

¹⁰¹ FG Frank I, pp. 174 y ss.

¹⁰² HONIG, FG Frank I, p. 181.

¹⁰³ Aunque prescindiendo de modo expreso del fundamento filosófico en la teoría de la imputación de Hegel, cfr. HONIG, FG Frank I, pp. 181 y s.

¹⁰⁴ En expresión de GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, p. 186.

¹⁰⁵ HONIG, FG Frank I, pp. 184, 188; esta formulación, que, como se ha visto, es de difícil expresión en castellano - y que en alemán, desde luego, no da la impresión de artificiosidad que puede producir en castellano - ha sido traducida de muy distintas formas en la doctrina española; la propuesta que más fortuna parece haber hecho es la de LUZÓN PEÑA, en: ROXIN, *Problemas básicos*, pp. 128 y ss.: "posibilidad objetiva de pretender".

¹⁰⁶ Cfr. *supra* II. C.

¹⁰⁷ En este sentido, cfr. HIRSCH, en: *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland*, p. 48; vid. también IDEM, FS Universität zu Köln, p. 403; ROXIN, *AT* *P*, 24/5.

afirmando que no concurre dolo, pues el autor no tiene "voluntad de matar" ¹⁰⁹. Sin embargo, en su estudio programático "Studien zum System des Strafrechts" ¹¹⁰ precisamente este supuesto era abordado de modo completamente distinto: "Este ejemplo no tiene que ver ni con la causalidad, ni con el dolo, sino con el significado social de la acción que hemos denominado adecuación social." ¹¹¹ Para WELZEL, la adecuación social es la "interpretación de sentido de los tipos" ¹¹², conforme a la cual quedan excluidas "del concepto de injusto... todas las acciones... que se ubiquen funcionalmente dentro del orden históricamente generado" ¹¹³. Tan sólo con la adecuación social se entra en el "ámbito del tipo, ...en las regiones del injusto tipificado" ¹¹⁴.

Al desarrollar la formulación original de la idea de adecuación social, antes esbozada, WELZEL partió de dos reflexiones de principio: por un lado, su argumentación se inscribe - de modo paralelo a lo que cabe decir del desarrollo de LARENZ - en el marco de la crítica que formula frente a la concepción "naturalista-causal" de la acción y del bien jurídico ¹¹⁵. En opinión de WELZEL, ésta partía de una visión de la realidad propia de las ciencias naturales, inadecuada desde un principio para abarcar el objeto del Derecho penal. De este modo, la cuestión del curso causal, que originalmente no era más que "una pequeña cuestión puntual", se había hipertrofiado hasta llegar a ser el problema dominante del lado objetivo del delito. El problema causal "...ha sabido colocarse en el centro del sistema del Derecho penal, ha absorbido la totalidad del lado objetivo de la acción delictiva..." ¹¹⁶. La teoría de la lesión del bien jurídico ¹¹⁷, emparentada con "el dogma causal", según la cual "el estado original de los bienes jurídicos es la ausencia de lesión, de libertad y seguridad frente a las lesiones", de modo que "es sólo el delito el que hace sufrir lesiones" ¹¹⁸ al bien

¹⁰⁸ Cfr. sólo ROXIN, *AT* ¹, 11/36; WESSELS, *AT* ²⁶, n.m. 194 y ya en el mismo sentido - desde la perspectiva de la teoría de la causalidad adecuada - ENGISCH, *Kausalität*, pp. 50 y s.

¹⁰⁹ WELZEL, *Strafrecht* ¹¹, p. 66; cfr. entre los representantes del finalismo de la actualidad, en este mismo sentido respecto de este ejemplo, CERESO MIR, *PG* ¹, pp. 346 y s. y nota 15, 385.

¹¹⁰ ZStW 58 (1939), pp. 491 y ss.

¹¹¹ ZStW 58 (1939), p. 517.

¹¹² *AT* ¹, p. 33; *AT* ², p. 40.

¹¹³ ZStW 58 (1939), p. 516.

¹¹⁴ WELZEL, ZStW 58 (1939), p. 529.

¹¹⁵ Sin que aquí sea preciso desentrañar hasta qué punto su crítica se dirige hacia el causalismo y en qué medida se refiere también a la corriente neokantiana en la dogmática penal de la época. Basta constatar que tampoco esta dirección dogmática había llegado, más allá del hallazgo de los "elementos normativos del tipo", a ubicar una categoría normativa general en el tipo. Así, por ejemplo, lo sostiene SCHÜNEMANN, "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken", en: IDEM (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, pp. 24 y ss., 32, nota 68. Cfr. también, por ejemplo, las amplias exposiciones de la evolución doctrinal antes de WELZEL realizadas por ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, pp. 17 y ss. y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 48 y ss. En todo caso, suele afirmarse que el pensamiento de WELZEL también atacaba el relativismo valorativo de los neokantianos, cfr., por todos, ZIELINSKI, op. cit., p. 58; SILVA SÁNCHEZ, op. cit., pp. 55 y ss. y exhaustivamente MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, pp. 27 y ss., 30, 32.

jurídico, había hecho posible, siempre según WELZEL, que el delito pudiese concebir-se como la mera lesión exterior de un bien jurídico. Esto, sin embargo, constituye una interpretación errónea de la "realidad social del Derecho", en la que sólo hay bienes jurídicos en la medida en que "desempeñan una 'función'" ¹¹⁹. Sin que los bienes jurídicos se expongan, es imposible que se desarrolle la vida social; sólo una concepción de la realidad como "mundo museal muerto" puede partir de una visión estática de los bienes jurídicos. En la vida social habitual, todos están permanentemente expuestos a que se pongan en peligro y se dañen sus bienes jurídicos, sin que ello tenga relevancia jurídico-penal alguna; ello es así, según WELZEL, porque el "mundo del Derecho" es un "mundo del sentido, del significado"; y es la adecuación social el concepto en el que se refleja la inserción del Derecho penal en la sociedad, que refiere "los elementos del tipo... al... conjunto de la sociedad" ¹²⁰.

Por otro lado, los tipos jurídico-penales son, según WELZEL, "tipificaciones de comportamientos antijurídicos" ¹²¹; por ello, las acciones socialmente adecuadas, desde un principio, no pueden ser típicas; el significado de las expresiones contenidas en el tipo sólo puede averiguarse en su contexto social. La adecuación social, al eliminar del tenor literal de los tipos aquellos procesos vitales que desde el punto de vista material no deben subsumirse bajo ellos, es la que hace posible que el tipo sea la tipificación del injusto merecedor de pena ¹²².

WELZEL modificó en varias ocasiones los supuestos de hecho enunciados como casos de aplicación de la teoría de la adecuación social ¹²³, y también cambió en varias ocasiones su ubicación y relevancia sistemáticas ¹²⁴, lo que ha conducido a que frecuentemente se hable del "eslógan de la adecuación social" ¹²⁵, entendido como referida meramente a la aceptación social fáctica de determinadas formas de comportamiento, a

¹¹⁶ ZStW 58 (1939), p. 492.

¹¹⁷ Aun después de la reformulación que WELZEL pretende realizar, cfr. ZStW 58 (1939), p. 514. Sobre el concepto de bien jurídico en WELZEL, cfr., por todos, W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, pp. 88 y ss.; AMELUNG, "Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit", en: JUNG *et al.* (ed.), *Recht und Moral*, pp. 274 y ss., con referencias.

¹¹⁸ WELZEL, ZStW 58 (1939), p. 509.

¹¹⁹ ZStW 58 (1939), pp. 514 y s.

¹²⁰ ZStW 58 (1939), p. 530.

¹²¹ ZStW 58 (1939), p. 527; IDEM, *AT*², p. 42: "el tipo [es] tipificación del injusto jurídico-penal", "el tipo es el injusto jurídico-penal, descrito con base en elementos típicos".

¹²² WELZEL, *AT*¹, pp. 34 y s.; IDEM, *AT*², p. 42.

¹²³ En este sentido, afirma a lo largo de su obra que podían resolverse los siguientes casos a través de la adecuación social: el sobrino que manda a su tío rico a realizar un viaje en tren con la esperanza de que éste muera; plantar una belladona en el bosque con la esperanza de que alguien la ingiera y muera por ello; las amenazas con medios adecuados al tráfico; el coito realizado con una mujer aquejada de una enfermedad pulmonar con la intención de que muera durante el embarazo; los pequeños presentes que habitualmente se entregan a los carteros en la época de Navidad; el "riesgo permitido" en aquellas actividades peligrosas que tienen unas reglas fijas (competiciones deportivas; fábricas peligrosas); limitaciones de la libertad de movimientos en el tráfico de masas etc.; cfr., por lo demás, los casos recogidos por HIRSCH, ZStW 74 (1962), pp. 87 y ss.

la "normalidad" social en este sentido ¹²⁶. Sin embargo, lo cierto es que WELZEL no partió de un determinado caso problemático para llegar a la adecuación social, sino que, a la inversa, la planteó en primer lugar en el marco teórico de su doctrina como categoría y después adujo ejemplos (más o menos afortunados) ¹²⁷. Por otra parte - con independencia del desarrollo posterior de su sistema dogmático, dominado por una perspectiva subjetiva-ontológica del concepto de acción ¹²⁸ - también está claro que su concepción quedaba referida al contenido normativo-social del tipo ¹²⁹, a aquello que va más allá de los "meros nexos causales", y ello tanto en el tipo de los delitos dolosos como de los delitos imprudentes ¹³⁰.

2. La teoría de la imputación objetiva: algunos presupuestos

Sobre la base de la exposición anterior, puede ya intentarse una síntesis de las

¹²⁴ Cfr. sólo la exposición en CANCIO MELIÁ, ADPCP 1993, pp. 700 y ss.

¹²⁵ En este sentido, por ejemplo, LK¹⁴-HIRSCH, n.m. 29 previo al § 32; ROXIN, FS Klug, p. 304; ARMIN KAUFMANN, FS Jescheck I, p. 268; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 113; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, p. 123; sobre la situación actual de la teoría de la adecuación social, cfr. sólo las referencias en CANCIO MELIÁ, ADPCP 1993, pp. 703 y s. con nota 31.

¹²⁶ Y de procederse así, la adecuación social necesariamente consistirá en "criterios valorativos extrajurídicos" (así ZIPF, ZStW 82 [1970], p. 637); esto mismo lo constatan, para criticar la adecuación social, RODRIGUEZ MOURULLO, *PG*, p. 265; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 51.

¹²⁷ En sentido similar, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 145.

¹²⁸ Cfr. sólo la conocida crítica de ROXIN, ZStW 74 (1962), pp. 531, 534 y ss., y la exposición sobre la cuestión en relación con la adecuación social realizada en CANCIO MELIÁ, ADPCP 1993, pp. 724 y ss.; IDEM, GA 1995, pp. 188 y ss.

¹²⁹ Cfr. CANCIO MELIÁ, ADPCP 1993, pp. 710 y ss., 728 y s.; IDEM, GA 1995, pp. 183 y ss., 190 y s. Esto, desde el punto de vista aquí sostenido, es independiente, en su significado sistemático específico para la teoría del delito, de cuáles fuesen las características que los valores incorporados a la tipicidad tuviesen en la concepción de WELZEL: parece que se produce una evolución desde valores absolutos (aunque inscritos en el momento histórico concreto) hacia consideraciones más bien de tipo funcional (cfr. la adecuación social como "concepto ordenador valorativo" [ZStW 58 (1939) p. 517, nota 38] y como "comportamiento no necesariamente *modélico* en sociedad, sino un comportamiento dentro del marco de la libertad de acción social" WELZEL, *Strafrecht*¹¹, p. 56, cursiva en el original]). Vid. también PETERS (FS Welzel, p. 427), quien constata un progresivo vaciamiento del concepto de adecuación social de valores sociales para ir evolucionando hacia la "habitualidad de la actuación". Respecto de la evolución de WELZEL en el ámbito de la filosofía del Derecho, cfr. LOOS, "H. Welzel. Die Suche nach dem Überpositiven im Recht", en: IDEM [ed.], *Rechtswissenschaft in Göttingen*, Göttingen, 1987, p. 504 y ss., y la exposición de las bases filosóficas de Welzel hecha por ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, p. 57 y ss. y MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterchutz*, pp. 27 y ss. Como ya se ha dicho, sin embargo, en lo relativo al valor dogmático de la adecuación social, lo relevante es que con la concepción se hace referencia a normas sociales o al menos permite esta interpretación (como ha puesto de relieve, sobre todo, W. HASSEER, *Theorie und Soziologie des Verbrechen*, pp. 88 y ss. [en contra de otras interpretaciones simplificadoras], especialmente pp. 90, 92 y ss.; cfr. también MÜSSIG, op. cit., pp. 28 y s.).

¹³⁰ "Las acciones socialmente adecuadas... nunca son antijurídicas, aunque tengan como consecuencia la lesión de un bien jurídico. Si, por consiguiente, no son típicas en el sentido de los delitos dolosos, tampoco lo son en el de los delitos de causación imprudentes...", WELZEL, ZStW 58 (1939), pp. 557 y s.; cfr. sobre esto CANCIO MELIÁ, ADPCP 1993, pp. 716 y ss.; IDEM, GA 1995, pp. 187 y ss.

características generales de la teoría de la imputación objetiva. Partiendo de las aproximaciones históricas acabadas de esbozar - y, dicho sea de nuevo, sin pretender realizar un análisis de la evolución histórico-dogmática en sentido estricto -, parece claro que la teoría de la imputación objetiva desarrollada por LARENZ y HONIG, en contra de lo que frecuentemente suele afirmarse ¹³¹, bien poco tiene que ver con la doctrina que existe en la actualidad bajo la misma denominación ¹³². Pues, como se ha visto, aquella aproximación persigue delinear, partiendo de un sistema penal de responsabilidad personal (de lo abarcable por la voluntad), los límites (objetivos) máximos de la atribución de responsabilidad, o, dicho de otro modo, de la mecánica axiológica exterior de lo dominable como límite de la imputación en un sistema personal de responsabilidad ¹³³. En efecto, este desarrollo - que no en vano fue ubicado por sus autores en el plano de la acción ¹³⁴- se lleva a cabo desde la perspectiva del sujeto-autor y traza tan sólo el alcance máximo de la norma de comportamiento ¹³⁵. Puesto que se trata tan sólo de delimitar esos límites máximos de lo que puede ser entendido como obra de un sujeto, no es de extrañar que muy pronto - de hecho, ya en la formulación de HONIG ¹³⁶ -, el punto de mira de este desarrollo se concentrase en la cuestión de la atribución del resultado ¹³⁷, como manifestación exterior perceptible por los sentidos de los límites de la dominabilidad, de modo que los resultados dogmáticos de estas aproximaciones no superaran los alcanzados por las reformulaciones de la teoría de la causalidad de la época, en particular, por la teoría de la adecuación ¹³⁸.

¹³¹ Cfr. sólo ROXIN, FS Honig, pp. 133 y s.; ROXIN, sin embargo, ha relativizado últimamente la conexión de la moderna teoría de la imputación objetiva con las aportaciones de LARENZ y HONIG, afirmando, por ejemplo, que "de hecho en Larenz y Honig sólo cabe encontrar un punto de partida que no permite presagiar el posterior desarrollo de la concepción" (ROXIN, *Chengchi Law Review* 50 [1994], p. 235), o que la formulación dogmática en LARENZ y HONIG era aún rudimentaria (ROXIN, *AT* *J*, 7/25); en todo caso - como se expone a continuación en el texto - lo cierto es que se trata de puntos de partida muy distintos.

¹³² Así también, desde una perspectiva algo distinta - subrayando el origen jurídico-civil de algunos de los contenidos de la teoría de la imputación objetiva moderna - TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, p. 145.

¹³³ Cfr., en este sentido, con razón en esta medida, MAIWALD, FS Miyazawa, pp. 472 y ss., 476 y ss., pretendiendo además extender esta valoración - equivocadamente, como se verá a continuación - a la actual teoría de la imputación objetiva; con un entendimiento similar, por ejemplo, SANCI-NETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito*, pp. XIII, 290 y s., y lo dicho *supra* sobre la aproximación de SANCINETTI en nota@.

¹³⁴ Desde una perspectiva claramente deductiva, partiendo - en el caso de LARENZ- de reflexiones de índole filosófica.

¹³⁵ Y por ello no es de extrañar que en ocasiones se haya afirmado que existen paralelismos hacia el concepto final de acción; cfr. V. BUBNOFF, *Entwicklung*, p. 46, respecto del concepto de acción en HEGEL; MAIWALD, FS Miyazawa, pp. 472 y ss., respecto de LARENZ y HONIG.

¹³⁶ A pesar que el propio HONIG (FG Frank I, p. 196) siguiera ubicando la cuestión en el marco de la teoría de la acción, lo cierto es que su análisis queda circunscrito básicamente a cuestiones de cursos causales irregulares; en este sentido MAIWALD (FS Miyazawa, pp. 466, 470 y s.) destaca que la adaptación de la propuesta de LARENZ a la discusión en la dogmática jurídico-penal estaba centrada en los problemas con los que se topaban las teorías causales de la época al intentar resolver los casos con cursos causales atípicos.

¹³⁷ Como señalan W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 13 y s.; Wolter, en: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik*, p. 4; cfr. más adelante la aportación del propio LARENZ, FS Honig, pp. 79 y ss., respecto del Derecho de daños, centrado en esta cuestión.

Sin embargo, parece claro que gran parte de los contenidos incluidos en la teoría de la imputación objetiva - también tal y como es defendida por la doctrina mayoritaria, tanto en el nivel de la "creación de riesgos desaprobados" como en el de la "realización de riesgos" -, va más allá de esa mecánica exterior. En efecto, por ejemplo, los supuestos incluidos en el ámbito del riesgo permitido, o los abarcados por el alcance del tipo, sin duda alguna, sí cabrían dentro de la definición de comportamiento objetivamente imputable en el sentido de LARENZ y HONIG. Pues parece que no hay duda alguna acerca de que, por ejemplo, puede "imaginarse como condición puesta de modo final" el resultado lesivo producido en el ejercicio de una actividad cubierta por un riesgo permitido, o el resultado que para la doctrina de la imputación objetiva es consecuencia de una "autopuesta en peligro" etc. En realidad, estamos aquí ante un fundamento material distinto. De lo que se trata es de los tipos penales - y especialmente, los tipos de resultado "pobres" en elementos descriptivos de la conducta - deben ser completados, en todo caso, con elementos normativos que determinen, más allá de la mera realización fáctico-externa de la conducta típica ¹³⁹, que en el plano objetivo la conducta es una expresión de sentido típica. Ese "complemento" normativo se corresponde en lo esencial con lo esbozado por WELZEL en su teoría de la adecuación social como categoría del tipo objetivo: se trata de los elementos que permiten entender objetivamente una determinada conducta como "expresión de sentido" típica.

¿Qué consecuencias cabe extraer de esto para el entendimiento de la teoría de la imputación objetiva? En primer lugar, parece que las razones existentes para un entendimiento normativo del tipo no quedan limitadas a los delitos de resultado, como se ha señalado por un significativo sector de la doctrina ¹⁴⁰. Pero además, aún dentro de los delitos de resultado, parece que no hay razón alguna para intentar vincular todos los elementos de la teoría de la imputación objetiva a la producción del resultado, como se hace con el "principio del riesgo", que en cierto modo "acompaña" al curso lesivo desde la creación del riesgo hasta la realización del mismo en el resultado. De este modo, la teoría de la imputación objetiva quedaría configurada por dos raíces distintas: la determinación de la tipicidad de la conducta y los problemas específicos de la conexión

¹³⁸ Cfr. en este sentido, por ejemplo, JAKOBS, *AT*², 7/32; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 21; ROXIN, *Chengchi Law Review* 50 (1994), p. 235; W. FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 26.

¹³⁹ Cosa de la que nadie duda en el ámbito de los delitos de comisión por omisión, como señaló ya hace tiempo JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), pp. 2 y s.

¹⁴⁰ Cfr. las referencias contenidas *supra* I. B. en nota@.

del resultado con esa conducta ¹⁴¹. Desde esta perspectiva, parece más razonable entender que algunos de los elementos incluidos por la opinión doctrinal mayoritaria - singularmente, por ROXIN - en el "tercer escalón" del "alcance del tipo" - a analizar de acuerdo con este sector después de la creación y realización de riesgos - forma, más bien, parte de los elementos de determinación general de la tipicidad de la conducta ¹⁴².

Por otro lado, en segundo lugar, desde esta perspectiva no pueden resultar convincentes las críticas que se han planteado en el sentido de que la teoría de la imputación objetiva estaría usurpando determinadas cuestiones pertenecientes a lo subjetivo.

Pues si de lo que se trata es de una determinación general de los límites de la tipicidad objetiva en el sentido de general, no puede ser decisivo que los datos introducidos en este juicio sean, desde un punto de vista externo-natural, de naturaleza "objetiva" o "subjetiva". Al igual que otros datos del contexto que permiten esa valoración objetiva en el sentido de general, un dato subjetivo como el conocimiento de determinado hecho puede incluirse en el tipo objetivo sin que se destruyan las barreras entre tipo objetivo y subjetivo: pues la valoración en la que es introducida ese dato es distinta de la que procede realizar en el tipo subjetivo. Lo que importa para este análisis es el significado - en expresión de MIR PUIG ¹⁴³ - "intersubjetivo" de la conducta ¹⁴⁴. Y éste puede variar en función de los datos conocidos por el sujeto actuante. Esta diferenciación en cuanto al contexto relevante para efectuar el juicio de tipicidad puede incluso trasladarse dentro de la teoría de la imputación objetiva: desde esta perspectiva, las distintas instituciones dogmáticas que la configuran pueden obtener su diferente posición sistemática

¹⁴¹ Y ello con independencia de cuál sea el peso sistemático que se asigne al resultado en la teoría del delito, ya sea como elemento indisolublemente ligado a los demás elementos de la tipicidad objetiva (como es el punto de vista mayoritario, cfr. sólo ROXIN, *AT P*, 11/42; JAKOBS, *AT*², 7/4b con nota 2a) o que se considere que éste ocupa una posición distinta en el ámbito de la tipicidad (W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 9 y ss., 67 y s., 509 y ss., *passim*; IDEM, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 92 y ss., 107 y ss.; MIR PUIG, *PG*⁴, 10/48; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 34 y s., 434 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 415 y ss.).

¹⁴² Como han señalado, sobre todo, W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 23 y ss., 33 y ss., 66; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 365 y ss.: "...con esta ulterior limitación de la imputación objetiva realmente lo que se está negando o afirmando es su presupuesto: la creación de un riesgo típicamente relevante" (p. 366); vid. también LUZÓN PEÑA, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: IDEM: *Derecho penal de la circulación*², pp. 108 y s.: "...se está sobrecargando indebidamente el ámbito de la imputación objetiva del resultado con problemas que pueden y deben resolverse en otro lugar distinto dentro de la estructura del tipo..."

¹⁴³ Vid. "Sobre lo subjetivo y lo subjetivo en el injusto", ahora en: IDEM, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, p. 184; IDEM, "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal", ahora en: IDEM, op. cit., pp. 233, 241.

en función de la clase y cantidad de datos que se incorporen desde el contexto al juicio de imputación, yendo desde valoraciones más abstractas hasta la introducción de elementos más concretos del contexto.

Es cierto, entonces, que la teoría de la imputación objetiva - como se decía al principio - viene a reformular la tipicidad objetiva. Desde esta perspectiva, implica la introducción de elementos valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación, implica, en este sentido, el establecimiento de esferas de responsabilidad.

Manuel Cancio Meliá

¹⁴⁴ A los efectos que aquí se persiguen - mostrar que la introducción de datos subjetivos, como pueden ser determinados conocimientos, en la teoría del tipo objetivo, no supone un sacrilegio sistemático -, baste lo dicho en el texto. Otra cuestión es cuál es el peso que debe asignarse a lo "subjetivo" y a lo "objetivo" - esta vez, entendidas estas expresiones en su sentido habitual - en la fundamentación del injusto. Esta problemática - para MIR PUIG, "Sobre lo subjetivo y lo subjetivo en el injusto", en: IDEM, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, p. 181, "el debate doctrinal tal vez más importante que ha tenido lugar en este siglo acerca de las bases de la teoría del delito", y cuya consideración como tal, evidentemente, excede del ámbito del presente estudio - se ha manifestado en el contexto que aquí interesa sobre todo, por un lado, en la cuestión de si el hecho de que una conducta sea dolosa puede afectar a su peligrosidad (afirmativamente, por ejemplo, MIR PUIG, "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho", 2.^a edición, en: IDEM, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 67 y ss., 69; IDEM, "La perspectiva *ex ante* en Derecho penal", en: IDEM, op. cit., pp. 102 y s.; IDEM, "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", en IDEM, op. cit., p. 187; IDEM, "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal", en: IDEM, op. cit., pp. 236 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 388 y 400; LUZÓN PEÑA, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: IDEM, *Derecho penal de la circulación*², p. 116; TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1986, pp. 39 y s., 42. En contra, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 108 y ss.) y el la problemática de los así llamados "conocimientos especiales" (vid. sobre esto sólo la polémica posición de JAKOBS, GS Armin Kaufmann, pp. 271 y ss.).

**DOMÍNIO
DO FATO**

José Francisco Cagliari

CONCURSO DE PESSOAS - OS CONCEITOS DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO E A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

1. INTRODUÇÃO

Como forte expressão de sua natureza gregária, o homem tende a unir-se a outros para, pela conjugação de esforços, superar os limites de sua individualidade na consecução de seus fins, sejam estes lícitos ou ilícitos. Assim, o crime nem sempre é obra de uma única pessoa. Não raro, a infração penal é produto da concorrência de vários comportamentos, de diversos sujeitos. Por motivos os mais variados - para garantir a sua execução; para assegurar a impunidade; para conjugar interesses convergentes, etc. - podem várias pessoas reunir-se para a prática de determinado fato delituoso. Tem-se, então, o chamado concurso de pessoas, fenômeno também conhecido por concurso de agentes, concurso de delinquentes, co-delinquência, co-autoria, participação, co-participação, ou *concursum delinquentium*.

2. CONCURSO NECESSÁRIO E CONCURSO EVENTUAL DE PESSOAS

Em tema de pluralidade de agentes, cabe diferenciar entre concurso necessário e concurso eventual de pessoas. No primeiro caso, a pluralidade de agentes é da essência do próprio tipo penal, é seu elemento. É o que ocorre, por ex., nos crimes de rixa (CP, art. 137), de bigamia (CP, art. 235), de adultério (CP, art. 240), de bando ou quadrilha (CP, art. 288), que exigem, para a sua configuração, a participação de mais de uma pessoa. Estes são os chamados crimes plurissubjetivos. A pluralidade de agentes é elemento do tipo, integrando a figura delitiva. Em situações que tais, cada concorrente responde pelo crime, mas este somente se integra quando os outros concorrentes contribuem para a sua formação.

Os crimes plurissubjetivos, conforme o modo de sua execução, subdividem-se em crimes de *condutas paralelas*, crimes de *condutas convergentes*, e crimes de *condutas contrapostas*. "Há plurissubjetivismo de condutas paralelas", ensina FREDERICO MARQUES, "quando as ações de cada um dos sujeitos se desenvolvem em colaboração, no mesmo plano e direção, tendo em vista um mesmo resultado, como no crime de paralisação do trabalho (CP, arts. 200 e 201) e no de esbulho possessório (CP, art. 161, § 1º, inciso II, 3.ª figura)"¹. É o que se verifica, também, no crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288). Há, aqui, condutas de auxílio mútuo. Os diversos concorrentes tem a intenção de produzir o mesmo fim. Nos crimes de condutas convergentes, estas partem de pontos opostos e, desenvolvendo-se em colaboração, tendem a encontrar-se, com o que se constitui a figura delituosa. São também chamados de crimes *bilaterais* ou *de encontro*. É o que se verifica nos crimes de bigamia (CP, art. 235) e de adultério (CP, art. 240). Por derradeiro, nos crimes de condutas contrapostas, os comportamentos, partindo também de pontos opostos, desenvolvem-se um contra o outro, como se verifica na rixa (CP, art. 137).

De outro lado, existem os crimes monossubjetivos (ou unissubjetivos), que são os delitos que podem ser praticados por um único sujeito, mas que, eventualmente, são cometidos por mais de um agente. Fala-se, então, em concurso eventual de pessoas.

Desse fenômeno trata o Código Penal em seu Título IV, da Parte Geral (CP, arts. 29 a 31).

3. CONCURSO DE PESSOAS: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA - TEORIAS

O concurso de pessoas, consoante a definição de MAGALHÃES NORONHA, "é a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal"². Ocorre, nessa situação, uma convergência de vontades para um fim comum, que é a efetiva realização do tipo penal, sendo dispensável a existência de um prévio ajuste ou concerto entre essas vontades. Basta a adesão, consciente e voluntária, de uma pessoa à conduta da(s) outra(s) para que se verifique o *concursum delinquentium*.

¹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1ª edição atualizada. 1997. Vol. II, p. 398.

² NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 20ª ed., 1982. Vol. 1, p.214.

Considerando a pluralidade de condutas, ínsita ao concurso de pessoas, várias são as teorias formuladas, na pesquisa de sua natureza jurídica, procurando estabelecer se existe, na hipótese, um único ou vários delitos.

3.1. Teoria monista ou unitária

Segundo a concepção tradicional da teoria *monista* (*unitária* ou *igualitária*), a pluralidade de pessoas e a diversidade de comportamentos não impedem a unidade de crime. Assim, ainda que praticado em concurso de vários indivíduos, o delito permanece único e indivisível. Todos que contribuem para a sua integração, cometem o mesmo crime. Há, pois, uma pluralidade de agentes e uma unidade de crime. Reveste, portanto, um caráter puramente objetivo. Foi essa a teoria acolhida pelo Código Penal de 1940, ao dispor, em seu art. 25 que "*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas*". Não se distingue entre as várias categorias de pessoas (autor, partícipe, instigador, cúmplice, etc), sendo todos autores (ou co-autores) do delito. "Se o crime é incindível, do ponto de vista material ou técnico, também o é do ponto de vista jurídico", dizia a Exposição de Motivos ³.

A concepção é corolário da teoria da equivalência das condições, adotada quanto ao nexos causal, de sorte que considera que todos os que concorrem para o crime são autores dele. Mas, como observa BITENCOURT, com apoio em MIR PUIG, "o fundamento maior dessa teoria é político-criminal, que prefere punir igualmente a todos os participantes de uma mesma infração penal" ⁴.

3.2. Teoria pluralista ou pluralística

Consoante a chamada teoria *pluralista* (ou *pluralística*), a multiplicidade de agentes implica em um efetivo concurso de condutas distintas e, como conseqüência, uma pluralidade de delitos, praticando cada um dos concorrentes um crime próprio, autônomo. Há uma pluralidade de agentes e uma pluralidade de crimes. Aliás, observa MAGALHÃES NORONHA, "não há, para essa teoria, participação, mas sim *simultaneidade* de delitos" ⁵. Considerando cada um dos participantes como responsável por um crime próprio, e punível em conformidade com o seu significado anti-social, a orientação assume uma concepção eminentemente subjetiva (ao contrário da teoria unitária, que é objetiva).

³ Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, item 23.

⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal - Parte General*. Barcelona: PPU, 1985, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Ed. Saraiva, 6ªed., 2.000. Vol. 1, p. 375.

⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Ob. cit.*, p. 215.

3.3. Teoria dualista ou dualística

Há, ainda, uma terceira orientação, segundo a qual, no concurso de pessoas há um crime para os autores e outro para os partícipes. É a chamada teoria *dualista* (ou *dualística*), sustentada por MANZINI⁶. Conforme esta concepção, existe no delito uma ação principal, que é a do autor do crime, o que executa o comportamento típico, e ações secundárias, acessórias, que são aquelas realizadas por pessoas que auxiliam, moral ou materialmente, o autor a cometê-lo.

3.4. Críticas - a orientação do nosso Código Penal

Nenhuma das teorias, porém, está imune de críticas. Assim, a corrente *pluralista* peca por considerar que as condutas de cada um dos participantes são autônomas, constituindo, cada uma, um crime em si mesmo. Com efeito, se único é o resultado, que deriva de todas as causas diversas, não há como sustentar-se a multiplicidade de delitos. Os comportamentos de cada um dos participantes do fato único não são autônomos; antes, convergem para um fim único, que é a produção do evento típico.

Por idêntica razão falha a orientação *dualista*. O crime é um só fato, único e indivisível, não se podendo reconhecer a dualidade de delitos preconizada por essa teoria.

Mas também a teoria *monista* não está isenta de falha. E a crítica que se lhe apontam os doutrinadores decorre da equiparação entre autor e partícipe. Não se pode desconhecer a realidade de que nem sempre é autor aquele que contribui com uma causa para o resultado, e de que a própria lei estabelece exceções no tratamento penal daquele que quis participar de um crime menos grave, ou do que teve uma participação menor no fato.

Ainda sob a égide da legislação anterior escrevia ANÍBAL BRUNO que "não é realmente fácil contestar a distinção que separa, na realidade objetiva ou subjetiva do fato punível, os vários graus de participação, quer sob o ponto de vista da quantidade de crime realizado por cada um dos partícipes, quer sob o ponto de vista da intensidade da vontade criminosa, e daí da culpabilidade e da perigosidade criminal do sujeito" (...) "não é só do nexos causal que deriva a responsabilidade penal do agente pelo fato punível, mas ainda da culpabilidade, e se a força causal da atividade do agente, no rigor da teoria da equivalência das condições, não pode variar, pode fazê-lo a culpabilidade, apresentando-se com

⁶ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale*, apud NORONHA, Edgard Magalhães. *Ob. cit.*, p. 215/216. Também em HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 4ª ed., 1958. Vol. I, Tomo II, p. 407-408.

intensidade maior ou menor nesta ou naquela forma de participação, o que, aliás, pode ser sistematicamente estabelecido para certas categorias de partícipes, e, por fim, é na culpabilidade, sobretudo que se fundamenta a força da punição" ⁷.

Mesmo NELSON HUNGRIA, ardoroso defensor da noção unitária da co-delinquência, admitia que "a equiparação, em princípio, de todos os partícipes não importa desconhecer as várias formas de participação ou impedir a diversidade de tratamento penal no caso ocorrente" ⁸.

O legislador de 1984, ao dispor, no art. 29, *caput*, do Código Penal, que "*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*", permaneceu acolhendo, em princípio, a teoria *monista* ou *unitária* (adotada pelo Código de 1940, em seu art. 25), segundo a qual, no concurso eventual de pessoas, há um só crime, a que respondem todos os participantes, incidindo na mesma pena abstratamente fixada. Esse o pensar de BITENCOURT, DAMÁSIO, FRAGOSO e MIRABETE ⁹, com a ressalva de que, sensível às críticas à essa orientação, buscou fixar regras para a distinção entre a autoria e a participação, como, aliás, reconhece a Exposição de Motivos ¹⁰. Assim, já no § 1º, estabelece uma causa de diminuição da pena quando a *participação for de menor importância*. E, finalmente, no § 2º, o texto vigente rompe a fórmula unitária quando, entre os diversos participantes do fato, ocorrer o chamado *desvio subjetivo de condutas*, por agirem com dolos distintos. Por isso alguns autores consideram que tenha o Código adotado "uma teoria unitária temperada" ¹¹ ou "matizada", estabelecendo, além de graus de participação, "um verdadeiro reforço ao princípio constitucional da individualização da pena, como observa LUIZ REGIS PRADO ¹².

4. AUTORIA E PARTICIPAÇÃO: CONCEITOS DOGMÁTICOS - TEORIAS

O estudo do concurso de pessoas obriga, necessariamente, à análise do conceito de autoria. Diversas teorias foram formuladas, em nível dogmático, para preencher o conceito do que se deve entender por autor do crime e, conseqüentemente, a distinção deste para com o conceito de partícipe. Cumpre examiná-las.

⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 3ª ed., 1967. Tomo 2º, p. 259-260.

⁸ HUNGRIA, Nelson. *Ob. cit.*, p. 411.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ob. cit.*, p. 375; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 22ª ed., 1999. 1º Vol., p. 408; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 14ª ed., 1992, p. 251; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Ed. Atlas, 10ª ed., 1996. Vol. 1, p. 227.

¹⁰ Exposição de Motivos da Lei nº 209/84, item 25.

¹¹ MESTIERI, João. *Teoria Elementar do Direito Criminal*. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990, p. 253, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ob. cit.*, p. 375.

¹² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 265.

4.1. Teoria extensiva (subjéitiva-causal)

Consoante esta primeira concepção, o conceito de autor assume um caráter extensivo (daí falar-se em teoria *extensiva*). Fundamenta-se na causação do resultado: "é autor todo aquele que gerou uma condição para a causação do resultado típico"¹³. Está intimamente vinculada à teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*), adotada quanto ao nexo de causalidade. Autor, assim, não é somente aquele que realiza as características do tipo, mas também aquele que, de qualquer maneira, contribui para a produção do resultado. Não se faz distinção entre autor e partícipe. Afinal, se há uma plena equivalência de todas as condições causadoras do resultado, não é possível diferenciar-se entre aquele que executa materialmente o verbo núcleo do tipo e um outro, que de qualquer outra forma, contribui para produção do evento típico.

Verifica-se que esta orientação reflete-se na teoria *monista, unitária* ou *igualitária* do crime, como exposta no item nº 3.1 supra.

Mas, se, em face da equivalência das condições, não há como distinguir objetivamente entre autoria e participação, a diferença se pode localizar no plano subjéitivo. Por isso explica BITENCOURT, "a 'teoria extensiva de autor' vem unida à *teoria subjéitiva da participação*, que seria um complemento necessário daquela. Segundo essa teoria, é autor aquele que realiza uma contribuição causal ao fato, seja qual for seu conteúdo, com "vontade de autor", enquanto é partícipe quem, ao fazê-lo, possui unicamente "vontade de partícipe"¹⁴. Por outras palavras, é autor quem age com dolo de autor (*animus auctoris*) e deseja o fato como próprio; e é partícipe quem realiza a conduta com dolo de partícipe (*animus socii*) e quer o fato como alheio¹⁵. Assim, tendo concorrido para o evento mediante qualquer conduta, a consideração sobre se determinado sujeito é autor ou partícipe depende do exame da direção e do conteúdo de sua vontade (por isso chamar-se teoria *subjéitiva-causal*).

O sistema preconizado pela concepção extensiva de autor, e sua componente subjéitiva de participação evidencia-se inaceitável. Em primeiro lugar, fundado na causalidade, o conceito extensivo alarga ao infinito a idéia de autoria. De outro lado, permite, segundo a pura subjéitividade da participação, considere-se autor quem, não tendo realizado a conduta típica, desejasse o fato como próprio, e partícipe quem, embora concretizando o comportamento núcleo do tipo, o fizesse como fato alheio.

¹³ URZÚA, Enrique Cury. *Derecho Penal, Parte General*, vol. II/231, 1985, *apud* FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT., 3ª ed., 1997. Vol. 1, T. 1, p. 445.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ob. cit.*, p.381.

¹⁵ Nesse sentido: WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte Geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 118-119.

4.2. Teoria restritiva (formal-objetiva e objetivo-material)

Contrapondo-se a esse pensamento, surge a formulação de um conceito restrito de autor (daí falar-se em teoria *restritiva*). Segundo esta corrente, autor é o executor material do fato criminoso, ou, como escreve SEBASTIAN SOLER, "é o sujeito que executa a conduta expressa pelo verbo típico da figura delitiva" ¹⁶. É o que *mata*, o que *subtrai*, *constrange*, *destrói*, etc., praticando o núcleo do tipo. O conceito de autor, portanto, fica vinculado ao tipo penal incriminador (relação "autoria-tipicidade"). Se autor é quem realiza o verbo núcleo do tipo, partícipe é aquele que pratica comportamentos em princípio atípicos, e que restariam impunes, caso não houvesse uma norma de extensão que os atingisse, ampliando o raio da punibilidade (adequação típica de subordinação mediata, ampliada ou por extensão).

Vê-se, pois, que esta concepção, sem olvidar a importância da causalidade, põe em destaque as características exteriores do agir, isto é, a conformidade da conduta com a descrição formal do tipo penal (por isso também falar-se em teoria *formal-objetiva*) Atendendo-se à literalidade da descrição do comportamento típico, considera como *autor* aquele cuja conduta amolda-se a essa descrição. Autor é, assim, aquele que executa, total ou parcialmente, o comportamento descrito no tipo legal de delito. Partícipe, por outro lado, é aquele que, não realizando a conduta típica descrita na lei, produz qualquer outra contribuição causal ao fato.

Mas como a referência à descrição formal do comportamento típico não se mostrasse suficiente à distinção entre autor e partícipe - porque, como observa BITENCOURT, "nem sempre os tipos penais descrevem com clareza o injusto da ação" ¹⁷ -, buscou-se uma fórmula que, atendendo ao aspecto material (ofensa ao bem jurídico) do delito, permitisse tal diferenciação. É a chamada teoria objetivo-material, que assenta a distinção entre autor e partícipe segundo a maior ou menor importância objetiva da contribuição de cada qual para o resultado. Autor é aquele cujo comportamento concorre com maior relevância para a produção do evento; é aquele cuja conduta encerra maior perigosidade ao bem jurídico ofendido. Partícipe, ao revés, é aquele que contribui de maneira menos relevante à produção do resultado. Por outras palavras, "o autor é a causa; o partícipe, a condição do evento típico" ¹⁸.

¹⁶ SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA, 1978, t. 2, p. 244, *apud* JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, cit., p. 405.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ob. cit.*, p. 380.

¹⁸ ORDEIG, Gimbernat. *Autor y Complice en el Derecho Penal*. Madrid: Univ. de Madrid, 1966, p. 19, *apud* PRADO, Luiz Regis. *Ob. cit.*, p. 267.

A teoria restritiva, a despeito de possibilitar a distinção entre autoria e participação, não está isenta de críticas. Esse conceito, como bem observa MIRABETE, peca por excluir aquele que comete o crime valendo-se de quem não age com culpabilidade (o menor, o insano mental, etc.), confundindo autor mediato com partícipe¹⁹. Além disso, completa DAMÁSIO, "sob o aspecto da teoria objetivo-formal, em um delito de estupro, se um sujeito aponta a arma e outro mantém conjunção carnal com a vítima, o primeiro seria autor e o segundo, partícipe, uma vez que o verbo típico é "constranger" (art. 213 do CP); o chefe de uma quadrilha de assaltantes que não participasse materialmente dos roubos seria considerado mero partícipe. Nesses casos, o senso comum que informa o princípio da natureza das coisas indica o estuprador e o chefe da quadrilha como verdadeiros autores e não simples partícipes"²⁰.

4.3. Teoria do domínio do fato (final-objetiva ou objetivo-subjetiva)

Do que já se expôs verifica-se que nem as concepções de cunho puramente objetivo, nem outras, de natureza puramente subjetiva, se mostram adequadas para conceituar a autoria e fazer, assim, a sua distinção da participação. Como escreve WESSELS, "assim como todo fato punível constitui uma unidade de sentido subsistente de elementos objetivos e subjetivos, a autoria e a participação devem ser delimitadas, de modo justo, com base no tipo legal, somente através de uma *síntese de critérios objetivos e subjetivos*. O melhor e mais convincente caminho para vencer essa tarefa foi aberto pelo *princípio diretor do domínio do fato*"²¹.

Formulada principalmente pela doutrina alemã, e de inquestionável inspiração finalista, a teoria do *domínio do fato* conceitua o autor como "aquele que domina finalmente a realização do fato, isto é, quem decide, em linhas gerais, o "se" e o "como" de sua "realização"²². "Autor", segundo conceitua WESSELS, "é quem, como "figura central" (= figura chave) do acontecimento, possui o domínio do fato (dirigido planificadamente ou de forma co-configurada) e pode assim deter ou deixar decorrer segundo a sua vontade a realização do tipo. Partícipe é quem, sem um domínio próprio do fato, ocasiona ou de qualquer forma promove, como "figura lateral" do acontecimento real, o seu cometimento"²³.

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Ob. cit.*, p. 230.

²⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 16.

²¹ WESSELS, Johannes. *Ob. cit.*, p. 120.

²² CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 196.

²³ WESSELS, Johannes. *Ob. cit.*, p. 119.

Cuida-se, à toda evidência, de um critério final-objetivo (daí falar-se em teoria *final-objetiva*), e que representa, segundo SILVA FRANCO, "o ponto de encontro, o estuário das duas primeiras teorias" (por isso, também chamar-se de *objetivo-subjetiva*)²⁴.

Com efeito, partindo, embora, de um conceito restritivo de autor e, portanto, da consideração de que a autoria deve estar necessariamente conectada com o tipo incriminador, conclui que não basta a simples realização objetiva do comportamento típico descrito na norma incriminadora. É necessário, ainda, um teor de subjetividade, isto é, que o comportamento típico surja como expressão de uma vontade que comanda o curso do acontecimento. Autor, assim, é aquele que tem o controle subjetivo do fato, e atua no exercício desse controle; é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. Por outras palavras, autor é quem possui o domínio final da ação, e por isso pode decidir sobre a consumação do fato típico, ainda que não tome parte na sua execução material.

Com tal proposição, é autor aquele que se serve de outrem, não imputável, para a prática do fato criminoso (autoria mediata), porque conserva, em suas mãos, o comando da ação criminosa ("domínio da vontade"). É também autor aquele que tem o chamado "domínio funcional do fato", que se verifica nas hipóteses de co-autoria em que há divisão de tarefas entre os diversos sujeitos. Como explica DAMÁSIO, "os atos executórios do *iter criminis* são distribuídos entre os diversos autores, de modo que cada um é responsável por uma parte do fato, desde a execução até o momento consumativo. As colaborações são diferentes, constituindo partes e dados de união da ação coletiva, de forma que a ausência de uma faria frustrar o delito. É por isso que cada um mantém o domínio funcional do fato"²⁵.

Em resumo, a adoção da teoria do *domínio do fato* pode-se extrair as seguintes conseqüências:

1. É *autor* quem realiza pessoal, direta e imediatamente, no todo ou em parte, a conduta típica descrita na lei penal incriminadora. Tem ele o *domínio da ação*.
2. É também *autor* que executa o fato delituoso utilizando a outrem como instrumento (autoria mediata), porque tem o *domínio da vontade*.
3. É ainda *autor* aquele que, sem executar diretamente a conduta típica, possui, não obstante, o *domínio* dela, porque a planificou e organizou sua realização, podendo, por conseguinte, decidir sobre sua interrupção, modificação ou consumação (autoria intelectual).

²⁴ FRANCO, Alberto Silva e outros. *Ob. cit.*, p. 446. No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ob. cit.*, p. 383-384; JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do Domínio do Fato*, cit., p. 17.

²⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do Domínio do Fato*, cit., p. 23.

4. É finalmente *autor* o co-autor que realiza uma parte necessária do plano global, porque tem o *domínio funcional do fato*.

5. É *partícipe* quem, sem domínio próprio do acontecimento, colabora ou de qualquer forma promove o seu cometimento.

4.4. Conclusão - a orientação do nosso Código Penal

O Código Penal de 1940 adotou, indisfarçavelmente, a teoria extensiva (subjéctiva-causal), como corolário da teoria da equivalência das causas: "*O projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices: todos os que tomam parte no crime são autores. Já não haverá mais diferença entre participação principal e participação acessória, entre auxílio necessário e auxílio secundário, ente a "societas criminis" e a "societas in crimine". Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito de sua consciência e vontade. Não há nesse critério de decisão do projeto senão um corolário da teoria da equivalência das causas, adotada no art. 11. O evento, por sua natureza, é indivisível, e todas as condições que cooperam para a sua produção se equivalem. Tudo quanto foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dele. Há, na participação criminosa, uma associação de causas conscientes, uma convergência de atividades que são, no seu incindível conjunto, a causa única do evento e, portanto, a cada uma das força concorrentes deve ser atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo...*"²⁶.

A reforma penal abandonou essa orientação. Entanto, divergem os autores sobre a opção do legislador de 1984. Assim, boa parte dos doutrinadores entende que, diante da aceitação da teoria finalista da ação, o Código passou a adotar a teoria do domínio do fato²⁷. Outros, como MIRABETE²⁸ sustentam que a nova Parte Geral do Código acolheu a teoria restritiva, eis que o *caput* e os §§ 1º e 2º do art. 29 distinguem nitidamente entre autor e partícipe. Mas, acolhendo esta concepção, acrescentam que, autor, além do executor material da conduta expressa pela verbo núcleo do tipo, é também aquele que a realiza por intermédio de outrem (autoria mediata). Assim também se pronuncia FRAGOSO²⁹.

²⁶ Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, item 22.

²⁷ Ver, a propósito: FRANCO, Alberto Silva. *Ob. cit.*, p. 446; JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do Domínio do Fato*, cit., p. 27-28; PIERANGELI, José Henrique, *O Concurso de Pessoas e o Novo Código Penal*, RT 680/292-317; PIMENTEL, Manoel Pedro, *A Teoria do Crime na Reforma Penal*, RT 591/294.

²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Ob. cit.*, p. 231.

²⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.*, p. 252.

Em verdade, a teoria do *domínio do fato* não exclui a concepção *restritiva* de autor; antes, a complementa. Com efeito, fazendo uma síntese de critérios objetivos e subjetivos para a determinação de autor (daí também chamar-se *objetivo-subjetiva*, como já observado), a teoria do *domínio do fato* partindo da concepção *restritiva* de autor, oferece solução para determinadas situações em que, conquanto não executando material e pessoalmente o verbo núcleo do tipo, o sujeito, pelo controle subjetivo do fato, deve ser considerado seu autor e não mero partícipe. Por isso, como escreve DAMÁSIO, "sob rigor científico, é mais um requisito da autoria que uma teoria do concurso de pessoas" ³⁰.

José Francisco Cagliari

BIBLIOGRAFIA

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Ed. Saraiva, 6a. ed., 2000. Vol. 1.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 3a. ed., 1967. Tomo 2°.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 14a. ed., 1992.
- FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 6ªed., 1997. Vol. 1, Tomo I.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 4ª ed., 1958. Vol. I, Tomo II.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Ed. Saraiva, 22a. ed., 1999.
- *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Ed. Bookseller, 1ª ed. atualizada, 1997. Vol. II.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Ed. Atlas, 10a. ed., 1996. Vol. 1.
- NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 20a. ed., 1982. Vol. 1.
- PIERANGELI, José Henrique. *O Concurso de Pessoas e o Novo Código Penal*. São Paulo. Revista dos Tribunais, nº 680.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *A Teoria do Crime na Reforma Penal*. São Paulo. Revista dos Tribunais, nº 591.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte Geral*. Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

³⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do Domínio do Fato*, cit., p. 18.

Oswaldo Henrique Duek Marques

A AUTORIA NO CÓDIGO PENAL E A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

INTRODUÇÃO

O conceito de autoria em Direito Penal é entendido a partir de três teorias: a subjetiva causal ou extensiva, a formal objetiva ou restritiva e a objetiva subjetiva ou do domínio do fato. Para a primeira, todos os agentes que dão causa ao evento são considerados autores, independentemente de terem ou não praticado a ação descrita no tipo penal. Na segunda, são autores os que praticam atos de execução previstos no tipo penal, enquanto os partícipes concorrem para o resultado do crime sem praticar, no todo ou em parte, a ação tipificada. A terceira, a teoria do domínio do fato, considera autor o agente que detém o controle da ação, embora possa não praticar atos executórios previstos no tipo penal.

Era antigo o debate entre os doutrinadores a respeito de qual a teoria adotada na legislação penal brasileira, quando entrou em vigor a nova Parte Geral do Código Penal, em 1984, cujos dispositivos, relativos à matéria, acirrou a discussão. Os doutrinadores preocupam-se também em verificar qual a teoria capaz de atingir os objetivos constitucionais da individualização da pena, em consonância com a culpabilidade de cada concorrente, em face da realidade fática das infrações penais.

Apesar dos diversos trabalhos sobre o tema, ainda resta a seguinte indagação: *Qual ou quais as teorias de autoria do crime adotadas na legislação penal brasileira em vigor?* O presente estudo, partindo do exame de cada teoria, tentará demonstrar qual a acolhida, além de apresentar algumas conclusões decorrentes dessa acolhida, sem a pretensão de apresentar respostas definitivas, mas de despertar um salutar debate e a reflexão das idéias expostas.

1 - A teoria extensiva.

A teoria extensiva da autoria, arrimada na teoria da , considera como autores todos os que concorrem para a produção de um resultado, praticando ou não atos típicos de execução. A distinção entre autores e partícipes fica relegada ao plano doutrinário. Foi a teoria adotada na antiga Parte Geral do Código Penal de 1940, cujo artigo 25 possuía a seguinte redação: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas". A opção por essa teoria foi assim justificada na Exposição de Motivos do Código de 1940: "O projeto aboliu a distinção entre *autores* e *cúmplices*: todos os que tomam parte no crime são *autores*. Já não haverá mais diferença entre participação *principal* e participação *acessória*, entre auxílio *necessário* e auxílio *secundário*, entre a *societas criminis* e a *societas in crimine*. Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito da sua consciência e vontade. Não há nesse critério de decisão do projeto senão um corolário da *teoria da equivalência das causas*, adotada no art. 11. O evento, por sua natureza, é indivisível, e todas as condições que cooperam para sua produção se equivalem. Tudo quanto foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dele. Há, na participação criminosa, uma associação de causas conscientes, uma convergência de atividades que são, no seu incidível conjunto, a causa única do evento e, portanto, a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo."

Consoante Aníbal Bruno, "admitida pelo Código, na explicação do nexos causal, a equivalência das condições, cada condição é uma causa, e todo indivíduo, só por haver posto uma condição para o resultado, assume a posição de autor. Todo colaborador é autor. Pouco importa que um tenha consumado a ação típica de matar alguém e outro apenas fornecido a arma ou ficado de tocaia para garantir a segurança do matador. 'Quem de qualquer modo concorre para o crime', diz o Código, 'incide nas penas a este cominadas.'"

1

No mesmo sentido, Nélon Hungria explica que "sob o duplo prisma psicológico e causal (dadas a consciente confluência de vontades e a relação de necessidade *in concreto*

¹ Aníbal Bruno. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo 2.º, p. 258.

entre o resultado e a conexão de atividades), impõe-se o raciocínio de que o crime pertence, por inteiro, a todos e a cada um dos concorrentes. Embora pactuando com o ilogismo, que o direito penal contemporâneo vai repelindo, de uma apriorística e irrestrita diferença de punição dos co-delinqüentes, não é outro o fundamento da tradicional concepção *unitária* do '*concursum plurimum ad idem delictum*': ainda mesmo os concorrentes que, além dos que cooperam diretamente na consumação do crime (chamados, restritamente, *co-autores*), se tenham limitado a determiná-lo ou a instigá-lo (*autores morais ou intelectuais*) ou a facilitar sua execução (*cúmplices 'stricto sensu'*), isto é, a praticar atos que não realizam qualquer elemento do conteúdo típico do crime, devem responder por este, porque não só o quiseram, como não deixaram de contribuir para sua realização, conscientes da própria atividade em comunhão com a atividade dos outros." ²

A teoria extensiva de autoria, contudo, não foi poupada de críticas, destacando-se, entre elas, a de José Henrique Pierangeli, que sustenta ser o conceito extensivo de autor uma criação normativa, em descompasso com a realidade, fazendo que o conceito de autor e de partícipe dependa, com exclusividade, de um componente subjetivo. Conclui que essa teoria considera autor o que tem interesse no resultado do crime, enquanto o partícipe atua no interesse alheio. ³ Observação semelhante, a apresentada por César Roberto Bitencourt: "A teoria 'extensiva de autor' vem unida à *teoria subjetiva de participação*, que seria um complemento necessário daquela. Segundo essa teoria, é autor quem realiza uma contribuição causal do fato, seja qual for seu conteúdo, 'com vontade de autor', enquanto é partícipe quem, ao fazê-lo, possui unicamente 'vontade de partícipe'. O autor quer o fato como 'próprio', age com *animus auctoris*; o partícipe quer o fato como 'alheio', age com *animus socii*". ⁴

Entretanto, não obstante essas observações, os dispositivos do Código Penal de 1940 não faziam qualquer distinção entre a autoria e participação, segundo o ânimo do agente, de praticar o fato como próprio ou contribuir para o evento de outrem. Ao contrário, equiparava, para todos os efeitos legais, qualquer forma de concurso, com base na teoria da *conditio sine qua non*. O mérito da teoria extensiva reside justamente na ausência de distinção entre autoria e participação para efeito de responsabilidade penal, deixando a questão da individualização da pena, com base na culpabilidade e em outras circunstâncias, para momento posterior.

² Nélson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo 2.º, p. 384.

³ José Henrique Pierangeli. *O Concurso de Pessoas e o Novo Código Penal*. In Revista dos Tribunais. Vol. 680, p. 294.

⁴ César Roberto Bitencourt. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*, pp. 380 e 381.

Além da ausência da distinção entre autoria e participação, no plano normativo, para a teoria extensiva, tornar-se-ia muito difícil, no plano concreto, investigar quem teria vontade de autor e quem teria desejo de contribuir em fato alheio. O critério de considerar autor quem tivesse o interesse no resultado do crime certamente poderia conduzir a injustiças, como ocorreu na sentença do Tribunal do *Reich*, no famoso "caso da banheira", lembrado por Günther Jakobs: "La hermana de una parturienta que acaba de dar a luz a un niño ahoga al recién nacido <<em interes>> de la madre y tras ponerse de acuerdo con ella; a la hermana se la considero por ello solo cómplice, a pesar de que ejecutó el hecho de propia mano, y a la madre autora".⁵ Na espécie, ao contrário da conclusão da sentença, a irmã não poderia ser considerada mera partícipe, porquanto realizou pessoalmente a conduta delituosa. Almejou, por esse motivo, o fato como próprio e não como de outrem. Como Jakobs, ela "ejecutó la acción y perseguía el resultado, desde todos los puntos de vista tenía interés, y además propio: Si no, ¿cómo iba a haber actuado con intención de concretar el resultado?".⁶ Sobre o assunto, assim se expressou Edmund Mezger: "No es suficiente el 'deseo del autor' o su declaración de querer el hecho solamente como de outro. Aquí no es él el que juzga, sino el ordenamiento jurídico. Lo que interesa es el 'sentido objetivo' del autor, lo que éste realiza voluntariamente".⁷ E conclui mais adiante: "De acuerdo con el punto de partida subjetivo de la teoría de la participación, lo que decide es lo querido por el autor, pero lo querido en su significación objetiva".⁸

Portanto, para a teoria subjetiva ou extensiva basta o desejo de cada agente de concorrer para a produção do resultado, previsto objetivamente como crime, sendo prescindível a investigação de ter querido o delito como próprio ou alheio. Nada impede, porém, a existência, no plano doutrinário, da distinção entre autoria e participação em sentido estrito, que constitui a base da teoria objetiva formal ou restritiva de autoria, como será visto em seguida.

2- A teoria restritiva.

A teoria restritiva, como próprio nome indica, propõe um conceito restritivo, para considerar como autor somente aquele que realiza diretamente ou indiretamente (autoria

⁵ Günther Yacobs. *Derecho Penal. Parte General*, p. 737.

⁶ *Ibid*, p. 738.

⁷ Edmund Mezger. *Derecho Penal. Parte General*, p. 307.

⁸ *Ibid*, p. 307.

mediata) a conduta típica ou uma parte dela. Para essa teoria, o partícipe concorre para a prática do crime, com qualquer outra contribuição causal, distinta da ação contida no núcleo do tipo. Ao comentar essa distinção, Heleno Cláudio Fragoso diz que: "*Autor* é quem realiza diretamente a ação típica ou quem realiza através de outrem, nos casos da chamada *autoria mediata* (...). *Partícipe*, em sentido amplo, é todo aquele que, de qualquer forma, concorre para a ação delituosa; em sentido estrito, é todo aquele que, *sem realizar a conduta típica*, contribui para a ação típica de outrem".⁹ Aníbal Bruno, por sua vez, assinala: "Autor diz-se, em princípio, aquele que realiza a ação típica - aquele do qual se pode dizer que *matou* alguém, que subtraiu para si ou para outrem coisa alheia móvel etc. É o agente do fato principal, em volta do qual se podem desenvolver todas as formas de concurso. A sua posição subsiste, com as suas conseqüências jurídico-penais, mesmo se com ele colabora ou cessa de colaborar a atividade de outrem. Essa é uma compreensão restritiva e bem definida no conceito de autor, que se afasta do ponto de vista em se colocou o Código".¹⁰

Os partidários dessa teoria sustentam que a participação, porquanto distinta da prática de condutas típicas, ficaria fora do âmbito penal, caso não houvesse uma norma expressa de extensão atribuindo-lhe a responsabilidade. No Código Penal em vigor, tal norma se encontraria prevista em seu artigo 31, com a seguinte redação: "O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado". A ressalva a disposição em sentido contrário refere-se a crimes nos quais essas condutas já são consideradas típicas por disposições contidas na Parte Especial, como ocorre, por exemplo, nos crimes previstos nos artigos 122 e 288, do Código Penal. Pelo fato de tais condutas já serem típicas, não se poderia cogitar tecnicamente da figura da participação. Além disso, em face do artigo 14, inciso II, e seu parágrafo único, da nova Parte Geral do Código, não há possibilidade nem previsão de responsabilizar o agente pela prática do crime antes de iniciada a sua execução. Por esse motivo, não parece que a citada norma de extensão se afigure imprescindível ao reconhecimento da teoria restritiva de autoria. É importante ainda lembrar que na antiga Parte Geral do Código, alicerçado na teoria extensiva, já havia dispositivo idêntico ao do artigo 31, da legislação vigente.

Assim como o conceito extensivo de autor, o conceito restritivo não foi poupado de críticas pela doutrina. Segundo Alberto Silva Franco, "a teoria não dá resposta satisfatória

⁹ Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral*, p. 252.

¹⁰ Aníbal Bruno. *Op. Cit.*, p. 265.

a certas situações concretas que não se acomodam ao rigor e formalismo do esquema conceitual. Por acaso, seria admissível considerar meros participantes, porque não realizaram nenhuma fração de condutas típicas, o chefe de uma quadrilha de traficantes de tóxicos que tem o comando e o controle de todos os que atuam na operação criminosa, ou o líder de uma organização mafiosa que atribui a seus comandados a tarefa de eliminar o dirigente de uma gangue rival?"¹¹ Entretanto, ainda que o Código em vigor tivesse adotado a teoria restritiva, o que não ocorreu, não haveria nenhum óbice em punir mais gravemente o partícipe do que o executor do crime. O fato de ser considerado como partícipe o chefe de uma organização criminosa, que não atua diretamente na execução do crime, não significa um menor grau de responsabilidade ou de reprovação. Ao contrário, o Código vigente, em seu artigo 62, inciso I, prevê o agravamento da pena em relação ao agente que "promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais". Isso sem contar com a aferição da maior ou menor culpabilidade de cada concorrente, segundo os critérios de individualização da pena. Não é outro o magistério de Aníbal Bruno: "Não é só do nexo causal que deriva a responsabilidade penal do agente pelo fato punível, mas ainda da culpabilidade, e se a força causal da atividade do agente, no rigor da teoria da equivalência das condições, não pode variar, pode fazê-la a culpabilidade, apresentando-se com intensidade maior ou menor nesta ou naquela forma de participação, o que, aliás, pode ser sistematicamente estabelecido para certas categorias de partícipes, e, por fim, é na culpabilidade, sobretudo, que se fundamenta a força da punição".¹² No mesmo sentido, o entendimento de Beatriz Vargas Ramos: "O fato de o organizador não ser considerado co-autor, não leva, necessariamente, à menor punição em relação aos co-autores. A ausência de prática de ato executivo por parte deste é compensada pela elevada reprovabilidade na tarefa de planejamento ou preparação do delito. Sua responsabilidade é grande pela influência intelectual ou inteligente, decisiva em relação à execução".¹³

3- A teoria do domínio do fato.

A teoria do domínio do fato procura complementar a teoria restritiva por considerar também autor o que detém o controle da ação, embora possa não praticar atos executórios

¹¹ Alberto Silva Franco. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 445.

¹² Aníbal Bruno. *Op. Cit.*, p. 260.

¹³ Beatriz Vargas Ramos. *Do Concurso de Pessoas*, p. 34.

previstos no tipo penal. Por via de consequência, a teoria do domínio do fato considera partícipes todos os que não praticam atos típicos de execução, desde que não possuam o controle final da ação dirigida ao resultado típico. De acordo com Heleno Cláudio Fragoso, essa teoria "iniciou-se com WELZEL e a teoria finalista da ação. Autoria final seria forma compreensiva de domínio finalístico do fato. A tipicidade da ação não seria, assim, decisiva para caracterizar o autor. Necessário seria ter o agente o controle subjetivo do fato e atuar no sentido desse controle. Assim, seria autor não apenas quem diretamente realiza a figura típica (objetiva e subjetivamente) e o autor mediato, mas também, por exemplo, o chefe de uma quadrilha que, sem realizar a ação típica, planeja e decide a atividade dos demais, pois é ele que tem, eventualmente em conjunto com os outros, o domínio final da ação".¹⁴

Alguns doutrinadores, como José Henrique Pierangeli e Alberto Silva Franco, sustentam que a nova Parte Geral do Código Penal (1984) acolheu a teoria do domínio do fato. Conforme Pierangeli, "esta teoria, formulada por Welzel e exposta, posteriormente, com maestria por Maurach, é de concepção finalística e 'com o finalismo se identifica', não se ligando, em momento algum à culpabilidade, mas sim à ação...".¹⁵ De acordo com Silva Franco, o legislador de 1984, "na medida em que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação de erro sobre o tipo, na medida em que aceitou o erro de proibição e, finalmente, na medida em que abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade, deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que também abraçou também a teoria do domínio do fato".¹⁶

Todavia, embora o controle final da ação, inserido na teoria do domínio do fato, possa se identificar com o finalismo, não parece que o organizador ou o chefe de uma quadrilha, caso não participe diretamente dos atos executórios típicos, detenha o controle final ou funcional acerca da consumação do crime, sob o ponto de vista objetivo e realístico. Daí a conclusão acertada de Beatriz Vargas Ramos: "Não vemos necessidade de diferenciar, como faz a concepção finalista, entre dois tipos de organizador; um que apenas projeta o

¹⁴ Heleno Cláudio Fragoso. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo II, pp. 627 e 628.

¹⁵ José Henrique Pierangeli. *Op. Cit.*, p. 294.

¹⁶ Alberto Silva Franco. *Op. Cit.*, p. 446.

plano delituoso e outro, que, além de projetá-lo, detém a liderança ou a chefia sobre os demais. Se de ambos se pode dizer que promovem, organizam ou dirigem a atividade criminosa, a ambos se pode chamar de partícipes. Não vemos o porquê desta dupla definição de organizador. A simples qualidade de organizador já revela uma superioridade mental ou liderança intelectual de um agente sobre os demais. É evidente que se o organizador, não se limitando a organizar a execução, nela intervier direta ou pessoalmente, passará a ser co-autor".¹⁷

Como se verifica nessas observações, só há domínio efetivo do fato por parte de quem atua diretamente na prática dos atos executórios previstos no tipo penal. Somente nesse caso terá o autor ou co-autor a possibilidade de alterar o transcurso dos fatos, desistir da sua realização ou prosseguir na sua execução. Pensamento contrário não teria o condão de explicar o descumprimento da ordem do chefe, as situações de traição, o arrependimento eficaz ou a desistência voluntária por parte dos executores etc. Isso sem contar com as situações imprevisíveis surgidas durante a preparação ou execução do crime, não previstas pelo organizador. De qualquer forma, mesmo se considerada a teoria restritiva, nada impediria o agravamento da pena em relação ao partícipe, enquanto organizador ou chefe de uma quadrilha, como previsto no mencionado artigo 61, inciso I, do Código Penal.

4- A teoria adotada pela legislação vigente.

Pelo presente estudo, pode-se verificar que ocorre a adoção da teoria extensiva de autoria pela legislação penal vigente, tal como adotado na antiga Parte Geral do Código de 1940. De fato, a nova Parte Geral, em seu artigo 29, estabelece: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade". O acréscimo da expressão "na medida de sua culpabilidade" não seria necessário e não alteraria o conceito, pois a medida da culpabilidade constitui critério básico da individualização da pena, prevista entre os Direitos Fundamentais, consagrados na Constituição Federal (art. 5.º, XLVI). Além disso, a aferição individualizada da

¹⁷ Beatriz Vargas Ramos. Op. Cit., pp. 34 e 35.

culpabilidade é critério obrigatório a ser utilizado na fixação da pena, previsto entre as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal. Por esses motivos, não parece que a "medida da culpabilidade" prevista tenha por objetivo temperar a equiparação dos partícipes aos executores do crime, feita pela teoria restritiva, mas sim reforçar o princípio constitucional da individualização da pena para cada concorrente.

Não se pode, também, dizer que a legislação em vigor adotou o critério restritivo de autoria, ao incluir, nos §§ 1º e 2º, do artigo 29, os institutos da *participação de menor importância*, da *cooperação dolosamente distinta* e do *desvio de finalidade* entre os concorrentes do crime. É importante ressaltar que a participação de menor importância, causa de redução da pena na legislação vigente, já estava prevista como atenuante genérica no antigo artigo 48, inciso II, do Código Penal de 1940, enquanto a *cooperação dolosamente distinta* já era considerada causa de redução da pena, tal como na legislação vigente. Não obstante tais previsões, a exposição de motivos do Código de 1940 não deixava dúvidas acerca da adoção da teoria extensiva, amparada na teoria da *conditio sine qua non*, como já mencionado.

Ademais, a legislação penal em vigor, no caput do artigo 29, não estabeleceu nenhuma diferença expressa entre autor e partícipe. Por esse motivo, as referências à participação, contidas nos §§ 1º e 2º, do artigo 29, do Código, devem ser interpretadas em sentido amplo, incluindo a autores e partícipes, segundo distinção doutrinária. A interpretação sistemática dos dispositivos do Código também não conduz à outra conclusão. De fato, ao cuidar do delito previsto de rixa, por exemplo, o legislador fez menção à participação como ato típico de execução, nos seguintes termos: "**Participar** de rixa, salvo para separar os contendores" (art. 137). Nesse caso, como se trata de conduta típica, a expressão *participar* não poderia referir-se tecnicamente ao partícipe.

Portanto, a inclusão dos referidos §§ 1º e 2º, no artigo 29, do Código Penal, não afasta nem mitiga a teoria extensiva de autoria. Esta, sem dúvida, pode ser considerada como a mais condizente com a realidade fática e com os princípios da individualização da pena, baseado na culpabilidade de cada concorrente do crime, sem qualquer distinção entre autor em sentido estrito e partícipe.

Conclusões.

Do exposto, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1- A nova Parte Geral do Código Penal manteve a teoria extensiva ou subjetiva de autoria, não afastada nem mitigada pelos institutos previstos nos §§ 1.º e 2.º, de seu artigo 29;

2- O acréscimo da expressão "na medida de sua culpabilidade", no *caput* artigo 29, da nova Parte Geral, era prescindível, pois apenas reforça o princípio constitucional da individualização da pena, também previsto no artigo 59, da legislação penal vigente;

3- Para a teoria subjetiva ou extensiva pura, torna-se suficiente o desejo de cada agente de concorrer para a produção do resultado típico, afigurando-se desnecessária a investigação de ter cada agente querido o delito como próprio ou alheio;

4- Só se pode cogitar do domínio real do fato por parte de quem nele atua diretamente. Somente nesse caso terá o co-autor ou organizador a efetiva possibilidade de prosseguir ou desistir da execução do crime. Por esse motivo, o chefe de uma organização criminosa, caso não atue diretamente na execução do delito, não possui o domínio do fato. Nada impede, contudo, sua maior responsabilidade diante dos executores, seja pela agravante prevista no artigo 62, inciso I, do Código Penal, seja em face do juízo de culpabilidade na individualização da pena.

Oswaldo Henrique Duek Marques

BIBLIOGRAFIA

- BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. Vol. 1. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo 2.º, 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral*. Revista e atualizada por Fernando Fragoso. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo II. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. Parte Geral*. Vol. 1, Tomo1, 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo 2.º, 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 384).
- JACOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Tradução de Joaquin Cuello Contreas e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2.ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997.
- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. 2.ª ed. México: Cardenas, 1990.
- PIERANGELI, José Henrique. *O Concurso de Pessoas e o Novo Código Penal*. In Revista dos Tribunais. Vol. 680, junho de 1992. São Paulo.
- RAMOS, Beatriz Vargas. *Do Concurso de Pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procurador-geral de Justiça

José Geraldo Brito Filomeno

Corregedor-geral do Ministério Público

Agenor Nakazone

Conselho Superior do Ministério Público

José Geraldo Brito Filomeno (presidente)

Agenor Nakazone

José Roberto Garcia Durand

Marilisa Germano Bortolin

Antonio de Padua Bertone Pereira

Paulo Mário Spina

Nelson Gonzaga de Oliveira

Evelise Pedrosa Teixeira Prado Vieira

Maria Cristina Barreira de Oliveira

Lúcia Maria Casali de Oliveira

João Antonio Bastos Garreta Prats

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Membros Natos

Gomides Vaz de Lima Júnior

José Roberto Garcia Durand

Clóvis Almir Vital de Uzeda

Jobst Dieter Horst Niemayer

Guido Roque Jacob

Luiz Cesar Gama Pellegrini

Herberto Magalhães da Silveira Júnior

René Pereira de Carvalho

Francisco Moraes Ribeiro Sampaio

Newton Alves de Oliveira

José Ricardo Peirão Rodrigues

Luiz Antonio Forlin

José Roberto Dealis Tucunduva

Eduardo Francisco Crespo

Oswaldo Hamilton Tavares

Fernando José Marques

Irineu Roberto da Costa Lopes

Regina Helena da Silva Simões

Antonio Paulo Costa de Oliveira e Silva

Roberto João Elias

Claus Paione

Membros Eleitos

Vera Lúcia Nogueira Franco Moysés

José Reynaldo de Almeida

Amaro Alves de Almeida Neto

Maria Tereza do Amaral Dias de Souza

Walter Paulo Sabella

João Francisco Moreira Viegas

Paulo Ortigosa

Fernando Carlos Rudge Bastos

Sérgio de Araújo Prado Júnior

Paulo do Amaral Souza

Maria Aparecida Berti Cunha

Paulo Roberto Grava Brazil

Pedro Antonio Bueno Oliveira

Pedro Luiz de Melo

Máximo Alves Barbosa Filho

José Domingos da Silva Marinho

Nelson Lacerda Gertel

Shiozo Tanaka

Mário Pedro Paes

Paulo Hideo Shimizu

Conselho do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

José Geraldo Brito Filomeno (presidente)

Agenor Nakazone

Amaro Alves de Almeida Neto

Nelson Gonzaga de Oliveira

Arthur de Oliveira Costa Filho

Silvana Buogo

Jocimar Guimarães.

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Rodrigo César Rebello Pinho