

nal — não me é possível neste lugar — nem sequer resumidamente — explicar quais são os critérios normativos aos quais se deve recorrer para decidir em cada uma dessas diferentes variantes se o autor inicial deve responder ou não pelo resultado final. Quem estiver interessado em conhecer os diferentes critérios aos quais tem recorrido a doutrina e a jurisprudência para resolver este amplo grupo de casos — e quais são as opiniões que eu mesmo defendo —, remeto ao meu trabalho intitulado «Cursos causales irregulares e imputación objetiva»¹⁷, que se ocupa amplamente com esta matéria. De qualquer forma, como neste grupo de casos trata-se de uma ação dolosa ou culposa causadora do resultado típico (não altera em nada o fato de o terceiro ou o autor primário ter condicionado o resultado), esses critérios — incluindo os meus —, que em todos ou em alguns casos excluem a responsabilidade de tal autor primário pelo resultado final, tem carácter normativo e, por conseguinte, pertencem, sistematicamente, à imputação objetiva como causa de exclusão da ação típica.

1.2.5. *Comportamento alternativo conforme ao Direito vs. teoria do incremento do risco*

Como expus recentemente, e extensamente¹⁸, a origem da teoria da imputação objetiva deve ser buscada precisamente neste grupo de casos em que, apesar de o autor imprudente ter causado o resultado típico, se sustenta a sua não-responsabilização quando — conforme o critério do comportamento alternativo conforme ao Direito — o resultado também teria se produzido — certamente, com uma probabilidade que beira a certeza ou com uma alta probabilidade (neste extremo há opiniões para todos os gostos) —, ainda que tal autor tivesse atuado corretamente. Como exemplo deste grupo de casos pode-se citar a sentença do Reichsgerichts, de 1929¹⁹, no chamado «caso dos pelos de cabra», em que o dono de uma fábrica de pincéis adquiriu de uma empresa chinesa pelos de cabra para elaborar seus produtos, e, apesar de estar obrigado a desinfetá-los, os entregou às suas empregadas omitindo essa desinfecção, contraindo quatro delas o bacilo de carbúnculo, que lhes provocou a morte. O lau-

¹⁷ *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires 2011, obra que foi publicada também como artigo em: *ADPCP* 2010, p. 15 e ss.

¹⁸ Cfr. GIMBERNAT, *Rodríguez Ramos-LH*, 2013, p. 95 e ss., com várias referências doutrinárias e jurisprudenciais.

¹⁹ RG 63, 211 ss. Descrevo-o seguindo a referência que dele faz ROXIN, *ZStW* 74, 1962, p. 411/412.

do pericial demonstrou, não obstante, que, ainda que o empresário tivesse cumprido o seu dever, as operárias talvez também tivessem falecido, dado que não resultou claro que os desinfetantes poderiam ter destruído os germes.

Em princípio, a doutrina recorreu a toda espécie de argumentos para fundamentar a não-responsabilização do autor imprudente pelo resultado superveniente, seja negando a causalidade material entre o comportamento e o resultado, seja pela ausência de relevância da conduta imprudente ou de culpabilidade do autor, seja, ainda, pela inexistência de desvalor do resultado. Finalmente, e a partir do começo dos anos 60 do século passado²⁰, a solução para este grupo de casos passou a ser inserida na tipicidade objetiva, introduzindo-se, como elemento posterior desta, e junto com a relação de causalidade, a imputação objetiva, cuja não concorrência constituiria a explicação do porquê de não ser possível imputar objetivamente o resultado a este autor imprudente.

Frente a este critério de imputação objetiva, que nega sua concorrência quando o comportamento alternativo conforme ao direito teria causado (com uma mais ou menos alta probabilidade) o mesmo resultado que o imprudente, *Roxin* elaborou, para resolver este grupo de casos, o critério do «incremento do risco»²¹, que exclui a imputação objetiva unicamente quando (independentemente de se o comportamento correto talvez pudesse ter levado ao mesmo resultado) a ação imprudente não elevar o risco de lesão, que teria corrido com a ação prudente.

Dentro do marco deste trabalho não posso me deter a expor qual das duas soluções — a predominante ou a minoritária, de *Roxin* —, e que levam a soluções discrepantes, é a correta²² (trata-se de um problema sobre o qual, na minha opinião, todavia,

²⁰ Cfr. GIMBERNAT, *Rodríguez Ramos-LH*, p. 107 e ss.

²¹ Para uma exposição detalhada dessa teoria de *Roxin* cfr. GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 107 e ss.

²² ROXIN, *ZStW* 74, 1962, p. 439 e 440, exemplifica com o «caso dos pelos de cabra», em relação ao qual é partidário de condenar pelos homicídios culposos causados às quatro operárias, cuja solução a que chega discrepa da teoria dominante: «O perito... unicamente teria expressado 'que as três modalidades autorizadas de desinfecção... não ofereciam uma garantia suficiente de desinfecção real dos pelos, e que, por conseguinte, não estava excluído que a infecção também teria se produzido depois da aplicação do procedimento de desinfecção'. Aqui, por conseguinte, a entrega sem controle significava um incremento considerável do risco, razão pela qual se impõe a punição. A isso não se pode opor... que a desinfecção neste caso só possivelmente teria tido êxito e que a mera possibilidade não basta para condenar... O perigo consistente na manipulação de pelos de cabra chineses, e que aqui levou a vários resultados de morte, somente poderia ficar impune quando tivessem sido tomadas todas as medidas que tivessem conduzido à sua redução. Se não é esse o caso, então esse fazer perigoso ultrapassa o limite de tolerância estabelecido pelo legislador, e suas consequências devem recair sobre o autor».

ainda não foi dada a última palavra), porque em qualquer caso, se adotarmos uma ou outra solução, estaremos diante de um critério ulterior de imputação objetiva, na medida em que se nega sua concorrência e, com isso, se nega a tipicidade de condutas imprudentes causadoras do resultado típico.

1.3. A imputação objetiva em Jakobs. Crítica à tentativa de substituir os critérios jurídicos por outros de carácter sociológico

Frente a esta concepção (jurídico-) normativa da teoria da imputação objetiva, *Jakobs* e sua escola certamente também consideram a imputação objetiva como um elemento da tipicidade, sem cuja concorrência não se pode falar, consequentemente, de uma conduta típica; porém, para decidir se um resultado lesivo pode ser ou não objetivamente imputado ao causador doloso ou culposo, recorrem a critérios sociológicos, e, mais concretamente, da teoria dos papéis, de *Luhmann*²³.

E assim, por exemplo, para resolver os casos de participação em uma autocolocação em perigo e de uma heterocolocação em perigo consentida, *Jakobs* escreve que «as garantias normativas que o Direito estabelece não têm como conteúdo que todos procurem evitar todos os danos possíveis — se assim fosse, se produziria uma paralização imediata da vida social —, senão atribuem a determinadas pessoas, que ocupam certas posições no contexto de interação — e não a todas as pessoas —, determinadas incumbências, isto é, asseguram *standards* pessoais, papéis que devem ser cumpridos»²⁴. Com base nesta suposta «competência por organização», *Jakobs* fala que «um afetado que se coloca em uma situação de risco, ou que, imputavelmente, não se desprende dela, é competente pelas consequências [lesivas], tanto das conhecidas como das que não o são»²⁵, já que «os terceiros não têm que adaptar sua organização com um maior cuidado que o próprio titular do bem jurídico a riscos que são originados por este titular»²⁶, existindo uma «competência da vítima» e uma «competência do autor»²⁷.

²³ Cfr. unicamente LUHMANN, *Rechtssoziologie I*, 1972, p. 85 e ss.

²⁴ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, p. 96 e 97.

²⁵ JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1992, 7/129.

²⁶ JAKOBS, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁷ Cfr. JAKOBS, «La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte (1992)», In: *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 401, 404, 410, 412 et passim; JAKOBS, *La imputación objetiva*, 1996, p. 100, 109 et passim.