

**Resenha de Gimbernat Ordeig, Enrique. Cursos causales irregulares e imputación objetiva. Montevideo/Buenos Aires**

*Gustavo de Oliveira Quandt*

**Como citar este artigo:** QUANDT, Gustavo de Oliveira. Resenha de Gimbernat Ordeig, Enrique. Cursos causales irregulares e imputación objetiva. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2011. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 4, p. 431-446, 2019. DOI: [10.46274/1809-192XRICP2019v4p431-446](https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2019v4p431-446).



# RESENHA DE GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. CURSOS CAUSALES IRREGULARES E IMPUTACIÓN OBJETIVA. MONTEVIDEO/BUENOS AIRES: B DE F, 2011.<sup>1, 2</sup>

Gustavo de Oliveira Quandt  
*Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Defensor Público Federal.*

**Recebido em:** 12/06/2019

**Aprovado em:** 29/08/2019

**Última versão do autor em:** 30/08/2019

## 1. Introdução

A editora B de F publicou há alguns anos mais uma contribuição do espanhol Enrique Gimbernat Ordeig para a teoria da imputação objetiva. Apesar do tempo decorrido, vários fatores atraem interesse para a publicação. Em primeiro lugar, Gimbernat contribuiu decisivamente para o desenvolvimento da teoria ao trazer para o Direito Penal o critério do âmbito de proteção da norma, amplamente exposto em seu famoso

<sup>1</sup> Publicado originalmente no Anuario de Derecho penal y ciencias penales (ADPCP), t. 63, fasc. 1, 2010, p. 15-94. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3842863>. A versão do ADPCP contém uma nota explicativa da origem do trabalho (p. 15, nota 1). Já a edição da B de F contém um prólogo, correspondente ao pronunciamento do autor por ocasião da homenagem pelo seu aniversário de 70 anos. Outras pequenas diferenças são o fato de que, na edição da B de F a numeração das notas se reinicia a cada capítulo, e na versão do ADPCP os capítulos são apresentados como simples tópicos. Notamos ainda pequenas revisões (como do final do primeiro parágrafo do item IV A 1 *b cc ccc* (p. 64 na edição da B de F e p. 50 na versão do ADPCP). V., por fim, a nota 19 *infra*.

<sup>2</sup> Há resenha de Diego González Lillo, publicada na Revista de Derecho penal y Criminología, 3ª época, n. 11 (jan. 2014), p. 537-540. Disponível em <http://e-spacio.uned.es/fez/collection/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-11>.

trabalho de 1966.<sup>3</sup> Nessa mesma obra, o problema dos desvios causais nos crimes culposos havia sido expressamente deixado de lado, com a afirmação de que, naquele momento, talvez fosse mesmo insolúvel;<sup>4</sup> no texto ora resenhado, o autor não apenas enfrenta a questão, como afirma descrever que haja problemas insolúveis.<sup>5</sup> Além disso – ou apesar disso – o autor defende uma versão mais restrita da teoria da imputação objetiva do que a doutrina dominante,<sup>6</sup> exposta ao longo de numerosas contribuições.<sup>7</sup> Por fim, o problema em si, como adverte o próprio autor, é enfrentado pela doutrina e jurisprudência “desde sempre”,<sup>8</sup> e a tentativa de resolvê-lo por um mestre do quilate de Gimbernat não pode deixar de atrair a atenção.

O próprio texto não deixa esquecer que o leitor tem em mãos o trabalho de um dos mais prestigiosos penalistas espanhóis das últimas décadas: como teria dito Jean Bernoulli a respeito de Newton, *tanquam ex ungue leonem*.<sup>9</sup> Se esta resenha se concentra na crítica, é justamente porque as qualidades do trabalho são aquelas que se esperam de um autor que há cinquenta anos ocupa o topo do panteão do Direito Penal.

## 2. Conteúdo da obra

O texto principia com a exposição do problema dos cursos causais irregulares e a indicação das diferentes abordagens doutrinárias com que se tentou resolvê-lo: teoria do erro sobre o curso causal, teorias da causalidade diversas da teoria da equivalência das condições (amplamente

---

<sup>3</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Madrid: Reus, 1966 (há reimpressão pela ECERA de Madrid, de 1990, e reedição inalterada pela B de F de Montevideo/Buenos Aires, de 2007).

<sup>4</sup> Nota 3, p. 157: “es posible, incluso, que en el presente estadio de la ciencia del Derecho penal no sea siquiera factible llegar a una solución satisfactoria”.

<sup>5</sup> P. 14 (sem correspondência na versão do ADPCP, cf. nota 1).

<sup>6</sup> V. especialmente o capítulo V da obra resenhada.

<sup>7</sup> Uma relação abrangente, embora incompleta, das obras de Gimbernat, está disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=97494>. Um rol presumivelmente completo até 2008 se encontra em GARCÍA VALDÉS, Carlos; RIEZU, Antonio Cuerda; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; ALCÁCER GUIRAO, Rafael; VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer, 2008, t. I, p. XIX.

<sup>8</sup> P. 19 (p. 17 no ADPCP).

<sup>9</sup> V., entre vários outros, BECKMANN, Petr. *A history of pi*. New York: Barnes & Noble, 1993, p. 139.

discutidas no trabalho de 1966)<sup>10</sup> e teoria da imputação objetiva, que é a adotada na obra.

No segundo capítulo, apresentam-se brevemente (2 p.) os grupos de casos em que o problema será subdividido: (1) lesões perigosas para a vida infligidas com dolo de matar, que produzem a morte com a interferência da conduta de terceiros ou da vítima; (2) o mesmo que no primeiro caso, mas com lesões não perigosas; (3) lesões dolosas não perigosas para a vida infligidas sem dolo de matar que produzem a morte com a interferência da conduta de terceiros ou da vítima, ou da predisposição física desfavorável desta; (4) lesões gravíssimas produzidas culposamente que produzem a morte com a interferência da conduta de terceiros ou da vítima, ou da predisposição física desfavorável desta; (5) o mesmo que no caso anterior, mas com lesões que não oferecem risco de morte.<sup>11</sup> A principal utilidade desse breve capítulo é precisar o título da obra e indicar de forma tácita quais são os cursos causais irregulares a que o texto se dedica: intervenção dolosa ou imprudente de um terceiro ou da própria vítima e predisposição física desfavorável desta. Há certa falta de uniformidade no desdobramento em grupos de casos: a predisposição física desfavorável da vítima não é mencionada quando a ação dolosa é de matar (subentendendo-se, talvez, que nesses casos ela é irrelevante, na visão de Gimbernat); a natureza das lesões inicialmente causadas ora é descrita em razão do perigo de vida que oferecem, ora por sua gravidade (grupo 4). Além disso, constata-se a ausência de um grupo de casos que complementa o de n.º. 3, consistente na produção de lesões dolosas *perigosas para a vida* infligidas sem dolo de matar. Supomos que Gimbernat imaginou que, sendo perigosas as lesões, elas importavam em dolo de matar, pois este tradicionalmente se deduz das circunstâncias.<sup>12</sup> Ocorre que as circunstâncias indicativas do dolo de matar ou de sua ausência no caso concreto não se identificam com a gravidade imediata das lesões efetivamente causadas: se, durante uma discussão, o agente arremessa uma pedra pesada na direção da ví-

---

<sup>10</sup> Nota 3 supra.

<sup>11</sup> P. 23 (p. 19 no ADPCP).

<sup>12</sup> Cf. nosso art. 129, § 3º, ou o art. 81, 1º, b, do CP argentino. Ambos dispositivos tratam da morte da vítima resultante de lesão corporal infligida sem dolo de homicídio. O texto argentino dispõe: “Art. 81. - 1º Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: (...) b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, *cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte*”.

tima sem fazer muita pontaria, acertando-lhe justamente a cabeça e lhe causando um traumatismo cranioencefálico, que afinal leva a vítima à morte,<sup>13</sup> tem-se que os meios não eram indicativos do dolo de matar, mas a lesão efetivamente causada era apta, desde o princípio, a provocar a morte que veio a ocorrer.

No terceiro capítulo, são expostos sucintamente os critérios defendidos em doutrina para resolver os problemas em discussão.<sup>14</sup> Essa exposição não é muito fortemente conectada ao restante da obra, retomando-se apenas no final do capítulo IV.<sup>15</sup> Além disso, algumas teorias são expostas com simples remissão a outras obras do próprio Gimbernat<sup>16</sup>; não há grande esforço para distinguir uma teoria da outra; e não se observa a divisão em grupos de casos do capítulo anterior, que fica um tanto deslocado. Na prática, esse capítulo antes ilustra a controvérsia doutrinária referida ao princípio<sup>17</sup> do que efetivamente estabelece um debate direto com cada proposta sumariada.

É no capítulo IV que cada um dos grupos de casos é enfrentado.<sup>18</sup> Trata-se do mais extenso capítulo do livro, e sua leitura, embora instigante, é algo perturbada pela excessiva ramificação da exposição: temos dúvida de que um texto de 100 páginas (80 no ADPCP) realmente exija uma estrutura de tópicos em seis níveis, especialmente se o próprio sumário do livro (p. 9) se limita aos 3 primeiros.<sup>19</sup> A localização de cada tópico indicado nas numerosas referências cruzadas tampouco é favorecida pela formatação adotada pelo autor: na p. 47, por exemplo, tem-se o item *aaa* do item *bb* do item *a* do item 1 do item A do capítulo IV. Já a repetição dos casos enfrentados pela jurisprudência espanhola poderia

<sup>13</sup> TJSC, apelação criminal 97.009883-9, 1ª câmara criminal, rel. Paulo Gallotti, j. 14/10/1997. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br>. O detalhe de não ter sido visada especificamente a cabeça é acréscimo nosso.

<sup>14</sup> P. 25 (p. 20 no ADPCP).

<sup>15</sup> P. 108 (p. 84 no ADPCP).

<sup>16</sup> É o caso da teoria da continuidade de Ingeborg Puppe, exposta e criticada por Gimbernat no trabalho *Fin de la protección de la norma e imputación objetiva*. ADPCP 61, fasc. 1, 2008, p. 5-30. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3004297>.

<sup>17</sup> Cf. nota 8 supra.

<sup>18</sup> P. 37 (p. 29 no ADPCP).

<sup>19</sup> O sumário do ADPCP os arrola todos, mas em contrapartida não indica os números de página. Até mesmo o autor acaba traído pela estrutura que adota: as pp. 100-101 contêm 4 erros nas referências cruzadas, e o item IV B 3 *α* deveria ser IV B 3 *c* (p. 103 – p. 80 no ADPCP).

ser evitada com o expediente adotado por Manuel Cancio Meliá, qual seja, de expor todos os casos e depois apenas aludir a eles; com isso, o singelo capítulo II ganharia alguma importância.<sup>20</sup> Além disso, não há consistência alguma desse capítulo com a apresentação dos grupos de casos no capítulo II, seja quanto à sequência (o grupo indicado como 3 acima é tratado antes do grupo 2, a mesma inversão ocorrendo com os grupos 4 e 5), seja quanto à exata delimitação: no capítulo IV, o grupo 2 inclui as hipóteses de predisposição física desfavorável da vítima,<sup>21</sup> não mencionada no capítulo II;<sup>22</sup> no capítulo IV, se menciona ocasionalmente, além do terceiro e da vítima, “uma pessoa do entorno desta”,<sup>23</sup> o que não se fez no capítulo II; nos itens IV A 3 e IV B 3 b, abordam-se as situações de lesão que, num curso causal irregular, sofre agravação sem óbito da vítima, ao passo que no capítulo II o desfecho desses grupos de casos (2, 4 e 5) era sempre a morte. Por fim, uma certa hipótese (resultado causado dolosamente por terceiros ou pela vítima) é destacada dos grupos 4 e 5 (relativos às condutas imprudentes do primeiro agressor) e resolvida conjuntamente para ambos.<sup>24</sup> A bem da verdade, o breve capítulo II, fora de lugar e inobservado pelo próprio autor nos capítulos III e IV, talvez pudesse suprimir-se, sem prejuízo da necessária padronização dos grupos de casos do capítulo IV.

O autor baseia o capítulo IV em cinco ideias gerais: a gravidade inicial das lesões (presente já na divisão dos grupos de casos), a dogmática da desistência voluntária,<sup>25</sup> a contraposição entre a incriminação do homicídio

<sup>20</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Barcelona-Bogotá: J. M. Bosch-Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 36.

<sup>21</sup> P. 82 (p. 64 no ADPCP).

<sup>22</sup> P. 23 (p. 19 no ADPCP).

<sup>23</sup> P. 37 e 58 – p. 29 e 45 no ADPCP. Não vimos motivo algum para distinguir essas pessoas do entorno da vítima dos terceiros *sic et simpliciter*. Parece-nos que a inspiração dessa referência expressa é o caso da p. 62 (p. 49 no ADPCP), em que a esposa do ofendido, que estava em coma, falhou ao não o levar imediatamente ao médico.

<sup>24</sup> P. 89 (p. 70 no ADPCP).

<sup>25</sup> Aí compreendida, como geralmente sucede entre os autores espanhóis, o arrependimento eficaz: v., no texto resenhado, a p. 47 (p. 37 no ADPCP), bem como MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *El desistimiento en Derecho penal: estudio de algunos de sus problemas fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1994, p. 116; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho penal español: Parte General*, v. II. Madrid: Dykinson, 2009, cap. XIII/2019, p. 119; BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho penal: Parte General*. Madrid: Civitas, 2010, p. 963.

e do auxílio ao suicídio, o âmbito de proteção da norma e a previsibilidade. O primeiro grupo de casos (lesões perigosas para a vida, infligidas com dolo de homicídio) é resolvido da seguinte forma: a intervenção ativa ou omissiva negligente de terceiros ou da própria vítima ou a predisposição física desfavorável desta não impede a punição do primeiro agente por homicídio doloso consumado. No texto, essa conclusão é deduzida da disciplina legal da desistência voluntária: segundo Gimbernat, a lei exonera o agente do resultado unicamente quando ele é bem sucedido no impedimento de sua superveniência; se sua ação salvadora fracassa, responde pelo resultado. Assim, se até mesmo o agente arrependido que se esforça seriamente para salvar a vítima é punido por crime consumado se não obtiver êxito, os desvios causais já referidos não poderão beneficiar um agente que sequer desistiu.<sup>26</sup> A solução é original e instigante, mas não convence, porque ela busca no instituto da desistência mais do que ele pode oferecer. Com efeito, a particularidade da desistência é seu poder de impedir a punição também pela *tentativa*; se o agente consegue impedir o resultado, é evidente que não responderá pela ocorrência deste, sem necessidade alguma de se examinarem quaisquer outros requisitos da desistência. E, mesmo no caso de desistência *ineficaz*, o agente só responderá pelo resultado se este for objetivamente imputável à conduta daquele, que é justamente o problema que Gimbernat se propôs a resolver. Assim, não é possível fazer um paralelo *a maiori, ad minus* com a desistência voluntária, pois os seus requisitos são exigidos para a não punição pela própria tentativa, e não apenas para a exoneração da responsabilidade pelo resultado. Nesse contexto, a afirmação de que o sujeito deve responder pelo resultado decorrente de um desvio causal porque o mesmo ocorreria na hipótese de desistência *ineficaz*, contém uma petição de princípio.<sup>27</sup>

A independência do problema do desvio do curso causal em relação à desistência pode ser demonstrada naqueles casos em que Gimbernat reconhece a exclusão da imputação (cf. próximo parágrafo): se o agente se arrepende e leva a vítima, em quem desferira facada que criou sério risco de morte, ao hospital, e ali o médico a mata dolosamente – hipótese em que Gimbernat invoca o critério do âmbito de proteção da norma para negar a imputação da morte à conduta do primeiro agente – o problema da eficácia da desistência para impedir a punição do agente arrependido por tentativa de homicídio permanece intacto.

<sup>26</sup> P. 47 e 53 (p. 37 e 41 no ADPCP).

<sup>27</sup> O argumento da desistência tampouco convenceu a González (nota 2, p. 538).

Ainda nesse primeiro grupo de casos (lesões perigosas para a vida, infligidas com dolo de homicídio), o autor abre exceção para as atuações dolosas subsequentes de terceiro ou da própria vítima: se um terceiro aproveita a situação (p. ex., internação da vítima) para dolosamente matá-la, o resultado fatal não se compreende no âmbito de proteção da norma que proibia o primeiro agente de ferir a vítima, e não é imputável a este.<sup>28</sup> Da mesma forma, se a vítima aproveita as lesões para deixar-se sacrificar, ela comete um suicídio, e o agente que a ferira não responde pelo resultado, pois o fato deixa de ser regido pelas normas que incriminam o homicídio e passam a reger-se pelas regras que punem o auxílio ao suicídio, cujos pressupostos não estão preenchidos no caso.<sup>29</sup>

Essa exceção também merece alguns comentários. Nota-se, antes de mais nada, sua escassa relevância prática: o texto alude apenas a um caso real em que a vítima de lesões potencialmente fatais era testemunha de Jeová e seu irmão, após tentar sem sucesso impedir que os médicos iniciassem a transfusão de sangue, arrancou o cateter do braço da vítima, levando-a à morte.<sup>30</sup> De fato, não é normal que um terceiro tente matar uma pessoa hospitalizada, nem que a vítima aproveite as lesões que sofreu e deliberadamente espere a morte.<sup>31</sup> O segundo problema é que o argumento empregado pelo autor – de que essas mortes provocadas por terceiros ou pela vítima não constituem a razão pela qual o legislador proíbe a infligência de lesões e não se compreendem no âmbito de proteção da norma – certamente convence nos casos clássicos do acidente de trânsito a caminho do hospital, ou de incêndio no nosocômio,<sup>32</sup> tratados no Brasil pela regra do art. 13, § 1º,<sup>33</sup> mas não está claro que os cursos causais irregulares abordados no texto realmente equivalham aos do exemplo dado. De fato, se o enfermeiro, reconhecendo no paciente um desafeto, ministra-lhe um veneno fatal, não há dúvida de que a

---

<sup>28</sup> P. 51 e 56 (p. 40 e 44 no ADPCP).

<sup>29</sup> P. 57 (p. 45 no ADPCP).

<sup>30</sup> P. 42 (p. 33 no ADPCP).

<sup>31</sup> No exame do 3º grupo de casos, Gimbernat apresenta um exemplo real mais corriqueiro de agravação proposital por parte da vítima: o do ofendido que retarda a cura das feridas que sofreu com o fim de ampliar a responsabilidade do agressor (p. 79, nota 29 – p. 62, nota 88, no ADPCP).

<sup>32</sup> P. 51 (p. 40 no ADPCP).

<sup>33</sup> Resolvendo o exemplo do incêndio no hospital segundo o art. 13, § 1º, NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, nota 14 ao art. 13.

morte por envenenamento não é creditável ao agressor original, pois a lesão inicial se limita a explicar o “quando” e o “onde” da segunda conduta, a qual “basta, sem recorrer à condição anterior posta pelo agente, para explicar o resultado”, segundo a lição clássica de Aníbal Bruno.<sup>34</sup> Já no caso analisado por Gimbernat, em que a ação do irmão da vítima consistiu em impedir a transfusão de sangue, propiciando que o curso causal inaugurado pelo primeiro agressor prosseguisse e a levasse à morte, o comportamento do primeiro agente não se limita a oferecer a ocasião ou o pretexto para a segunda conduta. Diante disso, surgem duas dúvidas: não fica claro que a eventual responsabilidade do irmão da vítima realmente exclua a do primeiro agressor, isto é, que a conduta dele de fato crie um novo risco não compreendido naquele risco proibido criado pela primeira agressão; além disso, a afirmação da responsabilidade do segundo interveniente nem sempre é simples, de modo que, ainda que se aceite o argumento de Gimbernat, pode ocorrer simples transferência do problema. Isso porque, como se verifica especialmente nos comentários relativos ao suicídio,<sup>35</sup> o autor parece ter em vista tanto as condutas ativas como as passivas,<sup>36</sup> e determinar se o médico que sonega um tratamento (porque a vítima não quer ou não pode assinar um cheque-caução, por exemplo) responde por homicídio doloso passa por uma série notável de dificuldades, que vão desde a apuração dos problemas da causalidade na omissão imprópria<sup>37</sup> até a distinção entre dolo e culpa. Quanto à exclusão da responsabilidade do primeiro agente pelo resultado (preservando-se apenas a punição por tentativa) no caso de “suicídio” da vítima, há o problema de definir se a não adesão ao tratamento, pela vítima, constitui conceitualmente um suicídio;<sup>38</sup> além disso, nos eventuais casos reais em que o problema ocorra

<sup>34</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, t. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 333.

<sup>35</sup> Cf. nota 29 supra.

<sup>36</sup> O que se ajusta ao conceito de comportamento proposto por ele em outro trabalho: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*. ADPCP 40, fasc. 3, 1987, p. 579-608. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46309>.

<sup>37</sup> V. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*. ADPCP 53, fasc. 1, 2000, p. 29-132. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=647708>.

<sup>38</sup> Destacando que nem toda provocação da própria morte é um suicídio no sentido jurídico-penal do termo, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros*. ADPCP 40, fasc. 2, 1987, p. 451-477. Disponível em [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/anuario](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario).

decerto a agressão inicial contribuirá para a opção da vítima pela morte (pense-se no sujeito amante de esportes, trilhas e acampamentos, que sofre agressões severamente incapacitantes que lhe impedirão de realizar as atividades que davam sentido à sua vida), apartando-se claramente daqueles exemplos como o do incêndio do hospital, em que a agressão inicial apenas explica o “onde” e o “quando” da concausa superveniente.

Em seguida, o autor aborda o terceiro grupo de casos identificado no capítulo II<sup>39</sup> (lesões dolosas não perigosas para a vida, infligidas sem dolo de matar, que produzem a morte com a interferência da conduta de terceiros ou da vítima, ou da predisposição física desfavorável desta), destacando que não é possível a punição por homicídio doloso, uma vez que não havia dolo. Essa ressalva parece um pouco ingênua, mas se justifica em razão do fato de que, até recentemente, a jurisprudência dominante na Espanha tratava nossa lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º) como homicídio doloso, reduzindo a pena pela “atenuante da preterintencionalidade”;<sup>40</sup> desde a reforma de 1983, esses fatos se desdobram em lesão corporal dolosa em concurso com homicídio culposo.<sup>41</sup>

---

php?id=P\_1987\_ANUARIO\_DE\_DERECHO\_PENAL\_Y\_CIENCIAS\_PENALES&fasc=2.V. tb. Cancio Meliá, Manuel. Obra citada na nota 20, p. 68.

<sup>39</sup> Como adiantado, no capítulo IV não se observa a ordenação proposta no capítulo II.

<sup>40</sup> Um bom resumo em AMBOS, Kai. *Preterintencionalidade e qualificação pelo resultado: reflexões jurídico-comparadas*. In: AMBOS, Kai. *Direito Penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006, p. 191-236. Há versão em castelhano: *Preterintencionalidad y cualificación por el resultado: reflexiones desde el Derecho comparado*. Indret: Revista para el análisis del derecho, 2006, n. 3. Disponível em [http://www.indret.com/es/derecho\\_penal/8/](http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/). Esse texto foi publicado também em português: *Preterintencionalidade e qualificação pelo resultado: reflexões jurídico-comparadas*. In: AMBOS, Kai. *Direito Penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006, p. 191-236. Para uma exposição exaustiva da jurisprudência anterior à reforma de 1983, v. PERIS RIERA, Jaime Miguel. *La preterintencionalidad: planteamiento, desarrollo y estado actual (tendencias restrictivas en favor de la penetración en el elemento subjetivo)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, *passim*.

<sup>41</sup> Convém aqui fazer ainda mais uma advertência ao leitor brasileiro, para que não estranhe algumas das soluções mencionadas no tópico IV A 2, especialmente a partir do item *cc*, e no subsequente (IV A 3): no Direito espanhol vigente, praticamente não há crimes agravados pelo resultado, e as lesões corporais culposas se dividem conforme a gravidade, tal como as dolosas. Em razão disso, se um sujeito desferir um soco no olho da vítima sem dolo de lhe causar cegueira, mas esse resultado sobrevém e é reputado previsível, o agente é punido por lesão corporal dolosa leve em concurso com lesão corporal culposa grave (solução dada pelo tribunal recorrido na decisão mencionada na p. 79, nota 28 – p. 61, nota 87, no ADPCP).

Assim, o autor conclui que se aplica a dogmática do crime culposo, sem necessidade alguma de recurso à teoria da imputação objetiva, e que o decisivo é a previsibilidade. Aqui se percebe a fidelidade às ideias da obra de 1966,<sup>42</sup> que já separava a dogmática do crime culposo da teoria da imputação objetiva, adotando-se uma concepção mais estrita dessa teoria do que outros autores – como Roxin, que propõe a completa absorção da teoria do crime culposo pela da imputação objetiva,<sup>43</sup> ou Frisch, que questiona a estranha duplicação de temas de manuais que, adotando a teoria da imputação objetiva, não reformulam inteiramente a exposição do crime culposo.<sup>44</sup> Supomos que o grupo de casos omitido no capítulo II (lesões dolosas perigosas para a vida infligidas sem dolo de matar) se inseriria neste mesmo tópico. De resto, descremos da capacidade de rendimento do critério da previsibilidade, pela falta de definição quanto ao grau de probabilidade exigido para que se afirme que algo é previsível, pela impossibilidade de mensuração da probabilidade de praticamente qualquer fato real,<sup>45</sup> e pela falta de critérios na delimitação dos aspectos cuja previsibilidade se exige.<sup>46</sup>

Feitas essas considerações, o autor parte para o segundo grupo de casos identificado no capítulo II (lesões não perigosas para a vida, infli-

---

No Brasil, haveria o crime único de lesão corporal dolosa agravada pelo resultado culposo (art. 129, § 1º, III, c/c art. 19). Sobre o esforço de eliminação dos crimes agravados pelo resultado na Espanha, v. o trabalho de Ambos referido na nota anterior, p. 16 e ss. (214 e ss. da versão brasileira); v. tb. SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fábio. *Comentários ao art. 11*. In: Cobo del Rosal, Manuel (dir.). *Comentarios al Código penal*, t. I. Madrid: Edersa, 1999, p. 165-206.

<sup>42</sup> Nota 3.

<sup>43</sup> ROXIN, Claus. *A teoria da imputação objetiva*. RBCC 38, abr.-jun. 2002, p. 11-31 (reunido nos Estudos de Direito penal, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006, p. 101-131). Esse trabalho é expressamente criticado por Gimbernat no capítulo V.

<sup>44</sup> FRISCH, Wolfgang. *Lo fascinante, lo acertado y lo problemático de la teoría de la imputación objetiva del resultado*. In: Sancinetti (org.). *Causalidad, riesgo e imputación*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 353. Há versão avulsa com o título *Desvalorar e imputar*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006, e a passagem em questão está na p. 14.

<sup>45</sup> em QUANDT, Gustavo de Oliveira. Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva: algumas considerações sobre o julgamento do AgRg no REsp 1.094.758. RBCC 106, jan.-fev. 2014, p. 297-326

<sup>46</sup> Esses aspectos são reconhecidos em alguma medida pelo próprio Gimbernat em sua obra de 1966 (nota 3, p. 38). Veja-se nossa extensa crítica ao critério da previsibilidade em QUANDT, Gustavo de Oliveira. Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva: algumas considerações sobre o julgamento do AgRg no REsp 1.094.758. RBCC 106, jan.-fev. 2014, p. 297-326.

gidas com dolo de homicídio, e que causam a morte com a interferência da ação de terceiros, da vítima ou da predisposição física desfavorável desta). Pondera que, como as lesões não eram potencialmente mortais, não havia possibilidade de desistência voluntária, de modo que o tratamento do primeiro grupo de casos não se aplica. Resolve esse grupo de casos da mesma maneira que o terceiro, recorrendo à previsibilidade e imputando a morte da vítima a título de homicídio culposo, em concurso com a anterior tentativa de homicídio, se tal morte era previsível.

Tal como no primeiro grupo de casos, a referência à desistência é pouco convincente. Preliminarmente, deve-se observar que, se o agente desferiu uma facada na vítima pretendendo matá-la, mas apenas a arranha, e se detém nesse único golpe, já existe aí a desistência voluntária. Assim, é preciso limitar-se aos casos em que o agente não pôde prosseguir no ataque por circunstâncias alheias à própria vontade (como um franco-atirador que acerta a vítima de raspão e em seguida perde-a do alcance, sendo-lhe impossível alvejá-la novamente). Feito esse reparo, constata-se que a solução de Gimbernat consistente na punição por homicídio tentado em concurso com homicídio culposo – ambos os homicídios consistentes exatamente na mesma conduta de ferir – é contraintuitiva, para dizer o mínimo, e se afasta claramente das noções correntes de criação e realização do risco não permitido: se a morte da vítima, ainda que favorecida por circunstâncias anormais, puder ser imputada objetivamente ao comportamento inicial do autor (no exemplo dado, à facada superficial desferida com dolo de homicídio), é necessária uma justificação adicional para afastar a punição por homicídio doloso consumado, pois o fato é que o agente quis matar e matou. Na solução de Gimbernat, a conduta de ferir levemente pode ser suficiente para reconhecer-se um homicídio culposo, se fatores anormais importarem no agravamento da lesão, mas não basta para a identificação do homicídio doloso consumado. No entanto, quando a doutrina propõe diferentes critérios para a imputação do resultado à conduta nos crimes dolosos e nos crimes culposos, essa cisão geralmente se volta a estabelecer regras mais favoráveis ao agente nos crimes culposos que nos crimes dolosos, e não o contrário.<sup>47</sup> Assim, parece-nos que a afirmação de que a morte da vítima é imputável a título de culpa, mas não a título de dolo, não se explica apenas pela gravidade

---

<sup>47</sup> V., p. ex., SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*. In: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Technos, 2002, p. 86.

inicial das lesões infligidas e nem pelas regras da imputação objetiva, e sim por alguma consideração relativa à relevância dos desvios causais no âmbito do dolo. A obra resenhada não adentra esse tema,<sup>48</sup> e a solução desse segundo grupo de casos fica a depender de fundamentação adicional e, tal como proposta, não nos convenceu.

Em verdade, uma vez que o recurso à dogmática da desistência é inconclusivo, o próprio critério da gravidade das lesões desferidas carece de fundamentação. Gimbernat identifica a gravidade das lesões “em si” e por elas distingue se o agente responderá por praticamente tudo que acontecerá com a vítima – excetuada a intervenção dolosa dela mesma ou de terceiros – ou se a valoração do fato será interrompida na produção dessas lesões e reiniciada autonomamente em caso de agravação delas. Infelizmente, a determinação da gravidade das lesões “em si” não é algo simples, especialmente porque é sabido – e essa é justamente a temática do trabalho de Gimbernat – que lesões “em si” leves podem ser fatais.<sup>49</sup> Se esse critério se quisesse levar adiante, seria preciso detalhar melhor as formas de iteração das lesões com os fatores desviantes do curso causal, além de estabelecer com maior clareza o que são “lesões em si perigosas para a vida”. Nesse ponto, o livro resenhado ilustra perfeitamente um aspecto duvidoso que macula muitas das exposições disponíveis da teoria da imputação objetiva: usando expressões vagas relativas ao risco, reintroduzem exatamente aquilo que a vitória da teoria da equivalência das condições banuiu – a distinção entre causas diretas e remotas, entre causa e ocasião, entre causa e condição.

Além disso, o critério de âmbito de proteção da norma é extremamente propenso a fundamentar petições de princípio. Veja-se o seguinte trecho:<sup>50</sup>

(...) cuando el legislador prohíbe que se dispare contra la cabeza de otra persona o que se la apuñale en el abdomen, lo hace con el fin de evitar la muerte de la víctima a consecuencia de las heridas sufridas o de los incidentes que puedan surgir en su proceso de curación, ya que el disparar contra otro o apuñalarle, no aumenta en nada el riesgo de perecer a conse-

<sup>48</sup> De fato, em um ponto no qual seria preciso detalhar o problema da previsibilidade, Gimbernat adverte que “se trata de un problema de dogmática de la imprudencia y no de imputación objetiva, que es la materia de que me estoy ocupando en este trabajo” (p. 88 – p. 69 no ADPCP).

<sup>49</sup> V. todavia os breves esforços na p. 47 (p. 37 no ADPCP).

<sup>50</sup> P. 56 e 116 (p. 44 e 89 no ADPCP).

cuencia de un asesinato cometido por una tercera persona o de ser embestido por la imprudencia de un ulterior conductor que le provoca directamente la muerte.

No excerto transcrito, Gimbernat efetua um recorte que conduz inexoravelmente à conclusão, mas que não está, ele mesmo, devidamente fundamentado.<sup>51</sup>

Por fim, o autor aborda a temática das lesões imprudentes. O último grupo de casos descrito no capítulo II<sup>52</sup> (lesões culposas que não oferecem risco de vida e que produzem a morte com a interferência da conduta de terceiros ou da vítima, ou da predisposição física desfavorável desta) é identificado como das lesões não letais produzidas dolosamente, mas sem dolo de homicídio (ou seja, ao terceiro grupo de casos).<sup>53</sup> Nem poderia ser diferente, pois, conforme já indicado acima, no Direito espanhol a morte decorrente de lesão corporal infligida sem dolo de matar é tratada como homicídio culposos.

Para o quarto ou penúltimo grupo de casos (lesões culposas perigosas para a vida e que produzem a morte com a interferência da conduta de terceiros ou da vítima, ou da predisposição física desfavorável desta), o autor propõe que apenas um erro médico grosseiro, que poderia igualmente produzir a morte se as lesões iniciais fossem brandas, impede a imputação do resultado ao autor original.<sup>54</sup>

No capítulo V, o autor polemiza com Roxin e com a pretensão desse autor de substituir o critério da previsibilidade pela sua teoria da imputação objetiva<sup>55</sup>. Cremos que cada autor tem uma parcela de razão. Gimbernat está correto ao afirmar que a teoria da imputação objetiva não é “a purga de Benito”, e que o conceito de previsibilidade criticado por Roxin (previsível é tudo que for fisicamente possível) não é o conceito que a doutrina utiliza.<sup>56</sup> Contudo, como já adiantamos no

<sup>51</sup> Essa, aliás, a nossa crítica veiculada no trabalho da nota 45 à decisão nele analisada.

<sup>52</sup> V. a advertência da nota 39 supra.

<sup>53</sup> P. 89 (p. 70 no ADPCP).

<sup>54</sup> P. 96 (p. 75 no ADPCP).

<sup>55</sup> V. nota 43.

<sup>56</sup> Melhor dizendo, não é o conceito que a doutrina afirma utilizar. No entanto, sobretudo na exposição da teoria da causalidade adequada (que Gimbernat, em seu trabalho de 1966, havia identificado com a noção de previsibilidade: nota 3, p. 53), é palpável o esforço dos autores de expandir o conceito de adequação, de modo que praticamente nada é excluído por imprevisibilidade. Esse aspecto é

texto, existem vários aspectos da previsibilidade que a doutrina jamais resolveu a contento, e é difícil evitar a suspeita de que esse critério na verdade esconda as decisões valorativas verdadeiramente importantes. Quando Gimbernat, ao tratar do 4º grupo de casos, proclama a previsibilidade do erro médico leve e a imprevisibilidade do erro grosseiro, parece aproveitar-se da vagueza da noção de previsibilidade para justificar uma solução meramente intuitiva.<sup>57</sup>

### 3. Conclusões

Essas as linhas gerais do trabalho. Cremos que ele possui vários méritos, mas o principal deles é expor involuntariamente alguns problemas encontrados em diversas formulações da teoria da imputação objetiva e do crime culposo, como o recurso fácil à previsibilidade e a reintrodução, sob o manto da ideia de risco, de distinções obscuras das velhas teorias rivais da equivalência das condições.

### Referências

AMBOS, Kai. Preterintencionalidad y cualificación por el resultado: reflexiones desde el Derecho comparado. *Indret: Revista para el análisis del derecho*, 2006, n. 3. Disponível em [http://www.indret.com/es/derecho\\_penal/8/](http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/).

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho penal: Parte General*. Madrid: Civitas, 2010.

BECKMANN, Petr. *A history of pi*. New York: Barnes & Noble, 1993.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, t. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Barcelona-Bogotá: J. M. Bosch-Universidad Externado de Colombia, 2001.

---

salientado por CASTALDO, Andrea. *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004, p. 47. Entre as obras mais recentes, Wessels/Beulke/Satzger qualificam de atípico um curso causal “completamente fora daquilo que ainda se pode considerar dentro do curso usual das coisas e da experiência geral da vida”, oferecendo exemplos bastante artificiais de cursos causais imprevisíveis (WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Derecho Penal, Parte General: el delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 124). Sobre a polêmica instaurada no capítulo V, v. nosso trabalho referido na nota 35, p. 311 e ss.

<sup>57</sup> P. 106 (p. 83 no ADPCP).

CASTALDO, Andrea. *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho penal español: Parte General*, v. II. Madrid: Dykinson, 2009.

FRISCH, Wolfgang. Lo fascinante, lo acertado y lo problemático de la teoría de la imputación objetiva del resultado. In: SANCINETTI, Marcelo A. (org.). *Causalidad, riesgo e imputación*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 345-381.

GARCÍAVALDÉS, Carlos; CUERDA RIEZU, Antonio Cuerta; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; ALCÁCER GUIRAO, Rafael; VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I. Madrid: Edisofer, 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2011..

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Madrid: Reus, 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*. ADPCP 53, fasc. 1, 2000, p. 29-132. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=647708>.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*. ADPCP 40, fasc. 3, 1987, p. 579-608. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46309>.

GONZÁLEZ LILLO, Diego. Reseña de: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011. 125 páginas. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, n. 11 (jan. 2014), p. 537-540. Disponível em <http://e-spacio.uned.es/fez/collection/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-11>.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *El desistimiento en Derecho penal: estudio de algunos de sus problemas fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERIS RIERA, Jaime Miguel. *La preterintencionalidad: planteamiento, desarrollo y estado actual (tendencias restrictivas en favor de la penetración en el elemento subjetivo)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva: algumas considerações sobre o julgamento do AgRg no REsp 1.094.758. *RBCC* 106, jan.-fev. 2014, p. 297-326.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *RBCC* 38, abr.-jun. 2002, p. 11-31.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. In: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Technos, 2002, p. 70-96.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros. *ADPCP* 40, fasc. 2, 1987, p. 451-477. Disponível em [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/anuario.php?id=P\\_1987\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_Y\\_CIENCIAS\\_PENALES&fasc=2](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1987_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES&fasc=2).

SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio. Comentários ao art. 11. In: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Comentarios al Código penal*, t. I. Madrid: Edersa, 1999, p. 165-206.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Derecho Penal, Parte General: el delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.