

Michel François Drizul Havrenne

*Procurador Federal - AGU
Bacharel em Administração Pública pela EAESP/FGV
e em Direito pela USP
Mestre em Direito Penal pela USP*

Resumo: O presente estudo analisa a teoria da imputação objetiva sob a perspectiva da sociedade de riscos e suas implicações no direito penal. Há uma grande gama de aspectos que influenciam os crimes da moderna sociedade. Desta forma, há que se adotar uma nova concepção acerca da atribuição da responsabilidade penal, que se coadune com as modernas relações sociais. Neste contexto, tem-se o funcionalismo, que faz o elo entre a política criminal e o direito penal. O instrumento para a verificação da responsabilidade criminal é a teoria da imputação objetiva, que apresenta como importantes vertentes uma elaborada por Claus Roxin e outra formulada por Günther Jakobs. Enfim, o direito penal deve acompanhar e evoluir, compatibilizando-se com a sociedade de riscos. A teoria da imputação objetiva, bem como a concepção funcionalista do direito penal, é de fundamental importância para os advogados públicos federais que almejam atuar neste campo do saber, notadamente, após a autorização legal para a advocacia "pro bono" pela AGU (Portaria nº 758, de 09 de junho de 2009; Orientação Normativa nº 27, de 09 de abril de 2009 e Termo de Acordo de Cooperação nº 057/2009, documentos do ano de 2009 firmados pela AGU) .

Abstract: The present study examines the theory of the objective imputation under the perspective of the risk society and its implications on penal law. There is a wide range of aspects that influence the crimes of the modern society. Therefore, it has to be adopted a new concept of penal responsibility attribution, which is consistent with the modern social relations. In this context, it is the functionalism that makes the link between criminal politics and the penal law. The instrument for the verification of criminal responsibility is the theory of objective imputation that has as its main conceptions one elaborated by Claus Roxin and another formulated by Günther Jakobs. So, the penal law should to accommodate and evolve, in conformance to risk society. The theory of objective imputation, as well as the functionalist conception of penal law, is of fundamental importance for the federal lawyers who aspire to act in this field of knowledge, especially after legal authorization for "pro bono" advocacy by AGU (Ordinance No. 758, 09 June 2009; Guidance Ruling No. 27 of 09 April 2009 and Term Cooperation Agreement No. 057/2009, documents of 2009 signed by AGU).

Palavras-chave: Sociedade de riscos. Teoria da imputação objetiva. Funcionalismo. Direitos difusos. Responsabilidade penal.

Key-words: Risk society. Theory of objective imputation. Functionalism. Diffuse Law. Penal responsibility.

Sumário: 1 Introdução; 2 Sociedade de riscos, globalização e criminalidade difusa; 3 Aspectos gerais da teoria da imputação objetiva; 4 Teoria da imputação objetiva na atualidade; 4.1 Breves considerações acerca da concepção de imputação objetiva de CLAUS ROXIN; 4.1.1 Considerações conclusivas sobre a concepção roxiniana; 4.2 Breves considerações acerca da concepção de imputação objetiva de GÜNTHER JAKOBS; 4.2.1 Considerações conclusivas sobre a concepção jakobsiana; 5 Conclusões; 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Diante da recente orientação firmada pela Advocacia-Geral da União, que visa a possibilitar aos seus membros a atuação na advocacia "pro bono", tem-se como imprescindível a

disseminação do conhecimento da teoria da imputação objetiva, analisada sob a ótica funcionalista.

Assim, o presente artigo tem por objetivo o estudo da teoria da imputação objetiva e da criminalidade difusa. Propõe a modificação do prisma sob o qual se apura a responsabilidade penal, principalmente em se tratando de interesses metaindividuais.

O pano de fundo desta abordagem é a globalização e a sociedade de riscos. O padrão mundial de comércio, a disseminação das redes comunicação e o aumento no intercâmbio político-cultural geram reflexos na criminalidade.

O direito penal clássico não dispõe de instrumentos aptos a lidar com a nova realidade. Em decorrência disto, há a necessidade de uma evolução. O funcionalismo lidera uma vanguarda do pensamento penal ao atribuir importância à política criminal e aos fins do direito penal como elementos para a correta criminalização. No que tange à atribuição da responsabilidade penal, utiliza-se a teoria da imputação objetiva, que tem no risco um de seus elementos fulcrais.

A teoria da imputação objetiva é fruto de uma evolução do estudo do nexo de causalidade criminal. Encontra-se em consonância com a atual sociedade de riscos na medida em que incorpora o elemento risco na verificação da responsabilidade criminal.

Há diversas vertentes da imputação objetiva, destacando-se as concepções de CLAUS ROXIN e GÜNTHER JAKOBS. A primeira, em linhas gerais, baseia-se na teoria do incremento do risco, enquanto a última fundamenta-se no dever de revalidação da norma pelo sistema.

A criminalidade moderna apresenta novas formas de atuação, colocando em risco bens jurídicos difusos, como os crimes contra a ordem econômica, ambientais, contra as relações de consumo, do colarinho branco, dentre outros.

A imputação objetiva é um instrumento de extrema relevância para a análise dos crimes difusos, uma vez que incorpora o elemento risco na verificação da responsabilidade penal.

2 SOCIEDADE DE RISCOS, GLOBALIZAÇÃO E CRIMINALIDADE DIFUSA

Uma nova realidade impera nos dias de hoje. Vive-se no contexto de globalização econômica, formação de cartéis, presença maciça de empresas multinacionais, desenvolvimento de pesquisas em tecnologia, rapidez nas comunicações, avanço na medicina, que reflete na formação de novos valores sócio-culturais.

ULRICH BECK¹ denomina a atual sociedade como de risco (*Risikogesellschaft*). O risco que merece atenção é o criado pelo homem. Os riscos gerados pela natureza sempre existiram. Há uma inter-relação cada vez maior entre os indivíduos. Decorre disto, a crescente dependência entre as pessoas. A criação de riscos por alguns interfere na esfera dos outros.

Os riscos não se limitam a lugares e grupos. Ultrapassam as barreiras nacionais, sendo produzidos e reproduzidos em âmbito mundial. Criam ameaças globais de efeitos imprevisíveis².

A sociedade de riscos caracteriza-se, também, por ser uma sociedade do medo em contraposição à sociedade de classes que vigorava até o início do século XX. Nesta, o receio centrava-se na miséria. Hoje, as pessoas se unem pelo medo dos riscos globais³.

São três os aspectos da sociedade de riscos, no dizer de MENDOZA BUERGO⁴:

- a) mudança na intensidade dos perigos atuais, se comparados às outras épocas;
- b) complexidade organizacional com seus reflexos na atribuição de responsabilidade;

¹ Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo – Hacia una nueva modernidad*, tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, Barcelona: Paidós, 1998. p.14.

² Cf. BECK, 1998, p. 19-34.

³ Cf. BECK, 1998, p. 55.

⁴ Cf. MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid: Civitas, 2001. p. 24-34.

c) sensação subjetiva de insegurança.

A força dos riscos contemporâneos não se assemelha aos existentes em períodos remotos, em função da artificialidade. São decorrentes de decisões humanas. Além disso, assumem dimensões mundiais e ameaçam a própria humanidade. Como exemplos, citem-se os riscos das atividades nucleares e os ecológicos. Os danos causados são globais⁵. Por outro lado, esses riscos relacionam-se à revolução tecnológica e ao progresso da humanidade. Muitas vezes, resultam de situações não previstas, de efeitos indesejáveis. Neste sentido, a questão fundamental está na possibilidade de controle deles pelo homem.

A complexidade das relações sociais se deve à substituição das ações individuais pelas coletivas. Novas relações afloram, caracterizando-se pela divisão de trabalho e atuação conjunta das pessoas, em processos que se mesclam. Nasce uma situação de irresponsabilidade organizacional⁶.

A última característica da sociedade de riscos, a sensação subjetiva de insegurança, é conseqüência dos fatores antes mencionados. Há aparentemente um contra-senso: vive-se numa sociedade teoricamente mais segura, mas as pessoas crêem viver em constante insegurança. Isto é fruto dos novos riscos e da complexidade das relações sociais, que não são totalmente conhecidos. O ser humano, ao se deparar com problemas antes nunca vistos, sente medo.

Diante desse contexto, geram-se técnicas originais, que influenciam a criminalidade atual. Há, por um lado, os benefícios sociais advindos da modernidade e, por outro, o aumento da criminalidade difusa.

Nos dias de hoje, os crimes de maior relevância não são os de cunho individualista, mas sim aqueles que atingem uma gama de pessoas. Exemplos: crimes contra a ordem econômica, crimes contra as relações de consumo, tráfico internacional de drogas, etc.

O crescente desenvolvimento da criminalidade difusa não encontra suficiente respaldo na legislação penal. A legislação não acompanha o ritmo da evolução social. Desta forma, mantém-se um arcabouço penal arcaico diante de um complexo quadro social. No mesmo diapasão, as concepções teóricas acerca da responsabilidade penal não se compatibilizam com as complexas relações sociais.

Em função disto, há a necessidade de uma evolução, principalmente, no campo da atribuição da responsabilidade penal. A teoria da imputação objetiva é uma das ferramentas necessárias ao estudo do direito penal na sociedade de riscos.

3 ASPECTOS GERAIS DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A teoria da imputação objetiva nasce com o propósito de suprir as deficiências das teorias até então existentes, que não conseguem explicar apropriadamente a criminalidade numa sociedade em constante transformação. Enquanto as teorias penais restam imutáveis, concebidas em parâmetros fixos, as relações sociais tornam-se cada vez mais complexas.

Em decorrência, fica patente que a propugnada fórmula *sine qua non* pregada pelas teorias causais necessita de alguma complementação.

Com este espírito é que surge a teoria da imputação objetiva. Parte de uma crítica à teoria da equivalência das condições, com a verificação da sua inadequação ao contexto social.

O princípio fundamental sobre o qual recai a imputação objetiva foi formulado por HEGEL no começo do século XIX. A imputação consiste em atribuir a alguém uma determinada conduta⁷. Somente é possível dizer que uma pessoa é responsável quando ela tiver o domínio da ação. Há a necessidade de se recorrer ao princípio da auto-responsabilidade.

⁵ Cf. MENDOZA BUERGO, 2001, p. 25-27.

⁶ Cf. MENDOZA BUERGO, 2001, p. 28-30.

⁷ Cf. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996. p. 49.

A teoria da imputação objetiva⁸ desponta como uma evolução das teorias causais. As primeiras discussões tratavam dos cursos causais inadequados. A teoria da equivalência dos antecedentes (teoria da *conditio sine qua non*)⁹ não conseguiu responder corretamente a este problema. Como crítica a ela, nasceu a teoria da causalidade adequada. Somente é imputável a alguém uma conduta quando decorrente de um curso causal adequado¹⁰.

A causalidade adequada, entretanto, não logrou o êxito esperado, pois os seus critérios de aplicação não soavam claros. Eram exageradamente vagos.

Posteriormente, surgem as teorias individualizadoras, com o propósito específico de separar as causas das condições. Destaca-se a teoria da relevância. Também não obteve acolhida, pois não alcançou satisfatoriamente o seu intento.

O neokantismo teve o mérito de agregar ao estudo do crime os elementos valorativos. Permaneciam defeitos herdados da concepção causalista.

As teorias foram se sucedendo, tendo se implantado o finalismo e, posteriormente, as teorias sociais. Os problemas restavam ainda sem solução. É nesse momento que se revigoram as formulações da teoria da imputação objetiva.

Partindo-se da verificação de que a sociedade está numa transformação constante e da complexidade das relações sociais modernas, a teoria da imputação objetiva se propõe a analisar cada fato dentro do ambiente em que se insere. Isto permite apurar a responsabilidade de forma mais precisa.

Segundo a imputação objetiva, é inconcebível a aplicação sistemática e irracional de fórmulas fechadas para se averiguar responsabilidades, sem que se verifiquem as peculiaridades de cada uma destas relações.

É imprescindível o estudo da situação específica e do repertório valorativo das pessoas. Este reflete o modo de viver, a bagagem cultural, os aspectos privativos da formação educacional e social de um indivíduo.

As relações lineares nas quais se estabelece simplificada causa e consequência não são capazes de explicar as relações humanas complexas. Não basta que haja um *input*, uma transformação deste e um *output* em matéria social.

A simplicidade da teoria da equivalência das condições pode gerar instabilidade no sistema penal. As garantias para fazer frente à intervenção punitiva estatal enfraquecem-se. Deixam as pessoas fragilizadas diante do poder punitivo¹¹. A imputação objetiva, ao contrário, aumenta o rol de garantias postas à disposição dos homens na medida em que aprofunda a discussão acerca da atribuição da responsabilidade penal.

Há que se fazer uma análise desde o fim de proteção da norma, o bem jurídico, até a sua afronta em face de uma situação típica¹². O fim da imputação objetiva está na forma de atribuição da responsabilidade penal, que incorpora aspectos normativos, além de levar em conta a verificação de um resultado penalmente relevante¹³.

A sociedade de riscos é o pano de fundo da mencionada teoria. Ao adicionar o fator risco no estudo da tipicidade penal, ela coaduna-se com o mundo atual. A reflexão da dogmática penal na

⁸ As primeiras formulações acerca da teoria da imputação objetiva surgiram na primeira metade do século XX. KARL LARENZ foi quem traçou os princípios basilares da imputação objetiva no estudo do direito civil (1927). Posteriormente, RICHARD HONIG trasladou o estudo da imputação objetiva para o campo penal (1930).

⁹ A sua adoção (teoria da equivalência das condições ou teoria da equivalência dos antecedentes) pelo ordenamento brasileiro encontra-se no art. 13 do Código Penal vigente.

¹⁰ Cf. SANCINETTI, Marcelo A. Observaciones sobre la teoria de la imputación objetiva. *Teorias Actuales en el derecho penal*, Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998. p. 185.

¹¹ Cf. BUSTOS RAMIREZ, Juan. La imputación objetiva. *Teorias Actuales en el derecho penal*, Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998. p. 217.

¹² Cf. BUSTOS RAMIREZ, 1998, p. 212.

¹³ Cf. PESSOA, Nelson R. Imputación objetiva y el concepto de acción. *Teorias Actuales en el derecho penal*, Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998. p. 200.

modernidade não é completa sem a análise do risco. Ele é imprescindível para a compreensão do direito penal.

4 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA ATUALIDADE

A teoria da imputação objetiva não é una, nem mesmo acabada. Há diversos expoentes do direito penal que propugnam pela sua aplicação, mas sem unidade de pensamento. Dentre alguns dos principais doutrinadores, em termos mundiais, encontram-se CLAUS ROXIN e GÜNTHER JAKOBS. Há divergências quanto aos elementos componentes da imputação objetiva, justamente em virtude das diferentes concepções sobre a função do direito penal.

A moderna teoria da imputação objetiva ainda está em discussão¹⁴. Há autores que nem mesmo a consideram uma teoria, mas um corpo de proposições teóricas homogêneas¹⁵. Funda-se em parâmetros flexíveis, que possibilitam a análise das relações com base nos elementos concretos.

A teoria da imputação objetiva é uma ferramenta importante quando da análise da atribuição da responsabilidade penal, já que se baseia em conceitos abertos, que se compatibilizam com a realidade concreta dos fatos. Em que pesem algumas críticas apontadas a ela, o debate penal em muito se aprofundou após sua formulação teórica. Em se tratando de bens jurídicos difusos e coletivos, a imputação objetiva mostra-se fundamental.

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONCEPÇÃO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE CLAUS ROXIN

A idéia central fundamenta-se na análise do risco. Este, por sua vez, vincula-se a uma atividade humana. A política criminal forma o sistema penal. Ela é o elo entre a teoria e a prática¹⁶. A imputação só se viabilizará na medida em que se puder atribuir a alguém o incremento do risco juridicamente desaprovado.

Ademais, há a necessidade de domínio causal sobre a situação. O agente, para ser responsabilizado, deve ter meios de guiar a sua vontade para a concretização do resultado delituoso. Para CLAUS ROXIN¹⁷, "a possibilidade objetiva de originar um processo causal danoso depende de a conduta do agente criar, ou não, um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico".

O foco da teoria de CLAUS ROXIN está no incremento do risco relevante não-permitido. Há algumas situações em que apesar de haver uma conduta delituosa, o agente não gera um risco proibido. Desta forma, não haveria porque responsabilizá-lo.

Dentre as hipóteses citadas por ele, têm-se as seguintes:

a) *diminuição do risco*

Parte-se de um exemplo para situar este item. Há um indivíduo que vê uma pedra ser atirada em direção à cabeça de outrem. Ele tenta desviar o curso desta, que acaba por atingir a pessoa, mas em outra parte de seu corpo¹⁸. Neste caso, o agente conseguiu diminuir o risco e não deve haver imputação do fato típico a ele. A vontade do agente não foi a de criar ou incrementar o risco da lesão. Pelo contrário, tinha por objetivo proteger a integridade corporal de outrem.

b) *criação ou não de um risco juridicamente relevante*

¹⁴ Cf. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la teoría de la imputación objetiva. *RBCCRIM* 50, 2004.

¹⁵ Cf. STRUENSSE *apud* SANCINETTI, 1998, p. 182.

¹⁶ Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito – elementos del delito en base a la política criminal*, tradução: Juan Bustos Ramírez e Hérnan Hormazábal Malaré, Barcelona: PPU, 1992, p. 9.

¹⁷ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Lisboa: Veja, 1998, p. 148.

¹⁸ Cf. ROXIN, 1998, p. 149.

A atribuição de responsabilidade conforme a teoria da equivalência das condições é extremamente simplista e pobre, considerando o estágio atual da sociedade. Não consegue responder a inúmeras questões, sendo mais difícil o seu conserto do que os benefícios obtidos da sua simplicidade.

Um exemplo fornecido por CLAUS ROXIN visando a explicar este item é o da tempestade. Suponha-se um indivíduo que pede a um inimigo que vá a uma floresta. O agente sabe, de antemão, que nesta floresta a quantidade de raios que caem é elevada. O inimigo vai à floresta, é atingido por um raio e morre.

No caso, não houve incremento do risco por parte do agente. Não há impedimento algum em pedir a uma pessoa que vá até um determinado local. Não existe a possibilidade, ademais, de o agente guiar a sua vontade para a concretização do resultado homicídio. Assim, não há imputação que possa ser feita a ele. O resultado lesivo ocorreu por um mero acidente.

c) *o aumento do risco permitido*

Há um limite do tolerável em se tratando de riscos. Pode-se correr riscos até um determinado nível. A partir daí, passa-se para a esfera do proibido. Há certas atividades que por si sós já acarretam riscos. No entanto, somente há imputação caso se ultrapasse um determinado grau.

Neste contexto, insere-se o princípio do incremento do risco, idéia primordial dentro da teoria do professor CLAUS ROXIN. O caso apresentado é o do pêlo de cabra. Um fabricante não observou os regulamentos sobre a desinfecção do material, tendo alguns de seus funcionários mortos, em virtude de doença causada por bacilos de carbúnculo. A imputação recai sobre o patrão, mesmo que a limpeza não gere a certeza de eliminação dos bacilos. O patrão deve ser punido, pois aumentou o risco relevante não-permitido ao negligenciar na limpeza dos pêlos de cabra. O legislador assume papel fundamental na prescrição do que está dentro do âmbito do permitido e do proibido. Somente poder-se-ia isentar de responsabilidade o patrão caso os desinfetantes não tivessem nenhum poder de limpeza. Em outras palavras, se os desinfetantes não atacassem os bacilos de carbúnculo. Neste caso, o patrão não teria meios de evitar a morte de seus funcionários. Caso se imputasse o resultado ao patrão na última hipótese, adotar-se-ia o *versari in re illicita*¹⁹.

d) *esfera de proteção da norma*

Deve-se tratar esta como o campo em que há previsão na norma penal para o resultado decorrente da conduta lesiva. A norma tem um escopo: é a proteção do bem jurídico penal. Se a conduta praticada atacar o bem protegido pela norma penal, inserir-se-á dentro deste espectro de proteção. Há, neste caso, subsunção e, portanto, existe o crime. Por outro lado, se a conduta não se inserir no campo de previsão da norma não haverá crime. Exemplo: médico faz todas as manobras necessárias durante uma cirurgia e, mesmo assim, o paciente morre. Não há que se falar em homicídio.

4.1.1 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS SOBRE A CONCEPÇÃO ROXINIANA

ROXIN estabeleceu critérios para a aplicação da imputação objetiva. Deve-se buscar no resultado a criação de um risco não-permitido guiado pela vontade humana. Assim, a relação fundamental a ser analisada é a de se o agente é capaz ou não de dirigir a sua vontade criando ou incrementando um risco não-permitido pelo sistema jurídico penal.

Deve-se aplicar a imputação objetiva nos casos em que: a) a pessoa age contrariamente ao risco permitido, não importando se houve acréscimo deste risco por parte de outrem; b)

¹⁹ Por este, as conseqüências secundárias de uma conduta são também puníveis, mesmo que indiretamente produzidas. É uma forma de responsabilização objetiva em direito penal. Exemplo: Pratica-se um furto e a pessoa morre de infarto após ter esta notícia.

impossibilidade de alegação de que caso não tivesse causado o risco não permitido, outra pessoa teria criado.

Por outro lado, existem alguns casos em que não se poderá imputar objetivamente uma conduta a uma pessoa como:

- a) já está estabelecido o risco relevante e uma pessoa (que não foi responsável pela criação do risco relevante) modifica este risco diminuindo-o;
- b) inexistência de risco jurídico relevante criado pelo agente, tendo este se verificado *a posteriori* por fato não atribuível ao agente;
- c) produção de riscos permitidos, isto é, aqueles nos quais não há reprovação pelo nosso ordenamento jurídico;
- d) análise material do risco permitido a partir da norma jurídica, não se podendo imputar objetivamente nada se houver uma mera falta do dever de cuidado, desde que não extrapole o risco permitido.

Verifica-se que o risco permitido e o não-permitido são elementos essenciais para a aplicação da teoria da imputação objetiva. Além disso, é importante que o agente tenha a possibilidade de guiar a ação pela sua vontade para um resultado previsível, enfim, ter o domínio causal da ação. Deve haver tanto a imputação objetiva quanto a subjetiva para que se possa atribuir a responsabilidade penal a um determinado indivíduo.

Em suma, quando se puder verificar que um determinado resultado deveu-se a uma ação, que se conduziu segundo a previsibilidade e a possibilidade de domínio pelo autor, ocorrendo um risco não-permitido, estar-se-á defronte a uma situação condenável. Assim, um resultado poderá ser atribuível a alguém conforme este tenha ou não a possibilidade de guiá-lo para um fim previsto que contrarie norma do sistema jurídico.

A teoria da imputação objetiva não se contenta com a verificação do nexo causal, havendo a necessidade de um *plus*, que é:

- a) a previsibilidade do resultado;
- b) a possibilidade de direção de uma ação pelo agente;
- c) a criação ou incremento de um risco não permitido; e
- d) a atuação da vítima.

4.2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONCEPÇÃO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE GÜNTHER JAKOBS

JAKOBS tem uma visão diferente acerca da função do direito penal. Para ele, mantém-se o ordenamento jurídico na medida em que haja punição das condutas criminosas. Só assim o sistema mostra-se vigente e eficaz. A pena assume um caráter fundamental, já que sua aplicação revalida a própria norma.

O modelo elaborado por JAKOBS baseia-se na teoria dos sistemas de LUHMANN²⁰. A compreensão do subsistema do direito penal leva em conta os aspectos gerais da sociologia e da inter-relação entre os diversos campos do saber.

A identidade social é estabelecida por meio do direito penal. Em primeiro, o delito deve ser entendido dentro de um contexto comunicativo. Em segundo, a falha na relação de comunicação gera o delito. Por fim, a pena é a responsável pela manutenção do sistema de identidade social²¹.

²⁰ Um estudo sobre o tema foi elaborado por POSSAS, Mariana Thorstensen, “O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann”. *RBCCRIM* 56, 2005. p. 267.

²¹ Cf. JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, Barueri: Manole, 2003. p. 4.

O cerne do direito penal calca-se no restabelecimento da norma desrespeitada. Isso se dá no plano da comunicação. A pena serve para comprovar a fragilidade do ordenamento²².

JAKOBS elabora o conceito de culpabilidade material, que significa a falta de fidelidade perante normas legítimas. A liberdade de escolha de uma conduta faz parte da vida das pessoas. O cumprimento das normas insere-se neste rol de deveres que guia os cidadãos. A não-observância das normas gera a culpabilidade material²³.

O direito penal tem por escopo a manutenção da vigência do ordenamento. Conceito fulcral é o da prevenção geral positiva.

A teoria da prevenção geral positiva possui uma feição não-intimidatória, sendo confirmada a existência do ordenamento pela aplicação de suas normas. A infidelidade ao ordenamento é a causa de aplicação da pena. São três as funções da pena: a) confirmar a confiança na vigência das normas; b) buscar o exercício da finalidade do direito; c) fazer a conexão entre a conduta lesiva e a aplicação da sanção²⁴.

JAKOBS vê na sociedade atual hipóteses de congruência de riscos. Exemplos: tráfego viário, atividade médica, etc. Para se imputar objetivamente a responsabilidade a uma pessoa, é necessária a averiguação do comportamento da vítima, do agente e do contexto em que a conduta se insere.

A explicação para os danos deve partir da sua análise em conjunto com o elemento risco. Os desdobramentos causais de cursos acidentais não são relevantes. Só os comportamentos que geram riscos não-permitidos e que possam ter os seus resultados evitáveis de maneira previsível é que devem ser criminalizados.

Ademais, JAKOBS fala em responsabilização penal em caso de violação de papéis. Papel especial é o que "determinada pessoa tem porque deve formar junto com outras pessoas um ente comum, mais ou menos completo; este é o caso, por exemplo, do papel de pai - os pais devem formar com os filhos uma comunidade; o papel do cônjuge - junto ao esposo ou à esposa se construirá um mundo conjugal comum [...]"²⁵. Papel comum é aquele destinado a todas as pessoas para que possam conviver na sociedade. Deve-se respeitar os direitos de outrem para que se possa exercer os seus próprios. As regras a serem respeitadas por todas as pessoas vêm descritas em normas como "Não mates" ou "Não roubes", etc.

Para se imputar objetivamente a alguém um crime, é necessário verificar se a conduta violou o que é socialmente adequado. Deve-se enquadrar a conduta de uma pessoa num contexto social.

A base da teoria da imputação objetiva está no estudo das regras de convivência social. Não basta considerar ilícita ou não uma conduta, levando em consideração um indivíduo ou norma isolados. Devem ser estudadas as pessoas, bem como as regras específicas de uma sociedade²⁶.

Quatro proposições estruturam a teoria da imputação objetiva no sistema jakobsiano: a) a igualdade entre as pessoas, que fundamenta o risco permitido; b) a existência de pessoas responsáveis, que se vincula ao princípio da confiança; c) a proibição de regresso; d) o campo de atuação da vítima²⁷.

a) risco permitido

²² Cf. JAKOBS, Günther. *Sociedade...*, 2003. p. 4-5.

²³ Cf. JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*, tradução de André Luís Callegari, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 43.

²⁴ Cf. PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*, tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Barueri: Manole, 2003. p.3.

²⁵ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*, tradução: André Luís Callegari. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2000. p. 54.

²⁶ Cf. JAKOBS, Günther. Imputación jurídica penal in *Problemas capitales del derecho penal moderno*, tradução: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Buenos Aires: Hammurabi Editorial, 1997. p. 43-44.

²⁷ Cf. JAKOBS, 2000, p. 43-44.

A lesão ao ordenamento ocorre no instante em que o agente ultrapassa o âmbito do permitido. Há possibilidade de traçar os limites do permitido com base na norma jurídica. JAKOBS dá importância excessiva a norma em si mesma e, a partir dela, é que se ilumina a fronteira entre o campo do permitido e o do proibido.

O risco não-permitido é o criado ou incrementado pelo agente, configurando uma infração ao dever de cuidado. Se, ao contrário, o risco se mantiver dentro do campo do permitido, terá ocorrido mero infortúnio²⁸.

O autor cita como exemplo de conduta tolerável o pai que deixa seu filho menor de 16 anos ir à escola sozinho, já que há uma necessidade de se conferir liberdade a ele para um dia se tornar independente. Diferente seria a hipótese se o filho fosse de 6 anos²⁹.

b) princípio da confiança

Este princípio baseia-se na presunção de que deve haver uma cooperação das pessoas para evitar cursos danosos. Os exemplos mais corriqueiros são o do trânsito de automóveis e as cirurgias realizadas por equipes médicas.

Tome-se este último exemplo como paradigma. Há uma divisão de trabalho, com a competência de cada pessoa limitada ao seu âmbito de atuação. O médico espera que os seus auxiliares tenham feito a limpeza do bisturi. Da mesma forma, confia no trabalho do anestesista para que possa lograr êxito no seu intento de curar o paciente.

JAKOBS³⁰ afirma: "O princípio da confiança possibilita a divisão de trabalho mediante a repartição de responsabilidades" (nossa tradução).

Por fim, há hipóteses em que o mencionado princípio resta afastado. São elas: a) a outra pessoa não tem capacidade, inviabilizando a atribuição de responsabilidade ou estando ela dispensada. Exemplo: não há possibilidade de aplicar o princípio da confiança, no trânsito de automóveis, quando crianças pequenas estiverem envolvidas; b) a atividade de uma pessoa pode consistir justamente em corrigir as falhas que as outras cometam, o que pode se dar de forma recíproca. Exemplo: um condutor esforçado pode cometer pequenas falhas, que têm de ser toleradas pelos demais. No entanto, não há como aplicar o princípio da confiança em casos de motoristas bastante embriagados, que não atuem dentro dos limites do esperado; c) cessa a confiança quando um dos participantes defrauda as expectativas. Exemplo: se um co-piloto de avião está embriagado, o piloto deve retomar as atividades que delegou ao mesmo.

c) proibição de regresso

O problema se refere às situações em que diversas pessoas criam ou incrementam um risco comum. Os limites entre a participação e a proibição de regresso se dão na medida em que se verifica a atuação do agente dentro do socialmente tolerável.

Aquele que pratica uma conduta de forma razoável, não extrapolando o que é adequado, não responde pelo comportamento lesivo do outro. Pode, em alguns casos, responder por omissão quando não preste socorro, como qualquer outra pessoa.

A proibição de regresso é a impossibilidade de estender a conduta lesiva de uma pessoa àquele que, sem vínculo nenhum com o criminoso, agiu primeiro. JAKOBS cita o exemplo de terroristas que ameaçam matar um ministro de Estado se se iniciar o processo penal contra alguns de seus correligionários. A mera vontade dos terroristas não muda a finalidade do processo³¹. Assim, não se pode imputar objetivamente a responsabilidade pela morte do ministro ao juiz que deu início ao trâmite legal.

²⁸ Cf. JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Tradução Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas, 1997. p. 213.

²⁹ Cf. JAKOBS, Günther, *Estudios...*, 1997, p. 213.

³⁰ Cf. JAKOBS, Günther. *Estudios...*, 1997, p. 220.

³¹ Cf. JAKOBS, Günther. *Estudios...*, 1997, p. 216.

- d) campo de atuação da vítima

Um último elemento citado por JAKOBS no estudo da imputação objetiva é o âmbito de atuação da vítima. Há situações em que ela mesma se coloca numa posição de risco ou consente com ele. Dessa forma, é imprescindível investigar até que ponto a situação de risco foi gerada pela vítima.

4.2.1 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS SOBRE A CONCEPÇÃO JAKOBSIANA

O sistema penal tem na prevenção geral positiva um aspecto essencial. O ordenamento revalida-se na medida em que há o cumprimento das normas. JAKOBS é adepto do funcionalismo "radical".

A imputação objetiva é o instrumento para a verificação da responsabilidade penal. JAKOBS estuda ela sob a perspectiva de quatro diretrizes: a) risco permitido; b) princípio da confiança; c) proibição de regresso; d) campo de atuação da vítima.

Por fim, são quatro os elementos que excluem a imputação objetiva: a) a conduta mantém-se dentro do risco permitido; b) a ação é inofensiva e foi desviada por outra pessoa para a produção de um resultado lesivo; c) a conduta perigosa foi obra de terceiro; d) a consequência danosa é fruto da própria ação da vítima que tem de arcar com ela³².

5 CONCLUSÕES

- 1 A sociedade de riscos caracteriza-se pelos seguintes aspectos: a) existência de novos riscos globais criados pelo homem; b) aumento da sensação subjetiva de insegurança; c) imprevisibilidade das consequências.
- 2 A globalização é um fenômeno econômico vinculado à sociedade de riscos. Os riscos ultrapassam as fronteiras do nacional gerando o medo.
- 3 Em virtude disto, os laços de solidariedade são reforçados.
- 4 A expansão dos mercados, a proliferação das transnacionais, a ruptura das fronteiras e o aumento da velocidade das comunicações criam uma nova realidade.
- 5 Influencia-se, assim, a criminalidade. O alvo de preocupação primordial não é mais o indivíduo, mas sim os interesses metaindividuais.
- 6 O ordenamento jurídico antiquado e as concepções arcaicas sobre a responsabilidade penal continuam imperando.
- 7 Não se acompanha o ritmo das transformações sócio-econômicas.
- 8 Mudanças na atribuição da responsabilidade penal são imprescindíveis. Deve-se levar em conta os fins do direito penal, bem como a política criminal.
- 9 O funcionalismo é a corrente mais condizente com esta diretriz.
- 10 A imputação objetiva, por sua vez, é o instrumento utilizado pela corrente funcionalista para a correta criminalização.
- 11 No campo dos interesses metaindividuais, a preocupação excessiva do legislador em combater todas as práticas lesivas levou à criação de um sem-número de crimes de perigo.
- 12 Como resultado disto, há a falta de eficácia do direito penal. Ele é meramente simbólico.
- 13 A imputação objetiva é uma forma de atribuição da responsabilidade penal que se funda, conforme a corrente moderada roxiniana, nos seguintes pressupostos: a)

³² Cf. JAKOBS, Günther. *Estudios...*, 1997, p. 221-222.

criação ou incremento de um risco relevante não permitido; b) âmbito de proteção da norma e c) domínio causal.

- 14 Conforme corrente radical, baseada em JAKOBS, a imputação objetiva é um instrumento de análise da responsabilidade penal, que se fundamenta em quatro aspectos: a) risco permitido; b) princípio da confiança; c) proibição de regresso; d) campo de atuação da vítima.
- 15 Ainda, é importante verificar o caso concreto, a postura da vítima e a relação de comunicação. O dissenso gera a criminalização.
- 16 A expansão dos interesses metaindividuais, principalmente com o advento da sociedade de riscos, faz com que o elemento risco ganhe realce. Há que integrá-lo ao estudo da tipicidade.
- 17 O direito penal deve se ater às condutas mais prejudiciais à coletividade.
- 18 O campo propício para os casos menos repugnantes é o civil ou o administrativo.

6 REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo - Hacia una nueva modernidad*. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, Barcelona: Paidós, 1998.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. La imputación objetiva. *Teorias Actuales en el derecho penal*, Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la teoría de la imputación objetiva. *RBCCRIM 50*, 2004.

JAKOBS, Günther. Imputación jurídicopenal in *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Tradução Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Buenos Aires: Hammurabi, 1997.

_____. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Estudios de derecho penal*. Tradução Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, Barueri: Manole, 2003.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

PESSOA, Nelson R. Imputación objetiva y el concepto de acción. *Teorias Actuales en el derecho penal*, Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998.

POSSAS, Mariana Thorstensen. O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann. *RBCCRIM 56*, 2005.

PRADO, Luiz R.; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996.

ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito - elementos del delito en base a la política criminal*. Tradução: Juan Bustos Ramírez e Héran Hormazábal Malarée, Barcelona: PPU, 1992.

_____. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

SANCINETTI, Marcelo A. *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva. Teorías Actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998.