

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

EDUARDO MATHEUS ZAMBONI ZENI

**TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E
ATIVA**

**CURITIBA
2016**

EDUARDO MATHEUS ZAMBONI ZENI

TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA

Projeto de pesquisa apresentado como requisito avaliativo à disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica do Curso de Pós-Graduação em Direito Aplicado, ofertado pela Escola da Magistratura do Paraná.

Professor (a): Marcelo Gobbo Dalla Dea.

**CURITIBA
2016**

TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDO MATHEUS ZAMBONI ZENI

TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E
ATIVA

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, ____ de _____ de 2016.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e à minha irmã. Com a sustentação moral, afetiva e financeira. Pela família maravilhosa, encontrei forças para buscar fugir da escuridão e do comodismo, e, sem hesitar, ir adiante.

A Deus por guiar meus passos, me dar forças nas horas difíceis quando tudo parece ser impossível.

Não poderia deixar de agradecer ao Professor Doutor Desembargador Marcelo Gobbo Dalla Dea, por ter colocado, à minha disposição, seus conhecimentos e experiência ao orientar os caminhos desta pesquisa, bem como pelo seu caráter e cordialidade, que, sem dúvidas, inspira e motiva na luta de tornar um sonho em realidade. Meus sinceros agradecimentos. O senhor é um exemplo para aqueles que não se contentam portarem-se como meros espectadores desse país.

Eduardo Matheus Zamboni Zeni

“Para cada mil homens dedicados a cortar as folhas do mal, há apenas um atacando as raízes”.

Thoreau.

RESUMO

Por volta de 1927, LARENZ introduz no Direito o conceito de imputação, na obra com o título de “a teoria de Hegel e o conceito de imputação objetiva”, com a intenção de diferenciar as consequências de atos que podem ser atribuídos ao acaso e atos que são obras do ser humano. Em meados de 1930, HONING traz para o Direito Penal as ideias de LARENZ, com o objetivo de formular um critério confiável para a atribuição de um resultado ilícito a alguém.

Finalmente, ROXIN, em 1970, desenvolve a moderna teoria da imputação objetiva.

Através de uma perspectiva clássica, o tipo penal apresentava apenas aspectos objetivos, representados na relação de causalidade. Considerava-se realizado o tipo toda vez que alguém causava o resultado nele previsto, de acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes, gerando assim o problema do regresso ao infinito. Para os defensores da teoria da imputação objetiva, o sistema finalista, ao limitar o tipo objetivo à relação de causalidade, de acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes, não solucionou todos os problemas inerentes à imputação.

A teoria da imputação objetiva não se confunde com a responsabilidade penal objetiva. Sua função é a de limitar a responsabilidade penal, pois a atribuição de um resultado a uma pessoa não é determinado pela relação de causalidade, mas é necessário outro nexos, de modo que esteja presente a realização de um risco proibido pela norma.

Essa teoria é aplicável exclusivamente aos crimes materiais, nos quais pode ser produzido um resultado naturalístico cuja imputação deve ser cautelosamente atribuída ao agente.

Palavras-chave: Teoria da Imputação Objetiva. Aspectos Objetivos. Relação de causalidade. Responsabilidade Penal. Risco proibido pela norma.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO	09
-------------------------	-----------

CAPÍTULO II

DA IMPUTAÇÃO E DA CAUSALIDADE

2. Da imputação e da causalidade.....	10
2.1 Teoria da equivalência das condições	12
2.2 Considerações à teoria da equivalência das condições e à sua fórmula de eliminação hipotética	13
2.3 Teoria da causa como condição conforme as leis naturais.....	17

CAPÍTULO III

TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

3.1 Antecedentes históricos	20
3.2 A teoria da imputação objetiva de acordo com Roxin.....	24
3.3 Teoria do incremento do risco, do fim de proteção da norma de cuidado e condutas alternativas adequadas ao direito.....	28
3.4 Análise às posições de Roxin e Jakobs.....	31
3.5 Definição das fontes de risco e sua proliferação na sociedade moderna.....	34

CAPÍTULO IV

TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA

4 Teoria da imputação objetiva nos crimes de corrupção passiva e ativa.....	40
---	----

CAPÍTULO V	
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

CAPÍTULO I INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar as principais considerações a respeito da Teoria da Imputação Objetiva, no estudo da tipicidade penal, definindo o entendimento de ROXIN sobre o risco não permitido, como sendo aquele não tolerado pela sociedade. Por fim, foi analisada a possibilidade de aplicar a referida teoria nos crimes de corrupção passiva e ativa.

Para atingir o fim pretendido, em primeira análise objetivou-se estudar o conceito de imputação, e a conseqüente importância que a ideia de causalidade demonstra para a teoria da imputação objetiva, e o problema ao redor do método para alcançar a relação causal.

O país onde nasce a Teoria da Imputação Objetiva é a Alemanha, e, por apresentar vários estudiosos sobre o tema, os fundamentos referentes aos métodos e até onde vai o alcance da teoria são os mais diversos.

Os principais autores analisados foram ROXIN e JAKOBS, também se buscou observar as críticas levantadas pelos finalistas aos seus pressupostos, da mesma maneira as respostas apresentadas pela doutrina.

A teoria da imputação objetiva de acordo com ROXIN possui algumas premissas para a caracterização do fato típico: valoração da conduta, verificando se cria ou incrementa um risco proibido relevante; resultado juridicamente relevante decorrente do risco proibido; resultado abrangido pelo âmbito de proteção da norma.

Ao final, será analisada a possibilidade de sua aplicação nos crimes de corrupção passiva e ativa.

CAPÍTULO II DA IMPUTAÇÃO E DA CAUSALIDADE

2 DA IMPUTAÇÃO E DA CAUSALIDADE

No tocante aos crimes intitulados pela doutrina como crimes de resultado, ou materiais¹, opostos aos de mera conduta, há a produção de algum evento, separado em termos espaço-temporais da ação humana². Conseqüentemente, uma vez ocorrido o resultado penalmente relevante, surge à necessidade de ligar, ou seja, atribuir esse acontecimento à conduta de alguma pessoa natural, sendo que, em caso contrário, não se afigura adequada a aplicação de sanção penal, pois apenas os seres humanos possuem a capacidade subjetiva.

Essa relação necessária, diretamente vinculada, torna possível a responsabilização criminal nos delitos materiais recebendo o nome de imputação, conforme o entendimento utilizado na expressão “atribuir”, elencamos o entendimento do autor DIAS:

Nos crimes de resultado se suscita o problema da imputação do resultado à conduta do agente, de acordo com o princípio segundo o qual o direito penal só intervém relativamente a comportamentos humanos (de pessoas singulares ou colectivas). Exigindo-se para o preenchimento integral de um tipo de ilícito a produção de um resultado, importa verificar não apenas se esse resultado se produziu, como também se ele pode ser atribuído (imputado) à conduta.³

Deste modo, depois da análise feita sobre a questão do papel da imputação do resultado, torna-se imprescindível indagar o método como esta deve ser explorada, ou, dito com outras palavras, às partes que compõem essa categoria jurídica. Desse modo, parece coerente, como primeiro requisito para conceder um resultado a alguém, encontrar a possibilidade de afirmar que essa ação foi o motivo do evento previsto tipicamente, proposição que vem, detalhadamente, substanciada por DIAS:

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p.180.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 148.

³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais; a doutrina geral do crime. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 304. Apud: Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC Prática Jurídica e Preparação Para a Magistratura Estadual, Raquel Rosso - A Teoria da Imputação Objetiva no Brasil: Aspectos Destacados da Doutrina e da Jurisprudência. 2013, p. 9.

A exigência mínima que, de uma perspectiva externo-objectiva como aquela aqui em questão, se tem de fazer ao relacionamento ou conexão do comportamento humano com o evento, para que esse possa atribuir-se ou imputar-se àquele, é a da causalidade, precisamente por isso tendo durante muitas décadas toda esta problemática sido tratada sob aquela epígrafe: o comportamento há-de, pelo menos, ter sido causa do resultado.⁴

Sendo assim, conforme o entendimento acima, a causalidade seria apenas o critério mínimo para a imputação ao tipo objetivo, de forma que, depois de firmado, outros elementos, de carácter normativo, devem desempenhar uma função limitativa sobre ela, ideia que é exposta por ROXIN:

A partir desta perspectiva, é claro que a imputação ao tipo objetivo deve ocorrer em dois passos sucessivos: em uma primeira seção (A) será exposto a teoria do nexa causal e a relação causal de ser exposto; e, em seguida, objeto de uma segunda seção (B) os restantes pressupostos da imputação.⁵

Em seguida, ao afirmar que uma ação é a responsável por provocar determinado evento, segundo BLAIOTTA, em última análise, buscando seu entendimento, esta ação deve ser compreendida dentro do contexto em que o fato vem considerado.⁶

Portanto, não há possibilidade de construir um conceito de causalidade anterior a sua concepção, porquanto a apreciação do nexa causal no âmbito jurídico visa a uma finalidade eminentemente prática. Consistente, de acordo com o ensinado por BLAIOTTA, na atribuição da “paternidade” do fato no contexto jurídico penal, procurando a definição de uma responsabilização estritamente pessoal.⁷

Todavia, essa averiguação não implica o reconhecimento de possibilidades de haver arbitrariedade e ausência de controle crítico, haja vista que a verificação de

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais; a doutrina geral do crime. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 304. Apud: Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PURS, Thiago Zucchetti Carrion – Os Reflejos da Teoria Da Imputação Objetiva na Jurisprudência Brasileira. 2007, p. 12.

⁵ ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 346. Apud: Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PURS, Thiago Zucchetti Carrion – Os Reflejos da Teoria Da Imputação Objetiva na Jurisprudência Brasileira. 2007, p. 14-15.

⁶ BLAIOTTA, Rocco. La Causalità nella responsabilità professionale: tra teoria e prassi. Milão: Giuffrè, 2004, p. 12. Apud: Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC Prática Jurídica e Preparação Para a Magistratura Estadual, Raquel Rosso - A Teoria da Imputação Objetiva no Brasil: Aspectos Destacados da Doutrina e da Jurisprudência. 2013, p. 10.

⁷ BLAIOTTA, Rocco. La Causalità nella responsabilità professionale: tra teoria e prassi. Milão: Giuffrè, 2004, p. 12. Apud: Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC Prática Jurídica e Preparação Para a Magistratura Estadual, Raquel Rosso - A Teoria da Imputação Objetiva no Brasil: Aspectos Destacados da Doutrina e da Jurisprudência. 2013, p. 11.

causalidade é controlável através da “*necessidade do rigor lógico, de plausibilidade e razão inspirada pelo senso comum*”,⁸ papel que tem sido desempenhado, historicamente, pela Teoria da Equivalência das Condições.

2.1 TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES

A Teoria da Equivalência das Condições, também chamada de Teoria Condicionalística ou Teoria da Condição,⁹ foi desenvolvida pelo processualista austríaco Julius GLASER e propalada pelo integrante do *Reichsgericht*, quando da sua fundação, Maximilian VON BURI¹⁰, por volta do século XIX, tendo o mérito de libertar o direito penal dos vestígios medievais da fundação da imputação através de atividades mágicas e supersticiosas e de juízos metafísicos e, inclusive hoje, continua a guardar generalizada aceitação no direito penal.

A formação estrutural da referida proposta teórica é simples e pode ser definida de acordo com os seguintes termos:

A premissa básica desta teoria é a de que a causa de um resultado é toda a condição sem a qual o evento não teria tido lugar (fórmula chamada de *conditio sine qua non*). Por isso, todas as condições que, de alguma forma, contribuíram para que o resultado se tivesse produzido são causais em relação a ele e devem ser consideradas em pé de igualdade, já que o resultado é indivisível e não pode ser pensado sem a totalidade das condições que o determinaram.¹¹

A doutrina supracitada utiliza-se de um método de eliminação hipotética, para deslindar a relação entre causa e efeito, sendo que a presunção das condições de um fato apenas pode ser qualificada como causa desse, se por ventura sua

⁸ BLAIOTTA, Rocco. *La Causalità nella responsabilità professionale: tra teoria e prassi*. Milão: Giuffrè, 2004, p. 14. Apud: Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PURS, Thiago Zucchetti Carrion – *Os Reflexos da Teoria Da Imputação Objetiva na Jurisprudência Brasileira*. 2007, p. 17.

⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p. 251-252. Apud: BUSATO, Paulo César. *Fatos e Mitos sobre A Imputação Objetiva*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 30.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, 348-349. Apud: BUSATO, Paulo César. *Fatos e Mitos sobre A Imputação Objetiva*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 30.

¹¹ D’AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 21-22.

supressão mental implicar o sumiço do resultado¹², ou, em outras palavras, seja condição necessária deste.

Contudo, mesmo sendo extremamente expandida no direito penal, inclusive no Brasil, a ponto de diversos autores afirmarem que essa teria sido expressamente adotada pelo código penal vigente¹³.

A teoria da 'conditio sine qua non' ou da equivalência das condições, teoria da equivalência dos antecedentes ou teoria da condição simples ou generalizadora, considera causa a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido. O sistema atribui relevância a todos os antecedentes do resultado naturalístico, considerando que nenhum elemento, de que depende a sua produção, pode ser excluído da linha de desdobramento causal, a partir de então nasceu o método da eliminação hipotética para saber quando a ação deve ser considerada causa de um resultado.¹⁴

Nota-se que a Teoria da Equivalência das Condições gera um regresso ao infinito, somente sendo possível corrigir tal regresso, quando, observado o dolo e a culpa do agente, por conseguinte, acaba por se tornar objeto de uma série de críticas que buscam comprovar desde sua inutilidade até sua incapacidade de envolver situações em que a imputação é uma unanimidade. A partir de então surge à teoria da imputação objetiva, como correção limitadora¹⁵

2.2 CONSIDERAÇÕES À TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES E À SUA FÓRMULA DE ELIMINAÇÃO HIPOTÉTICA.

A primeira indagação dirigida à base teórica acima analisada, diz respeito a um emprego metodológico equivocado, inerente à fórmula da eliminação hipotética utilizada, em razão de a '*conditio sine qua non*' levaria a um exercício despropositado e circular.¹⁶

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais; a doutrina geral do crime. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 306. Apud: D'AVILA, Fabio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 21-22.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 180-181.

¹⁴ JESUS, Damásio E. de. Imputação objetiva. 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

¹⁵ JESUS, Damásio E. de. Imputação objetiva. 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 7.

¹⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 23.

De acordo com JAKOBS, esta crítica foi originalmente engendrada por ENGISCH¹⁷ e indica que:

A fórmula é supérflua porque nem mesmo constitui uma definição, e até mesmo uma fórmula para determinar a causalidade. Com efeito, o produto do exercício de supressão mental só pode ser determinado se souber de antemão se a condição é causal: A fórmula não é mais m círculo vicioso, porque o conceito para ser definida está escondido no material que é definido.¹⁸

Ou seja, conforme afirma D'AVILA, substanciando o pensamento de JAKOBS, a construção da fórmula de eliminação hipotética pressupõe uma relação sistemática de *input-output* (*entradas-saídas*), em que a pretensão consiste em manipular o *input* (*entrada*), vinculando-o essencialmente ao *output* (*saída*). Sem embargo, uma vez que seja desconhecida a forma como essa relação atua no caso concreto, a eliminação do *input* (*entrada*) vislumbrar-se-ia inútil, impossibilitando esclarecer se houve ou não relação causal.¹⁹

Ainda, DIAS compartilha do mesmo raciocínio, conforme “formulado nos termos da conditio *sine qua non*, a teoria das condições equivalentes é improdutiva, precisamente porque já traz pressuposto aquilo que com ela deveria determinar-se”²⁰.

O segundo questionamento formulado pela doutrina contra a Teoria da Equivalência das condições, é no tocante à sua incapacidade de resolver com uma situação chamada “causalidade hipotética”, a qual corresponde aos casos nos quais, ainda que não estivesse presente a conduta do agente, outra ação correspondente teria sido praticada, em igual momento, por sujeito diverso²¹.

De acordo com tal hipótese, D'AVILA afere os seguintes acontecimentos a título de exemplo:

¹⁷ JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no direito penal. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 15.

¹⁸ JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no direito penal. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 15-16.

¹⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 24.

²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais; a doutrina geral do crime. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 307. Apud: D'AVILA, Fabio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.

²¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Causalidade, imputação objetiva e novos paradigmas da dogmática penal. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 849, p. 438, jul. 2006.

Vejamos o tradicional exemplo de um pai que envenena o chá de seu filho, o que haveria sido feito pela mãe caso assim não agisse, ou, ainda, do soldado que executa um prisioneiro de guerra, por ordem de seu superior, o que teria sido feito por outro, da mesma maneira, caso se negasse a cumpri-la²².

Segundo os casos supracitados, a aplicação literal²³ da fórmula de eliminação hipotética, *conditio sine qua non*, nos levaria a obter uma conclusão incoerente, pois, uma vez que, a supressão mental da atuação não acarretaria a ausência do resultado, sendo assim outro sujeito praticaria a ação necessária para sua conseqüente produção.

Todavia, os casos de causalidade demonstram um grau de dificuldade ainda maior perante a teoria ora estudada, pois, conforme ensinado por ROXIN, nem mesmo a conduta da segunda pessoa, que substitui hipoteticamente a ação da primeira seria causal, ao passo que “conduziria ao resultado absurdo de que a morte da vítima seria produzida sem haver nenhuma causa.”²⁴

Afinal, conforme observado por BLAIOTTA, de acordo com suas lições, não se pode confundir os casos de causalidade hipotética com as situações em que há dúvida acerca da causalidade, visto que nestas a problemática encontra-se em estabelecer qual das explicações é hipotética.²⁵

Uma terceira crítica surge quando se trata de acontecimentos intitulados de causalidade alternativa, dupla, adicional ou acumulativa²⁶. Nestas situações ocorre simultaneamente duas ou mais condições, sendo, cada uma delas, aptas a produzirem o resultado independentemente.

Nesses casos, a suspensão mental de quaisquer das presumidas condições não tem a capacidade de fazer com que o evento desapareça, considerando a crer

²² D'AVILA, Fabio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 29.

²³ D'AVILA, Fabio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 29.

²⁴ ROXIN, Claus, “Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal”, Problemas Fundamentais de Direito Penal, trad. Ana Paula S. L. Natscheradetz, Lisboa, Veja, 1979, p. 120. Apud: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 40.

²⁵ BLAIOTTA, Rocco. La Causalità nella responsabilità professionale: tra teoria e prassi. Milão: Giuffrè, 2004, p. 54-55. Apud: Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC Prática Jurídica e Preparação Para a Magistratura Estadual, Raquel Rosso - A Teoria da Imputação Objetiva no Brasil: Aspectos Destacados da Doutrina e da Jurisprudência. 2013, p. 16.

²⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Causalidade, imputação objetiva e novos paradigmas da dogmática penal. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 849, jul 2006, p. 438.

que nenhuma delas é causa do episódio, conquanto seja correto afirmar que são suas causas, ambas as condições.²⁷

Nas palavras de ROXIN, “O caso mais espinhoso para a teoria da condição constitui a constelação (rara na prática) de ações para prevenir cursos causais salvadores”.²⁸ Nessas, o agente não da causa ao resultado, mas sim, resiste que esse seja estagnado.

Para elucidar esta apreciação, ROXIN aponta os casos abaixo:

Por exemplo., o autor retira um barco inflável ou um cachorro que se dirigia para uma pessoa que está se afogando na água, a vítima morre afogada, que ao contrário poderia ter se salvado. Ou também: alguém destrói o único remédio que poderia salvar o outro; ou alguém que corta as mangueiras de incêndio que, se não fosse por isso, o incêndio teria sido apagado.²⁹

Melhor dizendo, se compreendermos que a causalidade refere-se a uma “força de funcionamento dinâmico e causadora do resultado”, não existiria, entre a ação dolosa do agente que tolhe o curso causal salvador e o resultado, qualquer conexão natural, mesmo que, seja óbvio que este deva responder por um crime resultante de uma ação consumada, na hipótese de que o curso interrompido fosse capaz, com elevado grau de certeza, impedir o resultado.³⁰

Ademais, a referida crítica acaba por contrair maior contundência quando se considera que, conforme alertado por JAKOBS, os processos biológicos, como, por exemplo, a morte é na verdade causados pela interrupção de um curso causal salvador, como a circulação sanguínea ou a respiração.³¹

Outro questionamento dirigido à Teoria da Equivalência das Condições é deslindado por D’AVILA da seguinte maneira:

Podemos observar que, ao eliminarmos do curso causal a fabricação da arma usada num homicídio, o resultado morte não ocorreria, da mesma forma que, caso a mãe do homicida não o tivesse gerado, o crime de

²⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Causalidade, imputação objetiva e novos paradigmas da dogmática penal. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 849, jul 2006, p. 438.

²⁸ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal, org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009., p. 100.

²⁹ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal, org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009., p. 102.

³⁰ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal, org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009., p. 102.

³¹ JAKOBS, Günther. Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 235. Apud: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Causalidade, imputação objetiva e novos paradigmas da dogmática penal. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 849, p. 439, jul. 2006.

homicídio jamais haveria ocorrido, como, enfim, se Adão e Eva não tivessem cometido o pecado original, seria correto afirmar que nenhum crime haveria existido. Afinal, utilizando-se uma causalidade eminentemente naturalística e aplicando-se a simplória fórmula da eliminação hipotética, eliminando-se o pecado original, nenhum homem haveria surgido e, portanto, crime algum poderia ser cometido.³²

De acordo com as razões apresentadas, esta deflagra o questionamento acerca da amplitude excessiva da referida teoria, dado que sua aplicação leva à seleção de todo o tipo de condições irrelevantes para o direito penal, visto que a eliminação hipotética implica um regresso ao infinito.³³ O problema da teoria da equivalência dos antecedentes causais é que o regresso é infinito, sendo assim, surge à teoria da imputação objetiva, como mecanismo de freio. Por isso, para saber se determinado aspecto é causa do resultado deve ser utilizado o processo de eliminação hipotética de Thyren.

2.3 TEORIA DA CAUSA COMO CONDIÇÃO CONFORME AS LEIS NATURAIS.

O questionamento, acima exposto, leva uma parcela considerável da doutrina a adotar uma sugestão criada por ENGISCH para apreciar o nexos de causalidade, chamada de Teoria da Causa como Condição Conforme as Leis Naturais³⁴, de que natureza rejeita a utilização de expedientes hipotéticos para apreciar a causalidade e defende que a condicionalidade de alguma ação deve ser indagada através da vinculação dessa e dos seus resultados a alguma lei causal, que, por sua vez, deve ser verificada ou à luz do conhecimento dos especialistas ou do senso comum, quando aquele não for necessário.³⁵

Não obstante, essa concepção de causalidade recebe algumas críticas, visto que, de acordo com BLAIOTTA, a referida tese defende que o problema causal deve

³² D'AVILA, Fabio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais; a doutrina geral do crime. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 306. Apud: D'AVILA, Fabio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27-28.

³⁴ JAKOBS, Günther. Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 299. Apud: JAKOBS, Günther, A Imputação Objetiva no Direito Penal, Tradução de André Luís Callegari, Editora Revista dos Tribunais, p. 20.

³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal: parte general. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p. 255. Apud: D'AVILA, Fabio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 33-34.

ser abordado segundo a noção de causa própria das ciências naturais que forneceriam uma previsibilidade à conduta, mediante a utilização de um juízo de subsunção sob essas leis.³⁶

Como consequência dessa constatação, a função do juiz penal seria o de desvendar eventos singulares e não simplesmente elencar fatos, segundo leis, em razão de a explicação depender de juízos de relevância causal que, por seu turno, estão vinculados a raciocínios contratuais, os quais podem ser resumidos na pergunta do que haveria acontecido se a condição cogitada não ocorresse, indagação sem a qual o procedimento de subsunção a leis, pretendido pela teoria de ENGISCH, acaba por desviar-se de seu propósito inicial, qual seja, o de explicar o evento em análise.³⁷

Essa proposta recebe outra crítica grave realizada por DIAS que se fundamenta na constatação a respeito da fragilidade dos dados sobre as leis naturais, ou por serem estes módicos, ou não dignos de exacerbada confiança, ideia clara nas hipóteses próprias da sociedade de risco.³⁸

Nas palavras do autor:

Pelo que nada mais restaria senão o apelo às leis da experiência, nomeadamente de base estatística; extensão que começa a ser praticada pela jurisprudência alemã e conhecida pela doutrina sob a epígrafe de causalidade geral, generalizadora ou global. Mas, para além de que esta concepção suscitará, no nível processual penal, dificuldades dificilmente superáveis quando se leve a sério, como se deve, o princípio do in dubio pro reo, persiste que uma comprovação generalizadora da causalidade não pode constituir mais do que uma mera hipótese de causalidade. Por isso, uma comprovação conforme às leis naturais e da experiência parece ineliminável, pelo menos sob a forma de que a condição lesiva seja determinada de modo convincente, uma vez que, também de modo convincente, se pode excluir um terceiro fator interveniente.³⁹

³⁶ BLAIOTTA, Rocco. La causalità nella responsabilità professionale: tra teoria e prassi. Milão: Giuffrè, 2004, p. 33. Apud: BLAIOTTA, Rocco. La Causalità nella responsabilità professionale: tra teoria e prassi. Milão: Giuffrè, 2004, p. 12. Apud: Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC Prática Jurídica e Preparação Para a Magistratura Estadual, Raquel Rosso - A Teoria da Imputação Objetiva no Brasil: Aspectos Destacados da Doutrina e da Jurisprudência. 2013, p. 15.

³⁷ BLAIOTTA, Rocco. La Causalità nella responsabilità professionale: tra teoria e prassi. Milão: Giuffrè, 2004, p. 27. Apud: Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PURS, Thiago Zucchetti Carrion – Os Reflexos da Teoria Da Imputação Objetiva na Jurisprudência Brasileira. 2007, p. 23

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais; a doutrina geral do crime. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 308. Apud: D'AVILA. Fabio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 32.

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais; a doutrina geral do crime. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 308. Apud: D'AVILA. Fabio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 32-33.

Assim sendo, visando que a definição clássica da Teoria da Equivalência das Condições não é capaz de resolver com diversas situações e que os ataques à teoria criada por ENGISCH apresentam-se muito pertinentes, principalmente no que concerne à impossibilidade de existir e de cumprir, de fato, as suas premissas. Conforme o exposto parece, portanto, que surge um novo problema, de modo que a busca por uma terceira via deve ser realizada.

CAPÍTULO III TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O problema causal, no âmbito penal, sempre gerou grande discussão, sendo assim, as teorias causais, todavia, não satisfizeram, pela amplitude, o objetivo de identificação específica dos fatos relevantes ao Direito Penal.

A relação no Direito clássico de causa e efeito, como a base da classificação típica, não permitia, de plano, estabelecer se o resultado socialmente danoso poderia ser imputado ao autor como obra sua. Sendo assim, houve a necessidade de limitar a responsabilidade, desde o início, e não apenas com a análise da culpabilidade. Muitos casos em que o resultado era determinado por uma ação fora do domínio do autor, ou, por mero acidente.

De acordo com a teoria de LARENZ, as teorias causais, não conseguiram atender a todos os interesses jurídico-penais, sob o aspecto empírico, sendo assim determinou-se a substituição pela teoria da imputação objetiva.⁴⁰

Assim, somente o fato que pudesse ser atribuído ao agente teria interesse, ou seja, o idealismo crítico e a doutrina da imputação de HEGEL,⁴¹ considerava ação como aquilo que pudesse ser imputada ao produto da vontade do agente, devendo estar nos seus propósitos iniciais. Sendo assim, existe uma discrepância entre fato próprio e o que Hegel denominou erro de vontade, pois esta seria o acidente, e assim o sendo, não poderia ser imputado ao agente.

Por influência do positivismo neokantiano, o dogma causal prevaleceu por muito tempo, pois era o único mecanismo pelo qual era capaz de relacionar o agente com o resultado, pois mantinha o elemento subjetivo (dolo e culpa) na culpabilidade. Atribuir a responsabilidade pelo fato ao agente era fruto de uma constituição da

⁴⁰ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 61.

⁴¹ HEGEL, *Princípios de Filosofia do Direito*, trad. Orlando Vitorino, Lisboa, Guimarães Editores, 1986, p. 102. Apud: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 61.

imputação, deduzida da concepção normativa da culpabilidade, embora determinada pela relação empírica entre o agente e este resultado.⁴²

A teoria de LARENZ foi exposta no ano de 1927, tendo como base a vontade do ser racional que pode reconhecer o efeito de determinadas causas, prevendo as consequências e fixando a direção desejada de acordo com seu comportamento.⁴³

LARENZ fixou suas ideias fundamentais, sobre a teoria da imputação objetiva, a partir do conceito de imputação e da teoria da ação de Hegel, desenvolvendo assim a imputação objetiva no direito civil, estabelecendo limites entre os fatos próprios e os acontecimentos acidentais.⁴⁴

HEGEL, por sua vez, apenas reconhece a imputação sobre os fatos causados dolosamente, diferente de Larenz que, aumenta esse âmbito, admitindo na sua teoria, inclusive, a possibilidade de ser o curso causal dirigido a evitar o resultado, admitindo que transpasse para a culpa em stricto sensu.⁴⁵

Nos alicerces da teoria da imputação, para Honing, teve por base a exclusão daqueles fatos determinados pela causalidade, pois apenas com base exclusiva no curso causal não se pode estabelecer a responsabilidade de uma pessoa, mas para tanto, mister que os critérios para a imputação de um determinado resultado sejam eleitos previamente, pois a ação somente existira quando orientada pela vontade humana, e, para o Direito Penal, a conduta humana só terá relevância se houver uma finalidade objetiva, acrescentada à causalidade.⁴⁶

Para melhor compreensão, podemos citar o exemplo narrado por HONING⁴⁷:

O sobrinho que pretende herdar de um rico tio e o convence a ir a um local, repleto de árvores, onde, costumeiramente, num determinado período do

⁴² CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 62.

⁴³ Karl Larenz, “*Hegelszurechnungslehre un der Bregiff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag Zur Rechtstphilosophie des dritischen Idealismus und zur Lehre von der juristischer Kausalitat...*”, *Abhandlungen der Rechts, und Staatswissenschaftlichen Fakultat der Universitt Gotingen, Leipzig*, 1927, t. 4. 103. Hegel, ob. Cit. P. 103. Apud: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 62.

⁴⁴ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 62.

⁴⁵ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 62.

⁴⁶ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 64.

⁴⁷ Richard Honing, “*Kausalitat und objektive Zurechnung, Breitag zur Strafrechts-wissenschaft*”, Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtsag, 16. August 1930, Band I, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, pp. 174/184. Apud: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 63.

dia, caem muitos raios. O tio para lá se dirige, convencido pelo sobrinho, é atingido por um raio, morre.

Verifica-se que, embora haja a vontade expressa do sobrinho, que pretende a herança do tio, não há como imputar-lhe o resultado morte, pois o mesmo não tem o controle causal para obter o resultado, com relevância jurídico-penal.

A categoria da causalidade foi acrescida de uma categoria normativa de modo a poder-se imputar objetivamente o resultado como atuação de um sujeito, direcionado pela vontade a uma finalidade.

HONIG, no ano de 1930, divulga um trabalho, objetivando promover uma aproximação adequada da relação entre ação e resultado, tendo em vista a função basilar desta união para muitos tipos. Nestes, havia uma série de problemas dos cursos causais extraordinários, onde não havia a possibilidade de empregar o dolo e a culpa como correção, de forma que alguns doutrinadores começaram utilizar a teoria da adequação para solucionar tais problemas.⁴⁸

Almejando estabelecer um conceito de imputação objetiva, percebe-se que o problema causal sempre gerou toda a discussão no âmbito penal. As teorias causais, entretanto, não atenderam à demanda de identificar especificamente os fatos relevantes ao Direito Penal.⁴⁹

A relação de causa e efeito existente, no Direito Penal Clássico, como a base da classificação típica, não permitia, de plano, estabelecer se o resultado socialmente danoso poderia ser imputado ao autor como obra sua. Deste modo, houve a necessidade de limitar a responsabilidade na sua origem, e não estendendo a análise até o momento da verificação da culpabilidade. Dito isto, porque, em muitos casos o resultado era determinado por uma ação que escapava ao domínio do autor ou ainda em decorrência de um acidente.⁵⁰

ROXIN, em meados dos anos 70, deu o passo fundamental para o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, imputável é somente o resultado que se pode conceber como orientado de acordo com a finalidade.⁵¹

⁴⁸ FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. Trad. Ricardo Robles Planas. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; Schünemann; Bernd et al. Sobre el estado de la teoría del delito: (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000. p. 22. Apud: GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 228.

⁴⁹ BUSATO, Paulo César. Fatos e Mitos sobre A Imputação Objetiva. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 78.

⁵⁰ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 68.

⁵¹ ROXIN, Claus, “Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal”, Problemas Fundamentais de Direito Penal, trad. Ana Paula S. L. Natscheradetz, Lisboa, Veja, 1979, p. 146. Apud: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 68.

A imputação objetiva, apesar de algumas divergências de critérios de aplicação, pautados em especial na identificação do nexos objetivo entre ação e resultado, tem como função a limitação da responsabilidade penal. Desta forma, a atribuição de um resultado a uma pessoa não é determinado somente pela relação de causalidade, mas é necessário um ou outro nexos, de modo que esteja presente a realização de um risco proibido pela norma, ou seja, a imputação objetiva somente será aplicada quando for possível imputar um resultado a uma pessoa se a ação desta criou um risco juridicamente desaprovado que está refletido no resultado típico.⁵²

GOMES⁵³ ainda acrescenta que, a mera interpretação da lei gerava o isolamento penal diante da realidade e, conseqüentemente a ciência do direito penal esgota-se na dogmática penal. Realizando uma análise das três etapas mais significativas, causalismo, neokantismo e o finalismo, o autor chega ao seguinte raciocínio:

Fizeram, assim, só Dogmática. E foram acrílicos, assépticos, neutros, não se preocuparam com a construção de uma ciência evolutiva. Afastaram-se da realidade e elaboraram um Direito penal extremamente formalista e conservador (proteção do status quo). Não estudaram Criminologia, não se aprofundaram na Política criminal. Não admitiram os postulados político-criminais dentro da teoria do delito. Aceitaram o método meramente subsuntivo em relação à tipicidade (fato típico é o descrito na lei). Glorificaram o legislador, poucas vezes foram críticos em relação à caótica legislação.⁵⁴

Para a teoria finalista a ação é uma conduta realizada com um objetivo, um fim consciente e voluntário para chegar a um fim. Todavia, de acordo com JAKOBS⁵⁵, a combinação do ser humano e, curso causal, por meio da imputação, para obter a ação humana não pode ser feita apenas pelo viés individual, mas sim se utilizando um esquema de interpretação no qual a condição determinante deriva da construção da sociedade, sendo a esse esquema, na dogmática jurídico-penal, chamado de imputação objetiva.

⁵² BUSATO, Paulo César. Fatos e Mitos sobre A Imputação Objetiva. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 80.

⁵³ GOMES, Luís Flávio. Teoria constitucionalista do delito, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 72.

⁵⁴ GOMES, Luís Flávio. Teoria constitucionalista do delito, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 74-75.

⁵⁵ JAKOBS, Günther, A Imputação Objetiva no Direito Penal, Tradução de André Luís Callegari, Editora Revista dos Tribunais, p. 23.

Para ROXIN⁵⁶, a proteção dos bens jurídicos é função do Direito Penal e sustenta a teoria do injusto, portanto o bem jurídico passa a ser o ponto fundamental; ademais a teoria da imputação objetiva se encontra enlaçada diretamente com o princípio da proteção de bens jurídicos, estabelecendo a medida da proteção mediante um sutil conjunto de regras, racionalmente convincentes, circunscritas ao social, e politicamente necessárias.

Para melhor compreensão, nas palavras de Damásio de Jesus:

Diferenciam-se relação de causalidade e imputação objetiva. Naquela, procura-se estabelecer um liame no mundo natural entre o comportamento e o resultado também natural (“consequente necessário”); nesta, equaciona-se uma relação jurídica entre a conduta, um risco a bem jurídico e o resultado também jurídico (“consequente prescrito”). A expressão “imputação objetiva” não quer dizer “responsabilidade penal objetiva”, que significa responder o autor pelo resultado, por crime doloso ou culposo, desde que presente a relação de causalidade com a conduta, ainda que não tenha agido com dolo ou culpa. Não se relaciona com presunção de dolo e culpa e sim com o nexó normativo entre a conduta criadora de relevante risco proibido e o resultado jurídico (afetação do bem jurídico). Distingue-se também da “imputabilidade penal” (art. 26 do CP), em que é questionado se o sujeito, no momento da conduta, tinha capacidade intelecto-volitiva (de entender e de querer). Diferencia-se da responsabilidade penal subjetiva, que diz respeito à atitude pessoal do autor, agindo com dolo ou culpa. Aqui se trata de atribuir juridicamente a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco proibido ou de haver provocado um resultado jurídico.⁵⁷

Tem-se, pois, que para a análise da relevância jurídica dos atos causais, indispensável que a condição determinante gere um risco desaprovado e a produção de um resultado jurídico.

3.2 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE ACORDO COM ROXIN

ROXIN foi o primeiro a desenvolver os critérios da imputação objetiva, a partir da doutrina elaborada por HONING. Referida teoria, tem um vínculo específico com a ação humana, uma vez que há necessidade da criação de um risco juridicamente reprovável e este deve ser encontrado concretamente no resultado.⁵⁸

Há na ação humana uma finalidade consciente e objetiva que é a possibilidade de direção e domínio da vontade com relação ao risco juridicamente

⁵⁶ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal, org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 43.

⁵⁷ JESUS, Damásio E. de. Imputação objetiva. 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33-34.

⁵⁸ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 72.

relevante para o Direito Penal. Assim, não se tratava de uma visão autoritária da relação de causalidade que atribui ao agente as consequências de seu ato, para depois deduzir a relevância do resultado para o Direito Penal, ao contrário, na análise da ação há de examinar-se que, se o ordenamento jurídico não proíbe determinada conduta é porque esta não se constitui num risco de lesão ao bem jurídico.⁵⁹

Realizadas estas breves considerações, ROXIN, analisa que a imputação ao tipo objetivo obedece aos seguintes princípios:

- a) Em primeiro lugar, a imputação só é possível quando o autor criou um perigo não coberto pelo risco permitido para um bem jurídico, sendo que, caso contrário, nem mesmo o delito tentado é possível.
- b) Uma vez criado esse perigo, é necessário que se realize no resultado concreto, sob pena de ser imputável ao autor apenas uma responsabilidade a título de tentativa.
- c) Mesmo realizado o perigo não acobertado por um risco permitido, deve-se atentar para o alcance do tipo, se abarca a evitação de tais perigos e os suas repercussões.⁶⁰

As ideias acima apresentadas dispõem consideráveis consequências. Previamente, ROXIN alerta que a imputação não é possível quando o autor diminui o risco a que estava exposto um bem jurídico. Esta problemática, nas palavras do autor, poderia ser solucionada no âmbito da ilicitude por meio do estado de necessidade, contudo, isto levaria ao absurdo de considerar típica uma ação que vem ao auxílio do bem jurídico.⁶¹

De acordo com o autor, ainda, da mesma forma que a imputação não se figura correta nos casos de diminuição do risco, quando o aumento deste se configura irrelevante juridicamente, não há como falar-se em tipicidade. Ademais, as condutas socialmente adequadas e geralmente não perigosas não podem estar proibidas, de forma que riscos socialmente adequados não podem acarretar a imputação do resultado lesivo.⁶²

Outro fator relevante é o que toca aos cursos causais hipotéticos, abordados acima, em que a conduta do autor seria substituída pela de outro, caso o primeiro

⁵⁹ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal/Claus Roxin; tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101.

⁶⁰ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal/Claus Roxin; tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101.

⁶¹ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal/Claus Roxin; tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 104.

⁶² ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal/Claus Roxin; tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 104.

não agisse, podemos exemplificar tal hipótese com os fuzilamentos de guerra. Segundo ROXIN, nesses casos, não há como negar a responsabilidade do autor, o que pode ser acrescido para os casos nos quais a conduta substituta fosse jurídica.⁶³

Toda via, nos casos em que a conduta humana somente adultera uma causalidade natural, para ROXIN, o resultado analisado não será imputado ao autor obrigatoriamente, sem que a situação da vítima seja piorada ou o resultado antecipado no tempo. Insta salientar que não se pode confundir a simples alteração do curso causal natural com sua substituição, como acontece no caso em que um condenado à morte é assassinado no mesmo momento em que sua execução toma lugar. Neste quadro, a ação lesiva é completamente autônoma e, tendo em vista que os danos a bens jurídicos são puníveis, a menos que presente uma causa de justificação, o resultado deve ser imputado ao sujeito que desempenha tal ação.⁶⁴

Afinal, de acordo com o autor, existe a possibilidade que um risco relevante tenha sido criado, mas se este for um risco socialmente permitido, a imputação restará afastada. Ademais, todo o tráfego público, seja marítimo, aéreo, ferroviário, bem como o funcionamento de instalações industriais ou as intervenções médicas, estes são casos de risco permitido, sendo impossível efetuar uma ponderação na esfera da ilicitude, sob pena de desautorizar tais condutas, sendo que, desde que se permaneça dentro dos limites do risco permitido, mesmo que possivelmente venha causar um resultado lesivo, isenta o autor de responsabilização.⁶⁵

Ainda, no mesmo sentido, Damásio de Jesus:

Percebe-se, portanto, que como a sociedade depende do avanço nos mais variados campos para proporcionar o bem-estar da humanidade, sendo que muitos desses avanços geram perigos relevantes aos bens dos cidadãos, é realizada a ponderação entre a tutela absoluta dos bens dos cidadãos e a utilidade social do progresso. Ou seja, verifica-se o custo benefício, sendo que o ordenamento inclina-se pela utilidade social, motivo pelo qual admite a prática de atividades arriscadas, como, por exemplo, a construção de enormes barragens.⁶⁶

⁶³ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 73. Apud: Claus Roxin, “Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal”, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, trad. Ana Paula S. L. Natscheradetz, Lisboa, Veja, 1979, p. 150.

⁶⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal/Claus Roxin*; tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 106.

⁶⁵ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal/Claus Roxin*; tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 106-107.

⁶⁶ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

Seguindo o pensamento de ROXIN, podemos constatar que vivemos em uma sociedade de riscos, sendo que o perigo está presente no cotidiano. Sendo assim, a humanidade ficaria estagnada se fossem proibidas certas atividades tidas como perigosas. Embora a criação de um risco não permitido seja uma condição necessária à imputação, não é suficiente para esta, de forma que a análise, uma vez superada a primeira fase, deve indagar se este risco realizou-se no resultado em questão.

Para ROXIN⁶⁷, o legislador penal não proíbe determinadas condutas que são efetivamente de risco, posto que a vida na sociedade moderna implique a aceitação de vários riscos. Contudo, tal afirmação não permite interpretarmos que tudo é permitido, ou seja, ele entende que uma conduta que aumente o grau de risco para o bem jurídico, mesmo que seja realizada dentro de um grau de risco permitido pela norma, pode gerar imputação penal pela superveniente produção do resultado, desde que tenha de algum modo, incrementado o risco.⁶⁸

Nesse contexto, a primeira questão a ser resolvida diz respeito à realização do perigo. Segundo ROXIN, a imputação deve ser excluída quando o resultado não advém da realização do perigo criado ao bem jurídico protegido, mas tão somente por uma relação puramente causal com esse, possibilitando que o autor responda apenas a título de tentativa.⁶⁹

Por exemplo, podemos citar à hipótese na qual um motorista vai além do limite de velocidade e, posteriormente, reduz à velocidade permitida, quando atropela um guri que se coloca na via, de modo que é impossível ao motorista desviar a batida, resultando na morte do jovem. Nesse caso, não existe a produção do risco criado pelo excesso de velocidade, porquanto tão causal quanto o excesso é a redução, sem a qual o automóvel não estaria naquele momento em tal lugar.⁷⁰ Deste modo, há possibilidade de afastar a imputação no caso concreto, levando em consideração o alcance do tipo.

Conforme essa análise surge o primeiro grupo de possibilidades a serem englobadas, dentre elas: a cooperação em uma auto colocação em perigo dolosa,

⁶⁷ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal/Claus Roxin; tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108.

⁶⁸ BUSATO, Paulo César. Fatos e Mitos sobre A Imputação Objetiva. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 84.

⁶⁹ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal/Claus Roxin; tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 110-112.

⁷⁰ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal/Claus Roxin; tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 114.

que podem ser exemplificadas por meio de casos como o do homem que entrega droga a um viciado, com a qual este sofre uma overdose, ou o da pessoa que termina por se envolver em um acidente automobilístico com um terceiro, que se recusa a receber uma transfusão de sangue e vem a óbito em decorrência dos traumas causados pelo acidente.⁷¹

Nestes termos, a responsabilidade do autor de uma ação negligente, mesmo que, tenha criado um risco não permitido e este tenha se manifestado, deve ser excluída, caso a vítima possua conhecimento das possíveis consequências de sua conduta, de modo que, se o agente operou dolosamente, deve ser responsabilizado apenas por um crime tentado.⁷²

Nas palavras de ROXIN, é através da lei que surge o método correto de solução, de forma a igualar a situação de terceiro em perigo, aceita por este, e a auto colocação em perigo, conexão que depende de três critérios, são eles: o dano deve ser consequência do risco corrido e não de outras falhas acessórias; a pessoa colocada em perigo deve ter a mesma responsabilidade pela atuação comum de que quem o expõe ao perigo e o sujeito posto em perigo há de possuir a mesma consciência a respeito deste do que aquele que lhe coloca em perigo.⁷³

Tentamos reproduzir uma breve explicação das principais ideias de ROXIN sobre o tema em comento, sendo assim, passamos a analisar dois pontos debatidos nos ensinamentos do autor, sendo eles: a teoria do incremento do risco e do fim de proteção da norma de cuidado.

3.3 TEORIA DO INCREMENTO DO RISCO, DO FIM DE PROTEÇÃO DA NORMA DE CUIDADO E CONDUAS ALTERNATIVAS ADEQUADAS AO DIREITO.

Conforme a doutrina de ROXIN, um dos problemas mais discutidos sobre a ideia de risco é a que se refere às hipóteses em que, mesmo com a concretização de um resultado lesivo e de uma ação inconveniente, não é certo que outra conduta

⁷¹ ROXIN, Claus, “Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal”, Problemas Fundamentais de Direito Penal, trad. Ana Paula S. L. Natscheradetz, Lisboa, Veja, 1979, p. 160. Apud: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 80.

⁷² JESUS, Damásio E. de. Imputação objetiva. 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50.

⁷³ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal/Claus Roxin; tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120. Apud: Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PURS, Thiago Zucchetti Carrion – Os Reflejos da Teoria Da Imputação Objetiva na Jurisprudência Brasileira. 2007, p. 26.

prudente e adequada ao direito seria capaz de impedir a ocorrência do evento danoso.

Para elucidar a série de problemas, vejamos os exemplos mencionados da jurisprudência alemã:

- a) Caso dos pelos de cabra. Um empresário entregou pelos de cabra procedentes da China para que suas empregadas fabricassem pincéis. Não desinfetou os pelos de cabra antes de entregá-los. Quatro trabalhadoras se contagiaram e morreram em consequência de uma enfermidade. A prova pericial não precisou se os desinfetantes pertinentes teriam tido êxito.
- b) Caso do ciclista e do caminhoneiro. O motorista de um caminhão ultrapassa um ciclista sem observar a distância de segurança prevista (realiza a ultrapassagem a uma distância de 75 cm em vez dos cem a 150 cm previstos). Durante a ultrapassagem, o ciclista, em estado de embriaguez (concentração de álcool no sangue de 1,96%), devido a uma reação, gira a bicicleta para a esquerda e cai debaixo das rodas do reboque do caminhão, morrendo em consequência do acidente. Ficou provado que, mesmo que o caminhoneiro tivesse mantido a distância de segurança, o resultado letal teria ocorrido, quase que com completa certeza devido à embriaguez do ciclista.
- c) Caso do anestésico novocaína. Administrou-se cocaína a uma criança, como anestésico, em lugar da novocaína, conforme a *lex artis*. A criança vem a morrer. Na autópsia, se descobre a particular e estranha anomalia física da criança, segundo a qual todo o tipo de anestésico seria rejeitado.
- d) Caso do farmacêutico. Um farmacêutico vende para a mãe de uma criança raquítica, mediante receita médica, um preparado de fósforo. A operação se repete várias vezes, sem que o farmacêutico exija a entrega da respectiva receita. A criança morre em consequência de uma intoxicação aguda, advinda do tratamento. A prova pericial demonstra que a intoxicação não tinha sintomas evidentes, motivo que não pode excluir o fato de que o médico, se consultado, poderia continuar com o tratamento.⁷⁴

Deste modo, surgiu à chamada “teoria da evitabilidade”, desenvolvida pela doutrina, buscou não imputar um resultado a alguém quando a lesão é inevitável, através de uma conduta juridicamente correta. Contudo, surgem algumas críticas à referida teoria, no sentido de que esta não conseguiria explicar, por exemplo, à discussão acerca da causalidade hipotética.⁷⁵

A referida teoria tenta responder com a fundamentação de que essa análise mistura os casos de conduta alternativa adequada ao direito, onde se compara uma conduta típica e uma ação correta meramente hipotética, e a presença real de riscos concorrentes em reserva.⁷⁶

⁷⁴ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Teoria da imputação objetiva estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. São Paulo: Manole, 2003, p. 10-12.

⁷⁵ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Teoria da imputação objetiva estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. São Paulo: Manole, 2003, p. 14-16.

⁷⁶ FEIJÓO SANCHEZ, op. cit., p. 17. Apud: Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PURS, Thiago Zucchetti Carrion – Os Reflejos da Teoria Da Imputação Objetiva na Jurisprudência Brasileira. 2007, p. 28.

Contudo, a teoria da evitabilidade permite esvair a indagação central da problemática que envolve os fatos acima descritos, em razão de, somente o cálculo hipotético, não afetar o juízo de imputação, a menos que esteja assistido da observância das normas de cuidado e da avaliação do risco permitido.⁷⁷ Isto é, a questão está em determinar se a conduta criou um risco típico ou um risco socialmente aceito, sendo assim o recurso ao comportamento hipotético não será necessário.⁷⁸

Conforme ROXIN⁷⁹, entretanto, a possibilidade dessa análise somente dá-se nos casos em que há certeza de que a conduta adequada ao direito seria supérflua, para os quais a imputação é excluída pela ausência na realização do risco não permitido, da maneira que, em outros casos, o resultado deveria ser imputado ao autor, pois, o risco foi incrementado de modo significativo pela conduta negligente, sendo que as consequências serão imputadas a quem tenha originado o aumento do risco.

Em contrapartida, conforme FEIJÓO SÁNCHEZ⁸⁰, a teoria do incremento do risco é um manejo dogmático conduzido por critérios de política criminal, haja vista que desvirtua a essência dos tipos de resultado, pois visa punir “tentativas culposas”. Nesse sentido, essa proposta não é compatível com as exigências mínimas do princípio de legalidade, ademais salienta que subverte o próprio parâmetro de crimes de resultados em benefício de critérios político criminal desconhecido pelo legislador para desenvolver este trabalho, fazendo que a dúvida recaia contra o réu.

Para ROXIN, é impossível dividir o risco em uma parte proibida e outra permitida, portanto deve o autor responder por todas as consequências de sua conduta, quaisquer que sejam elas. Todavia, esta ideia determinaria a imputação nos casos em que é certo que a ação alternativa pudesse, com certeza, evitar o

⁷⁷ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Teoria da imputação objetiva estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. São Paulo: Manole, 2003, p. 18. Apud: Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PURS, Thiago Zucchetti Carrion – Os Reflejos da Teoria Da Imputação Objetiva na Jurisprudência Brasileira. 2007, p. 28.

⁷⁸ Idem., p. 28.

⁷⁹ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal/Claus Roxin; tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 124.

⁸⁰ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Teoria da imputação objetiva estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. São Paulo: Manole, 2003, p. 42-43. Apud: Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PURS, Thiago Zucchetti Carrion – Os Reflejos da Teoria Da Imputação Objetiva na Jurisprudência Brasileira. 2007, p. 28-29.

dano. Conforme o exposto, esta hipótese não é aceita pelo doutrinador, sendo assim acaba por não aplicar a teoria do incremento do risco nestes casos.⁸¹

3.4 ANÁLISE ÀS POSIÇÕES DE ROXIN E JAKOBS

À Teoria da Imputação objetiva recebe uma das críticas mais tradicionais, qual seja, a que consiste na sua confusão e carência de lucidez conceitual, conforme leciona BITENCOURT. O doutrinador declara que “a única certeza, até agora, apresentada pela teoria da imputação objetiva é a incerteza dos seus enunciados, a imprecisão dos seus conceitos e a insegurança dos resultados a que pode levar”.⁸²

Conforme observado, para o mencionado autor, o aspecto apontado pela visão de ROXIN acaba refletindo na ideia de que a teoria da imputação objetiva pareça ser um agrupamento confuso de critérios que buscam soluções político criminais cabíveis para grupos de casos determinados, em razão de inexistir, na referida proposta, determinação acerca de quais seriam tais objetivos pretendidos pelo direito penal.⁸³

Em pensamento igual, FEIJÓO SÁNCHEZ leciona que esses fins poderiam ser a prevenção geral positiva, a intimidação, a prevenção especial, a proteção de bens jurídicos, o prazer da ânsia de vingança etc.⁸⁴

A teoria da imputação objetiva destaca-se por uma das principais características, qual seja a heterogeneidade das propostas, deste modo, passamos a analisar a colaboração de uma ótica diversa, a de JAKOBS.

De mesmo modo que ROXIN, JAKOBS aborda o direito penal sob uma ótica funcional-teleológica que, diferentemente do primeiro autor, centra-se na sua ideia de função da pena. Nesse tom, para JAKOBS, as normas são estruturas da própria sociedade, que a organizam, de modo que a existência da última depende da

⁸¹ ROXIN, Claus, “Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal”, Problemas Fundamentais de Direito Penal, trad. Ana Paula S. L. Natscheradetz, Lisboa, Veja, 1979, p. 165. Apud: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 85.

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 191.

⁸³ Idem, p. 192.

⁸⁴ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Teoria da imputação objetiva estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. São Paulo: Manole, 2003, p. 102.

vigência das primeiras, é a chamada “Lei e Ordem”.⁸⁵ Ademais, de acordo com autor, a vigência de uma norma depende de que a sua desobediência não represente a estrutura da própria sociedade, de maneira que o delinquente trabalharia buscando alterar a sociedade a um aspecto diverso, em razão de atentar contra a norma lesão que necessita ser suprimida pela pena.⁸⁶

Esta concepção teórica possibilita ao autor eximir-se dos questionamentos dirigidos anteriormente a ROXIN, considerando-se que a teoria da imputação objetiva encontra-se inerente a um princípio orientador, determinando que os ataques investidos a JAKOBS visem o alicerce de seu pensamento, para ele a teoria da imputação objetiva vislumbra como, especialmente, uma teoria de revisão do tipo objetivo, sendo mais adequado referi-la como uma imputação da conduta de forma típica.⁸⁷

Conforme o autor, todo contato social expõem a riscos e, alguns riscos devem ser tolerados/permitidos. Todavia, não há possibilidade de delimitar o risco permitido através de um cálculo de custo-benefício, equivalente ao efetuado no estado de necessidade, já que o socialmente adequado, do qual o risco permitido não passa de concreção, possui legitimação histórica e não através do direito.⁸⁸

Sendo assim, para JAKOBS, a sociedade não é um aparato de proteção a interesses jurídicos, mas um contexto de interação, a partir de então é que deve surgir a aparência do risco permitido.⁸⁹

No modelo de raciocínio do autor, a disciplina jurídica acerca de uma atividade não é imprescindivelmente negativa, tendo em vista que o ordenamento prevê diversos casos de anuência de comportamentos. Apesar disso, ao contrário do que ocorrem com as proibições, os mandados positivos vigoram, puramente, como referenciais relativos ao risco permitido. Dessa maneira, por exemplo, a oportunidade jurídica de dirigir na velocidade máxima não permite o condutor a

⁸⁵ JAKOBS, Günther, *A Imputação Objetiva no Direito Penal*, Tradução de André Luís Callegari, Editora Revista dos Tribunais, p. 09.

⁸⁶ *Idem*, p. 10.

⁸⁷ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Manole, 2003, p. 121.

⁸⁸ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁹ Significado e alcance da imputação objetiva no direito penal, no que diz respeito à concepção de JAKOBS. Trad. Ricardo Breier. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, p. 179, set./out. 2005.

culminar esse patamar em qualquer momento, pois o que se busca é a proteção do ordenamento jurídico.⁹⁰

Segundo o autor, essas ponderações fazem surgir uma dúvida acerca de qual seria o referencial para se julgar “quando um comportamento é do tipo que se proíbe ordinariamente e quando concorrem condições ideais para sua realização”. Eis que surge a resposta: o “homem probo” para tal função. Todavia, uma afirmação como essa conduziria a um exercício circular, visto que, para o autor, é exatamente a configuração desse “homem probo” que se busca delimitar.⁹¹

Neste sentido, o risco permitido será delineado a partir do papel social desempenhado pela pessoa, de modo que os conhecimentos especiais possuídos e não atinentes à função desempenhada são, em regra, irrelevantes para a classificação do risco como permitido ou não.⁹²

Contudo, esta afirmativa pode ser mitigada em alguns casos, como, por exemplo, o sujeito que possui conhecimentos especiais os utiliza contra a vítima, bem como nas hipóteses nas quais, em virtude do que JAKOBS chama de “vínculo institucional”, a pessoa deve utilizar de todo o conhecimento que possui situação que, para este, incluiria a relação existente entre pais e filhos.⁹³

Nada obstante, a proposta do se mostra perniciososa na seguinte situação:

Um estudante de biologia ganha algum dinheiro trabalhando à tarde como garçom. Quando se pede a ele para servir uma salada exótica descobre nela uma fruta que sabe por seus estudos ser venenosa. De todo modo, serve a salada.⁹⁴

Neste caso, para JAKOBS, a tipicidade da conduta de homicídio não se perfaz.

Eis que surge uma dificuldade prática na delimitação do que seriam essas funções sociais e, de acordo com FEIJÓO SÁNCHEZ⁹⁵ “existe a função de vizinho,

⁹⁰ BUSATO, Paulo César. Fatos e Mitos sobre A Imputação Objetiva. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 90.

⁹¹ BUSATO, Paulo César. Fatos e Mitos sobre A Imputação Objetiva. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 91-92. Apud: Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PURS, Thiago Zucchetti Carrion – Os Refleos da Teoria Da Imputação Objetiva na Jurisprudência Brasileira. 2007, p. 28.

⁹² JAKOBS, Günther, A Imputação Objetiva no Direito Penal, Tradução de André Luís Callegari, Editora Revista dos Tribunais, p. 20.

⁹³ Idem, p. 20.

⁹⁴ JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no direito penal. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 49.

⁹⁵ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Teoria da imputação objetiva estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. São Paulo: Manole, 2003, p. 123.

de comprador de sapatos, de taxista, de devedor, de aluno da quinta série, de cantor de ópera frente ao cantor de rock?”.

Ademais, não cabe ao aplicador do direito, no caso concreto, constatar se houve a violação da função social, mas sim se lesionou ou matou alguém, pois a função do direito penal é proteger o cidadão e não a observância da “função social”.⁹⁶

3.5 DEFINIÇÃO DAS FONTES DE RISCO E SUA PROLIFERAÇÃO NA SOCIEDADE MODERNA

Para a teoria da imputação objetiva, o risco permitido caracteriza-se como instituto de eliminação da atribuição normativa naqueles casos em que o comportamento do agente se restringe ao que for reputado como socialmente tolerável.

Quanto a permissão do risco socialmente tolerável, a sua origem está na anuência social, ou seja, de acordo com JAKOBS⁹⁷, decorre do fato de que “uma sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar à sociedade, uma garantia normativa que implique a total ausência de riscos não é factível.” O autor ainda acrescenta que pelo contrário, o risco faz parte da configuração social, devendo ser irremediavelmente tolerado como risco permitido.

O risco permitido corrobora para o âmbito da teoria da imputação objetiva, pois atua como característica intercomunicante com a realidade social, fazendo com que a adequação das bases teóricas eminentemente abstratas se articule com o consenso pragmático proposto pela sociedade.

Deste modo, percebe-se que o risco permitido define os limites entre o que é aceito e o que é proibido, revelando-se inerente às próprias construções sociais, a fim de restringir tudo o que desvirtua os objetivos de prosperidade e crescimento salutar, tal como a proibição de trafegar na contra mão de uma pista de rolamento de duplo sentido, pois resultaria em constantes acidentes, desencadeando inúmeros problemas que afetam a própria estrutura jurídico-social. Não obstante, o tráfego

⁹⁶ JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no direito penal. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 51.

⁹⁷ JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no direito penal. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 57-58.

normal de veículos se apresenta perfeitamente aceito pela sociedade, embora venha a resultar previsíveis lesões aos bens jurídicos protegidos.

Neste sentido, ROXIN⁹⁸ salienta que atividades tidas como normais, ainda que possam vir a ensejar acidentes, os riscos mínimos socialmente adequados resultantes não são levados em conta pelo Direito, de modo que a ocorrência do resultado por eles deflagrada não seria imputável a quem os tenha cometido.

A partir das perspectivas sociais de cada período histórico são fixados os parâmetros do atributo permissivo do risco, bem como em razão da localidade e características culturais peculiares de cada região a oscilar conforme à apreensão de práticas reiteradas e costumes arraigados nos diferentes povos, sobretudo originado de ascendentes e até mesmo ancestrais, que transmitem esta lógica própria, imanente às suas tradições.

Neste diapasão, risco permitido se oriunda do conceito sociológico denominado “sociedade de risco”, podendo ser definido, como sendo a sociedade em que o risco enquanto antecipação da catástrofe, provenientes de decisões humanas – “orienta as escolhas”.⁹⁹

Nas palavras de BECK:

A encenação do risco mundial leva a produzir, a construir socialmente a realidade, de maneira que o risco é causa e meio da reconfiguração social e está estreitamente relacionado (...) com as novas formas de classificar, interpretar e organizar nossa cotidianidade e de encenar, organizar, viver e configurar a sociedade a fim de fazer presente do futuro.¹⁰⁰

A partir da Europa Ocidental, aproximadamente há três séculos, começa a surgir um novo modelo de vida a partir da evolução, qual seja: a modernidade. Esta nova estrutura decorre do capitalismo a partir da revolução industrial. Neste momento o avanço tecnológico cresce consideravelmente, impulsionando descobertas, a partir das quais se cercou o universo humano de bens e serviços que, colocados à disposição no mercado, com a promessa de proporcionarem uma

⁹⁸ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal* – Tradução e Introdução de Luiz Greco. São Paulo: Renovar, 2002, p. 315.

⁹⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*, p. 67. Apud: GUARAGNI, Fábio André, *Multiplicação de Fontes de Risco Como Marca da Sociedade Contemporânea e a Tragédia da Boate Kiss – “Tragédia de Santa Maria: Uma Visão Multidisciplinar”*, 1ª Edição – Curitiba – 2013, Instituto Memória Editora, p. 99.

¹⁰⁰ Idem, p. 99-100.

vida melhor. Esta foi a principal promessa advinda da modernidade, convencendo a todos para que acreditassem na capacidade inventiva do homem.¹⁰¹

Com a disponibilidade de tecnologias ofertadas no mercado para a sociedade, como o advento do avião, telefone celular, a cura para doenças, de certo modo, produziram um grande encantamento que o homem, fascinado por elas, não percebia os riscos que tinham a potência de produzir.

Com o passar do tempo o homem começou a perceber os riscos possíveis de serem concretizados. Abrase um parêntesis: o risco é a antecipação de tragédias derivadas de decisões humanas. Ou seja, o risco é subjetivo, é uma abstração mental, porquanto sempre produzido por uma determinada percepção e valoração cultural, conforme afirma BECK¹⁰². A potência lesiva oriunda nos novos inventos humanos estava maquiada pela euforia do final do século XIX com o novo mundo prometido pelas tecnologias.

O risco é uma percepção cultural, enquanto construção subjetiva, pois a própria ideia de medo varia de cultura para cultura, de acordo com a bagagem de vivências que permita a antevisão das tragédias. Destarte, certa relação entre nível de cultura e medo foi sugerida por JEAN DELUMEAU:

Refinados que somos por um longo passado cultural, não somos hoje mais frágeis diante dos perigos e mais permeáveis ao medo do que nossos ancestrais? É provável que cavaleiros de outros, impulsivos, habituados às guerras e aos duelos e que se lançavam com impetuosidade nas disputa, fossem menos conscientes dos perigos dos combates do que os soldados do século XX, portanto menos sensíveis ao medo. Em nossa época, em todo caso, o medo diante do inimigo tornou-se regra.¹⁰³

Não podemos interpretar que o risco não seja capaz de antecipar tragédias factíveis. Como sempre cultural, é no plano subjetivo que a tragédia se encontra. Quando sendo tragédia efetiva, pode ganhar sustentação por indicadores variados, como regras de experiência e dados estatísticos. Sendo assim, estão distantes de serem propriamente desprezíveis. A partir da análise das situações concretas em eu

¹⁰¹ GUARAGNI, Fábio André, Multiplicação de Fontes de Risco Como Marca da Sociedade Contemporânea e a Tragédia da Boate Kiss – “Tragédia de Santa Maria: Uma Visão Multidisciplinar”, 1º Edição – Curitiba – 2013, Instituto Memória Editora, p. 100.

¹⁰² BECK, Ulrich. La sociedade del Riesgo Mundial, p. 32. Apud: GUARAGNI, Fábio André, Multiplicação de Fontes de Risco Como Marca da Sociedade Contemporânea e a Tragédia da Boate Kiss – “Tragédia de Santa Maria: Uma Visão Multidisciplinar”, 1º Edição – Curitiba – 2013, Instituto Memória Editora, p. 101.

¹⁰³ DELUMEAU, Jean. História do medo no Ocidente, p. 22. Apud GUARAGNI, Fábio André, Multiplicação de Fontes de Risco Como Marca da Sociedade Contemporânea e a Tragédia da Boate Kiss – “Tragédia de Santa Maria: Uma Visão Multidisciplinar”, 1º Edição – Curitiba – 2013, Instituto Memória Editora, p. 103.

se coloca a ideia de risco com centralidade para a tomada de decisões políticas e, enquanto parte destas, político-criminais.¹⁰⁴

A tragédia antecipada não pode ser fantasmagórica, pois o direito penal não protege bens jurídicos contra ataques que não sejam de certa relevância. Enquanto produto cultural, os riscos tiveram seus patamares elevados. Contudo, há aqueles que entendam que nunca estivemos tão seguros; acrescentam ainda que somos as pessoas mais saudáveis, mais ricas e mais longevas que já existiram, de acordo com o pensamento de GARDNER¹⁰⁵. E temos cada vez mais medo.

Não podemos negar que as tecnologias trouxeram benefícios e comodidades para o cotidiano humano, mediante a universalização de produtos e serviços. Através do aumento da perspectiva de vida, podemos vislumbrar as consequências positivas concretizadas. Todavia, este aumento de patamares de segurança dirigiu-se, sobretudo, à contenção dos perigos oriundos de processos naturais. Vejamos o exemplo do autor GUARAGNI:

Efetivamente, não é mais comum morrer em decorrência de uma ruptura de membros, produtora, por exemplo, de subsequente septicemia. A amputação, pelo mesmo motivo, não aparece como técnica cirúrgica cotidiana para evitar a morte derivada destes quadros clínicos. Os antibióticos evitam a infecção generalizada. Ponto para as tecnologias, dominando riscos procedentes da natureza.¹⁰⁶

Em que pese, se os perigos que surgem da natureza foram obstaculizados mercê do conhecimento e conseqüente controle humano, as fontes de riscos procedentes de decisões humanas intensificaram-se na proporção gigantesca com que se aumentou o conhecimento científico e a capacidade de produzir novos inventos. Em decorrência da explosão tecnológica dos últimos três séculos, novos saberes potencializaram desastres antes nunca previstos. Feita esta análise

¹⁰⁴ GUARAGNI, Fábio André, *Multiplicação de Fontes de Risco Como Marca da Sociedade Contemporânea e a Tragédia da Boate Kiss – “Tragédia de Santa Maria: Uma Visão Multidisciplinar”*, 1º Edição – Curitiba – 2013, Instituto Memória Editora, p. 103.

¹⁰⁵ GARDNER, Dan. *Risco: a ciência e a política do medo*, p. 18. Apud: GUARAGNI, Fábio André, *Multiplicação de Fontes de Risco Como Marca da Sociedade Contemporânea e a Tragédia da Boate Kiss – “Tragédia de Santa Maria: Uma Visão Multidisciplinar”*, 1º Edição – Curitiba – 2013, Instituto Memória Editora, p. 103.

¹⁰⁶ GUARAGNI, Fábio André, *Multiplicação de Fontes de Risco Como Marca da Sociedade Contemporânea e a Tragédia da Boate Kiss – “Tragédia de Santa Maria: Uma Visão Multidisciplinar”*, 1º Edição – Curitiba – 2013, Instituto Memória Editora, p. 105.

podemos chegar a uma conclusão, qual seja: “agora, é forte a noção de que novos saberes produzem novos não saberes”.¹⁰⁷

Após a revolução industrial criou-se uma sociedade de consumo em massa, tendo em vista o imenso cerco de produtos e serviços colocados à disposição dos cidadãos, com isso, o que se tem é o inegável incremento de fontes de riscos. Desde então, o tecido social ficou exposto, pois mesmo o não consumidor direto, dos produtos e serviços, ficaram vulneráveis aos riscos deles provenientes BECK faz menciona no sentido de uma democratização dos riscos, transpondo todas as barreiras e limites presentes na sociedade, como culturais ou até mesmo territoriais.¹⁰⁸

Sob a análise de ROXIN, a teoria da imputação objetiva institui três segmentos para orientar o processo analítico de verificação da imputação, quais sejam, a criação de um risco juridicamente relevante e proibido e sua realização específica no resultado, bem como sob o alcance do tipo penal. No aumento do risco, o autor introduziu dispositivo utilizado pelo intérprete para a aferição da ocorrência de um incremento do perigo, denominado “prognose póstuma objetiva”.¹⁰⁹

Acerca deste critério de avaliação do incremento do risco, GRECO segmenta o conceito de prognose póstuma objetiva, vejamos:

“Prognose, porque é um juízo formulado de uma perspectiva ex ante, levando-se em conta apenas dados conhecidos no momento da prática da ação; Objetiva, porque a prognose parte dos dados conhecidos por um observador objetivo, por um homem prudente, cuidadoso – e não apenas por um homem médio – pertencente ao círculo social em que se encontra o autor. Póstuma, porque, apesar de tomar em consideração apenas os fatos conhecidos pelo homem prudente no momento da prática da ação, a prognose não deixa de ser realizada pelo juiz, ou seja, depois da prática do fato.”¹¹⁰

Será considera adequada uma condição, quando ela for capaz de elevar a possibilidade de produção do resultado de maneira não irrelevante, quando não é

¹⁰⁷ BECK, Ulrich. La sociedade del Riesgo Mundial, p. 23. Apud: GUARAGNI, Fábio André, Multiplicação de Fontes de Risco Como Marca da Sociedade Contemporânea e a Tragédia da Boate Kiss – “Tragédia de Santa Maria: Uma Visão Multidisciplinar”, 1º Edição – Curitiba – 2013, Instituto Memória Editora, p. 104.

¹⁰⁸ GUARAGNI, Fábio André, Multiplicação de Fontes de Risco Como Marca da Sociedade Contemporânea e a Tragédia da Boate Kiss – “Tragédia de Santa Maria: Uma Visão Multidisciplinar”, 1º Edição – Curitiba – 2013, Instituto Memória Editora, p. 108.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus. Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal – Tradução e Introdução de Luiz Greco. São Paulo: Renovar, 2002, p. 54.

¹¹⁰ GRECO, Luiz. Um panorama da teoria da imputação objetiva. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007, p. 25-26.

simplesmente improvável que o comportamento traga consigo um resultado lesivo, ou seja, quando há submissão de todos os membros do tecido social a riscos produzidos em massa ou individualmente e, a conversão da tragédia seja efetiva, produzindo lesões. O primeiro consiste na emergência de bens jurídicos supraindividuais, no bojo de uma sociedade de riscos, na medida em que todos sofrem exposição a riscos. O segundo consiste na modificação da própria face dos clássicos bens jurídicos individuais. Também pode ocorrer de as fontes de risco massificado submeterem bens jurídicos individuais em escala supraindividual.¹¹¹

Contudo, a teoria da adequação, reputada como teoria de imputação e não como uma teoria da causalidade, não vingou em decorrência da restrição quanto à sua aplicabilidade, bem como em razão do excesso de abstração da teoria, que se resolvia, tão somente por via da verificação da adequação, o que resultou na sua insuficiência autônoma, vindo a ser incorporada pela teoria da imputação objetiva, reduzindo-se a elemento estrutural desta.

Para JAKOBS, num universo dividido segundo papéis sociais, há “expectativa de que todos mantenham em ordem seu círculo de organização, para que não se produzam efeitos exteriores capazes de gerar dano a outros.” Possuindo caráter negativo, impõem que os círculos de organização de cada ser humano permaneçam separados, de modo que um não invada o círculo do outro. Ainda, assinala que a existência de expectativas de que as instituições funcionem ordenadamente, com conteúdo positivo: instituições devem estar em harmonia com esferas individuais de organização. Quando os deveres de observação não são obedecidos, temos a infração, ou, delitos em virtude da responsabilidade institucional.¹¹²

A teoria da imputação objetiva evolui a partir do estudo do nexo de causalidade penal. Está de acordo com a sociedade de riscos na medida em que incorpora o elemento risco na verificação da responsabilidade jurídico-penal.

Para ROXIN, somente a partir da análise do risco que a teoria fundamenta-se, sendo assim, o risco é uma derivação da vontade humana.¹¹³

¹¹¹ GUARAGNI, Fábio André, Multiplicação de Fontes de Risco Como Marca da Sociedade Contemporânea e a Tragédia da Boate Kiss – “Tragédia de Santa Maria: Uma Visão Multidisciplinar”, 1º Edição – Curitiba – 2013, Instituto Memória Editora, p. 105.

¹¹² JAKOBS, Gunther. Derecho Penal, p. 11. Apud: GUARAGNI, Fábio André, Multiplicação de Fontes de Risco Como Marca da Sociedade Contemporânea e a Tragédia da Boate Kiss – “Tragédia de Santa Maria: Uma Visão Multidisciplinar”, 1º Edição – Curitiba – 2013, Instituto Memória Editora, p. 112.

¹¹³ ROXIN, Claus. Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal – Tradução e Introdução de Luiz Greco. São Paulo: Renovar, 2002, p. 73.

CAPÍTULO IV

TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA

4. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA.

Pelo cotejo da história, através da análise da trajetória do homem no decorrer dos anos, percebe-se que a corrupção segue seus passos. Sendo assim, é notório que a corrupção não é apenas o mal do século, mas sim da História da humanidade.¹¹⁴

O crime de corrupção passiva está previsto no artigo 317 do Código Penal. O tipo legal consiste em: solicitar, receber e aceitar. Sendo assim, quando o funcionário público executa uma dessas condutas o crime estará tipificado. A vantagem indevida, é de qualquer natureza, não necessita ser apenas monetária. O bem jurídico tutelado é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. É a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários, constituindo a corrupção passiva na venda de atos de ofício, num verdadeiro tráfico da função pública.¹¹⁵

Portanto, trata-se de crime próprio, podendo ser praticado por funcionário público, mesmo antes de assumir a função pública. Ademais, admite descrição típica à prática de condutas descritas, direta ou indiretamente, significa que o sujeito ativo pode valer-se, para a sua realização, de interposta pessoa.

O sujeito passivo deste crime é o Estado-Administração, bem como, a entidade de direito público, também podendo ser o particular que venha a sofrer os danos. O delito em comento pode caracterizar-se independentemente da corrupção ativa, vide exemplo, no caso de o funcionário público solicitar a vantagem indevida, não ofertada e nem prometida pelo particular, não configurando, neste caso, a corrupção ativa.

¹¹⁴ HABIB, Sérgio, Brasil: quinhentos anos de corrupção, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editora, 1994, p. 26.

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 5, p.110.

Por fim, o objeto é a vantagem, não importando, apenas, que seja de cunho patrimonial, mas sim desde que seja ilícita ou indevida e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente.¹¹⁶

Anteriormente ao nosso código atual, para que pudessem considerar consumadas a corrupção passiva e ativa, era necessário a correspondência entre uma e outra, constituindo autêntico concurso necessário. A partir da vigência do atual Código Penal, ambos os crimes passaram a serem considerados como de mera conduta, portanto formais.¹¹⁷

De acordo com MUÑOZ CONDE: “não se trata, portanto, de um crime bilateral, no sentido de que o delito surge como o aperfeiçoamento de um acordo de vontades entre o particular e o funcionário, mas de dois crimes distintos.”¹¹⁸

Contudo, há apenas dois casos específicos onde é essencial a bilateralidade, ou seja, não se configuram a modalidade passiva sem a ativa, o inverso não é verdadeiro, quais sejam nas hipóteses de receber e aceitar, pois necessariamente pressupõem a oferta ou a promessa de alguém.¹¹⁹

Para a configuração do crime de corrupção passiva é necessário que o agente saiba que a vantagem é indevida e que o faz em circunstância de ser funcionário público ou que assumirá essa condição. O dolo deve abranger todos os elementos que constituem o tipo penal, sob pena de configurar-se o erro de tipo, que por sua vez afasta a tipicidade.

O momento de consumação da corrupção passiva é instantâneo, ou seja, com a simples solicitação da vantagem indevida, recebimento desta ou com a concordância da promessa de receber eventual vantagem.

Quanto ao momento de consumação do crime de corrupção passiva, na modalidade de “solicitar”, é formal, isto é, para que o delito seja consumado é dispensável o recebimento efetivo, tipificando-se com a simples solicitação da vantagem indevida. Ainda, é necessário que a solicitação anteceda a obtenção da

¹¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 5, p.113.

¹¹⁷ Idem, p. 119.

¹¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal; Parte Especial, 15. Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 1004. Apud: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 5, p.119.

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 5, p.121.

indevida vantagem. De acordo com o exposto, percebe-se que nesta conduta o crime é formal, não sendo exigido resultado naturalístico.¹²⁰

Deste modo, o legislador dispensou a necessidade da concretização do resultado pretendido pelo agente. O tipo penal é descritivo quanto o comportamento e o resultado, mas dispensa a realização deste último.

A teoria da imputação objetiva surge com o escopo de imputar ao agente a prática de um resultado delituoso, quando por seu comportamento tiver criado um perigo juridicamente não permitido, nem tolerado ao bem jurídico. Ao observar a conduta de “solicitar” vantagem indevida, percebe-se que o crime independe de resultado para se caracterizar. Muito embora haja uma intensão do agente em criar um risco juridicamente proibido, ou seja, não permitido em face do Estado Administrador, não há o controle do domínio do resultado pelo agente, pois este nem mesmo é exigido.

Não podemos dizer que o risco criado foi a causa do resultado, pois este pode nem ocorrer. Portanto, nos parece prudente, neste caso, constatar que a conduta de “solicitar” não comporta a aplicação da teoria da imputação objetiva. Ademais, se o funcionário público solicita a vantagem, e o interessado faz a recusa, o crime estaria consumado, estando presente a corrupção passiva sem modalidade ativa.¹²¹

Todavia, nas hipóteses de “recebimento” ou de “aceitação” da vantagem indevida, onde a iniciativa é oriunda da vontade do particular corruptor, a consumação da corrupção passiva dá-se com o recebimento ou com a manifestação do aceite da promessa. Por conseguinte, nestas hipóteses apresentadas (recebimento e aceitação) também se tipifica a ocorrência do crime correspondente de corrupção ativa, portanto, crime bilateral.¹²²

Assim sendo, nas duas modalidades acima mencionadas, o crime passa a ser material, para o qual o resultado natural é indispensável para sua consumação.¹²³

A partir de então, podemos constatar que houve a criação de um risco não-permitido em desfavor do Estado administrador.

¹²⁰ REGIS PRADO, Luiz. Curso de Direito Penal, 4. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, v. 4, p. 379-380.

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 5, p.119.

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 5, p.125.

¹²³ Idem, p. 225.

A realização deste risco não-permitido, configura-se no resultado concreto, bem como pelo fato do resultado se encontrar dentro do alcance do tipo, ou seja, esfera de proteção da norma.

Em ambas as condutas o agente público foi o responsável pela produção de um risco proibido, o domínio do resultado fez parte de sua intenção, pois depende exclusivamente da sua vontade. Por tratar-se de crime material, o risco proibido está presente no resultado do crime de corrupção passiva, pois afeta diretamente a moralidade e a probidade da administração pública quando do recebimento ou aceitação da vantagem indevida.

Conforme ROXIN:

Um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não-permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto, e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo.¹²⁴

Portanto, o resultado está abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado, e a conduta praticada pelo agente corrompido fere a finalidade protetiva da norma, tornando possível a aplicação da imputação objetiva quando houver as condutas de “receber” e “aceitar”, conforme previsto no artigo 317 do Código Penal.

O delito correspondente à corrupção passiva está previsto no artigo 333 do Código Penal, denominado como corrupção ativa.

Este crime consiste em “oferecer” ou “prometer” vantagem indevida a funcionário público, para motivá-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Todavia, a omissão voluntária do ato já se tenha consumado anteriormente à oferta da vantagem, não se pode configurar o crime em comento.¹²⁵

Portanto, o crime de corrupção ativa fica descaracterizado se o pagamento efetuado ao funcionário público for posterior à prática do ato de ofício. Os verbos que regem o tipo legal é “oferecer” ou “prometer”, sendo assim a modalidade “dar” não compõe o texto normativo, e, como a norma penal não comporta interpretação extensiva, não podemos interpretar o dispositivo em desfavor do agente corruptor.

¹²⁴ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal/Claus Roxin; tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 137.

¹²⁵ ZAFFARONI, Parecer emitido no Processo Collor de Mello, a pedido da defesa em processo que tramitou perante o STF, p. 11. Apud: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 5, p.244.

O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, independentemente da qualidade pessoal, neste caso também é possível que o funcionário público seja o sujeito ativo do delito, todavia, não pode agir como tal, ou seja, no exercício de suas atividades ou em razão delas. O sujeito passivo é o Estado-Administração e não o funcionário público.

Novamente a vantagem ofertada não necessita que seja monetária basta ser indevida. A corrupção nem sempre será crime bilateral, ou seja, dispensa a existência de um *pactum sceleris* entre corruptor e corrupto, pois, qualquer das duas modalidades (ativa ou passiva) considera-se consumadas, independentemente da aceitação recíproca.¹²⁶

Por conseguinte, a corrupção ativa configura-se com a oferta ou promessa de vantagem pelo agente corruptor, sendo irrelevante que o funcionário público a recuse. De acordo com BITENCOURT¹²⁷ trata-se de um tipo especial, que se compõe de elementos objetivos, subjetivos e normativos, que exige, além de dolo, um elemento subjetivo especial do injusto.

O crime resta consumado com o efetivo conhecimento, pelo funcionário, do oferecimento ou promessa de vantagem indevida. De acordo com o exposto, trata-se de crime formal, sendo irrelevante a existência da vantagem, pois se consuma apenas com a oferta, mesmo que esta seja recusada pelo funcionário público.

Portanto, a corrupção ativa é um delito formal, dispensa-se a produção de qualquer resultado, basta à oferta ou promessa de vantagem indevida a funcionário público para que pratique, retarde ou omita ato de ofício.

Neste diapasão, e, de acordo com o raciocínio já desenvolvido neste trabalho, podemos perceber que o crime de corrupção ativa não comporta a aplicação da teoria da imputação objetiva.

O resultado não é exigido pelo tipo penal, portanto o agente corruptor não domina o resultado. Muito embora o risco tenha sido criado, pois houve a oportunidade de o agente público se corromper e assim degradar a moralidade e probidade administrativa, mas, contudo, não podemos afirmar que o agente corruptor irá obter sucesso, ou que, devido a sua conduta, o resultado seja produzido. Deste modo, o risco não permitido criado pelo autor não se realizou, pois

¹²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 5, p.246.

¹²⁷ Idem, p. 246.

não houve resultado. Este pode ou não ocorrer, todavia é dispensável para a configuração do delito.¹²⁸

Para a teoria da imputação objetiva não basta apenas que o resultado tenha ocorrido em virtude da conduta do agente para que se possa afirmar a sua relação de causalidade. Mas sim, há a necessidade que possa ser imputado juridicamente.

A causalidade acaba por se tornar condição mínima, devendo ser incorporado a ela a relevância jurídica da relação causal entre o agente que atua e o resultado. Neste caso, a corrupção ativa dispensa o resultado, o que inviabiliza a aplicação da teoria da imputação objetiva, pois não pode haver o domínio do resultado pela vontade do agente, quando nem mesmo ele é exigido, devido ao fato de tratar-se de crime formal.

¹²⁸ UZÊDA STIVANELLO, Gilbert, Teoria da Imputação Objetiva, p. 71. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero22/artigo10.pdf>, acessado 24/10/2016.

CAPÍTULO V CONCLUSÃO

Para que seja possível imputar um resultado típico a alguém, torna-se imprescindível utilizar a causalidade como requisito básico, contudo, não se mostra simples a maneira pela qual a esta apreciação é realizada.

De acordo com o estudo realizado, verifica-se que a teoria da equivalência das condições demonstra uma série de defeitos e imprecisões, quando, analisada sob os aspectos naturalísticos muito bem verificados por ROXIN, JAKOBS e D'AVILA, que entendem ser devido o seu afastamento.

Em virtude desses embaraços, os doutrinadores, em especial na Alemanha, passaram a empregar a proposta de ENGISCH, sendo concebida a teoria da causa como condição conforme as leis naturais, tendo por objetivo resguardar a análise causal a partir de uma subsunção dos acontecimentos concretos às máximas científicas e da experiência.

Conforme a proposta de BLAIOTTA, analisando a causalidade sob um prisma lógico, englobando os eventos naturalísticos e os significativos, de mesmo modo que permitiria a confecção de um instrumento capaz de possibilitar um caráter explicativo da relação decorrente de causa e efeito.

A teoria da imputação objetiva tem o fim de realizar uma avaliação normativa dos resultados obtidos, de modo que, a convicção de que uma categoria pré-jurídica como a causalidade não é capaz de resolver toda a problemática existente da imputação, devido a própria natureza complexa do direito penal.

Esta teoria está arraigada nas lições de ROXIN, todavia, não se origina do autor, muito embora tenha ele realizado profundas lições a respeito do tema. Além do mais, ainda que de maneira objetivou-se demonstrar a exposição do aporte doutrinário oriundos de outros autores, destacamos dentre eles o entendimento de JAKOBS.

A teoria da imputação objetiva exige maior rigor ao nexos causal. Requer para a ocorrência do nexos de causalidade, que o agente tenha criado ou incrementado um risco não permitido ao bem jurídico protegido e a concretização desse risco no resultado típico. Esses requisitos têm por sentido a limitação axiológica da responsabilidade penal.

De todo modo, mesmo que haja controvérsias a respeito do método de aplicação da conjectura da Teoria da Imputação Objetiva, estes coincidem intimamente com a estrutura social vigente. Ao passo que se procurou delimitar o que ROXIN entende por risco proibido, não tolerado pela sociedade.

Superada esta reflexão, que objetivou demonstrar a indispensabilidade das bases da Teoria da Imputação Objetiva, examinou-se a aplicação nos crimes de corrupção passiva e ativa, concluindo-se que, conforme o estudo realizado, a referida teoria somente poderia ser aplicada nos crimes de corrupção passiva, previsto no artigo 317, do Código Penal, nas condutas de “receber” e “aceitar”, pois, nestas hipóteses, trata-se de crime material, no que diz respeito a conduta de “solicitar”, esta não pode ser apreciada pela teoria, devido ao fato de ser crime formal. Já no crime de corrupção ativa, previsto no artigo 333, do mesmo diploma legal, resta afastada a incidência da teoria da imputação objetiva, pelo fato de ser um delito formal.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **La sociedad del Riesgo Mundial**. Apud: GUARAGNI, Fábio André, Multiplicação de Fontes de Risco Como Marca da Sociedade Contemporânea e a Tragédia da Boate Kiss – **“Tragédia de Santa Maria: Uma Visão Multidisciplinar”**, 1º Edição – Curitiba – 2013, Instituto Memória Editora.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 5.

BLAIOTTA, Rocco. **La Causalità nella responsabilità professionale: tra teoria e prassi**. Milão: Giuffrè, 2004. Apud: Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC Prática Jurídica e Preparação Para a Magistratura Estadual, Raquel Rosso - **A Teoria da Imputação Objetiva no Brasil: Aspectos Destacados da Doutrina e da Jurisprudência**. 2013.

BUSATO, Paulo César. **Fatos e Mitos sobre A Imputação Objetiva**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultura Paulista, 2002.

D’AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DELUMEAU, Jean. **História do medo no Ocidente**. Apud GUARAGNI, Fábio André, Multiplicação de Fontes de Risco Como Marca da Sociedade Contemporânea e a Tragédia da Boate Kiss – **“Tragédia de Santa Maria: Uma Visão Multidisciplinar”**, 1º Edição – Curitiba – 2013, Instituto Memória Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais; a doutrina geral do crime**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004. Apud: D'AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Manole, 2003.

FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva: estado de la cuestión**. Trad. Ricardo Robles Planas. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; Schönemann; Bernd et al. **Sobre el estado de la teoría del delito: (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)**. Madrid: Civitas, 2000. Apud: GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GARDNER, Dan. **Risco: a ciência e a política do medo**, p. 18. Apud: GUARAGNI, Fábio André, **Multiplicação de Fontes de Risco Como Marca da Sociedade Contemporânea e a Tragédia da Boate Kiss – “Tragédia de Santa Maria: Uma Visão Multidisciplinar”**, 1º Edição – Curitiba – 2013, Instituto Memória Editora.

GUARAGNI, Fábio André, **Multiplicação de Fontes de Risco Como Marca da Sociedade Contemporânea e a Tragédia da Boate Kiss – “Tragédia de Santa Maria: Uma Visão Multidisciplinar”**, 1º Edição – Curitiba – 2013, Instituto Memória Editora.

HABIB, Sérgio, **Brasil: quinhentos anos de corrupção**, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editora, 1994.

HEGEL, **Princípios de Filosofia do Direito**, trad. Orlando Vitorino, Lisboa, Guimarães Editores, 1986. Apud: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultura Paulista, 2002.

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

JESUS, Damásio **E. de. Imputação objetiva**. 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993. Apud: BUSATO, Paulo César. **Fatos e Mitos sobre A Imputação Objetiva**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

Karl Larenz, “Hegelszurechnungslehre un der Bregiff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag Zur Rechstphilosophie des dritischen Idealismus und zur Lehre von der juristischer Kauslilat...”, Abhandlungen der Rechts, und Staatswissenschaftlichen Fakultat der Universitt Gottingen, Leipzig, 1927, t. 4. Apud: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultura Paulista, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco, **Derecho Penal; Parte Especial**, 15. Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 1004. Apud: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 5.

REGIS PRADO, Luiz. **Curso de Direito Penal**, 4. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, v. 4.

Richard Honing, “ Kausalitat und objektive Zurechnung, Breitag zur Strafrechtswissenschaft”, Festgabe fur Reinhard von Frank zum 70. Geburtsag, 16. August 1930, Band I, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930. Apud: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultura Paulista, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. Apud: Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PURS, Thiago Zucchetti Carrion – Os Refleos da Teoria Da Imputação Objetiva na Jurisprudência Brasileira. 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. Apud: BUSATO, Paulo César. **Fatos e Mitos sobre A Imputação Objetiva**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

ROXIN, Claus, “**Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal**”, **Problemas Fundamentais de Direito Penal**, trad. Ana Paula S. L. Natscheradetz, Lisboa, Veja, 1979. Apud: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultura Paulista, 2002.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**, org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal/Claus Roxin**; tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Causalidade, imputação objetiva e novos paradigmas da dogmática penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 849, p. 438, jul. 2006.

UZÊDA STIVANELLO, Gilbert, **Teoria da Imputação Objetiva**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero22/artigo10.pdf>, acessado 24/10/2016.

ZAFFARONI, **Parecer emitido no Processo Collor de Mello, a pedido da defesa em processo que tramitou perante o STF, p. 11**. Apud: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 5.

Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PURS, Thiago Zucchetti Carrion – **Os Reflejos da Teoria Da Imputação Objetiva na Jurisprudência Brasileira**. 2007. Disponível em:

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Tiago_Zuccheti.pdf. Acessado em: 18/08/2016.

Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC Prática Jurídica e Preparação Para a Magistratura Estadual, Raquel Rosso - **A Teoria da Imputação Objetiva no Brasil: Aspectos Destacados da Doutrina e da Jurisprudência**. 2013. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/1777/1/Raquel%20Rosso.pdf>. Acessado em: 20/10/2016.