

A insuficiência do paradigma finalista na análise do tipo penal objetivo: uma necessária reconstrução teórica a partir da sociedade contemporânea

The insufficiency of the finalist paradigm in the analysis of the objective penal type: a necessary theoretical reconstruction from the contemporaneous society

Renata Jardim da Cunha Rieger

Advogada, especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade IDC e mestranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
e-mail: renatajardimdacunha@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho visa a empreender uma análise crítica sobre o modelo finalista adotado na identificação do tipo penal objetivo. Por meio de pesquisa teórico-bibliográfica, averiguar-se-á que a teoria do delito, como parte da ciência do Direito Penal, merece uma reavaliação e reconstrução para atender aos escopos do próprio Direito Penal, especialmente frente às exigências da sociedade contemporânea. Concluir-se-á, pelo estudo, que é essencial buscar uma melhor forma de sistematizar e fundamentar a teoria do tipo penal, demonstrando-se a necessidade de inserção de novos elementos normativos no tipo penal objetivo, tais como a aceitação de tipos abertos. Só assim será possível tornar o direito aplicado um instrumento mais ágil e justo.

Palavras-chave: tipo penal objetivo; direito penal; sociedade contemporânea

Abstract: The present work aims at proposing a critical analysis about the finalist model adopted in the identification of the objective penal type. Through a theoretical and bibliographical research, we will verify that the theory of fault, as a part of the Penal Right science, deserves a revaluation and reconstruction so as to attend the objective of the very Penal Right, especially considering the demands of the contemporary society. We will conclude, by the study, that it is essential to search for a better form to systematize and found the theory of penal right, by demonstrating the need of insertion of new normative elements in the objective penal type, such as the acceptance of open types. Only this way it will be possible to make the applied right a more agile and equitable instrument.

Keywords: objective penal type; penal right; contemporary society.

1. Escorço introdutório. Breves considerações sobre a teoria geral do delito

A teoria do delito é a parte da ciência do Direito Penal que se ocupa em explicar o que é o delito em geral, tornando mais fácil a averiguação da sua presença ou não no caso concreto e gerando, ao menos em tese, segurança jurídica para os indivíduos. Este

ramo não se preocupa com cada um dos tipos penais da parte especial do Código Penal e da legislação extravagante, mas, sim, com os requisitos mínimos de toda e qualquer conduta punível.

Explicar e definir o delito é tarefa árdua. Já foram formulados diversos conceitos, ora dando-se destaque à sua forma (aspecto externo), ora a seu objeto (fato jurídico ou fenômeno social). Nos últimos séculos, a ciência penal, acompanhando a promessa iluminista de conhecimento e o método cartesiano de dissecação do objeto de estudo, iniciou um trabalho de estratificação dos elementos do crime.¹

Afirmar-se que o conceito de delito é estratificado significa dizer que se integra em vários estratos, níveis ou planos de análise. O delito, ressalta-se, não é estratificado como fenômeno; estratificado é o conceito que do delito se obtém pela via de análise (ZAFFARONI, 2007, p. 333-336). Estuda-se analiticamente o delito, enfim, visando à máxima compreensão da unidade do fato criminoso.

Atualmente, a doutrina majoritária sustenta um conceito estratificado de crime em que este é tido como em uma conduta típica, antijurídica e culpável. A conduta é toda ação ou omissão voluntária² dirigida a uma determinada finalidade. A ação consiste em um movimento positivo (conduta comissiva), e a omissão, em uma abstenção de atividade (conduta omissiva).

A tipicidade³, objeto deste trabalho, é o enquadramento do fato a uma norma jurídica. É análise da tipicidade que propicia, na prática, uma primeira avaliação jurídi-

¹ Interessa referir que muitos doutrinadores criticaram a decomposição analítica do tipo penal, mostrando-se avessos às abstrações que chamaram de exacerbado “tecnicismo”. Essa reação foi especialmente verificada na “Escola de Kiel”, na Alemanha. Defendia-se que o crime seria uma “unidade real” e incindível, não se podendo admitir o formalismo de decompô-lo. Vale lembrar que a “Escola de Kiel” embasou um irracional direito penal do autor (pune-se o agente pelo que é, e não pelo que fez). A minimização da importância da tipicidade, a flexibilização do princípio da legalidade e o excessivo relativismo valorativo deram ensejo a um direito penal arbitrário, irracional e nazista. Conferir: COELHO, 1998, p. 25-29, e GOMES, 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em 10 abr. 2007.

² Entende-se a conduta como uma ação ou omissão “voluntária”, isso é, a pessoa deve ter vontade livre e desimpedida de praticar a conduta, e não a vontade de alcançar o resultado, que é dolo. Nesse contexto, conclui-se que tanto o crime doloso quando o culposos são decorrentes de um agir voluntário, sob pena de inexistir a própria conduta (KREBS, 2006. p. 44).

³ Sabe-se que é corrente na doutrina a lição de que não se deve confundir o tipo com a tipicidade penal. Aquele é compreendido como um modelo abstrato de comportamento proibido, e esta, como a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. Em outras palavras, divulga-se que o tipo pertence à lei, e a tipicidade, à conduta. Nesse sentido, conferir: BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, 2002, p. 137-138; DOTTL, 2005, p. 311; BRANDÃO, 2007, p. 51-52; ZAFFARONI, 2007, p. 384-385. Difunde-se que essas distinções terminológicas são importantes para precisar o conteúdo do injusto da proibição. Todavia, como acertadamente alerta Juarez Tavares, quanto a isso, não há demonstração lógica. Pelo contrário, tendo em vista as características comuns das situações configuradas no tipo e na realidade social, o conteúdo do juízo de proibição não pode resultar exclusivamente do tipo, mas principalmente do juízo da relação de tipicidade. Por isso, é possível utilizar indistintamente os termos “tipo” e “tipicidade” como formas de expressão da conduta proibida (TAVARES, 2000, p. 130-131). E, ressalta-se, neste estudo, os

ca do fato, estudando-se os processos de adequação típica e transpondo-se o patamar naturalístico para adentrar no mundo cultural dos valores éticos, sociais e jurídicos (COELHO, 1988, p. 33).

A ilicitude – ou antijuridicidade⁴ – consiste em uma relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico como reflexo da temporalidade social. É desaprovação do ato naquele determinado momento histórico.

Por fim, a culpabilidade funda-se em um juízo de censura e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito quando podia ter agido de modo diverso, ou seja, de acordo com a norma. É, de todos os elementos do delito, aquele que fulcra sua análise na capacidade pessoal do agente em agir de forma diversa, diante das circunstâncias do caso em concreto.

O presente estudo limita-se, conforme referido, à análise da tipicidade. Parte-se da premissa de que a evolução do tipo penal implicou um (necessário) aumento da normatização, decorrente do próprio desenvolvimento social. E, agora, na sociedade contemporânea, parece necessária nova releitura do instituto, com a inserção de novos elementos normativos no tipo penal objetivo.

2. A crise da modernidade. Consequências no sistema jurídico-penal: a necessária dimensão normativa revista.

A Modernidade, sabe-se, encontrou seu fim na racionalidade. Aficionada pelo imaginário de um mundo perfeito e ordenado, em que tudo tem o seu lugar e a sua função, acreditava ser capaz de desvendar as premissas desta suposta lógica para, então, dominá-lo. Se de fato houvesse ordem, existiriam, necessariamente, leis para regê-la, e o seu conhecimento apresentar-se-ia como a ambicionada chave deste mecanismo (D'ÁVILA, [S.l.], p. 2005).

A crise deste paradigma moderno iniciou-se com a descoberta da Teoria da Relativização, de Albert Einstein, e com os experimentos de Heisenberg e Bohr, no âmbito da mecânica quântica. Aquele põe por terra a concepção de um espaço e tempo absolutos propugnada por Newton; a relatividade trouxe à luz um universo antes inconcebível

termos serão utilizados enquanto sinônimos, e a consideração do tipo dar-se-á, sempre que possível, em referência a um conflito social. Isso porque se parte do pressuposto de que uma norma que proíbe ou que determina certa conduta não vale por si mesma, sem que lhe corresponda uma realidade que se quer delimitar.

⁴ Encontram-se, também, diferentes conceitos aos termos “ilicitude” e “antijuridicidade”. Walter Coelho prefere aquele a este. Segundo o autor, “[...] trata-se, na verdade, do estudo da ilicitude, pois o crime é um fato jurídico, espécie do gênero fato ilícito, e, como tal, inscreve-se no mundo da ‘juricidade’. Equívoca, pois, a expressão ‘antijuridicidade’, como se o delito estivesse por fora ou à margem do mundo jurídico. Todavia, como fato ilícito, ele tem consequências jurídicas, situando-se, pois, dentro das fronteiras normativas do direito” (COELHO, 1998, p. 33). Aqui, as expressões devem ser compreendidas como sinônimas, pois assim consagraram a doutrina e a jurisprudência pátrias.

vel. Estes, por sua vez, provocam transformações no universo da microfísica, demonstrando que não é possível observar ou medir um objeto sem interferir nele, sem o alterar (SANTOS, 2002, p. 24-25).

Com esses e outros estudos, traça-se um novo paradigma. O homem moderno depara-se com a ausência de uma verdade científica. Mais, se há uma verdade, esta consiste no reconhecimento de que existe uma pluralidade de verdades. Vive-se, assim, na “epistemologia da incerteza” (validade das leis científicas teria forte caráter de reversibilidade) ou, pelo menos, na convicção, segundo a qual, em vez de verdades universais e imutáveis, está-se, sempre, diante de interpretações, de narrativas (GAUER, 2003, p. 1-17).

Em outras palavras, está ultrapassado o período no qual se acreditava em leis universais e imutáveis; tem-se presente a provisoriedade das teorias. Agora, uma nova descoberta pode completar ou anular o que já se tem por “verdadeiro”, ou, ainda, teorias podem coexistir e serem antagônicas.

Nesse contexto, delineou-se aquilo que Ulrich Beck denominou de sociedade do risco.⁵ O sociólogo, um dos teóricos de maior destaque na atualidade, constatou a complexidade da sociedade contemporânea. Nesta, os riscos são qualitativa e quantitativamente maiores que os existentes nas sociedades anteriores⁶, pois assumem conse-

⁵ A sociedade contemporânea recebeu diversas designações, como “sociedade de risco”, “sociedade pós-moderna”, “sociedade da informação”, “sociedade tecnológica” e “modernidade amadurecida”. Amaral alerta que o uso de diferentes expressões para designar a sociedade atual se justifica para dar ênfase a uma ou algumas de suas características, já que todas são as mesmas, independentemente das variações nominativas (AMARAL, 2007, p. 62).

⁶ Beck refere que, nas sociedades anteriores, a miséria, o sofrimento e a violência destinavam-se apenas aos “outros”: aos judeus, aos negros, às mulheres, aos refugiados políticos, aos dissidentes, aos comunistas, etc. Havia fronteiras reais e simbólicas, das quais era possível retirar aqueles que, em aparência, não estavam afetados. Tudo isso não existe mais desde o acidente nuclear de Chernobil. Esse acidente, sabe-se, ocorreu em 26 de abril de 1986, na Usina Nuclear de Chernobil, originalmente chamada Vladimir Lênin, na Ucrânia, então parte da União Soviética. É considerado o pior acidente da história nuclear e produziu uma nuvem de radioatividade que atingiu a União Soviética, a Europa Oriental, a Escandinávia e o Reino Unido. O número total de mortos e atingidos é, ainda hoje, motivo de discussão. Beck constata que “ha llegado el final de los otros, el final de todas nuestras posibilidades de distanciamiento, tan sofisticadas; un final que se ha vuelto palpable con la contaminación atómica. Su poder es el poder del peligro que suprime todas las zonas protegidas y todas las diferenciaciones de la modernidad” (BECK, 2006, p. 11). Lopes Júnior concorda com Beck e analisa, ainda, que, na sociedade pré-industrial, o risco revestia a forma natural (temores, secas, enchentes etc) e não dependia da vontade humana. Na sociedade industrial clássica, ele passou a depender de ações humanas (perigo no trabalho devido à utilização de máquinas e venenos, o perigo do desemprego e da penúria etc). Aury observa que tais riscos eram conhecidos e (ao menos em tese) podiam ser previamente calculados. Diferentemente do risco da sociedade contemporânea, o qual é imprevisível e incalculável (LOPES JUNIOR, in: GAUER, 2004, p. 142). Ainda sobre a sociedade contemporânea, conferir descrição de Baumann da insegurança no âmbito do trabalho e familiar (BAUMANN, 1998, p. 35). Conferir, também, a constatação de insegurança no âmbito do governo, que não pode mais prometer certeza ao cidadão (BAUMANN, 1999, p. 112).

quências *transgeracionais* (sobrevivem aos seus causadores) e são marcados pela *glocalidade* (globais e locais ao mesmo tempo) (LOPES JUNIOR, *Op. cit.*, p. 142).

Neste cenário, denuncia-se o anacronismo do Direito Penal (e do Direito como um todo). Em outras palavras, neste incremento da complexidade das relações sociais, inauguram-se novos espaços de interesse jurídico-penal e pontos de alto nível de problematidade. Observam-se novos problemas que, não raramente, denotam o esgotamento explicativo de critérios jurídicos tradicionais, demandando estudos que propiciem um já indispensável aprimoramento (D'ÁVILA, 2008, p. 307-308).

Muitos propugnam pelo afastamento dos princípios iluministas e de cunho marcadamente antropocêntricos do Direito Penal Clássico. Exigem, agora, um Direito Penal apto a lidar, cada vez mais, com bens jurídicos supraindividuais, coletivos e de relevância capital; com megacorporações e conglomerados econômicos, cujo poder supera em muito o cidadão desassistido; com a criminalidade complexa, transacional e virtual (POZZEBON, in: GAUER, 2008, p. 369).⁷

Criam-se, assim, novas necessidades de tutela penal e tipificam-se as mais diversas e pensáveis modalidades de conduta. O sistema penal passa a ser utilizado como sedante por meio do simbólico da panpenalização (LOPES JUNIOR, 2004, p. 168), e, na luta da ordem jurídica contra o crime, cada vez mais, valores de prevenção geral e especial são trazidos para o Direito Penal.

Contudo, deve-se reconhecer que a crítica de política criminal não pode ser a primeira e, muito menos, isolada e ilimitada. Parece que o enfrentamento dos novos problemas penais e a atualização dos institutos jurídicos, como bem alerta Fábio D'Ávila, deve dar-se, inicialmente, em uma dimensão normativa revista.

Esta dogmática revista aproxima-se do texto constitucional e tem como limite material intransponível o princípio da ofensividade.⁸ Nesse cenário, “[...] ao Direito Penal constitucionalmente orientado compete estabelecer o quadro de legitimidade no qual se movimentará uma posterior crítica de cunho político criminal.”⁹

⁷ E, assim, o Direito Penal parece deslegitimar-se como um sistema de *ultima ratio*. Ademais, como bem refere Salo de Carvalho, escancaram-se a pretensão e a soberba geradas pela crença romântica de que o direito penal pode salvaguardar a humanidade, quando, em verdade, os riscos da pós-modernidade (catastróficos e imensuráveis) estão para além da capacidade de controle penal (CARVALHO, in: GAUER, 2004, p. 209).

⁸ Aqui, não se aprofundará sobre o princípio da ofensividade, mas, destaca-se, trata-se de instituto de fundamental importância, na medida em que consiste em expressão político-ideológica do Estado e critério material de validade das normas (D'ÁVILA, in: D'ÁVILA; SOUZA, 2006, p. 71-96). No mesmo sentido e de forma mais aprofundada: D'ÁVILA, 2005.

⁹ No momento, ressalta-se, não se aprofundará a distinção entre política criminal e normatividade. A abordagem, contudo, pressupõe entendimento sobre o papel da política criminal no âmbito da ciência conjunta do Direito Penal; tema abordado, de forma clara e completa, no artigo citado. Tem-se, neste trabalho, como premissa a necessária valorização da normatividade, que teria preferência, prevalência, com relação à política criminal. E, não é demais ressaltar, trata-se “[...] de uma normatividade revista, uma ciência normativa que, ao aproximar-se da Constituição, ressurgiu como lugar, por excelência, de convergência de direitos e garantias fundamentais” (D'ÁVILA, 2008, p. 330).

3. *Críticas à teoria geral do delito. A releitura do tipo penal objetivo*

No âmbito da teoria geral do delito, denuncia-se, também, o referido anacronismo do Direito Penal, em especial no que tange à culpabilidade¹⁰ e à tipicidade. Este estudo, conforme referido, limita-se a este instituto.

Desde a edição da Lei nº 7209/84, responsável pela reforma na Parte Geral do Código Penal, a doutrina majoritária afirma que o finalismo é a teoria adotada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro. Contudo, isso, evidentemente, não inviabiliza o estudo e a aplicação de outras teorias, pois, como é cediço, o intérprete não está adstrito ao comprometimento do Legislador com esta ou aquela doutrina. Ademais, são as técnicas interpretativas da realidade que conduzem a atividade legiferante (e judicante) e

¹⁰ São conhecidas as lições de Claus Roxin no sentido de que a culpabilidade e a necessidade de pena são pressupostos conjuntos da responsabilidade penal. Para o autor alemão, a culpabilidade é “a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer”. Ao observar que, algumas vezes, a idoneidade está presente e o Legislador, mesmo assim, prevê causas de exculpação da culpabilidade, conclui que a pena foi, nestas situações, renunciada por ser desnecessária, ou mesmo nociva, de um ponto de vista preventivo-geral e especial. Diante de tais premissas, o autor construiu a tese de que as necessidades preventivas gerais e especiais devem ser acrescentadas à culpabilidade, formando uma nova categoria no sistema, qual seja a “responsabilidade”. Assim, mesmo que exista culpabilidade, ter-se-á de renunciar à pena, se as necessidades preventivas o permitirem: ROXIN, 2004, p. 46-72. Também: ROXIN, 2008, p. 133-163. Suas ideias, sabe-se, são propagadas e defendidas por estudiosos do mundo todo. Argumentam esses, como principal trunfo do pensamento roxiniano, que “[...] esta concepção afasta-se da indemostrabilidade do teorema exigibilidade de conduta diversa” (MACHADO, 2000, p. 21). Para Schüneman, contudo, há uma contradição insanável nas teses dos juristas que desprezam a liberdade do indivíduo (sob alegação de não ser cientificamente constatável) e defendem, concomitantemente, as necessidades preventivas do Direito Penal: “[...] Pues, si como ellos afirman, no puede ser comprobado que el autor individual pudo obrar en la situación concreta de otra manera, perdería sentido el concepto de la prevención general amenazadora de motivar al autor a un comportamiento conforme a Derecho mediante la amenaza de pena. En efecto, si el autor no tiene ninguna libertad de elegir, será forzosamente detenido de que cometa el delito mediante la amenaza de pena, y entonces no existe fundamento alguno para la aplicación de la pena, o bien los motivos para la comisión del delito son tan fuerte, que la amenaza de pena no puede ejercer más efecto alguno. Entonces, la amenaza de pena sencillamente no poseería ningún sentido, así como igualmente carecería de sentido prohibir a un huracán que devaste el sur de México bajo amenaza de pena. [...]” (SCHUNEMANN, 2002, p. 113-114). Zaffaroni lança outras críticas, lembrando que, nesta concepção, “a culpabilidade seria um critério político que derivaria da teoria do fim da pena: quando a pena não cumprisse seu papel no caso concreto, já não teria sentido aplicá-la, e, portanto, a culpabilidade estaria ausente.” Acrescenta ainda que “[...] essa limitação do delito, através da teoria da pena, inverte a colocação geral da questão: questionamos se há delito para saber se devemos aplicar a pena e não o contrário, posto que o que aqui se pretende é a determinação da existência do delito a partir da teoria da pena” (ZAFFARONI, 2007, p. 525).

não o contrário, sob pena de se estagnar o desenvolvimento jurídico-acadêmico e, conseqüentemente, sociocultural.

Na sociedade contemporânea, é imprescindível uma releitura do tipo penal objetivo, atualizando-se a dogmática à dinâmica social. Para tanto, é necessária a aceitação de uma maior normatização do referido instituto, uma maior abertura ao novo modelo de sociedade que se delineia. E a moderna teoria da imputação objetiva parece permitir a referida abertura, com a incorporação ao tipo penal de condicionantes do meio envolvente.¹¹

A teoria da imputação objetiva, sabe-se, reformula a tipicidade objetiva consagrada pelo finalismo. Ameniza o rigor da teoria da equivalência dos antecedentes causais e exige, para o tipo objetivo, além da conexão naturalística, a necessidade de que essa conexão, segundo critérios de política criminal, seja imputada ao sujeito não ape-

¹¹ Não é demais referir que alguns Tribunais pátrios têm promovido interessantes discussões sobre a teoria da imputação objetiva e, por vezes, aplicando seus institutos. Nesse sentido, conferir: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 46.525. Paciente: Marcelo André de Matos. Autoridade coatora: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Relator Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 21 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 fev. 2008; MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Criminal nº 356.212-5, Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Apelado: Horst Heinz Biller e Hans Peter August Huss. Relator: Antônio Armando dos Anjos. Belo Horizonte, 14 maio 2002. MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Criminal nº 357.614-3, Apelante: Maurício Marques Dias. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Lamberto Sant'anna. Belo Horizonte, 29 maio 2002. MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Criminal nº 371.113-3, Apelante: Antônio Roberto Alexandre. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Lamberto Sant'anna. Belo Horizonte, 26 jun. 2002. MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Criminal nº 364.972-1, Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Apelado: Ronderson Alves Xavier. Relator: Armando dos Anjos. Belo Horizonte, 06 de agosto de 2002. MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 317.274-7. Apelante: Josué Eliazar. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Alexandre Victor De Carvalho. Belo Horizonte, 13 fev. 2001. MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal 2008.002219-6. Apelante: Adeneide Alves da Silva. Apelado: Ministério Público Estadual. Relator: Claudionor Miguel Abss Duarte. Campo Grande, 12 mar. 2008. Timidamente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios analisou critérios de imputação objetiva e repeliu-os, pois não considerou o risco socialmente aceito: DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 2000 01 1 075740-0. Apelante: José Dias da Silva Neto. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Getulio Pinheiro. Brasília, 25 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br>>. Acesso em: 02 abr. 2008. Não é demais acrescentar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul se mostra, até o momento, inflexível e tem afastado o debate do Poder Judiciário: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 70009953985. Apelante: Jose Luis Grutcki. Apelado: Ministério Público. Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Porto Alegre, 30 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 02 mar. 2008. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nº 70018883355. Embargante: Jose Luis Grutcki. Embargado: Ministério Público. Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Porto Alegre, 09 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 02 mar. 2008.

nas como uma “obra sua”, mas, também, que esteja em desacordo com uma determinada expectativa social de conduta ou de resultado.

Assim, para a doutrina da imputação objetiva, nem todo o processo causal interessa ao Direito Penal e nem todo o nexa causal implica um nexa jurídico. A tradicional análise mecânico-natural passa a constituir apenas o primeiro momento na apuração da imputação objetiva: presente o vínculo causal, parte-se para um segundo momento, em que se verifica a existência de critérios eminentemente normativos (D’ÁVILA, 2001, p. 41). Em sentido semelhante: SANTORO FILHO, 2007, p. 19-23. Em outras palavras, a constatação da causalidade é um limite mínimo, mas não suficiente, para a análise da tipicidade.

Dessa forma, agregam-se novas indagações e, conseqüentemente, maiores exigências à adequação típica. A teoria da imputação objetiva constitui-se, então, em um novo método de interpretação das condutas em que não se utiliza apenas variáveis ligadas à física, à psicologia, mas também jurídicas, ou seja, juízos valorativos, normativos (KREBS, 2006, p. 63-64).¹² Permite, assim, uma maior abertura do tipo penal.

Ressalta-se, contudo, que esta abertura não pode ser ocasional e descontrolada, mas, sim, em conformidade com uma dimensão normativa revista em consonância com os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Torna-se, assim, possível atribuir um sentido material para as incriminações, determinando-se com maior precisão o âmbito de liberdade dos cidadãos e estabelecendo-se esferas (aparentemente) mais justas de responsabilidade.

Além de afastar-se das construções dogmáticas estáticas e distantes da atual realidade da sociedade contemporânea, a teoria da imputação objetiva parece simplificar a estrutura da teoria geral do delito. Isso porque prescinde, em muitas ocasiões, da discussão acerca do elemento subjetivo do tipo¹³ e das causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade.

¹² Não é demais ressaltar que a teoria da imputação objetiva não é incompatível com o Ordenamento Positivo Brasileiro. Como é cediço, o art. 13 do Código Penal prevê que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.” Isso não significa que nexa de causalidade haja de ser interpretado somente de forma a excluir a valoração normativa sobre o mesmo. “Ou seja, a norma não obrigada à mera subsunção naturalística do fato à norma exatamente porque não o proíbe em sentido contrário” (PELELLA, 2004, p. 79-94). Mais, o parágrafo único do artigo supramencionado prevê rompimento do nexa causal em virtude de causas supervenientes. Consagra, portanto, um critério normativo e reforça a interpretação da possibilidade de adoção da teoria da imputação objetiva.

¹³ O problema valorativo (do tipo penal objetivo) é anterior à teoria do dolo e da culpa. A “má intenção” do sujeito não é relevante, nesta teoria, enquanto não haja a realização de um tipo penal objetivo. Nesse sentido, interessa colacionar as lições de Tisnado Solis: “No nos olvidemos que uno de los principios elementales del Derecho penal Moderno es el *Cogitationis Poenam nemo petitur*, el cual pregona que el legislador no puede prohibir meros pensamientos ni intenciones si éstos no se han exteriorizado en un comportamiento con una mínima apariencia delictiva: de ahí que una acción objetivamente correcta no puede convertirse en típica porque vaya guiada por un mal propósito: porque si ello resultase prohibido (tipificado), entonces no se estarían castigando los hechos, sino únicamente pensamientos que no se han tra-

Apesar disso, a doutrina aponta uma série de inconvenientes da teoria.¹⁴ O principal problema consiste na falta de lineamento preciso quanto aos seus elementos fundamentais.

A doutrina discute, por exemplo, se o estudo deve ser realizado sob o ângulo da imputação do resultado ou do comportamento ou, ainda, de ambos. Claus Roxin, por exemplo, entende que tudo converge à imputação do resultado. E a maioria da doutrina brasileira tem-se posicionado neste sentido. Jakobs¹⁵ e Cândia Meliá, por sua vez, conferem maior importância à imputação do comportamento.

Parece, portanto, essencial buscar melhor forma de sistematizar e fundamentar esta nova teoria na sociedade contemporânea¹⁶, demonstrando-se a necessidade de

ducido en una manifestación exterior que ofrezca alguna de desvalor. Aunado a este argumento, podemos mencionar que la tesis de quienes sostienen que lo determinante y más importante es el aspecto subjetivo debería llegarse a la absurda conclusión de que quien con ánimo homicida persuade a su enemigo de realizar un viaje en tren con la esperanza (al final no realizado) de que muera en un accidente ferroviario, debería ser penado por tentativa de homicidio." (TISNADO SOLIS, [S.l.: s.n., 200-]. Disponível em: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/solis.htm>. Acesso em 16 mar. 2008).

¹⁴ Com relação aos inconvenientes apontados pela doutrina acerca da aplicação da teoria da imputação objetiva, Larrauri refere: "[...] la novedad de la discusión que ocasiona frecuentes mutaciones en las opiniones mantenidas por los autores; la pretensión de encontrar una teoría que resuelva toda una serie de casos a de por si problemáticos y que históricamente han sido de difícil acomodo; la elaboración de unos criterios en los que, si bien existe un acuerdo relativo, cada autor incluye grupos de casos distintos su relación con la problemática de la causalidad de por si harto compleja; sus implicaciones con la teoría del tipo, que provoca variaciones de acuerdo con la posición que se sustente; la delimitación del grupo de delitos a los cuales puede aplicarse; la necesidad (o no) de diferenciar los criterios, dependiendo del tipo de injusto al cual vayan referidos (injusto doloso, culposo, de acción u omisión) y, en fin, la falta de un referente legal que oriente la labor de la doctrina penal" (LARRAURI; BUSTOS RAMIREZ, 1989. p. 39).

¹⁵ Imprescindível destacar que, apesar da análise das obras e teorias de Günther Jakobs, refuta-se, integralmente, o seu discurso em prol de um Direito Penal do Inimigo e de uma distinção ontológica entre pessoas e não-pessoas. Para o autor alemão, aplicam-se às pessoas o Direito Penal do Cidadão e às não-pessoas, o Direito Penal do Inimigo. Este, como é cediço, consiste, dentre outros aspectos, na antecipação da punição, na desproporcionalidade das penas, na relativização ou supressão de garantias e na criação de leis severas aos inimigos selecionados. Conferir: JAKOBS; CÂNCIO MELIÁ, 2005. Também: CÂNCIO MELIÁ, in: BARJA DE QUIROGA: ZUGALDÍA SPINAR, 2004, p. 206-210. Sobre os perigos de justificação de um Direito Penal do Inimigo e a impossibilidade de concretização social e jurídica da dignidade da pessoa humana, conferir: SAAVEDRA, G. A., 2008. No prelo; GERBER, [200-]. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 29 mar. 2006.

¹⁶ Reconhece-se que toda forma de sistematização implica reducionismo da complexidade da dinâmica social. Contudo, a sistematização parece imprescindível para estabelecer rígidos critérios de proteção do indivíduo frente ao poder punitivo estatal.

inserção de novos elementos normativos¹⁷ no tipo penal objetivo com a aceitação de tipos abertos.

Por fim, destaca-se que, com a discussão da moderna teoria da imputação objetiva e de seus elementos normativos, busca-se não (apenas) fomentar discussão de mero academicismo penal; visa-se, também, a possibilitar o influxo de ideias que tornem o direito aplicado um instrumento mais ágil e justo em futuras decisões.

Referências

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ANDRADE, Manuel Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime. *Revista de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, p. 173-205, abr./jun. 1992.

BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

¹⁷ Alguns elementos normativos da teoria da imputação objetiva merecem ser citados e melhor analisados pela doutrina pátria, como o risco permitido, o princípio da confiança, a proibição de regresso, a imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima, o fim de proteção da norma, a não-realização do risco não permitido e a diminuição do risco. Aquele elemento é, inegavelmente, o mais discutido e parece ser de fundamental importância na sociedade contemporânea, de riscos (Ulrich Beck). Jakobs aborda, acertadamente, que qualquer contato social implica um risco, inclusive quando todos os intervenientes atuam de boa-fé: “Por meio de um aperto de mão pode transmitir-se, apesar de todas as precauções, uma infecção; no tráfego viário pode produzir-se um acidente que, ao menos enquanto exista tráfego, seja inevitável, um alimento que alguém serviu pode estar em mau estado sem que tenha sido possível dar-se conta disso; uma anestesia medicamente indicada, e aplicada conforme a *lex artis*, pode provocar uma lesão; uma criança pode sofrer um acidente a caminho da escola, ainda que se estabeleçam medidas de segurança adequadas, e, ao menos para pessoas de idade avançada, pode ser que um determinado acontecimento, ainda que motivado pela alegria, seja demasiadamente excitante.” Jakobs lembra, ainda, que uma sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar ao convívio social. Diante disso, uma garantia normativa que implique a ausência total de riscos não é factível; pelo contrário, o risco à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como risco permitido. E, em tais situações, se ocorrer um resultado lesivo, esta causação não deve ser imputada ao tipo objetivo. Nesse contexto, entende-se que a ordem jurídica não pode cercear a prática de determinadas atividades sob a alegação de que elas colocam em risco dados interesses. Pode-se, apenas, limitar o perigo e permitir tais atividades em determinadas condições (JAKOBS, 2000, p. 34-35). Sobre o princípio da confiança: CALLEGARI, 1999, p. 159-162. No que tange à proibição de regresso, conferir: JAKOBS, 2000, p. 54-72. No que concerne ao âmbito de responsabilidade da vítima, verificar: KREBS, 2006, p. 140-143; TAVARES, 2000, p. 232-233; ANDRADE, 1992, p. 173-205, e p. 191-192. Sobre o fim de proteção da norma e a diminuição do risco: ROXIN, 2008, p. 111-112. Por fim, sobre a não-realização do risco não permitido: CALLEGARI, 2001, p. 35-36.

BAUMANN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo: acia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós Surco, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CALLEGARI, André Luis. *Imputação objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CALLEGARI, André Luis. O princípio da confiança no direito penal. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 26, n. 75, p. 159-162, set. 1999.

CÂNCIO MELIÁ, Manuel. Crisis del lado subjetivo del hecho?, in: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; ZUGALDÍA SPINAR, José Miguel (coord.). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 206-210.

CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea), in: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 179-211.

COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. 2 ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1998.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *A crise da modernidade e as suas conseqüências no paradigma penal (um breve excurso sobre o direito penal do risco)*. [S.l.]: Mundo Jurídico, 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=70>. Acesso em: 20 set. 2008.

_____. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. O direito e a legislação penal brasileiros no século XXI: entre a normatividade e a política criminal, in: *Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 307-335.

_____. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra, 2005.

_____. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário, in: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Spordeler de (org.). *Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71-96.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo), in: _____. (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1-17.

GERBER, Daniel. *Direito penal do inimigo: Jakobs, nazismo e a velha estória de sempre*. São Paulo: IBCCRIM, [200-]. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 29 mar. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal*. São Paulo: Blog do FLG, 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

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

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005.

KREBS, Pedro. *Teoria jurídica do delito: noções introdutórias: tipicidade objetiva e subjetiva*. Barueri, SP: Manole, 2006.

LARRAURI, Elena; BUSTOS RAMIREZ, Juan. *La imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 1989.

LOPES JUNIOR, Aury. (Des)Velando o Risco e o Tempo no Processo Penal, in: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 139-177.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A culpabilidade contemporânea. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 6, p. 17-23, maio/ago. 2000.

PELELLA, Eduardo Botão. Da imputação objetiva: aplicabilidade no direito brasileiro e revisão da dogmática penal dominante. *Revista da Esmese*, Aracaju, n. 7, p. 79-94, 2004.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Mídia, direito penal e garantias, in: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 359-376.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e a sua exclusão no direito penal. Tradução Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, p. 46-72, fev. 2004.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAAVEDRA, G. A. Dignidade e segurança: o problema da tortura revisitado pela criminologia do reconhecimento. *Veritas*, Porto Alegre, 2008. No prelo.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria da imputação objetiva: apontamentos críticos à luz do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 13 ed. Porto: Afrontamento, 2002.

SCHUNEMANN, Brend. Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad, in: *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TISNADO SOLIS, Luis Alberto. *Finalismo e imputación objetiva: la discusión*. [S.l.: s.n., 200-]. Disponível em: <<http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/solis.htm>>. Acesso em 16 mar. 2008.

ZAFFARONI, Raul. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.