

WILSON ANTÔNIO CINI MARCHIONATTI

**A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA
CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL
DEMOCRÁTICO E GARANTIDOR**

**Dissertação apresentada no Curso
de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina, Turma Especial em
convênio com o Instituto de Ensino
Superior de Santo Ângelo, RS, sob
a orientação do Professor Doutor
Sérgio Cademartori.**

FLORIANÓPOLIS

2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO E GARANTIDOR

Elaborada por **WILSON ANTÔNIO CINI MARCHIONATTI**

E aprovada por todos os membros da examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

Florianópolis, 27 de setembro de 2001.

Banca Examinadora



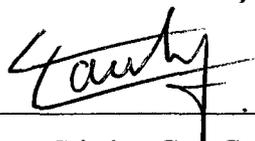
Prof. Dr. Sérgio Cademartori - presidente

Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão – membro



Prof.ª Dr.ª Vera Regina Pereira de Andrade - membro

Coordenador da Pós-Graduação:



Prof. Doutor Cristian Guy Caubet

RESUMO

Esta dissertação compara doutrinariamente a teoria causal, a teoria finalista da ação, ambas consagradas pela Dogmática Tradicional no estudo da teoria do crime, e a teoria da imputação objetiva, a qual, mais recentemente advinda da doutrina estrangeira, vem sendo introduzida no Brasil, comparação essa com vistas a verificar qual das três teorias conduz à descriminalização de condutas menos graves, à constitucionalização do Direito Penal e ao direito punitivo mínimo, outorgando maior segurança ao jurisdicionado.

Dividida em três capítulos, o primeiro apresenta as características e os elementos constitutivos do tipo da teoria causal e da teoria finalista, comparando as duas teorias com vistas a verificar se ditas teorias conduzem à descriminalização de condutas menos graves, à constitucionalização do Direito Penal e ao direito punitivo mínimo, outorgando segurança ao jurisdicionado.

O segundo apresenta as características e os elementos constitutivos do tipo da teoria da imputação objetiva, comparando tal teoria com as teorias causal e finalistas, com vistas a verificar se a teoria da imputação objetiva conduz à descriminalização de condutas menos graves, à constitucionalização do Direito Penal e ao Direito Penal mínimo, outorgando maior segurança ao jurisdicionado e superando, em termos de avanço, as teorias tradicionais.

O terceiro capítulo aborda o Garantismo Penal, a constitucionalização do Direito Penal e o Direito Penal mínimo, bem como seus objetivos, a fim de verificar,

comparativamente, qual das três teorias abordadas responde mais satisfatoriamente aos anseios de um Direito Penal mais democrático e outorga maior segurança ao jurisdicionado.

Pelo método da pesquisa bibliográfica são tecidas comparações entre as três teorias. Ao final, uma síntese conclui que a teoria da imputação objetiva, em termos comparativos, responde aos anseios de um Direito Penal mais democrático e mais garantista, outorgando maior segurança ao jurisdicionado.

RESUMEN

Esta disertación compara doctrinariamente la teoría causal, la teoría finalista de la acción, ambas consagradas por la Dogmática Tradicional en el estudio de la teoría del crimen, y la teoría de imputación objetiva, la cual, adviene de otra doctrina extranjera, que se está introduciendo en Brasil, comparación ésa con vistas a verificar cual de las tres teorías conduce a la discriminación de conductas menos graves, a la constitucionalización del Derecho Penal y al derecho de punición mínima, otorgando mayor seguridad al jurisdicionado.

Dividida en tres capítulos, el primero presenta las características y los elementos constitutivos del tipo de la teoría causal y de la teoría finalista, comparando las dos teorías con vista a verificar si dichas teorías conducen a la discriminación de conductas menos graves, la constitucionalización del Derecho Penal y al derecho de punición mínima, otorgando seguridad al jurisdicionado.

El segundo presenta las características y los elementos constitutivos del tipo de la teoría de la imputación objetiva, comparando tal teoría con las teorías causales y finalistas, con vista a verificar si la teoría de la imputación objetiva conduce a la discriminación de Derecho Penal mínimo, otorgando mayor seguridad al jurisdicionado y superando, en términos de avance, las teorías tradicionales.

El tercer capítulo aborda el Garantismo Penal, la constitucionalización del Derecho Penal mínimo, bien como sus objetivos, a fin de verificar, comparativamente,

cual de las tres teorías abordadas responde más satisfactoriamente a los anhelos de un Derecho Penal más democrático y otorga mayor seguridad al jurisdicionado.

Por el método de pesquisa bibliográfica son tejidas comparaciones entre las tres teorías. Al final, una síntesis concluye que la teoría de la imputación objetiva, en términos comparativos, responde a los anhelos de un Derecho Penal más democrático y más garantista, otorgando mayor seguridad al jurisdicionado.

SUMÁRIO

RESUMO.....	IV
RESUMEN.....	VI
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – TEORIAS DO CRIME CONSAGRADAS PELA DOGMÁTICA TRADICIONAL.....	7
1.1 Considerações Iniciais.....	7
1.2 A Teoria Causalista e os Elementos Constitutivos do Tipo.....	13
1.3 A Teoria Finalista e os Elementos Constitutivos do Tipo.....	23
1.4 Diferenças entre a Teoria Causalista e a Teoria Finalista.....	32
CAPÍTULO II – A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	39
2.1 Características e Elementos Constitutivos do Tipo.....	39
2.2 Diferenças entre a Teoria da Imputação Objetiva e a Teoria Causalista.....	61
2.3 Diferenças entre a Teoria da Imputação Objetiva e a Teoria Finalista.....	63
CAPÍTULO III – A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO E GARANTIDOR.....	67
3.1 Garantismo	67
3.2 Constitucionalização do Direito Penal.....	77
3.3 A Descriminalização de Condutas e o Direito Penal Mínimo.....	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	99

INTRODUÇÃO

Esta dissertação parte da seguinte proposta: comparar doutrinariamente a teoria causal, a teoria finalista da ação, ambas consagradas pela Dogmática Tradicional no estudo da teoria do crime, e a teoria da imputação objetiva, a qual, mais recentemente advinda da doutrina estrangeira, vem sendo, pouco a pouco, introduzida doutrinariamente no Brasil.

Tal comparação, ocorrida ao longo da dissertação, visa verificar qual das três teorias outorga maior segurança ao jurisdicionado por apresentar o tipo (modelo legal da conduta proibida) mais estreito, de sorte a permitir menor juridicização dos fatos concretos da vida, bem como qual teoria permite a edificação de um direito punitivo mais democrático e garantidor.

É preciso esclarecer, desde já, que o presente trabalho não versa sobre Criminologia e que os raciocínios e comparações desenvolvidos partem do pressuposto de que o operador seja engajado com a aplicação democrática e pluralista do Direito Penal e do pressuposto de que estejam corrigidos os direcionamentos dos focos da repressão estatal, os quais, por óbvio, não podem estar voltados, nem exclusiva nem prioritariamente, para a microcriminalidade.

Por outras palavras, na busca da aplicação democrática e pluralista do Direito Penal por operador democraticamente engajado, uma vez corrigidas as distorções de direcionamento dos focos da repressão estatal, o operador do Direito Criminal encontrará, à luz da teoria da imputação objetiva, o tipo mais fechado e mais estreito em

comparação com as teorias causalista e finalista.

Nessa esteira, frisa-se, para que não parem dúvidas, que os raciocínios e as comparações ocorridos ao longo do presente trabalho partem dos pressupostos referidos nos parágrafos acima.

Também sem que sejam desconhecidas as críticas a respeito da Dogmática Jurídica, é preciso conhecer o seu discurso e a sua linguagem, pois, junto ao Poder Judiciário, no mais das vezes, constituem o veículo de comunicação. A Dogmática tem muita força e está sempre presente no meio forense e nos tribunais, bem como nos meios acadêmicos, sendo, de regra, os pretórios e as faculdades de Direito a “casa” da Dogmática.

O juiz criminal que, ao analisar o fato-crime, não se valer da teoria causalista ou finalista, ou, agora recentemente, da teoria da imputação objetiva, nem fundamentar sua decisão minimamente em termos dogmáticos, até porque a própria Dogmática Jurídica consagrou as teorias causal e finalista, tem sua decisão, no mais das vezes, fadada à cassação ou à reforma.

O método é o de pesquisa bibliográfica. O 1º capítulo especificamente compara a teoria causal e a finalista, concluindo que, em face da maior simplicidade do tipo causalista, os fatos do mundo concreto mais facilmente se enquadram, se amoldam a tal tipo causalista, até porque o que dito tipo exige é mais simples e fácil de ocorrer faticamente.

A comparação entre a teoria causal e finalista, ao longo do primeiro capítulo, verifica que a teoria finalista proporciona maior segurança ao jurisdicionado por apresentar o tipo (modelo legal da conduta proibida) mais estreito, de sorte a permitir menor juridicização dos fatos concretos da vida.

O tipo (modelo legal da conduta proibida), nos moldes da teoria finalista, é mais

complexo, pois possui mais elementos constitutivos, possui dolo e culpa para serem analisados já no plano da tipicidade (fato típico), restando mais fechado, mais estrito, mais estreito.

É possível afirmar que a juridicização penal dos fatos da vida é maior à luz da teoria causalista e nos moldes do tipo causalista do que à luz da teoria finalista e nos moldes do tipo finalista, ou seja, é maior a criminalização dos comportamentos na teoria causalista do que na teoria finalista.

Quanto às teorias causalista e finalista, a própria Dogmática Jurídica as consagrou, consolidando-as nos meios judiciais e acadêmicos, sendo essas, de regra, as teorias da Dogmática em termos de raciocínio sobre o crime ou sobre o fato-crime.

Embora o tipo finalista seja mais fechado do que o tipo causalista, embora a teoria finalista criminalize menos do que a teoria causalista, ambas as teorias já consagradas pela Dogmática Tradicional não conduzem à descriminalização de condutas menos graves, à constitucionalização do Direito Penal, nem ao Direito Penal mínimo.

O segundo capítulo especificamente se debruça sobre a teoria da imputação objetiva, comparando-a com as teoria causal e finalista, de sorte a verificar qual delas outorga maior segurança ao jurisdicionado por apresentar o tipo (modelo legal da conduta proibida) mais estreito, permitindo menor juridicização dos fatos concretos da vida.

Tal capítulo serve para demonstrar que a teoria da imputação objetiva constitui um avanço em relação às teorias causal e finalista em termos de oferecimento de maior segurança ao jurisdicionado, conduzindo assim a um direito punitivo mínimo.

Os tipos, nos moldes da teoria da imputação objetiva, possuem o elemento normativo, ou seja, o próprio juízo de imputação objetiva, que trabalha especialmente em cima do risco proibido e do risco permitido e do papel social esperado do agente da

conduta. Isso torna o tipo mais complexo, mais exigente, mais estreito e mais fechado, de sorte que as condutas do mundo dos fatos encontram maiores dificuldades para se amoldarem ao tipo (modelo legal da conduta proibida).

Além disso, cumpre frisar que, para estreitar o tipo, a teoria da imputação objetiva se vale da constitucionalização do Direito Penal, dos princípios da insignificância e da intervenção mínima, assim como se utiliza dos critérios do risco permitido e do risco proibido, do princípio da confiança, da proibição de regresso, do consentimento do ofendido, das ações de próprio risco, além do que, todos os tipos, nos moldes da teoria da imputação objetiva, têm um elemento normativo, qual seja, a própria imputação objetiva.

O tipo da teoria da imputação objetiva também permite ampla análise valorativa, sendo a subsunção fruto de análise axiológica no extremo oposto ao tipo causalista, o qual sempre rejeitou juízo de valores e chega a chamar de impuros ou anormais os tipos providos de elementos normativos ou subjetivos.

O tipo causalista está no extremo da simplicidade, rejeitando análises valorativas e axiológicas, rejeitando análises sócio-normativas, pois o modelo causalista ideal é neutro, objetivo e avalorativo. Já o tipo da teoria da imputação objetiva é extremamente complexo, de modo especial se comparado ao tipo causalista, permitindo análise axiológica da conduta humana na verificação do enquadramento, na verificação da subsunção da conduta ao tipo, bem como a verificação do papel socialmente esperado do agente.

Como o tipo da teoria da imputação objetiva possui mais requisitos, possui mais elementos, possui sempre como elemento normativo o juízo da imputação objetiva, com função normativo-axiológica, permitindo-se a análise do papel socialmente esperado do agente, isso tudo dificulta a juridicização penal das condutas ocorridas no mundo dos fatos concretos.

Porque, no plano da tipicidade, a teoria da imputação objetiva analisa a própria imputação objetiva como elemento normativo do tipo, em tal ocasião é possível verificar o papel social esperado do agente.

O tipo da teoria da imputação objetiva é complexo e permite ampla análise social-normativista, sendo a subsunção também fruto de análise axiológica na qual se verifica o papel socialmente esperado do agente, ao tempo em que o tipo finalista não construiu dogmática social-normativista que considere o sujeito como integrante de um sistema social.

Como o tipo é a porta de ingresso no mundo da ilicitude penal, é possível afirmar que a juridicização penal dos fatos da vida é menor à luz da teoria da imputação objetiva do que à luz da teoria finalista.

Em termos de raciocínio sobre o crime ou sobre o fato-crime, o operador do Direito Penal, ao raciocinar sobre o fato-crime, se o fizer nas bases da teoria da imputação objetiva, abrirá caminhos à descriminalização de condutas menos graves, à constitucionalização do Direito Penal e ao Direito Penal mínimo, conquistando significativos avanços em relação à teoria finalista vigente na legislação Brasileira desde 1984.

O terceiro capítulo aborda o Garantismo Penal, a constitucionalização do Direito Penal e o Direito Penal mínimo, bem como seus objetivos, a fim de verificar, comparativamente, qual das três teorias abordadas nos capítulos anteriores responde mais satisfatoriamente aos anseios de um Direito Penal mais democrático e garantidor, outorgando maior segurança ao jurisdicionado.

Enquanto a descriminalização legislativa não ocorre no plano infraconstitucional, enquanto não há promulgação de novo Código Penal descriminalizante, a teoria da imputação objetiva pode e deve servir como instrumento da descriminalização na via judicial.

Nesse sentido, comparativamente a adoção da teoria da imputação objetiva poderá significar melhor proteger os interesses do cidadão em relação ao poder punitivo estatal, preservando-se assim os interesses sociais.

Quer em termos de Garantismo Penal, quer em termos de constitucionalização do Direito Penal, assim como de Direito Penal mínimo, bem como de seus respectivos objetivos, a teoria da imputação objetiva comparativamente representa um avanço em relação à teoria causal e finalista, pois, ao reduzir a amplitude do tipo, outorga maior segurança ao jurisdicionado.

I TEORIAS DO CRIME CONSAGRADAS PELA DOGMÁTICA TRADICIONAL

1.1 Considerações Iniciais

Os estudiosos, dogmaticamente, aludem à teoria causal ou causalista (naturalista, clássica, tradicional), ou ainda ao causalismo, bem como à teoria finalista da ação ou da ação final, ou finalismo, como sendo as duas grandes teorias dentro da teoria do crime. Antes de se adentrar especificamente no estudo da teoria causalista, cumpre referir brevemente a Dogmática Jurídica e a estrutura do crime.

A Dogmática Jurídica representa a Ciência do Direito, tendo por alvo o Direito Positivo em vigor, buscando montar um sistema de conceitos elaborados com base na lei, valendo-se de raciocínios lógico-formais, tudo com vistas a servir ao Direito, segundo o próprio entendimento da Dogmática Jurídica.

Não visa o presente trabalho, até por não ser seu objeto, criticar, amiúde e sistematicamente, a Dogmática Jurídica, todavia não se deixa de registrar que não se desconhecem considerações e críticas a respeito da própria auto-imagem da referida Dogmática.

Nesse sentido, registra Vera Regina Pereira de ANDRADE:

“Assim, na auto-imagem da Dogmática Jurídica ela se identifica com a idéia de Ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imaneente) a ‘construção’ de um ‘sistema’ de conceitos elaborados a partir da ‘interpretação’ do material normativo, segundo procedimento intelectuais (lógicos-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito.”¹

E sobre a Dogmática prossegue ANDRADE:

“Trata-se de uma Ciência de ‘dever ser’ (normativa), sistemática, descritiva, avalorativa (axiologicamente neutra) e prática.

(...)

E a visão que de si mesmo oferece o paradigma é de neutralidade valorativa, quer em relação a sistemas econômicos ou políticos, quer em relação a grupos ou classes dentro de um sistema social. Ele se apresenta a si mesmo como compatível com qualquer sistema, pois, em seu sentido epistemológico, não é solidário de nenhum conteúdo de Direito.”²

Embora, como dito, não sejam desconhecidas as críticas a respeito da Dogmática Jurídica, é preciso conhecer o seu discurso e a sua linguagem, pois, junto ao Poder Judiciário, no mais das vezes, constituem o veículo de comunicação.

A Dogmática tem muita força e está sempre presente no meio forense e nos tribunais, bem como nos meios acadêmicos, sendo, de regra, os pretórios e as faculdades de Direito a “casa” da Dogmática.

Feitos tais registros, ao se discorrer sobre teoria causalista e finalista, utiliza-se

¹ ANDRADE, V. R. P. de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 18.

² ANDRADE, V. R. P. de. *op. cit.*, p. 19.

a linguagem e o discurso dogmáticos, até porque a própria Dogmática Jurídica consagrou ditas teorias.

Quer parecer prudente, ao se discorrer sobre teoria causalista e finalista, utilizar-se a linguagem e o discurso dos quais se valeu a Dogmática Jurídica para consagrar referidas teorias.

Nessa linha dogmática, nos cursos de graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, o estudo do Direito Penal incide basicamente sobre três grandes teorias: teoria da norma, teoria do crime e teoria da pena.

Assim, estudar, acadêmica e dogmaticamente, o Direito Penal significa estudar as teorias da norma, do crime e da pena, sendo comum a afirmação de que a Ciência Penal gravita ou gira em torno da teoria da norma, da teoria do crime e da teoria da pena.

Segundo Francisco de Assis TOLEDO,

“Se realizarmos uma visão panorâmica sobre a Ciência Penal, observaremos, de imediato, sem muita dificuldade, três pontos salientes que não podem deixar de ser objeto de estudo, em qualquer curso de Direito Penal: a lei, o crime, a pena. E assim é porque, se quisermos dividir o estudo da dogmática penal em três grandes partes significativamente abrangentes, a denominação de cada uma dessas partes outra não seria senão esta: a lei, o crime, a pena.”³

Dentro dessas três teorias, o presente trabalho se situa especialmente na teoria do crime.

³ TOLEDO, F. de A. **A lei, o crime, a pena.** In: *Estudos Jurídicos, em homenagem a Manoel Pedro Pimentel.* BARRA, Rubens Prestes e ANDREUCCI, Ricardo Antunes (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 123-124.

Para efeitos e fins didáticos e se abstraindo preciosismos, segundo Heleno Cláudio FRAGOSO, *“a teoria do crime é a parte da Dogmática Jurídico-Penal que estuda o crime como fato punível, do ponto de vista jurídico, para estabelecer e analisar suas características gerais, bem como suas formas especiais de aparecimento.”*⁴

FRAGOSO ainda subdivide a teoria do crime em teoria do crime (*stricto sensu*), teoria da ação e teoria do tipo.

Nos cursos de Direito Penal, ensina-se simplificada e que o crime, em termos materiais, é a violação de um bem jurídico protegido pela lei penal, ou é uma conduta humana punível penalmente por ser alvo de reprovação social.

Já, em termos formais ou analíticos, o crime é a ação (ou omissão) típica, ilícita (antijurídica) e culpável, cumprindo registrar que, embora existam diferenças, os manualistas, muitas vezes, usam antijuridicidade como sinônimo de ilicitude.

Nesse sentido, TOLEDO comenta que *“todos já ouviram, igualmente, falar no ‘crime’, isto é, nas condutas humanas, comissivas ou omissivas, lesivas a bens jurídicos penalmente protegidos, ou ainda na ação típica, ilícita e culpável. Nos cursos de Direito Penal, ensinamos, freqüentemente, o que é o crime e quais os elementos de sua definição.”*⁵

No mesmo sentido, Walter COELHO entende que é *“o fato delituoso, como as três faces de um prisma, é tricotômico, pois ele é, ao mesmo tempo, o fato típico, o fato ilícito e o fato culpável.”*⁶

Para Francisco MUÑOZ CONDE *“normalmente, são a tipicidade, a*

⁴ FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 143.

⁵ TOLEDO, F. de A. *op. cit.*, p. 127.

⁶ COELHO, W. *Teoria Geral do Crime*. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 29. v. 1.

*antijuridicidade e a culpabilidade as características comuns a todos os delitos.*⁷

Já para ZAFFARONI, *“desta forma esquemática construímos o conceito de delito como conduta típica, antijurídica e culpável. (...)Esta definição do delito como conduta típica, antijurídica e culpável nos dá a ordem em que devemos formular as perguntas que nos servirão para determinar, em cada caso concreto, se houve ou não delito.”*⁸

Os operadores do Direito Penal (juízes, promotores, defensores, acadêmicos e professores), ao raciocinarem sobre o crime ou sobre a teoria do crime, necessariamente o fazem em três planos (ou em três níveis, ou ainda em três âmbitos), isto é, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, ou ainda fato típico, ilícito e culpável.

Tais níveis, âmbitos ou planos, em torno dos quais gravita o estudo tradicional da teoria do crime são didaticamente bem separados, bem distintos. Tornou-se comum as sentenças condenatórias, ao julgarem procedentes as denúncias, construírem silogismos, demonstrando a presença dos três planos e a ausência de causas excludentes de tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Em casos de absolvição, as sentenças também aludem, muitas vezes, ao plano (tipicidade, ilicitude, culpabilidade) que restou afastado, o que, por via oblíqua, impõe a exclusão do próprio crime.

Ao menos formalmente, o raciocínio do crime em três planos, com verificação das respectivas causas excludentes e diante da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, gera um mínimo de segurança ao jurisdicionado em relação a condenações arbitrárias, pois obriga o julgador a analisar, no mínimo, as causas excludentes ventiladas.

⁷ MUÑOZ CONDE, F. **Teoria Geral do Delito**. Tradução e notas por Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 4.

⁸ ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 392.

Os acadêmicos são, nos cursos de graduação, orientados a raciocinar a teoria do crime nos três níveis, inclusive devendo o raciocínio iniciar sempre pela tipicidade (fato típico), sendo que, apenas na hipótese de presente a tipicidade, passam à análise da ilicitude (antijuridicidade).

Nessa esteira, seguindo necessariamente a ordem tipicidade, ilicitude e culpabilidade, só analisam a culpabilidade, se presentes tipicidade e ilicitude, ou ainda se presentes fato típico e ilícito.

Em síntese, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, ou ainda fato típico, ilícito e culpável são os níveis, planos ou âmbitos em torno dos quais se desenvolve, didática, pedagógica e tecnicamente, o raciocínio sobre o crime ou fato-crime, ou ainda sobre a teoria do crime.

Nessa linha, para FRAGOSO

“Crime é a ação (ou omissão) típica, antijurídica e culpável. Isso significa dizer que não há crime sem que o fato constitua ação ou omissão: sem que tal ação ou omissão correspondam à descrição legal(tipo) e sejam contrárias ao direito, por não ocorrer causa de justificação ou exclusão da antijuridicidade. E, finalmente, sem que a ação ou omissão típica e antijurídica constitua comportamento juridicamente reprovável (culpável).”⁹

Nesse diapasão, vislumbram-se como elementos constitutivos do crime ou como requisitos dos crime simplificadaamente:

a) a tipicidade: está estreitamente relacionada com o tipo penal, é o amoldamento, o enquadramento, a correspondência de uma conduta praticada no mundo real com o tipo penal (modelo legal da conduta penalmente proibida), é a subsunção do acontecimento

⁹ FRAGOSO, H. C. *op. cit.*, p. 144.

do mundo real ao tipo (modelo legal da conduta proibida);

b) a antijuridicidade: é a conduta típica contrária ao ordenamento jurídico como um todo. É a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico total;

c) e a culpabilidade: é o juízo de reprovação da conduta.

Na teoria do tipo, a doutrina estuda, conceitua e classifica o tipo penal. A doutrina simplificadamente conceitua o tipo como sendo o modelo legal da conduta proibida, ou ainda a porta de ingresso do mundo da ilicitude penal, pois não se ingressa no mundo da ilicitude penal, não se desrespeita a lei penal, a não ser pelas portas do tipo.

Na teoria da ação, os doutrinadores estudam a conduta penal.

Como dito, ao se abordar a teoria do crime, os estudiosos, dogmaticamente, aludem à teoria causal ou causalista (naturalista, clássica, tradicional), ou ainda ao causalismo, bem como à teoria finalista da ação ou da ação final, ou finalismo, como sendo as duas grandes teorias dentro da teoria do crime, sendo os nomes antes referidos sempre conhecidos nos meios forenses e acadêmicos.

A Dogmática tradicional comporta, na teoria da ação, duas grandes correntes: a teoria causalista (naturalista, clássica, tradicional) da ação e a teoria finalista da ação, as quais são tratadas adiante.

1.2 A Teoria Causalista e os Elementos Constitutivos do Tipo

A teoria causalista da ação foi desenvolvida por Von LISZT e BELING no final do século XIX, em decorrência da influência do pensamento científico-natural sobre a Ciência do Direito Penal.

BELING foi um dos expoentes da teoria causalista.

Conforme Luiz LUISI, *“o tipo, para Beling, se configura como constituído dos elementos objetivos contidos na enunciação normativa do delito, caracterizando-se por nele não estarem incluídos quaisquer elementos que tenham implicações axiológicas, ou que configurem estados anímicos ou situações subjetivas de qualquer ordem.”*¹⁰

Nessa linha, para Beling, apenas constituem o tipo o que for destituído de conotação valorativa e de conotação subjetiva, devendo o tipo descrever o que integra o delito, sem referir aos aspectos axiológicos, nem aos aspectos psíquicos.

Fica evidente que o tipo de Beling permite perceber a influência do pensamento científico-natural do final do século XIX, ou seja, do positivismo refletindo sobre a Ciência do Direito Penal na medida em que se trata de tipo avalorativo, descritivo e objetivo.

Segundo Luiz Luisi, no plano da tipicidade ou do fato típico, a teoria causalista *“considera a conduta humana essencialmente como o dado objetivo causado por uma vontade, sem indagar se a realização daquele constitui, realmente, o conteúdo da vontade do agente causador.”*¹¹

Para a teoria causalista, a conduta constitui uma modificação causal do mundo exterior, suscetível de percepção pelos sentidos e produzida por uma manifestação de vontade através de uma ação ou omissão voluntária.

Von LISZT diz que *“a volição que caracteriza a manifestação de vontade e, por conseguinte, a ação significa, simplesmente, no sentido desta concepção, o impulso da vontade. Pode-se defini-la fisiologicamente como a ‘inervação’, e pode-se concebê-la psicologicamente como aquele fenômeno da consciência pelo qual estabelecemos as*

¹⁰ LUISI, L. **O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 15.

¹¹ LUISI, L. *op. cit.*, p. 21.

causas.”¹²

O conceito de ação advindo desses pensadores dividia a própria ação, cindia a própria ação, fazendo com que se visualizasse, de um lado, o processo causal externo (ação e resultado) e, de outro, o conteúdo da vontade (processo interno).

BITENCOURT registra ainda que:

*“com o descobrimento de elementos subjetivos na antijuridicidade e, particularmente, com o reconhecimento de que na tentativa o dolo é ‘um elemento subjetivo do injusto’, desintegrou-se o sistema clássico, que se fundamentava nessa distinção básica entre ‘causal-objetivo’ e ‘anímico-subjetivo’. Ora, se o ‘dolo’ pertence ao ‘injusto da tentativa’, não pode ser somente ‘elemento da culpabilidade’ na ‘consumação’, especialmente quando se admite que a distinção entre ‘tentativa’ e ‘consumação’ carece de relevância material. Dificuldade igualmente insuperável enfrentou o conceito causal de ação em relação ao ‘crime culposos’, especialmente com a compreensão de que o fator decisivo do injusto, nesses crimes, é o desvalor da ação.”*¹³

Para MEZGER, no plano da tipicidade ou do fato típico, a teoria clássica

“limita-se a perguntar o que foi causado pelo querer do agente, qual é o efeito produzido por dito querer. Todos os efeitos do querer do sujeito que atua são partes integrantes da ação. Para a teoria jurídico-penal da ação é irrelevante se estes efeitos são também conteúdo da consciência e do querer do agente, e até que ponto o são (...) para se afirmar que existe uma ação basta a certeza de que o sujeito atuou voluntariamente. O que quis (ou seja, o conteúdo de sua vontade) é por ora irrelevante: o conteúdo do ato de vontade somente tem

¹² LISZT *apud* BITENCOURT, C. R. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 6 ed. 1 v. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 151.

¹³ BITENCOURT, C.R. *op. cit.*, p. 152.

importância no problema da culpabilidade.”¹⁴

Outrossim, para essa teoria, a ação, no plano do fato típico, existe e fica comprovada com a simples certeza de que houve voluntariedade da parte do agente. Então, o querer do sujeito só terá importância na esfera da culpabilidade, onde se analisam o dolo e a culpa.

Consoante ensinamento de MUÑOZ CONDE e BITENCOURT,

*“A teoria causal da ação, que teve boa acolhida em muitos países, foi praticamente abandonada pela dogmática alemã, começando com a advertência do próprio Radbruch que, já no início do século, destacou que o conceito causal de ação era inaplicável à ‘omissão’, conforme já referimos. Falta ‘nesta’ uma relação de causalidade entre a não-realização de um movimento corporal e o resultado. Nessas circunstâncias, o conceito causal de ação não pode cumprir a função de elemento básico, unitário, do sistema da teoria do delito.”*¹⁵

Para teoria causalista, a ação é um comportamento voluntário do homem e consiste em um movimento muscular de que resulta uma modificação no mundo exterior.

A ação é que constitui o crime e não os atos.

O homem atuando sobre as coisas, os fenômenos, os acontecimentos, inclusive sobre os outros homens, produz mudanças na disposição das coisas ou no curso dos fatos, alterando, portanto, a ordem da natureza e da sociedade.

Magalhães Noronha formula a seguinte conceituação acerca da ação/conduita penal:

¹⁴ MEZGER *apud* BITENCOURT, C.R. *op. cit.*, p. 152.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, F., BITENCOURT, C. R. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 35.

“É a ação o primeiro momento objetivo ou material do delito. Sem ela, este não existe. Dá-lhe corpo e, não raro, é somente ela que o revela no mundo exterior. Compreende a ação propriamente dita, em sentido ‘estrito’ ou ‘positivo’, e a omissão ou ação ‘negativa’. Ambas são ‘comportamento humano’, importando em fazer ou não fazer. Tanto uma como outra integram o fato humano e conseqüentemente o crime.

A ação positiva é sempre constituída pelo movimento do corpo, quer por meio dos membros locomotores, quer por meio de músculos, como se dá com a palavra ou com o olhar.

Quanto à ação negativa ou omissão, entra no conceito de ação (genus) de que é espécie. É também um comportamento ou conduta e, conseqüentemente, manifestação externa, que, embora não se concretize na materialidade de um movimento corpóreo – antes é abstenção desse movimento – por nós é percebida como ‘realidade’, como ‘sucedido’ ou ‘realizado’.”¹⁶

Então, para a teoria naturalista/clássica “ação é movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior”¹⁷, consistindo num fazer ou não fazer que causa ou tende a causar um resultado e que altera a disposição das coisas, ou o curso dos fenômenos. Vislumbram-se aqui três elementos em seu conceito: a manifestação da vontade, o resultado e a relação de causalidade.

Ao impulso da vontade, o indivíduo faz alguma coisa ou não faz o que deve fazer, causando no seu ambiente uma modificação, conseqüência ou resultado.

Porém, quando a teoria causal examina a conduta (ou a ação), não indaga se o indivíduo que praticou a ação tinha em vista algum fim ou algum objetivo contrário ao direito.

Deve-se retirar desse conceito o conteúdo da vontade, que, na teoria clássica, é

¹⁶ NORONHA, E. M. **Direito Penal**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 98. v. 1.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, F., BITENCOURT, C. R. *op. cit.*, p. 34.

analisado na esfera da culpabilidade. Isso significa que o dolo e a culpa são verificados no âmbito da culpabilidade.

Damásio E. de JESUS refere que *“nesta teoria a conduta é concebida como um simples comportamento, sem apreciação sobre a sua ilicitude ou culpabilidade.”*¹⁸

Enfim, no âmbito da tipicidade ou do fato típico, a teoria naturalista não pergunta se o indivíduo tinha intenção de alcançar algum resultado, algum proveito - não importa se bom ou mal. Não interessa saber se o sujeito ergueu a mão com o fim de agredir; se apontou o revolver para atirar ou matar; se correu atrás da pessoa com o objetivo de lhe tomar alguma coisa ou de machucá-la; se proferiu as palavras desejando ofender, magoar ou humilhar alguém. A teoria clássica, no plano da tipicidade, apenas quer saber se o indivíduo praticou essas ações, porque quis praticar, se o sujeito teve vontade e consciência de fazê-lo, sem indagar a finalidade.

A indagação do fim ou da finalidade (intenção) com que a pessoa praticou a ação, essa indagação é feita num outro momento, numa outra ocasião: no momento em que se investiga a culpabilidade, para saber se houve dolo ou culpa na ação praticada.

Mas essa análise da culpabilidade (possibilidade de existência de dolo ou culpa) é feita depois de se verificar se a ação era, além de voluntária, típica e antijurídica. Se a ação/conduta for atípica ou não for antijurídica, não se adentra na análise da culpabilidade.

Para a teoria clássica, a única qualidade que se exige da ação, no momento da tipicidade, é a *voluntariedade sem conteúdo finalístico*, isto é, vontade simples, sem intenção de resultado, sem intenção de fim, sem intenção de objetivo.

Essa voluntariedade é o único elemento interno, subjetivo ou psíquico que a teoria naturalística, no plano da tipicidade, reconhece e exige na ação humana para

¹⁸ JESUS, D. E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 209. v. 1.

distingui-la das ações da natureza que também causam modificação no mundo, com a diferença de que as forças da natureza são forças cegas, involuntárias, que obedecem à lei da causalidade e não à lei da vontade.

Em plena vigência legal da teoria causalista no sistema jurídico brasileiro (período anterior a julho de 1984), não apenas vigência doutrinária, Aníbal BRUNO divide os *elementos constitutivos do tipo* em *elementos objetivos (descritivos)*, *elementos normativos e elementos subjetivos*. Além disso, partindo dessa tripartição, BRUNO situa a concepção naturalista. Suas palavras:

“O tipo é por definição a fórmula descritiva das circunstâncias objetivas do crime. Os seus elementos são essencialmente descritivos e objetivos. Essencialmente, mas não exclusivamente. A posição de BELING, que exclui rigorosamente do tipo tudo que não for pura descrição, é nãpta para abranger o seu conteúdo em todos os casos. Não se pode expurgar, como já observamos, cada uma das características conceituais do crime de todo elemento pertencente a outra: excluir, por exemplo, do tipo todo elemento do injusto ou da culpabilidade, ou ‘vice-versa’. Vemos, então, em certas construções de tipo elementos normativos, que implicam uma consideração do ilícito, e, ao lado de elementos puramente objetivos, elementos subjetivos, que pertencem também à culpabilidade. A maioria dos elementos que concorrem na composição do tipo são elementos objetivos, elementos que descrevem o aspecto externo do que deve ser o fato punível, a ação com o seu objeto e as circunstâncias acessórias típicas que se realizam objetivamente e podem ser percebidas pela simples capacidade de conhecer, sem ser preciso utilizar nenhum recurso de julgamento: matar alguém, subtrair uma coisa, participar de rixa. Mas estes mesmos elementos nem sempre são puramente objetivos: às vezes exigem para o seu entendimento uma apreciação particular do julgador e se incluem, então entre os elementos normativos.”¹⁹

¹⁹ BRUNO, A. *Direito Penal: Parte Geral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 343-345. v. 1.

Aníbal BRUNO continua sua construção acerca dos elementos subjetivos do tipo: *“Muitas vezes a fórmula do tipo se compõe não só das condições objetivas do fato, mas de elementos subjetivos do agente. São casos em que a lei toma em consideração o fim visado pelo agente, a intenção, o intuito que o animou na prática do ato e com eles vai integrar a composição do tipo.”*²⁰

Assim, são exemplos de elementos subjetivos do tipo: o objetivo de obter vantagem indevida no delito de propaganda desleal (art. 196, § 1º, I, II e III, do Código Penal); o fim libidinoso do crime de rapto (art. 219, do C.P.); a intenção de transmitir a outrem moléstia grave que completa o tipo no crime de perigo de contágio (art. 131 do C.P.) etc.

Acerca dos elementos normativos do tipo, BRUNO refere que:

*“Aos elementos puramente descritivos se juntam, em certas construções típicas, elementos normativos, elementos para entender os quais não basta o simples emprego da capacidade cognoscitiva, mas cujo sentido tem de ser apreendido através de particular apreciação por parte do juiz. Podem apresentar-se sob a forma de termos ou expressões propriamente jurídicas, como ‘documento’, ‘funcionário’, ‘função pública’, ‘coisa alheia móvel’, para cuja compreensão o julgador se vale de concepções próprias do domínio do Direito, ou de termos ou expressões extrajurídicas, como ‘mulher honesta’, ‘saúde’, ‘moléstia grave’, ‘dignidade’, ‘decoro’, em que são influentes idéias e conceitos de sentido cultural, mas não propriamente jurídicos.”*²¹

Como já referido, a teoria causalista analisa o dolo e a culpa no âmbito da culpabilidade (e não da tipicidade, como prega a teoria finalista, que se vê a seguir), pois dolo e a culpa, para os clássicos, não pertencem à análise da tipicidade, mas se situam na culpabilidade ou no fato culpável.

²⁰ BRUNO, A. *op. cit.*, p. 345.

²¹ BRUNO, A. *op. cit.*, p. 346.

Para a teoria clássica, o dolo e a culpa integram a culpabilidade. Quando o tipo possui elementos subjetivos (alusivos ao aspecto anímico, a fins especiais pretendidos pelo agente) e normativos (alusivos à antijuridicidade, ou conceitos jurídicos, ou extrajurídicos, por exemplo), não constituem o tipo penal, em sua acepção pura, consoante os teóricos clássicos.

Conforme Damásio E. de JESUS,

“De acordo com a parte da doutrina, quando a descrição legal só contém elementos objetivos, o tipo se denomina ‘normal’, pelo que se fala em ‘tipicidade normal’. Quando a definição, além de elementos objetivos, possui elementos atinentes à antijuridicidade e ao estado anímico do agente, o tipo é ‘anormal’, falando-se em ‘tipicidade anormal’.”²²

Para tanto, os causalistas dividiram o tipo em duas espécies:

- a) tipo puro (ou normal): é o tipo penal que contém apenas, e tão-somente, os elementos objetivos (descritivos);
- b) tipo impuro (anormal): é o tipo penal que contém, além dos elementos descritivos, os elementos normativos (alusivos à antijuridicidade, a conceitos jurídicos ou extrajurídicos) e/ou os elementos subjetivos (alusivos ao aspecto anímico e fins especiais pretendidos pelo agente).

Assim, constata-se uma resistência da teoria causalista à inclusão de elementos normativos e subjetivos no tipo, pois dita teoria chega ao ponto de denominar impuros e anormais os tipos providos de elementos normativos ou subjetivos. Percebe-se a neutralidade axiológica decorrente do modelo de ciência imperante no século XIX.

Como, na análise dos elementos normativos do tipo, o intérprete realiza um juízo de valores já no plano da tipicidade e não apenas realiza uma atividade de conhecimento, análise, por exemplo, de elementos normativos como “sem justa causa”,

²² JESUS, D. E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. 21 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 273.

“injustamente”, “indevidamente”, a doutrina causalista demonstrou resistência aos tipos providos de elementos normativos, pois o tipo causalista ideal devia ser avalorativo, descritivo e objetivo.

Inclusive, o doutrinador causalista Aníbal Bruno advertia que o aumento de elementos normativos, por permitirem ao juiz juízo de valores, iria gerar insegurança ao jurisdicionado.

Nessa esteira e como dito, o tipo avalorativo, descritivo e objetivo era o tipo ideal para os causalistas, os quais chamavam de impuros ou anormais os tipos que não contivessem apenas elementos objetivos (descritivos).

De outro lado, pertinente trazer à baila entendimento de Juarez TAVARES sobre o assunto:

“Em linhas gerais, porém, podemos caracterizar esse sistema pelo fato de que, nele, não se toma a ação humana, senão como processo causal de um resultado, no qual, à primeira vista, não interferem fatores volitivos conscientes. Tudo que disser respeito à investigação do conteúdo da chamada voluntariedade é, aqui, tratado no setor da culpabilidade. Assim, como a negligência, já desde os clássicos, se diferenciava do caso fortuito, justamente porque apresentava vinculação subjetiva entre o agente e o resultado, deveria ela ser objeto da culpabilidade, formando, ao lado do dolo, os dois elementos psicológicos, através dos quais se expressava o delito. A negligência e o dolo, portanto, integram a culpabilidade, como suas formas de aparecimento.”²³

Assim, também se percebe na análise das considerações do autor referido, que o tipo avalorativo, descritivo e objetivo era o tipo ideal para os causalistas.

²³ TAVARES, J. **Dirito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 7-8.

Em síntese, a teoria causal ou naturalista vê a ação, no plano do fato típico, como um comportamento físico dominado pela voluntariedade, ou seja, a conduta voluntária é que causa modificações no mundo exterior, bem como o tipo avalorativo, descritivo e objetivo era o tipo ideal ou normal, sendo perceptível a influência do pensamento científico-natural do final do século XIX, refletindo sobre a Ciência do Direito Penal.

1.3 A Teoria Finalista e os Elementos Constitutivos do Tipo

De início, é de registrar que, com o advento da Lei 7.209/84, houve a efetiva adoção da teoria finalista na legislação nacional, sendo que, antes disso, já havia doutrinariamente registros do finalismo.

Cumprе salientar que o art. 20 do Código Penal, redação dada pela Lei 7.209/84, é a prova cabal e irrefutável da adoção da teoria finalista da ação pela legislação penal pátria.

“Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposο, se previsto em lei.”²⁴

Ora, se o erro sobre elemento constitutivo do tipo leva à exclusão do dolo e da tipicidade dolosa, é porque o dolo está situado no tipo, ou seja, no plano do fato típico, no âmbito da tipicidade. Situar o dolo no tipo (plano do fato típico) é próprio da teoria finalista da ação.

Na esfera mundial e no plano doutrinário, as mudanças em prol do finalismo começaram a se fazer em época bem anterior à entrada em vigor da Lei 7.209/84 no

²⁴ BRASIL. Código Penal. 38 ed. Brasília: Saraiva, 2000.

Brasil.

Em 1931, o penalista alemão Hans WELZEL, não satisfeito com as explicações da teoria causal-naturalista, elaborou um conceito novo de ação, originando a teoria finalista ou da ação final.

Conforme Luiz LUISI, *“diferente é o embasamento do tipo penal na doutrina finalista. Para esta, a realidade – e nela se inclui a atividade humana - não é amorfa e caótica. Pelo contrário, é ordenada e preñhe de sentido.”*²⁵

Hans WELZEL foi o grande nome do finalismo ou da teoria finalista, sendo que a concepção da realidade e do conhecimento que dão embasamento à doutrina finalista consoante Luiz LUISI *“tem suas premissas em uma interpretação ontologistizante das categorias Kantianas.”*²⁶ Isso porque, em Kant, toda ação do homem visa a um fim.

A teoria finalista é assim denominada, porque, ao contrário da teoria causalista, afirma que a ação, em vez de ser apenas a causa do resultado, consiste numa atividade do homem, dirigida a um fim e a um objetivo, orientada para uma finalidade, como leciona Damásio de JESUS:

“A doutrina penal, mesmo antes de Welzel, havia percebido que a adoção da teoria causal da ação levava à perplexidade. Diante dela, não havia diferença entre a ação de uma lesão dolosa e uma lesão culposa, uma vez que o resultado nos dois crimes é idêntico (ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima). O desvalor do resultado não constitui elemento diversificador. A diferença está na ação: é o desvalor da ação que faz com que um homicídio doloso seja apenado mais severamente do que um homicídio culposo, embora o resultado morte seja elementar dos dois delitos. Diante disso, viram que os crimes não se diferenciam somente pelo desvalor do resultado, mas principalmente pelo

²⁵ LUISI, L. *op. cit.*, p. 37.

²⁶ LUISI, L. *op. cit.*, p. 37-38.

desvalor do comportamento típico, ou, como diz Maurach, repetindo a antiga idéia reacionária, pelo 'desvalor do fenômeno da ação por si só'."²⁷

Segundo BITENCOURT *"o próprio Welzel admite que, para a elaboração da doutrina da ação final, foi decisiva a 'teoria da ação' desenvolvida por Samuel Von Puffendorf (1636-1694), cujas raízes remontam a Aristóteles. Puffendorf entendia como 'ação humana' somente aquela dirigida pelas específicas capacidades humanas, isto é, pelo 'intelecto' e pela 'vontade'.*"²⁸

Logo, a conduta ou ação é cheia de conteúdo. É, na verdade, um movimento humano consciente e voluntário com o qual se procura atingir o objetivo, não sendo aquilo a que é reduzida pela teoria causalista (um mero acontecer causal do resultado). No dizer de Damásio de JESUS, a *"ação é a que se manifesta por intermédio de um movimento corpóreo tendente a uma finalidade. (...) Alguns autores ensinam que a comissão não é somente movimento corpóreo, mas também a inércia, a atividade.*"²⁹

Damásio de JESUS menciona que a doutrina finalista se preocupa, também, com a culpa e não somente com o dolo, como se evidencia no transcrito:

"A doutrina finalista da ação não se preocupa apenas com o conteúdo da vontade, o dolo, que consiste na vontade de concretizar as características objetivas do tipo penal, mas também com a culpa. O Direito não deseja apenas que o homem não realize condutas dolosas, mas, também, que imprima em todas as suas atividades uma direção finalista capaz de impedir que produzam resultados lesivos. As ações que, produzindo um resultado causal, são devidas à inobservância do mínimo de direção finalista no sentido de impedir a produção de tal consequência, ingressam no rol dos delitos culposos."³⁰

²⁷ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 231-232.

²⁸ BITENCOURT, C. R. *op. cit.*, p. 153.

²⁹ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 235.

³⁰ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 233.

A teoria finalista parte da idéia de que o homem é um ser racional dotado de inteligência. E, graças a esses predicados, ele tem a capacidade de propor objetivos e de persegui-los com a intenção de conquistá-los. Porém, antes de buscar seus objetivos, antes de perseguir seus fins, o homem escolhe os meios de agir (os que entende mais adequados à realização do fim visado). Nesse sentido, para WELZEL:

“ ‘a ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer final e não puramente causal. A finalidade ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente’. A atividade final - prossegue Welzel - é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em função do fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada caso. A finalidade é, por isso – dito graficamente - ‘vidente’, a causalidade ‘cega’.”³¹

Isso tudo quer dizer que o ser humano é capaz de antecipar a ação no seu interior psíquico, no seu pensamento, e assim planejar a conduta que vai usar para conseguir seu objetivo. Se o homem pode colocar um fim ou um objetivo na sua mente e depois mover-se no sentido de alcançar esse fim/objetivo, conclui a teoria finalista que a vontade do fim, v. g., a vontade de matar, a vontade de estuprar, está na própria ação, na própria conduta, no próprio comportamento, já no plano do fato típico ou da tipicidade. Então, para BITENCOURT:

“A direção final de uma ação realiza-se em duas fases: 1º) ‘subjéctiva’ (ocorre na esfera intelectual): a) antecipação do fim que o agente quer realizar (objeto pretendido); b) seleção dos meios adequados para a consecução do fim (meios de execução); c)

³¹ WELZEL, *apud* BITENCOURT, C. R. *op. cit.*, p. 154.

*consideração dos efeitos concomitantes relacionados à utilização dos meios e o propósito a ser alcançado (consequências da relação meio/fim); 2º) 'objetiva' (ocorre no mundo real): execução da ação real, dominada pela determinação do fim e dos meios na esfera do pensamento. Em outros termos, o agente põe em movimento, segundo um plano, o processo causal, dominado pela finalidade, procurando alcançar o objetivo proposto. Se, por qualquer razão, não se consegue o domínio final ou não se produz o resultado, a ação será apenas tentada.*³²

Torna-se notório que a vontade do fim, que é a vontade de praticar determinada conduta, não está ligada à culpabilidade, como pretendiam os causalistas. Portanto, a teoria finalista “puxa ou traz” o dolo e a culpa do plano da culpabilidade (teoria causal) para o plano da tipicidade, do fato típico. *“Por isso, a vontade finalista pertence à ação, quer dizer, aquilo que os mecanicistas chamam de conteúdo da vontade, que corresponde à vontade tendente à produção de determinado fim, pertence à conduta, primeiro elemento do fato típico.*”³³

Para Damásio de JESUS:

“A vontade abrange: a) o objetivo que o agente pretende alcançar; b) os meios empregados; e c) as consequência secundárias.

O nexo finalista da ação só se estende a esses elementos, quais sejam, aos resultados propostos pela vontade. Em relação ao não-proposto pela vontade, rege o princípio causal. A enfermeira, ensina Welzel, que sem pensar em nada aplica uma dose de morfina demasiado forte, de efeito mortal, realiza uma injeção finalista de cura, mas não uma ação finalista de homicídio. O sujeito que, na penumbra, atira num homem, supondo tratar-se de um tronco de árvore, realiza um tiro finalista de exercício, mas não uma conduta finalista de homicídio. Nos dois casos, conclui, ‘a consequência ulterior não querida (morte) originou-se de modo

³² BITENCOURT, C. R. *op. cit.*, p. 154-155.

³³ JESUS, D. E. *de. op. cit.*, p. 232.

cegamente causal pela ação finalista (ação finalista de injeção de cura e do exercício de tiro)'.³⁴

E, segundo Fernando CAPEZ:

“... para a teoria finalista é preciso que se busque, ao lado do evento produzido, a finalidade perseguida pelo agente, ou seja, qual a intenção do sujeito. Dependendo da resposta, diversa será a qualificação do delito. Exemplo: no crime de homicídio, se a finalidade era matar, a vontade coincidiu com o resultado, e a conduta diz-se dolosa. Se o objetivo era assustar, a vontade e o resultado não foram coincidentes, e a conduta qualifica-se como culposa. Se a finalidade era ferir, o resultado foi além da vontade, e a conduta passa a ser preterdolosa. Portanto, dependendo do elemento subjetivo do agente, quer dizer, de sua finalidade, a qualificação jurídica do crime muda completamente, e não se pode, à vista disso, desconhecer que a finalidade, o dolo e a culpa estão na própria conduta. Assim, ela passa a ser elemento inseparável da conduta, e sem o exame da vontade finalística não se sabe se o fato é típico ou não. Conclui-se, então, que não existe conduta típica sem vontade e finalidade e que não é possível separar-se o dolo e a culpa da conduta típica, como se fossem fenômenos distintos. Não se pode mais considerar a existência de crimes ignorando-se totalmente a vontade, como se as pessoas não fossem dotadas de razão e livre-arbítrio e como se todos os resultados, ‘a priori’, fossem idênticos. Não existe conduta relevante para o Direito Penal se não for animada pela vontade humana. Por essa razão, HANS WELZEL considerou que toda ação humana é o exercício da atividade finalista.”³⁵

Mas, ao Direito Penal não interessa qualquer ação, e sim aquela que for típica e enquadrar-se em algum tipo legal (modelo legal da conduta proibida). A ação penalmente atípica pode interessar ao Direito Civil ou ao Direito Extrapenal, não, porém, ao Direito Penal.

³⁴ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 232-233.

³⁵ CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 145-146.

Assim, afirma-se que a ação penalmente atípica é aquela que não se enquadra em nenhum dispositivo penal, nem do Código, nem das leis extravagantes. Portanto, a teoria finalista localiza o dolo e a culpa na ação típica, no fato típico, no tipo, não existindo ação que não seja típica para o Direito Penal.

Frisa-se, como dito, que o tipo é a porta de ingresso no mundo da ilicitude penal. Ninguém viola a lei penal, ninguém desrespeita o ordenamento penal a não ser que o faça pelas portas do tipo. No tipo finalista, ou há dolo, ou há culpa.

Ensina Damásio de JESUS que *“o dolo é retirado da culpabilidade, não constituindo espécie (teoria psicológica) ou elemento da culpabilidade (teoria psicológico-normativa), mas elemento subjetivo do tipo, integrando a conduta, primeiro elemento do fato típico.”*³⁶

Para BITENCOURT *“A ‘teoria final da ação’ tem o mérito de superar a taxativa separação dos aspectos objetivos e subjetivos da ação e do próprio injusto, transformando, assim, o ‘injusto naturalístico’ em ‘injusto pessoal’.”*³⁷

Convém salientar, que a teoria finalista sofre enorme crítica quanto aos crimes culposos, como explica BITENCOURT, *“cujo resultado se produz de forma puramente causal, não sendo abrangido pela vontade do autor”*³⁸, sendo que a voluntariedade alcança a causa de um resultado não desejado, o qual ocorre por iniciativa do agente.

Neste giro, Damásio de JESUS esclarece que,

“no crime culposos, a conduta descrita no tipo (‘se o homicídio é culposos’) está integrada pela inobservância do dever de diligência na vida de relação. Quem tem habilidade para realizar uma conduta ‘adequadamente’, deve executá-la

³⁶ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 234.

³⁷ BITENCOURT, C. R. *op. cit.*, p. 153.

³⁸ BITENCOURT, C. R. *op. cit.*, p. 155.

*'adequadamente'. Aquele que não possui tal habilidade, deve abster-se de realizar o comportamento desejado. 'Com o comportamento adequado que assim se estabelece, deve ser comparado o efetivo comportamento do agente, para verificar-se se ele é típico no sentido de um crime culposo: toda ação que não corresponder a tal comportamento adequado é típica no sentido do crime culposo'.*³⁹

Quanto aos elementos constitutivos do tipo, os finalistas não afirmam que o tipo ideal é o composto tão-só de elementos puramente objetivos (descritivos), havendo, na composição típica finalista, também elementos subjetivos e/ou normativos. O tipo possui elementos objetivos (descritivos), normativos e subjetivos e é, com essa subdivisão, que se edifica o raciocínio. Dessa forma, seguindo os passos de BITENCOURT, os elementos objetivos-descritivos são facilmente constatados com a percepção dos sentidos. Referem-se a objetos, seres, animais, coisas ou atos perceptíveis pelos sentidos. Esses elementos objetivos vêm sendo cada vez mais usados na definição das infrações penais.

Já os elementos normativos são aqueles que necessitam de uma atividade valorativa, sendo insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva. Essas circunstâncias implicam um juízo de valor. Não são limitadas ao acontecer natural dos fatos. Pode-se usar como exemplo expressões como: 'indevidamente', 'sem justa causa', 'sem permissão legal', 'fraudulentamente', entre outros, todos constantes de textos legais.

Por último, os elementos subjetivos são dados ou circunstâncias que pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor. São constituídos por elementos subjetivos gerais – dolo – e especiais do tipo – elementos subjetivos do injusto.⁴⁰

³⁹ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 234.

⁴⁰ BITENCOURT, C. R. **Erro de Tipo e Erro de Proibição: uma análise comparativa**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 14-15.

Nesse aspecto, para Damásio de JESUS, *“adotada a teoria finalista da ação, inclui-se no tipo o dolo e a culpa como elementos psicológico-normativos, cremos que não se pode falar em tipicidade normal e anormal. Incluídos esses elementos no tipo, não se pode falar em tipos de mera descrição objetiva (tipicidade normal).”*⁴¹

Como visto, o dolo é elemento subjetivo do tipo. A culpa é elemento normativo do tipo. Para configurar-se o fato típico, o agente deve agir com dolo (elemento subjetivo), ou com culpa (elemento normativo).

Se o agente não teve nem dolo, nem culpa na sua conduta, o fato será atípico, consoante se constata a partir do parágrafo único do art. 18 do Código Penal.

Sem dolo e sem culpa, não há responsabilidade penal. A teoria finalista da ação “colocou” o dolo (elemento subjetivo) e a culpa (elemento normativo) no tipo. Assim, dentro do finalismo, não se pode falar em tipo puro ou normal, ou ainda impuro ou anormal, porque todos os tipos ou têm dolo (elemento subjetivo), ou têm culpa (elemento normativo).

Nessa linha, é impossível haver para o finalismo tipos puros ou normais (denominação usada pela teoria causalista para designar tipos compostos apenas por elementos objetivos, descritivos).

Em síntese, a teoria finalista ou da ação final vê a ação, no plano do fato típico, como uma atividade do homem, dirigida a um fim, a um objetivo, orientada para uma finalidade. Os tipos, além de elementos objetivos, possuem pelo menos um elemento subjetivo (o dolo), ou um elemento normativo (a culpa), não se utilizando a linguagem causalista de tipo “ideal” ou “normal”, sendo ainda perceptível a influência do pensamento de KANT sobre a corrente finalista.

⁴¹ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 273.

1.4 Diferenças entre a Teoria Causalista e a Teoria Finalista

Por serem teorias consagradas pela Dogmática tradicional, tais teorias são frequentemente comparadas em estudos e obras de autores dogmáticos.

Damásio de Jesus é autor dogmático que arrolou diferenças sistemáticas entre as teorias causalista e final. Algumas merecem destaque. Nesse aspecto, segundo Damásio E. de JESUS:

“1ª) Conduta (ação):

Teoria clássica: é meramente causal - movimento corpóreo que produz um resultado no mundo exterior. Não contém o dolo nem a culpa.

Teoria finalista: é o comportamento humano consciente dirigido a certa finalidade.

2ª) Dolo:

Teoria clássica: vontade livre e consciente dirigida a um resultado antijurídico (Nélson Hungria).

Teoria finalista: vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo.

3ª) Culpa:

Teoria clássica: ‘é a prática voluntária de uma conduta sem a devida atenção ou cuidado, da qual deflui um resultado previsto na lei como crime, não desejado nem previsto, mas previsível’ (Paulo José da Costa Júnior);

Teoria finalista: é a inobservância do cuidado objetivo necessário, manifestada numa conduta produtora de um resultado objetiva e subjetivamente previsível (previsibilidade objetiva e subjetiva).”⁴²

Como visto, para os finalistas, a conduta humana, já no âmbito da tipicidade,

⁴² JESUS, D. E. de. *Novíssimas Questões Criminais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 242.

tem sua finalidade e seu objetivo devidamente investigados, o que não acontece na teoria clássica.

Quanto à localização do dolo e da culpa, Damásio de Jesus, comprovando que o tipo finalista possui mais elementos, sendo mais complexo do que o tipo causalista, leciona que:

“4ª) Localização do dolo e culpa:

Teoria clássica: na culpabilidade.

Teoria finalista: no tipo. Dolo: elemento subjetivo do tipo; culpa: elemento normativo do tipo.

5ª) Elementos do fato típico:

Teoria clássica: conduta ‘voluntária’ (não é dolosa nem culposa), resultado, nexo causal e tipicidade.

Teoria finalista: conduta ‘dolosa’ ou ‘culposa’, resultado, nexo causal e tipicidade.

6ª) Conduta:

Teoria clássica: voluntária (vontade de fazer ou não fazer): a voluntariedade não se confunde com o dolo.

Teoria finalista: dolosa ou culposa.

(...)

8ª) Efeitos da ausência de dolo ou culpa:

Teoria clássica: ausência de culpabilidade.

Teoria finalista: ausência (atipicidade) de conduta: o fato é atípico.”⁴³

Tais diferenças apresentam enorme reflexo no momento de se analisar o que, “em princípio”, pode ser um fato-crime, pois a ausência de dolo e de culpa, para os finalistas, faz com que o fato sequer ingresse no mundo penal, sendo atípico, não tendo assim relevância penal.

Já a ausência de dolo e de culpa, para os clássicos, leva à exclusão da culpabilidade, tendo o fato interesse penal, pois foi típico e antijurídico. Cumpre frisar também que, para se chegar à análise da culpabilidade, âmbito no qual para os clássicos se dá a análise do dolo e da culpa, será preciso antes se analisar a tipicidade e antijuridicidade (ilicitude), pois sem a presença de tais requisitos (elementos) do crime,

⁴³ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 243.

não se chega ao plano da culpabilidade.

Quanto à natureza e aos elementos do dolo e da culpa, Damásio de Jesus, comprovando que o tipo finalista possui mais elementos, ensina que:

“ 9ª) Natureza do dolo:

Teoria clássica: é normativo (contém a consciência da ilicitude).

Teoria finalista: é natural (não porta a consciência da antijuridicidade).

10ª) Elementos do dolo:

Teoria clássica: a) consciência da ação e do resultado; b) consciência do nexos de causalidade; c) consciência da ilicitude; d) vontade de realizar a ação e produzir o resultado (Magalhães Noronha).

Teoria finalista: a) consciência da conduta e do resultado; b) consciência do nexos causal; c) vontade de realizar a conduta e produzir o resultado (nos crimes de evento).”⁴⁴

Assim, o tipo finalista é mais complexo e, por conseguinte, mais fechado do que o tipo causalista, o qual é desprovido de dolo e de culpa (elementos analisados na culpabilidade), implicando o tipo clássico mais juízos de adequação.

No campo do erro, a posição do dolo e da culpa também traz reflexos importantes. Nesse sentido, a análise no campo do erro serve também para fundamentar que, com a reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984 (Lei 7.209), restou adotada a teoria finalista no âmbito legal.

Nessa linha, ainda segundo Damásio de Jesus:

“ 14ª) Erro que recai sobre os elementos descritivos do delito:

Teoria clássica: é chamado ‘erro de fato’, excludente da culpabilidade, se inevitável.

Teoria finalista: é denominado ‘erro de tipo’, excludente do dolo, culpa e fato típico, se invencível, podendo o sujeito responder por crime

⁴⁴ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 243.

culposo, se vencível (CP, art. 20). Prova de que, segundo os finalistas, o dolo, na reforma penal de 1984, integra o tipo e não a culpabilidade.

15º) Erro que recai sobre a ilicitude do fato (sobre a regra de proibição):

Teoria clássica: é erro de direito, não excluindo a culpabilidade (antigo art. 16 do CP).

Teoria finalista: é chamado 'erro de proibição'. Não exclui o dolo e sim a culpabilidade, se invencível, ou reduz a pena, se vencível (CP, art. 21). Por isso, para os partidários, no Brasil, da teoria finalista, na reforma penal de 1984 a consciência da ilicitude não está no dolo, nem este faz parte da culpabilidade. Se a consciência da ilicitude estivesse no dolo e este integrasse a culpabilidade, teríamos o seguinte efeito: o erro de proibição excluiria o dolo, uma vez que ele é incompatível com a exigência da consciência da ilicitude."⁴⁵

Na mesma esteira, a posição do dolo e da culpa, ao refletirem no campo do erro, refletem também no campo das discriminantes putativas ou imaginárias, o que também serve para fundamentar que, com a reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984 (Lei 7.209), restou adotada a teoria finalista no âmbito legal.

Conforme Damásio de Jesus:

" 17º) Discriminantes putativas (legítima defesa putativa etc.):

Teoria clássica: excluem a culpabilidade (erro de fato).

Teoria finalista: se derivadas de erro sobre as circunstâncias do fato, há erro de tipo (CP, art. 20, § 1º); se incidem sobre os elementos típicos normativos (ex.: na legítima defesa, sobre a injustiça da agressão), o erro é de proibição (art. 21)."⁴⁶

Consoante se percebe pelas diferenças arroladas por Damásio de JESUS, bem

⁴⁵ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 244.

⁴⁶ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 242-245.

como pelo referido nos subcapítulos anteriores, a teoria finalista da ação situa o dolo e a culpa no plano do fato típico, no âmbito da tipicidade, enquanto a teoria causal os situa na culpabilidade, no fato culpável.

Assim, exemplificando, se o agente voluntariamente puxar o gatilho de um revólver e matar um ser humano, esse agente, à luz da teoria clássica, praticou o fato típico homicídio, ou seja, no âmbito do fato típico, no plano da tipicidade, o fato é homicídio, pois o dolo e a culpa só serão analisados na culpabilidade, sem se olvidar que a teoria clássica enfatiza o desvalor do resultado.

Nessa linha, não há como se negar que, à luz da teoria causal e no plano do fato típico (tipicidade), o caso acima é de homicídio, diante da ocorrência do resultado morte e de a teoria clássica ressaltar o desvalor do resultado.

De outro lado, à luz da teoria finalista, o exemplo acima citado não constitui necessariamente o fato típico homicídio. Já, no plano da tipicidade, pode haver o reconhecimento de que o fato é atípico, isto é, não se juridicizou penalmente.

No seguinte exemplo: o agente voluntariamente puxa o gatilho de um revólver e mata um ser humano. Todavia, no momento do disparo, estava tal agente praticando tiro ao alvo em clube de tiro, com a adoção de todas as cautelas exigíveis na ocasião. A vítima, até o momento do tiro, estava escondida, tendo saído, de inopino, de trás do alvo, pois desejava morrer. Não se pode dizer, à luz da teoria finalista, que o agente praticou o fato típico homicídio.

Já no plano da tipicidade, deve haver o reconhecimento de que o fato é atípico e não se juridicizou penalmente, até porque não há fato típico sem dolo e sem culpa para os finalistas, sem se olvidar que a teoria finalista enfatiza o desvalor da conduta, sempre atenta à finalidade de tal conduta.

Com base no dito nos subcapítulos anteriores, com base nas diferenças referidas

por Damásio de JESUS e com base no singelo exemplo acima, é possível constatar que o tipo (modelo legal da conduta proibida), nos moldes da teoria causal, é mais simples, pois possui menos elementos constitutivos, não possui nem dolo, nem culpa, restando mais aberto, ou seja, sendo mais largo e mais amplo.

Em face da maior simplicidade do tipo causalista, os fatos do mundo concreto mais facilmente se enquadram, se amoldam a tal tipo causalista, até porque o que dito tipo exige é mais simples e fácil de ocorrer faticamente.

Como já dito, o tipo, além de modelo legal da conduta proibida, é a porta de ingresso no mundo da ilicitude penal. Tal porta de ingresso é mais larga, é mais aberta nos moldes causalistas, até porque o tipo causalista é mais simples, possui menos requisitos, possui menos elementos, o que facilita a juridicização penal das condutas ocorridas no mundo dos fatos concretos.

Por outro lado, é possível também se constatar que o tipo (modelo legal da conduta proibida), nos moldes da teoria finalista, é mais complexo, pois possui mais elementos constitutivos, possui dolo e culpa para serem analisados já no plano da tipicidade (fato típico), restando mais fechado, mais estrito, mais estreito.

Em face da maior complexidade do tipo finalista, os fatos concretos menos facilmente se enquadram e se amoldam a tal tipo, até porque o que dito tipo exige é mais difícil de ocorrer faticamente.

Em síntese, como o tipo é a porta de ingresso no mundo da ilicitude penal, é possível afirmar que a juridicização penal dos fatos da vida é maior à luz da teoria causalista e nos moldes do tipo causalista do que à luz da teoria finalista e nos moldes do tipo finalista, ou seja, é maior a criminalização dos comportamentos na teoria causalista do que na teoria finalista.

Quanto às teorias causalista e finalista, a própria Dogmática Jurídica as

consagrou, consolidando-as nos meios judiciais e acadêmicos, sendo essas as teorias da Dogmática em termos de raciocínio sobre o crime ou sobre o fato-crime.

O operador do Direito Penal, ao raciocinar sobre o fato-crime, no mais das vezes, vale-se da Dogmática tradicional, ou seja, das teorias causal e finalista.

Embora o tipo finalista seja mais fechado do que o tipo causalista, embora a teoria finalista criminalize menos do que a teoria causalista, ambas as teorias já consagradas pela Dogmática Tradicional não conduzem à descriminalização de condutas menos graves, à constitucionalização do direito penal, nem ao direito penal mínimo.

II A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

2.1 Características e Elementos Constitutivos do Tipo

Como esclarecimento inicial, não se deve confundir teoria da imputação objetiva com responsabilidade penal objetiva, sendo completamente infundada qualquer assertiva no sentido de relacioná-las.

Responsabilidade penal objetiva é aquela que, havendo nexos causal entre a conduta e o resultado, o autor do fato responde pelo crime, ainda que não apurada a presença do dolo ou da culpa na conduta do agente. Na responsabilidade penal objetiva, não se investiga o dolo, nem a culpa do agente, do autor da conduta.

Embora reste algum dissenso doutrinário, hoje está praticamente pacificado que a responsabilidade penal, no Direito Penal Brasileiro, é sempre subjetiva, ou seja, é preciso sempre se descer à análise do dolo ou da culpa da conduta do agente para se apurar a responsabilidade penal. Sem dolo e sem culpa, não há fato típico, o que está legalmente previsto pelo parágrafo único do art. 18 do Código Penal.

Assim, a teoria da imputação objetiva não se confunde com a responsabilidade penal objetiva. Tecida essa distinção inicial, passa-se à teoria da imputação objetiva.

A teoria da imputação objetiva constitui uma nova forma de ver o Direito Penal. Segundo esta teoria, torna-se a tipicidade menos abrangente, torna-se o tipo mais estreito, mais reduzido, menos largo, mais fechado. Tal teoria é revolucionária e revê posições que já foram consagradas nas teorias causalista e final. As posições finalistas ainda hoje são tidas como perfeitas nos meios judiciais e acadêmicos.

Não está a teoria da imputação objetiva definitivamente concluída, encontrando-se ainda em estudo em alguns pontos. Todavia, embora não se trate de uma teoria totalmente concluída, já apresenta fundamentos e segundo André Luís Callegari, *“impõe-se cada vez mais na doutrina estrangeira”*⁴⁷, na medida em que ocupa progressivamente a atenção dos doutrinadores penais.

Não se pretende, com o estudo da teoria da imputação objetiva, o abandono ou banimento total da teoria finalista, até porque, como visto, esta foi legalmente adotada pelo Código Penal na reforma de 1984, mas sim buscar-se uma alternativa para atender às necessidades sociais que hoje se apresentam, para o que parece indispensável a adoção de critérios de raciocínio jurídico-penal que garantam o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos:

A teoria da imputação objetiva é preliminarmente explicada segundo Damásio E. de Jesus:

“Sem abandonar o finalismo, passamos a adotar a teoria da imputação objetiva, que significa, num conceito preliminar, a atribuição (imputação) de uma conduta ou de um resultado normativo (jurídico) a quem realizou um comportamento criador de um risco juridicamente proibido. Apóia-se na idéia de que o resultado normativo só pode ser imputado a quem realizou uma conduta geradora de um perigo juridicamente reprovado ao interesse jurídico e de que o evento deve corresponder àquele que a norma incriminadora procura proibir.

⁴⁷ CALLEGARI, A. L. *Imputação Objetiva e Lavagem de Dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 17.

Trabalha com os conceitos de risco permitido (excludente da tipicidade) e risco proibido (a partir do qual a conduta adquire relevância penal).”⁴⁸

A teoria da imputação objetiva, como antes dito, procura estreitar as portas do tipo, o que reflete amplamente no âmbito da tipicidade, buscando excluir condutas do mundo jurídico-penal, trabalhando, para tanto, especialmente com os conceitos de risco permitido e risco proibido, sendo que dita teoria conforme CALLEGARI “*conduz a um filtro objetivo para a imputação de um resultado.*”⁴⁹

Sendo o tipo a porta de ingresso do mundo da ilicitude penal e servindo a teoria da imputação objetiva para estreitar as portas do tipo, obviamente que isso desencadeia descriminalização de condutas, pois ninguém ingressa no mundo da ilicitude penal senão pelas portas do tipo (modelo legal da conduta proibida).

A doutrina nacional começa a atentar para o estudo da imputação objetiva, embasada na doutrina estrangeira, principalmente em Claus Roxin, traçando as características e analisando as mudanças de ordem prática que variam com a adoção da novel teoria em termos de teoria do crime.

Um dia, a teoria finalista da ação, a qual já representa um avanço em relação à teoria causal, estava presente no Brasil apenas no plano doutrinário. Em 1984, a teoria finalista ingressou legalmente no Direito Penal Brasileiro através da Lei 7.209, como anteriormente já referido.

A teoria da imputação objetiva, atualmente presente em estudos doutrinários, certamente um dia ingressará também no Brasil no plano legal.

Tal teoria se vale da constitucionalização do Direito Penal, dos princípios da insignificância e da intervenção mínima, assim como se utiliza dos critérios do risco

⁴⁸ JESUS, D. E. de. **Imputação Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. XVII.

⁴⁹ CALLEGARI, A. L. *op. cit.*, p. 17.

permitido e do risco proibido, do princípio da confiança, da proibição de regresso, do consentimento do ofendido, das ações de próprio risco, além do que, todos os tipos passam a ter um elemento normativo, qual seja, a própria imputação objetiva.

2.1.1 Constitucionalização do Direito Penal

Recomenda tal teoria que seja analisado o Direito Penal à luz da Constituição Federal, não bastando a norma penal em si mesma para que sejam incriminadas as condutas, e esse é um dos aspectos que tendem a fechar, a estreitar as portas do tipo.

Ao discorrer sobre a teoria da imputação objetiva, no sentido da análise constitucional das normas penais, refere-se ROCHA: *“Aperfeiçoar a construção teórico-dogmática em sede de direito penal significa, hoje, conceber a ordem jurídico-repressiva como sistema protetivo dos valores dominantes, estritamente vinculado ao sistema de princípios constitucionais representativo dos mais altos interesses sociais”*⁵⁰

Assim, a análise das condutas deve ser sempre feita à luz da Constituição Federal, com critérios e objetivos constitucionais e não estritamente penais, não se podendo considerar o direito punitivo independente do Direito Constitucional. Nesse aspecto, DAMÁSIO DE JESUS reforça a necessidade de constitucionalização do Direito Penal:

*“O objeto jurídico é apreciado sob a ótica das normas constitucionais, delas seguindo para análise das descrições típicas delitivas. Com isso se evita o mal clássico de interpretar as normas penais incriminadoras a partir delas próprias, procurando auxílio nos preceitos constitucionais somente nos casos de sérias dúvidas. E com a vantagem de poder apreciar o princípio da ofensividade num primeiro plano, de ordem constitucional, e não sob a ótica da legislação incriminadora ordinária.”*⁵¹

⁵⁰ ROCHA, F. A. N. G. da. **Imputação Objetiva**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 19.

⁵¹ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. XVIII.

Com a constitucionalização do Direito Penal, apregoada pela teoria da imputação objetiva, abrem-se as portas ao direito punitivo mínimo, bem como para a construção de um direito criminal garantidor e democrático.

E prossegue ROCHA: *“O sistema jurídico do crime, portanto, não apresenta apenas a coerência formal ou lógico-abstrata, mas também um conteúdo material que aproxima a dogmática jurídica da realidade social. É justamente no contexto de uma tipicidade em sentido normativista-social que importa discutir a imputação objetiva.”*⁵²

Mercê da interpretação normativista-social, o princípio da insignificância adquire relevo e consegue obter seus espaços na hermenêutica constitucional-penal.

2.1.2 Princípio da Insignificância

O fato-crime é extremamente significativo para a ordem social. Por isso, devem ser excluídos dos tipos os fatos considerados de pequena importância, devendo ocorrer intervenção penal em casos de estrita necessidade.

O princípio da insignificância visa evitar que o Direito Penal se ocupe de crimes de bagatela ou insignificantes, como é o caso de crimes que acarretam lesões mínimas, furto de pequeníssimos objetos, lesões corporais ínfimas, por exemplo. Nesse sentido, não deve o Direito Penal “investir” tempo e energia em furto de “barrinha” de chocolate, pois tal tempo e energia podem ser mais bem empregados no combate à sonegação fiscal, aos crimes contra o sistema financeiro, ao tráfico de entorpecentes, ao latrocínio, trazendo maiores benefícios sociais.

Na esteira do princípio da insignificância, frisou Roxin, citado por ROCHA, que: *“o direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões*

⁵² ROCHA, F. A. N. G. da. *op. cit.*, p. 19.

*de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se.*⁵³

Nessa linha, segundo ROCHA, “o princípio da insignificância orienta a interpretação do tipo penal, de modo a materializar a verdadeira finalidade protetiva da norma jurídico-penal(...) a aplicação da pena deve ser inspirada pelo princípio da estrita necessidade (...) o castigo penal põe em perigo a existência social do apenado, e que com sua marginalização a própria sociedade sofre um dano.”⁵⁴

Em resumo, a criminalização das condutas, a qual necessariamente passa pela interpretação dos tipos penais, não pode ocorrer em relação a condutas que não atinjam o corpo social, nem constituam fatos anti-sociais realmente graves.

2.1.3 Risco Permitido e Risco Proibido

Segundo a teoria da imputação objetiva, para que ocorra a conduta típica, deve verificar-se, na ação, se há criação de perigo, o qual não esteja coberto pelo dito risco permitido e, depois, analisar se ocorreu o resultado, realizando o risco abstratamente proibido.

Só é fato típico o que for praticado na faixa de risco proibido. O que ocorrer na faixa de risco permitido está fora do tipo, está fora do âmbito da tipicidade.

Portanto, ocorrem dois juízos valorativos para a configuração do tipo objetivo. Um na ação e outro no resultado, tendo de estar presentes tanto naquela quanto neste o risco proibido, sendo na ação o risco abstratamente não suportado pela sociedade, ou seja, o risco que o agente teria o dever de evitar e, quanto ao resultado, verifica-se a

⁵³ ROCHA, F. A. N. G. da. *op. cit.*, p. 20.

⁵⁴ ROCHA, F. A. N. G. da. *op. cit.*, p. 20.

realização de tal risco no caso concreto.

Assim, a teoria da imputação objetiva reclama o duplo juízo valorativo, tal como o princípio da insignificância, para a aferição da tipicidade, conforme leciona CALLEGARI, compilando ensinamentos de Claus Roxin:

“Assim, conforme comprovada a causalidade natural, a imputação do resultado requer, ademais, verificar:

- 1. Se a ação do autor criou um perigo juridicamente desaprovado para a produção do resultado;*
- 2. se o resultado produzido por dita ação é a realização do mesmo perigo (juridicamente desaprovado) criado pela ação.”⁵⁵*

Para a Teoria da Imputação Objetiva, somente têm relevância jurídica as ações que representam um risco maior do que aquele permitido para o bem jurídico, produzindo resultado evitável, isto é, só interessa penalmente o que ocorrer como risco proibido.

Não adentram no mundo do Direito Penal as condutas que se passam nos estritos limites do risco autorizado, por mais que se produza e pudesse ser evitado o resultado.

Condutas que não têm a finalidade de piorar a situação do bem juridicamente protegido, tendo, ao contrário, a finalidade de melhorar sua condição, como é o caso do

⁵⁵ CALLEGARI, A. L. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. In Revista da AJURIS nº 76. Porto Alegre: Pallotti, 1999, p. 91. Na nota de rodapé nº 10, o autor faz a compilação do texto de Claus Roxin, cuja transcrição é a seguinte: “a) um resultado causado pelo agente somente se pode imputar ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo para o bem jurídico, não coberto por um risco permitido e esse perigo também se realizou no resultado concreto; b) se o resultado se apresenta como realização de um perigo criado pelo autor, por regra geral, é imputável a este, de modo que se cumpre o tipo objetivo. Mas, não obstante, excepcionalmente pode desaparecer a imputação se o alcance do tipo não abarca a evitação de tais perigos e suas repercussões. ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, 1997, p. 373.”

médico que, dentro das técnicas médicas, realiza intervenção cirúrgica para tentar prolongar a vida do paciente que está desenganado e inevitavelmente sobrevém a morte, a qual, em mais alguns dias, iria sobrevir independentemente da cirurgia.

Embora, em um plano meramente causal, poder-se-ia dizer que a cirurgia constituiu fato típico, a conduta não tem relevância jurídico-penal à luz da teoria da imputação objetiva, pois realizar intervenções médico-cirúrgicas, estritamente dentro das técnicas médicas, constitui risco permitido, logo está fora do tipo, não há tipicidade na conduta.

Assim, é assente a doutrina:

“Como o direito penal é teleológico, tendo em vista que está construído em relação a fins, a teoria da imputação objetiva pretende dar-lhes fundamentos, ligando a finalidade do agente ao resultado, segundo a descrição típica. É uma teoria autônoma, independente da doutrina da causalidade objetiva ou material. Não se encontra no campo dos fatos, mas dos valores que o Direito Penal pretende proteger. O ponto central não é imputar um resultado a um homem segundo o dogma da relação de causalidade material, i. e., se ele, realizando determinada conduta, produziu certo resultado naturalístico. O âmago da questão, pois nos encontramos no plano jurídico e não na área das ciências físicas, reside em estabelecer o critério de imputação do resultado em face de uma conduta no campo normativo, valorativo. Daí por que cuidaremos do resultado jurídico ou normativo, correspondendo à afetação de um bem jurídico (lesão ou risco de lesão jurídica).”⁵⁶

O critério do fim de proteção da norma e do risco permitido são elementos constantes da tentativa de elaboração de um conceito de imputação objetiva.

Pelo critério do fim de proteção da norma, se a pretensa ação criminosa produz

⁵⁶ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 34.

resultado, o qual a norma não se destinava a proteger e evitar com o estabelecimento do dever de cuidado, não há imputação objetiva. Tal critério é utilizado por Roxin, genericamente para imputação, em se tratando de delitos imprudentes.

Nesse sentido, expõe ROCHA:

“Como a imputação objetiva do resultado é essencialmente normativa, somente se poderá reconhecer imputável o resultado que é orientado de acordo com uma finalidade ilícita. Se a atuação da vontade não é típica, não existe absolutamente nenhuma ação no sentido que interessa ao direito penal. A ousadia que essa proposição encerra é considerar, já em sede de imputação objetiva, a impossibilidade de se imputar um resultado socialmente danoso quando esse evento não for relacionado a uma finalidade socialmente inadequada.”⁵⁷

Frisa-se que, nesse ponto, a teoria da imputação objetiva se assemelha ao princípio da adequação social, todavia tal princípio sofre críticas por apresentar critérios imprecisos e demasiadamente vagos, sendo que a doutrina da imputação objetiva, através do critério do risco proibido e do risco permitido, consegue os mesmos efeitos práticos do princípio da adequação social, ou seja, exclusão da tipicidade.

É evidente que o Direito Penal, para ser pluralista, deve ter seus focos na adequação social. Todavia, é possível, por meio do critério do risco permitido através da teoria da imputação objetiva, chegar-se aos objetivos do princípio da adequação social, com a vantagem de não sofrer tal teoria críticas, como as decorrentes da vagueza e imprecisão dos critérios da adequação social, como sói acontecer em relação a dito princípio da adequação.

Nesse sentido, mercê da teoria da imputação objetiva e do risco permitido, segundo ROCHA, *“Roxin sustenta ser desnecessário recorrer ao argumento da*

⁵⁷ ROCHA, F. A. N. G. da. *op. cit.*, p. 29.

*inadequação social (de critérios imprecisos) para excluir-se a tipicidade*⁵⁸

Leciona ROCHA:

*“... por exemplo, os casos de participação no trânsito viário ou aéreo, a manipulação de maquinário industrial ou a intervenção em competições esportivas. Se as regras pertinentes são obedecidas e o risco é o usual para a situação, ocorrendo resultado lesivo, não será possível atribuí-lo objetivamente ao autor da conduta, pois este não criou situação de risco de modo geral desautorizada.”*⁵⁹

Assim, a violência esportiva dentro das regras do esporte, ainda que sobrevenha a morte, por exemplo, no caso de uma luta de boxe, está na faixa do risco permitido, portanto fora do tipo. Se um lutador durante a luta desfere um soco, dentro das regras do esporte, o que causa o rompimento de um vaso sanguíneo no cérebro do outro lutador, matando-o, tal fato é atípico, pois ocorrido na faixa de risco permitido, logo está fora do tipo.

Já, se durante a luta de boxe, um lutador morde a orelha do outro, ou ainda desfere um pontapé, tal lutador deve responder criminalmente, pois morder e dar pontapé estão fora das regras do boxe e, portanto, na faixa de risco proibido, havendo tipicidade na conduta.

Ademais, os artigos 121 e 129 do Código Penal não visam proteger os bens juridicamente relevantes “vida” e “integridade corporal” de lesões e agressões ocorridas estritamente dentro dos limites das regras das práticas esportivas, como é o caso de lutas de boxe.

Consoante ensinamentos de ROCHA:

⁵⁸ ROCHA, F. A. N. G. da. *op. cit.*, p. 24.

⁵⁹ ROCHA, F. A. N. G. da. *op. cit.*, p. 24.

“Parece haver confusão entre imputação objetiva e imputação subjetiva do resultado.(...) A tarefa da dogmática consiste em responsabilizar indivíduos pela produção de resultados que violem a finalidade protetiva da norma jurídica, e, portanto, o resultado típico produzido sem violação dessa norma não deve ser considerado, para o direito penal, obra de determinada pessoa, mas de um acidente.”⁶⁰

Pela doutrina do incremento do risco, há de ser determinado se a conduta do autor não ultrapassou os limites do risco permitido e, em tendo ultrapassado, haverá imputação objetiva se foi implementado o resultado.

A base comum dos critérios conceituais e delimitadores da teoria da imputação objetiva se encontra justamente no princípio do risco, pelo qual, partindo do resultado, avalia-se se a conduta do autor se deu de forma a criar risco relevante para a causação de lesão típica.

Com esses critérios, Roxin, citado por CALLEGARI, estabeleceu parâmetros para a delimitação da imputação objetiva, quais sejam: *“a) diminuição do risco; b) a criação ou não criação de um risco juridicamente relevante; c) incremento ou falta de aumento do risco permitido e d) a esfera de proteção da norma.”⁶¹*

Para termos um conceito simplificado de imputação objetiva, deve-se dizer que é o elemento normativo do tipo, o qual é responsável pelo juízo axiológico da conduta e do resultado, avaliando se o agente agiu fora dos limites tolerados pela sociedade como representação de um risco proibido. Portanto, é o elemento do tipo, pelo qual verificado que o agente extrapolou os limites de tolerância social, passando para a esfera do risco proibido (desvalor da ação), ocorrendo o resultado (desvalor do resultado) decorrente do risco criado pelo agente e não socialmente tolerável, haverá a imputação objetiva e a possibilidade de adequação típica da conduta do agente.

⁶⁰ ROCHA, F. A. N. G. da. *op. cit.*, p. 30.

⁶¹ CALLEGARI, A. L. *Imputação Objetiva e Lavagem de Dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 21.

A imputação objetiva, por seu turno, trata da criação de risco proibido juridicamente, ocasionando um resultado no qual é implementado tal risco.

O autor do fato cria um perigo, o qual não está acobertado por risco permitido. Risco permitido é um risco inerente à atividade, tolerado pela sociedade, implementando tal perigo no resultado.

Na ordinariedade da vida de relações, diariamente se encontram os riscos. Não há como retirar da vida social os riscos a ela inerentes. Em toda a atividade desenvolvida no cotidiano, haverá uma parcela de risco da qual as pessoas não têm como se eximirem.

É nessa seara que se dá a idéia precípua da teoria da imputação objetiva, que trabalha com a avaliação, com juízo valorativo, do que trata por risco permitido e risco proibido.

Ensina JAKOBS: *“Posto 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; pelo contrário, o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como risco permitido.”*⁶²

A conduta criadora de risco juridicamente relevante que, abstratamente considerada, está permitida, é a clara ilustração do risco permitido e, por estar permitida, não se trata de causa de justificação, excluindo o próprio tipo objetivo.

De acordo com o dito, a doutrina a seguir transcrita: *“Risco permitido. Compreende-se por risco permitido uma conduta que cria um risco juridicamente relevante, mas que de modo geral (independentemente do caso concreto) está permitida e, por isso, diferentemente das causas de justificação, exclui a imputação ao tipo objetivo.”*⁶³

⁶² JAKOBS, G. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução por André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 35.

⁶³ CALLEGARI, A. L. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. In Revista da AJURIS nº 76. Porto Alegre: Pallotti, 1999, p. 92-93.

Portanto, exclui-se a imputação objetiva, quando não forem superados os limites do risco permitido, isto é, quando a ação que causalmente produziu o resultado não ultrapassar os limites do risco permitido, deve haver exclusão da imputação objetiva.

Todos sabem que é impossível uma sociedade sem riscos, nem pode ser da índole de sociedades razoavelmente desenvolvidas a supressão total dos riscos.

De regra, o risco permitido está regulado através de normas, tais como as regras desportivas, de trânsito e da segurança do trabalho. Essas regras são delineamentos dos limites em que se dá o risco permitido, servindo como critérios para a avaliação da elasticidade do risco permitido.

O risco permitido deve ser normatizado. Entretanto, quando não há regras legais explícitas para servirem de critérios para tais delineamentos, a determinação do risco permitido deve dar-se através da ponderação de bens, por critérios juridicamente relevantes, que avaliem o dano como sendo ou não vantajoso e a importância do risco no sentido de preservar o bem jurídico.

Deve-se buscar critérios para definir o que se trata de risco permitido ou proibido, evitando-se, na medida do possível, a ponderação de bens.

Os critérios para definição do risco permitido devem ser estabelecidos pela própria sociedade, de modo geral e não especialmente. O próprio convívio social deve estabelecer critérios que, depois de aferidos fática e costumeiramente como aceitos, como isentos de lesividade social, sejam juridicizados, oferecendo maior segurança aos cidadãos e aos aplicadores do direito.

Assim, estabelecem-se critérios para fixação dos limites ao risco permitido, dizendo que não pode-se ter por permitido aquele risco, o qual o próprio direito se encarrega de coibir. Assim, normas sociais de conduta que estabelecem limites e restrições, ultrapassados tais limites e restrições, estar-se-ia adentrando na esfera do

risco proibido.

Exemplificativamente, as normas que estabelecem limite de velocidade no trânsito, que proibem a embriaguez preordenada para que o indivíduo não se coloque em estado de inimputabilidade, são normas que, quando violadas, a conduta, que as contrariou, automaticamente está inserida no contexto do risco proibido, porque tal risco assim está caracterizado pelo próprio ordenamento, que, inclusive, estabelece sanções de ordem penal ou extrapenal no caso de sua violação.

Nesse sentido, JAKOBS, *“No que se refere à concreção do risco permitido, o mais adequado é começar com uma determinação negativa, posto que esta é a que resulta mais exata: deixa de estar permitido aquele comportamento que o próprio Direito define como não permitido, proibindo-lhe já por seu perigo concreto ou abstrato, inclusive sob ameaça de pena ou de multa administrativa.”*⁶⁴

O risco permitido exclui a imputabilidade objetiva, não por ser tolerado no caso concreto em virtude do contexto em que se encontra, e sim, por ser naturalmente aceito no meio social, tratando-se de conduta normal.

Assim, não há que se justificar comportamentos que criam risco permitido, nem pretender para eles a exclusão da ilicitude, pois se encontram fora do tipo, faltando o elemento da imputabilidade objetiva (risco proibido).

Para que seja feita a análise da culpabilidade, ao menos no momento da sentença, deve também haver anteriormente conduta típica e antijurídica. Deve ser analisado, portanto, primeiro um elemento, para, somente depois, verificada sua perfectibilização, na ordem acima elencada, analisar-se a presença do próximo elemento. Primeiramente se verifica a tipicidade, para depois se analisar a antijuridicidade e, por fim, a culpabilidade.

⁶⁴ JAKOBS, G. *op. cit.*, p. 40.

No caso, estando ausente o elemento normativo do tipo – imputabilidade objetiva – tendo tal elemento sido excluído em virtude do risco permitido, o fato é atípico, não se juridicizando penalmente.

Assim, a conduta é descriminalizada já no plano da tipicidade, não se perquirindo acerca de causa de exclusão de ilicitude, nem da culpabilidade, pois se trata de fato social absolutamente normal e aceito, pois ocorrido na faixa do risco permitido.

Para que haja a imputação objetiva, perfectibilizando o tipo objetivo, é necessário que haja a implementação do risco não permitido e criado pela conduta do agente, no resultado, havendo, como já enfatizado, juízo valorativo tanto na ação quanto no resultado.

Salienta-se que, à luz da teoria da imputação objetiva, todos os tipos possuem elemento normativo, ou seja, o próprio juízo de imputação objetiva. Isso torna o tipo mais complexo, mais exigente, mais estreito e mais fechado, de sorte que as condutas do mundo dos fatos encontram maiores dificuldades para se amoldarem ao tipo (modelo legal da conduta proibida).

Como visto, o critério do risco permitido e do risco proibido, bem como a presença do elemento normativo “imputação objetiva” em todos os tipos levam ao estreitamento do próprio tipo e à descriminalização de condutas.

Como um dos corolários do critério do risco permitido, surge o princípio da confiança adiante explicado.

2.1.4 Princípio da Confiança

Pelo princípio da confiança, a pessoa que age com as cautelas necessárias, atendendo, portanto, ao dever objetivo de cuidado, não pode ser responsabilizado por

fato de terceiro, o qual, por seu turno, não tomou as cautelas que lhe eram cabíveis.

No sentido aqui exposto, é a lição de ROCHA:

“Segundo tal princípio, apesar de a experiência mostrar que outras pessoas cometem erros, aquele que se comporta adequadamente pode confiar que os demais também o façam, desde que não existam motivos para acreditar no contrário. O princípio fundamenta-se no fato de que os indivíduos, em sociedade, podem organizar suas atividades sobre o pressuposto de que todos atuam de maneira adequada e de que o comportamento praticado conforme as expectativas sociais não pode ser considerado incremento de uma situação de risco proibida. A consequência da aplicação do princípio é a impossibilidade de responsabilizar aquele que atua conforme o cuidado objetivamente exigido.”⁶⁵

Ora, em uma sociedade complexa como a sociedade brasileira atual, torna-se impossível a consecução dos objetivos sociais, sem se permitir a divisão do trabalho. Por exemplo, o médico que realiza a cirurgia crê naturalmente que o instrumental cirúrgico que lhe foi passado pela enfermeira, igualmente profissional da saúde e com atribuições devidamente previstas em lei, esteja corretamente esterilizado. Não é função do médico verificar se o instrumental foi devidamente esterilizado, nem se o hospital usou o produto e a temperatura adequados, de acordo com as especificações técnicas para esterilização.

Se o médico tiver de fiscalizar amiúde tudo aquilo que outros têm a obrigação legal de fazer, o médico passa a ser fiscal, sendo-lhe humanamente impossível compatibilizar as funções de médico com as de fiscal.

Frisa-se que o Direito existe a serviço da vida e para viabilizar a vida e não para truncá-la. Por isso, a necessidade da divisão do trabalho decorre o princípio da confiança que autoriza a pessoa *“organizar o próprio comportamento, com base na idéia de que os demais atuaram conforme as regras. Consagra permissão para situação de risco, já*

⁶⁵ ROCHA, F. A. N. G. da. *op. cit.*, p. 66.

que a experiência demonstra que nem todos obedecem às regras e atendem às expectativas sociais. Contudo, reconhece que a responsabilidade penal de um indivíduo somente pode se fundar em violação aos próprios deveres, nunca na atuação dos outros.”⁶⁶

Também leciona Damásio de JESUS: *“não realiza conduta típica quem, agindo de acordo com o direito, envolve-se em situação em que terceiro, descumprindo seu dever de cuidado, permite a produção de resultado danoso, não obstante o conhecimento geral de que as pessoas cometem erros. O efeito é, pois, a exclusão da tipicidade da conduta”*.⁶⁷

Exemplifica Damásio de JESUS: *“Se o sujeito empresta seu automóvel a terceiro, ‘confia’ que ele vai dirigi-lo de maneira adequada. De forma que, se o motorista se embriaga e provoca uma morte no trânsito, o proprietário do veículo não responde pelo resultado. O empréstimo é fato atípico, ausente a imputação objetiva”*.⁶⁸

Como analisado, o princípio da confiança, corolário do critério do risco permitido e do risco proibido, também leva ao estreitamento do tipo e à descriminalização de condutas.

Também como consequência do risco permitido, surge a teoria da proibição de regresso adiante explanada.

2.1.5 Teoria da Proibição de Regresso

A proibição de regresso, como critério, tem como objetivo a limitação de atribuição de um resultado a certos comportamentos que, embora possam ser causais,

⁶⁶ ROCHA, F. A. N. G. da. *op. cit.*, p. 66.

⁶⁷ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 46.

⁶⁸ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 46.

estão fora do interesse penal.

A teoria da proibição de regresso é uma proibição ao *regressus ad infinitum*. Por essa teoria, aquele que com outrem estabelece relacionamento inofensivo, não será responsabilizado pela ação praticada pela pessoa com quem se deu a relação, mesmo que ilícita a conduta adotada por dita pessoa.

O comportamento anterior é atípico, está fora do tipo, não podendo ingressar na cadeia causal, não havendo concurso com o agente do fato.

Nos seguintes termos se expressa Damásio de JESUS:

“Por aplicação da teoria da proibição de regresso, quem estabelece com outro um relacionamento inofensivo não fica responsável por comportamento futuro realizado por ele, ainda que ilícito (restrição ao regressus ad infinitum). Significa que uma ação inicial correta não conduz seu autor a responsabilidade por condutas posteriores ilícitas. Assim, se legalmente alguém vende a terceiro uma arma de fogo, não fica responsável pelo homicídio cometido por ele utilizando-se do revólver que era de sua propriedade. Existe a proibição de regresso, segundo a qual um comportamento anterior considerado inócuo não pode ser considerado co-autoria ou participação em conduta futura proibida. O fato antecedente é atípico.”⁶⁹

No mesmo sentido é o pensamento de CALLEGARI: *“A proibição de regresso é um critério para limitar a imputação de um resultado a certos comportamentos que podem ser causais, mas que estão fora do interesse do direito penal.”⁷⁰*

Por exemplo, o vendedor da arma que, legalmente exerce o comércio de armas, inclusive mediante alvará do poder público, não pode ser responsabilizado por vender,

⁶⁹ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 48-49.

⁷⁰ CALLEGARI, A. L. *Imputação Objetiva e Lavagem de Dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 31.

nos limites da lei, revólver à pessoa que, ao futuro, pratica, com tal revólver, homicídio. Efetuada a venda da arma nos limites da lei, não é papel social do vendedor da arma vigiar os compradores para que não cometam crimes, pois o vendedor não é garante e não cabe a ele o resultado diretamente ocasionado por terceiro.

A exclusão da responsabilidade do vendedor se dá em nível de imputação objetiva, pois o vendedor não criou risco proibido na medida em que legalmente vendeu a arma. Frisa-se que o vendedor não violou seu papel social, logo não pode ser criminalmente responsabilizado, pois o fato é atípico. E prossegue CALLEGARI, *“a teoria da proibição de regresso é um limite da participação criminal, ou seja, o comportamento doloso de um autor interromperia a imputação do resultado ao comportamento imprudente anterior unido causalmente com o resultado.”*⁷¹

Como visto, a teoria da proibição de regresso, corolário do critério do risco permitido e do risco proibido, também leva ao estreitamento do tipo e à descriminalização de condutas.

Na seqüência, também como corolário do risco permitido, surge o critério do consentimento do ofendido.

2.1.6 O Consentimento do Ofendido

Para a teoria finalista, o consentimento do ofendido, algumas vezes, exclui a tipicidade e, outras vezes, a antijuridicidade.

Quando o dissenso da vítima é elementar do tipo, o consentimento do ofendido exclui a tipicidade para os finalistas. É o caso do agente que tenciona praticar o estupro. Se a vítima desejar a relação sexual e consentir validamente na relação sexual, desaparece o crime de estupro por falta de tipicidade.

⁷¹ CALLEGARI, A. L. *op. cit.*, p. 31-32.

Quando o dissenso da vítima não é elementar, delito de dano por exemplo, o consentimento do ofendido constitui-se em causa supralegal de exclusão da ilicitude, excluindo a ilicitude, a antijuridicidade, para os finalistas. Por tal teoria, não há como afastar a tipicidade quando o dissenso da vítima não é elementar do tipo, porque ocorre perfeita adequação típica, podendo ser afastada apenas a ilicitude.

Com a teoria da imputação objetiva, começa-se a pensar em um afastamento da figura típica, mesmo nos casos em que o tipo não menciona o dissenso da vítima como elementar do delito. Nesse sentido, consentimento do ofendido não viciado e sobre bens disponíveis diz com exclusão de tipicidade.

Segundo Damásio de JESUS, constata-se *“na doutrina da imputação objetiva, tendência de conceder ao consenso da vítima maior relevância no terreno da tipicidade e não da antijuridicidade, i. e., os penalistas estão começando a considerar que a contribuição do ofendido na prática do fato, mediante consentimento, nas hipóteses em que o tipo não menciona o dissentimento, deve produzir efeito no plano da tipicidade, excluindo-a, e não no da ilicitude”*.⁷²

Na verdade, sendo o bem disponível (liberdade sexual, honra, patrimônio) e a vítima previamente consentindo com a agressão a tal bem, consentimento esse sem vícios, não atua o agente na faixa de risco proibido e sim na faixa de risco permitido, não violando seu papel social, deixando de ser típica a sua conduta.

Nessa linha, é totalmente lógico que o consentimento do ofendido nas circunstâncias acima referidas leve à exclusão da tipicidade, considerando-se o comportamento atípico, ou seja, fora do tipo, não sendo o caso de se utilizar de causa de justificação, de causa excludente de ilicitude, pois o comportamento sequer foi típico.

Nada há para ser justificado, nem ilicitude há para ser excluída, pois o comportamento está fora do tipo, o fato não adquire relevo penal, na medida em que o

⁷² JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 55.

agente não atua na faixa de risco proibido e sim na faixa de risco permitido, não violando seu papel social, deixando obviamente de ser típica a sua conduta..

Assim, o critério do consentimento do ofendido também é mais uma forma de fechamento das portas da tipicidade, afastando maior número de situações do mundo jurídico-penal.

2.1.7 Ações de Próprio Risco

As denominadas ações de próprio risco, pela doutrina, são aquelas nas quais a vítima participa da ação delituosa, ou seja, a vítima participa do fato danoso, contribui com o fato danoso e com seu próprio infortúnio, casos em que, dependendo da hipótese, não se atribui o resultado final ao agente e sim à própria vítima.

Exemplo elucidativo é trazido por Damásio de JESUS:

“CASO DA VÍTIMA QUE NÃO USAVA CINTO DE SEGURANÇA. O motorista A causa uma colisão culposa entre dois veículos. O condutor B, sem usar cinto de segurança, é arremessado contra o vidro da frente do automóvel, ferindo-se e vindo a falecer. Verifica-se que, se estivesse usando cinto de segurança, teria sofrido apenas lesões corporais. Parte da doutrina da imputação objetiva entende que o motorista que agiu culposamente não responde pelo resultado morte em face do alto grau de imprudência da própria vítima, violando severamente seus próprios deveres de proteção.”⁷³

Quer parecer, no exemplo acima transcrito, que o motorista A deve ser condenado pela prática de lesões corporais culposas, mas não por homicídio culposo, não devendo ser responsabilizado pelo evento morte do motorista B que violou o dever

⁷³ JESUS, D. E. de. *op. cit.*, p. 61-62.

de autoproteção e não usou o cinto de segurança. Não há de se perquirir quanto à tipicidade da conduta do motorista A quanto à morte do motorista B que não cumpriu o dever legal de usar o cinto de segurança, constituindo-se em ação de próprio risco. A violação do papel social do motorista A causador do acidente foi ao ponto de causar lesões corporais e não morte, pois esta só ocorreu em face da violação do dever de autoproteção e de cuidado do motorista B que veio a falecer, exclusivamente por não cumprir o dever legal de autoproteção.

Assim, as denominadas ações de próprio risco são também mais uma forma de fechamento das portas da tipicidade, afastando maior número de situações do mundo jurídico-penal, ou ao menos reduzindo a gravidade da conduta do agente penalmente responsável.

2.1.8 Previsibilidade Objetiva como Forma de Exclusão da Imputação Objetiva

Previsibilidade é a possibilidade de representação antecipada do resultado que advirá em virtude de determinada conduta. É a possibilidade de avaliação do risco antes de adotar a conduta. A previsibilidade pode ser subjetiva ou objetiva.

Será objetiva, quando se coloca o homem médio na situação geradora de perigo, verificando-se se este teria a representação antecipada do perigo ou dano vindouro. Em se concluindo que o homem médio teria tal representação, estar-se-á diante da dita previsibilidade objetiva.

Já a previsibilidade subjetiva, esta é aferida tendo em vista o sujeito do fato. Verifica-se, diante do fato concreto, se do indivíduo, nas circunstâncias em que se apresentava, poder-se-ia exigir que viesse a prever o dano.

A falta de previsibilidade objetiva afasta a tipicidade, pois exclui a imputação

objetiva, enquanto que a falta de previsibilidade subjetiva afasta a culpabilidade.

A falta de previsibilidade objetiva significa imprevisibilidade objetiva, sendo causa de exclusão da tipicidade, sendo mais um dos motivos que leva ao estreitamento do tipo e à descriminalização das condutas.

2.2 Diferenças entre a Teoria da Imputação Objetiva e a Teoria Causalista

É possível constatar que o tipo (modelo legal da conduta proibida), nos moldes da teoria causal, é o mais simples entre todas as teorias até aqui referidas, pois possui menos elementos constitutivos, não possui nem dolo, nem culpa, restando mais aberto, ou seja, sendo o mais largo e o mais amplo entre as três teorias até o presente analisadas (causalista, finalista e da própria imputação objetiva).

Como já dito, o tipo, além de modelo legal da conduta proibida, é a porta de ingresso no mundo da ilicitude penal. Tal porta de ingresso é mais larga, é mais aberta nos moldes causalistas, até porque o tipo causalista é mais simples, possui menos requisitos, possui menos elementos, o que facilita a juridicização penal das condutas ocorridas no mundo dos fatos concretos.

Para o causalismo, no plano da tipicidade, interessa o desvalor do resultado, não interessando a intenção do agente.

O tipo causalista é fruto, na órbita das Ciências Penais, do pensamento naturalista de Lizst e Beling que produziu um modelo interpretativo do fato punível bastante limitado em seu alcance científico pela adoção do método positivo ou empírico. Nessa esteira, conforme Rocha *“o positivismo fez vislumbrar o conteúdo do tipo apenas na lesão causal aos bens jurídicos. Desde seus trabalhos iniciais, Beling concebeu um tipo exclusivamente neutro, desprovido de qualquer ingerência de ordem filosófica ou*

*valorativa, restringindo-se meramente à descrição objetiva da conduta humana.*⁷⁴

Por outro lado, também com base no dito nos subcapítulos anteriores, é possível se constatar que o tipo (modelo legal da conduta proibida), nos moldes da teoria da imputação objetiva, é extremamente complexo, é o mais complexo entre as três teorias até o presente analisadas (causalista, finalista e da própria imputação objetiva), pois possui sempre o elemento normativo juízo de imputação objetiva, restando mais fechado, mais estrito, mais estreito.

Todos os tipos, nos moldes da teoria da imputação objetiva, possuem o elemento normativo, ou seja, o próprio juízo de imputação objetiva, que trabalha especialmente em cima do risco proibido e do risco permitido e do papel social esperado do agente da conduta. Isso torna o tipo mais complexo, mais exigente, mais estreito e mais fechado, de sorte que as condutas do mundo dos fatos encontram maiores dificuldades para se amoldarem ao tipo (modelo legal da conduta proibida).

Além disso, cumpre frisar que, para estreitar o tipo, a teoria da imputação objetiva se vale da constitucionalização do Direito Penal, dos princípios da insignificância e da intervenção mínima, assim como se utiliza dos critérios do risco permitido e do risco proibido, do princípio da confiança, da proibição de regresso, do consentimento do ofendido, das ações de próprio risco, além do que, todos os tipos, nos moldes da teoria da imputação objetiva, têm um elemento normativo, qual seja, a própria imputação objetiva.

O tipo da teoria da imputação objetiva também permite ampla análise valorativa, sendo a subsunção fruto de análise axiológica, no extremo oposto ao tipo causalista, o qual sempre rejeitou juízo de valores e chega a chamar de impuros ou anormais os tipos providos de elementos normativos ou subjetivos.

O tipo causalista está no extremo da simplicidade, rejeitando análises valorativas

⁷⁴ ROCHA, F. A. N. G. da. *op. cit.*, p. 13.

e axiológicas, rejeitando análises sócio-normativas. O tipo causalista ideal é neutro, objetivo e avalorativo. Já o tipo da teoria da imputação objetiva é extremamente complexo, de modo especial se comparado ao tipo causalista, permitindo análise axiológica da conduta humana na verificação do enquadramento, na verificação da subsunção da conduta ao tipo, permitindo-se a verificação do papel socialmente esperado do agente.

Como o tipo da teoria da imputação objetiva possui mais requisitos, possui mais elementos, possui sempre como elemento normativo o juízo da imputação objetiva, com função normativo-axiológica, permitindo-se a análise do papel socialmente esperado do agente, isso tudo dificulta a juridicização penal das condutas ocorridas no mundo dos fatos concretos.

No plano da tipicidade, a teoria da imputação objetiva analisa a própria imputação objetiva como elemento normativo do tipo, ocasião em que é possível verificar o papel social esperado do agente.

Em síntese, é possível afirmar que a juridicização penal dos fatos da vida é menor à luz da teoria da imputação objetiva.

Em termos de raciocínio sobre o crime ou sobre o fato-crime, o operador do Direito Penal, ao raciocinar sobre o fato-crime, se o fizer nas bases da teoria da imputação objetiva, abrirá caminhos à descriminalização de condutas menos graves, à constitucionalização do direito penal e ao direito penal mínimo.

2.3 Diferenças entre a Teoria da Imputação Objetiva e a Teoria Finalista

Em comparação ao tipo causalista, o tipo finalista é mais estreito, pois passou a investigar a finalidade da conduta no plano da tipicidade. Embora o tipo finalista seja mais fechado do que o tipo causalista, embora a teoria finalista criminalize menos do que

a teoria causalista, ambas as teorias já consagradas pela Dogmática Tradicional não conduzem à descriminalização de condutas menos graves, à constitucionalização do direito penal, nem ao direito penal mínimo.

Ao reduzir a abrangência do tipo em comparação ao causalismo, a teoria finalista apenas enriqueceu a concepção naturalista dos causalistas, mas não desenvolveu a dogmática social-normativista, nem analisou os indivíduos como portadores de papéis sociais. Nesse sentido, leciona Rocha que

“A teoria finalista não fez mais que enriquecer a concepção naturalista dos causalista, sem construir dogmática social-normativista que considere o sujeito como integrante de um sistema social. É necessário lembrar que a sociedade não se constitui somente de interesses individuais (ainda que também), mas do contato de diversas pessoas cujos bens jurídicos se estendem sobre outras esferas de interesses, e com isso estão expostos necessariamente a perigos, e inclusive, podendo ser lesionados. A tarefa do direito penal, portanto, não pode ser a proteção absoluta dos bens jurídicos, mas, em certas medidas, apenas a de regular a interação social no que seja relevante.”⁷⁵

Assim, o tipo finalista, embora mais fechado do que o causalista, não concebeu o delito em seu aspecto social-valorativo.

Já o tipo (modelo legal da conduta proibida), nos moldes da teoria da imputação objetiva, é mais complexo do que o tipo finalista, pois possui sempre o elemento normativo “juízo de imputação objetiva, restando mais fechado, mais estrito, mais estreito do que o tipo finalista.

Todos os tipos, nos moldes da teoria da imputação objetiva, possuem o elemento normativo, ou seja, o próprio juízo de imputação objetiva, que trabalha especialmente com conceito do risco proibido e do risco permitido e do papel social

⁷⁵ ROCHA, F. A. N. G. da. *op. cit.*, p. 16.

esperado do agente da conduta. Isso torna o tipo mais complexo, mais exigente, mais estreito e mais fechado, de sorte que as condutas do mundo dos fatos encontram maiores dificuldades para se amoldarem ao tipo (modelo legal da conduta proibida) e, nesse ponto, a teoria da imputação objetiva avançou em relação finalismo.

Além disso, cumpre frisar que, para estreitar o tipo, a teoria da imputação objetiva se vale da constitucionalização do Direito Penal, dos princípios da insignificância e da intervenção mínima, assim como se utiliza dos critérios do risco permitido e do risco proibido, do princípio da confiança, da proibição de regresso, do consentimento do ofendido, das ações de próprio risco, além do que, todos os tipos, nos moldes da teoria da imputação objetiva, têm um elemento normativo, qual seja, a própria imputação objetiva, havendo, nesse aspecto, também significativo avanço em relação ao tipo finalista.

O tipo da teoria da imputação objetiva também permite ampla análise valorativa, sendo a subsunção fruto de análise axiológica, ao tempo que o tipo finalista não construiu dogmática social-normativista que considere o sujeito como integrante de um sistema social.

Em termos de papel social, valendo-se de exemplificação anteriormente referida, não é função do médico verificar se o instrumental foi devidamente esterilizado, nem se o hospital usou o produto e a temperatura adequados, de acordo com as especificações técnicas para esterilização. Não é obrigação do médico fiscalizar amiúde tudo aquilo que outros têm a obrigação legal de fazer. Assim, o médico não responde penalmente por conseqüências da esterilização indevida do material cirúrgico, quando a desconhece, pois não é do papel do médico fiscalizar a esterilização.

O tipo da teoria da imputação objetiva é complexo, permitindo análise axiológica da conduta humana na verificação do enquadramento, na verificação da subsunção da conduta ao tipo, permitindo-se a análise do papel socialmente esperado do agente, o que não ocorre no finalismo.

Como o tipo da teoria da imputação objetiva possui mais requisitos, possui mais elementos, possui sempre como elemento normativo o juízo da imputação objetiva, com função normativo-axiológica, permitindo-se a análise do papel socialmente esperado do agente, isso tudo dificulta a juridicização penal das condutas ocorridas no mundo dos fatos concretos.

Em síntese, é possível afirmar que a juridicização penal dos fatos da vida é menor à luz da teoria da imputação objetiva do que à luz da teoria finalista.

Em termos de raciocínio sobre o crime ou sobre o fato-crime, o operador do Direito Penal, ao raciocinar sobre o fato-crime, se o fizer nas bases da teoria da imputação objetiva, abrirá caminhos à descriminalização de condutas menos graves, à constitucionalização do direito penal e ao direito penal mínimo, conquistando significativos avanços em relação à teoria finalista vigente na legislação Brasileira desde 1984.

III A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO E GARANTIDOR

3.1 Garantismo

Todo estado democrático de direito representa uma vontade constitucional de realização do estado social garantidor dos direitos fundamentais de cidadania asseguradas pela constituição.

Ocorre, porém, que o modelo de estado social e as garantias fundamentais de cidadania estão sendo “desmontados” pela competição transnacional. Aumenta a cada dia seu distanciamento da sociedade civil e, não raro, encontra-se em confronto com a sociedade, quando não ausente. Profundamente desacreditado, incapaz de atuar com eficiência na consecução das mais basilares necessidades públicas, não sendo mais expressão da sociedade civil, o estado não está cumprindo o seu papel. As garantias constitucionais da cidadania e dos direitos fundamentais não estão sendo observadas, nem implementadas.

Houve um desvio de enfoque:

“A idéia de direitos fundamentais como limitadores da ação do poder soberano (representante da maioria no Estado de Direito) é central na análise da crise desse artifício político, eis que se constata hoje um processo de colonização do discurso jurídico por um outro discurso de corte economicista, o qual impõe uma subordinação dos

*direitos individuais e coletivos à eficácia de planos econômicos, promovida por governos que têm como padrão de legitimação a eficácia do domínio econômico.*⁷⁶

Em tese, o estado democrático de direito não está efetivado. Não oferece *garantias*, nem ao indivíduo, nem à sociedade. Estas são pregadas (e buscadas incessantemente) para que ocorra a efetivação de mecanismos e instrumentos que possibilitem o surgimento de uma nova ordem pública. Isso significa reinventar e pactuar novas regras de vida social.

Nesta situação, nas diferentes áreas de atuação e pesquisa, os direitos fundamentais têm ocupado uma posição central nas discussões jurídico-constitucionais de nossos dias. No âmbito do Direito Penal, levanta-se o questionamento acerca da efetividade do estado democrático de direito como *garantidor* e sua (in)eficácia como implementador dos direitos fundamentais previstos na constituição.

Diante dessa nova realidade, o garantismo *"...constitui uma teoria com suficiente aptidão instrumental para avaliar as ações governamentais num confronto com seus postulados, que partem da idéia de Estado de Direito. (...) enquanto método, oferece não só ao teórico do Direito como ao operador - juiz, advogado, membro do Ministério Público - um instrumental poderoso para realizar uma crítica das normas positivas dentro da teoria jurídica."*⁷⁷

Segundo Andrei Zenkner SCHMIDT:

*"O que é garantismo penal ?
Apesar de não ser originária, a visão de garantismo penal foi contemporaneamente formulada por Luigi Ferrajoli, juiz aposentado e professor da Universidade de Camerino na Itália, em 1989, através da publicação de sua obra Diritto e Regione.*

⁷⁶ CADEMARTORI, S. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 12.

⁷⁷ CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p. 179.

*A teoria busca uma tentativa de solução à atual crise atravessada pelo Direito, principalmente em relação a três aspectos: a crise da legalidade, manifestada pela ausência ou ineficácia dos controles legais ao abuso de poder estatal; a inadequação estrutural das formas de Estado de Direito às funções do bem-estar social; e o enfraquecimento do constitucionalismo em decorrência do deslocamento das fontes de soberania.*⁷⁸

Na verdade, segundo estudiosos do garantismo, sua teoria geral surgiu como uma derivação da teoria garantidora penal, que nasceu e se desenvolveu a partir da matriz iluminista da época da ilustração, e “...embora pensada originalmente dentro da matriz penalística, o seu desdobramento numa teoria geral evidencia para o estudioso do Direito um enorme potencial explicativo e propositivo.”⁷⁹

Garantismo é modelo normativo de Direito (do Estado de Direito). Logo, é dever-ser. Não é modelo de teoria geral e sim do estado de direito, ou seja, para estados de constituição rígida e para preservar direitos fundamentais: “Modelos que vão desde a abolição total até a máxima intervenção do direito penal. Numa posição intermediária localizada surge o garantismo penal, elaborado contemporaneamente pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, sugerindo um novo modelo normativo de direito, analisado sob três enfoques distintos: o epistemológico, o político e o jurídico.”⁸⁰

Segue referindo:

“Seu autor elabora um sistema político-criminal com quatro diretrizes básicas: mínima intervenção, maximização da liberdade, minimização da violência e vinculação do poder punitivo ao respeito dos direitos de liberdades e sociais. Ao final, propõe consequências ousadas e inovadoras, como por exemplo: supressão de qualquer juízo de valor

⁷⁸ SCHMIDT, A. Z. **As Razões do Direito Penal Segundo o Modelo Garantista**. In: *Revista da AJURIS - Doutrina e jurisprudência - Ano XXVI - Nº 75 - Setembro de 1999*. Porto Alegre : Pallotti, 1999, p. 137.

⁷⁹ CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p. 72.

⁸⁰ SCHMIDT, A. Z. *op. cit.*, p. 136.

acerca da personalidade do réu; interpretação e aplicação do direito penal infraconstitucional exclusivamente à luz da Constituição; abolição de determinados institutos penais e processuais, tais como a reincidência, a prisão provisória e o sistema progressivo de cumprimento de pena; penas privativas de liberdade nunca superiores a oito anos; utilização da verdade formal como sistema de direito probatório etc.”⁸¹

Ainda conforme SCHMIDT: *“O modelo fixa como missão do direito penal simplesmente evitar a vingança desregrada e arbitrária, e, secundariamente, a defesa social realizada através da descrição de condutas tidas como criminosas. Entretanto, essa missão não pode ser exercitada ilimitadamente, o que, por certo, elevaria ao máximo os custos do direito penal, ocasionando, dessarte, sua não justificação.*”⁸²

Enquanto busca de um estado penal mínimo, dentro do estado social máximo, SCHMIDT apresenta a teoria de Ferrajoli, *“Luigi Ferrajoli desenvolve sua moderna ‘teoria’ do garantismo, buscando uma justificação para os custos que o direito penal representa nos momentos em que pune, proíbe e julga. E um modelo proposto estará justificado se os custos da intervenção estatal restarem menores do que os custos da não-intervenção estatal.*”⁸³

Avaliado o garantismo no plano epistemológico, trata-se de sistema cognitivo ou de poder mínimo: *“...embasa-se no conceito de ‘centralidade da pessoa’, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir.*”⁸⁴ Interpretar a lei é descobrir seu verdadeiro significado. A decisão judicial é definitiva e não infalível:

“A consequência dessas premissas básicas é que o garantismo, através de um modelo utilitarista-reformador, abandona a exagerada busca pelo bem-estar social, e, na maioria das vezes, dos detentores do poder, para ocupar-se do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, mesmo que contra

⁸¹ SCHMIDT, A. Z. *op. cit.*, p. 136-137.

⁸² SCHMIDT, A. Z. *op. cit.*, p. 137-138.

⁸³ SCHMIDT, A. Z. *op. cit.*, p. 156.

⁸⁴ CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p. 72.

os interesses da maioria. Em outras palavras: pressupondo um modelo ideal de Estado de Direito, e separando os planos do ser e do dever ser, o autor desenvolve sua teoria na proteção do mais fraco, ou seja, protegendo as vítimas contra as práticas delituosas, e protegendo os delinquentes contra a vingança ilimitada e abusiva, seja pública, seja privada.”⁸⁵

Segundo Kelsen, o juiz e o legislador dão o direito. Todos os poderes são limitados no estado de direito, inclusive os de juiz. Por isso, diz-se Sistema Cognitivo.

A teoria garantidora, em nível epistemológico, reduz o âmbito de discricionariedade da decisão judicial para evitar violação de direitos fundamentais.

No plano político é teoria de tutela: minimiza a violência e maximiza a liberdade do ser humano.

Nesse sentido, diz SCHMIDT: “...no plano político, o garantismo pode ser considerado uma forma de liberalismo sui generis, que, ao contrário do liberalismo tradicional, não se detém somente nos direitos de liberdade, mas, também, nos direitos sociais.”⁸⁶

SCHMIDT continua fazendo comparações do garantismo com outras teorias:

“Garantismo é, assim, a concepção jurídica e política, antagônica ao jusnaturalismo e ao legalismo ético, que estabelece como fim justificador do direito penal a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, mesmo que contra os interesses da maioria, evitando, assim, as arbitrariedades dos castigos, das proibições e dos processos, mediante a imposição de regras iguais para todos e em respeito à dignidade da pessoa do réu. Trata-se, pois, de um modelo de legalidade estrita que, no plano epistemológico, cria um

⁸⁵ SCHMIDT, A. Z. *op. cit.*, p. 138.

⁸⁶ SCHMIDT, A. Z. *op. cit.*, p. 138.

sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; no plano político, um método de ampliar a liberdade e atenuar a violência; no jurídico, uma forma de vinculação do poder estatal às garantias dos direitos dos cidadãos.”⁸⁷

No plano jurídico, o garantismo é considerado como um sistema de vínculos impostos ao Estado na garantia dos direitos fundamentais. Limites do poder: inciso IV do parágrafo § 4º do artigo 60 da Constituição Federal.

Os Direitos Fundamentais são declarados como direitos humanos contra o Estado. A Propriedade já não aparece no século 20 como direito contra o Estado.

Traz-se à baila FERRAJOLI:

“O relevante, sob a ótica garantista dos teóricos oitocentistas, no entanto, está centrado no processo de construção e luta pela razão contra todas as formas de obscurantismo. O saber ilustrado demonstra a capacidade crítica do homem na construção do processo humanizador, e por isso de maturidade, que nega terminantemente a redução do próprio homem à condição de supérfluo. O legado da concepção contratualista garantista proporciona à sociedade civil e ao estado o reconhecimento de valores positivos, concretizados em princípios e normas direcionadas à universalização da percepção do homem como sujeito de direitos, como cidadão.”⁸⁸

Em suma, conforme as próprias palavras de FERRAJOLI, citadas por CADEMARTORI: *“...no plano epistemológico caracteriza-se como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e no plano jurídico como um*

⁸⁷ SCHMIDT, A. Z. *op. cit.*, p. 138.

⁸⁸ CARVALHO, S. de. **Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 82.

sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos”⁸⁹

O garantismo é apresentado, ainda, sob outra acepção, conforme CADEMARTORI:

*“Em sua segunda acepção, ‘garantismo’ designa uma ‘teoria jurídica’ da ‘validade’, da ‘efetividade’ e da ‘vigência’ normativas, entendidas em três como diferentes entre si. A abordagem teórica neste caso permite estabelecer uma diferença entre ser e dever ser no Direito, postulando como seu problema central a divergência existente entre os modelos normativos (tendencialmente garantistas) e as práticas efetivas (tendencialmente antigarantistas).”*⁹⁰

Então, sobre a contrariedade existente entre os modelos normativos e as práticas efetivas, CADEMARTORI determina que, em relação aos primeiros (modelos normativos), *“...pode-se dizer que são válidos mas ineficazes, enquanto as segundas são inválidas porém eficazes.”*⁹¹

O fundamento de validade decorre da convenção, do consenso entre os homens. Os direitos fundamentais são inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis.

Os direitos fundamentais são inclusivos: não posso usufruir se todos ao mesmo tempo não usufruírem. Os direitos fundamentais dizem com valores, mas o garantismo é teoria positivista, porque trabalha com direito posto pelo Estado e com Estado criado pelo Direito.

⁸⁹ FERRAJOLI, *apud* CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p. 76. No original: “...en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos...” - tradução livre do autor.

⁹⁰ CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p. 77.

⁹¹ CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p. 77.

A teoria jurídica da validade diz com o conteúdo da norma, o qual tem que ser compatível com o conteúdo da norma superior. Juízo de validade é valorativo.

A teoria jurídica da vigência diz com forma, diz com condições formais de edição de norma, com a competência e com o procedimento. O juízo de vigência é juízo de conhecimento – é juízo de fato.

Já a teoria jurídica da eficácia diz com a observação pelos destinatários da norma, ou com a sua aplicação pelos órgãos encarregados.

Pertinentemente, CADEMARTORI faz a seguinte caracterização:

“Em suma, o pano de fundo teórico-geral do garantismo está constituído em grande parte pela importante distinção entre quatro diferentes predicados que se podem imputar às normas: justiça, vigência, validade e eficácia(efetividade): a) uma norma é ‘justa’ quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-política(logos, extrajurídico); b) uma norma é ‘vigente’ quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito; c) uma norma é ‘válida’ quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior; d) uma norma é ‘eficaz’ quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).”⁹²

Ainda segundo CADEMARTORI, *“...a tarefa do jurista será então explicitar essas características através de juízos de ‘invalidade’ das normas inferiores e ‘ineficácia’ das superiores. E este é para o Garantismo o principal desafio da Teoria Jurídica Contemporânea...”*⁹³

⁹² CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p. 79-80.

⁹³ CADEMARTORI, S. *op. cit.*, pp. 82-83.

É preciso manter separados validade e vigência. Juízes se obrigam moralmente a cumprir a Constituição. Todos são obrigados a cumprir a Constituição. Para um juiz garantidor, quando tal lei para o caso é inválida, socorre-se na Constituição. No Estado de Direito, todos os poderes são limitados.

Levando-se, então, em consideração a validade e a vigência, CADEMARTORI diz:

“Enquanto os juízos sobre a vigência ou não de normas apresentam um caráter fortemente descritivo, eis que dizem respeito a fatos concretos, tais como a promulgação daquelas por autoridades competentes e a observância do devido procedimento de edição, os juízos sobre a validade – pelo fato de pretenderem verificar processos de adequação valorativa – trazem uma acentuada carga axiológica.”⁹⁴

Sob este mesmo enfoque, comenta SCHMIDT:

“Ferrajoli, então, estabelece os dois fins de seu modelo de direito penal utilitarista: buscar o máximo bem-estar possível dos não-desviados, mediante a descrição legal de condutas passíveis de serem punidas, limitada, entretanto, pelo mínimo mal-estar necessário aos desviados.

*(...) Essa dicotomia é necessária, pois a existência só do primeiro levaria o direito penal à máxima severidade das penas, e, ao invés, a existência só do segundo, levaria ao abolicionismo total. Contudo, entre o *ne peccetur* (defesa social) e o *ne punietur* (defesa individual) há que se dar preferência ao segundo como fim primordial, pois só assim será admissível que a violência resultante da intervenção do direito penal seja menor do que a violência decorrente da inexistência dela.”⁹⁵*

No estudo da Filosofia do Direito, e fazendo-se uma crítica da Política, a teoria garantidora impõe ao direito e ao estado uma prática para o qual foram criados. O

⁹⁴ CADEMARTORI, S. op. cit., p. 83.

⁹⁵ SCHMIDT, A. Z. op. cit., p. 157-158

garantismo vê o estado como instrumento para que a sociedade atinja determinados objetivos e não como fim em si mesmo.

Ao explicar Ferrajoli, Andrei Zenkner SCHMIDT:

“...Com sua profícua visão, e uma lógica aguçada, o autor responde afirmativamente à questão preliminar do ‘se castigar’ – e, com isso, do ‘se proibir’ e do ‘se julgar’-, já que uma resposta negativa, e, por consequência, abolicionista do direito penal, acarretará ou a existência de uma sociedade selvagem desprovida de ordenamento e sujeita à ‘lei do mais forte’, ou uma sociedade disciplinarista de controle estatal exercido não post factum, mas sim ante factum, e incidente não só sobre os desviados, senão também sobre os não-desviados. Em qualquer caso, estaremos diante de um controle ilimitado e autoritário desprovido de qualquer vínculo ao princípio de legalidade estrita...”⁹⁶

Assim, porque a concepção garantista permite que sejam reconhecidos valores positivos, os quais se consubstanciam em princípios e normas dirigidos à universalização da recepção do homem como sujeito de direitos, há consequências (benéficas) para a sociedade dentro de um sistema garantidor de direito.

Em suma, o Garantismo Penal quer descriminalizar e reduzir o número de condutas proibidas, ou seja, quer reduzir a intervenção estatal na esfera da liberdade individual. Entre as teorias causal, finalista e da imputação objetiva antes referidas, as duas primeiras são largamente utilizadas no mundo forense, enquanto a teoria da imputação objetiva começa, via doutrina, a ganhar seu espaço. Comparativamente, a teoria da imputação objetiva é a que melhor responde aos objetivos do Garantismo Penal, porque, entre as três teorias, é a que mais descriminaliza.

⁹⁶ SCHMIDT, A. Z. *op. cit.*, p. 157.

Comparativamente às teorias causal e finalista, a da imputação objetiva é o melhor instrumento para o garantismo penal.

3.2 Constitucionalização do Direito Penal

Tradicionalmente, há uma tendência em se ver o Direito Penal, embora sendo ramo infraconstitucional do Direito, como um sistema autônomo e auto-suficiente, quase que independente da Constituição Brasileira de 1988, à qual se recorre apenas em casos de dúvidas não respondidas pela Dogmática Penal.

É o conservadorismo que contamina a imensa maioria dos operadores do Direito no Brasil. É comum não se ver, nem se ler, o Direito Penal com olhos constitucionais.

Todavia, o Direito Penal precisa ser visto sob os holofotes da Constituição Brasileira de 1988, tanto pelo legislador penal, como pelo intérprete da lei penal.

Ao concluir que *“cada homem é fim em si mesmo”*, Antônio Roberto SYLLA diz que *“... se a nossa Constituição Federal afirma que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, chega-se, indubitavelmente, à conclusão de que o Estado existe em função de todos os homens que a compõem.”*⁹⁷

Para tanto, as normas e as ciências jurídicas em geral servem como controle organizacional social em função do homem, devem estar a serviço do homem, devem valorizar o ser humano. De nada adianta o progresso, sem a valorização do homem.

⁹⁷ SYLLA, Antônio Roberto. **O 'Preâmbulo' da Constituição Brasileira e sua Relevância para o Direito Penal**. In: Direito Penal e Constituição. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro e LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 125.

A grande força garantidora dos direitos fundamentais do homem é a Constituição Brasileira de 1988.

Afirma Maurício Antônio Ribeiro LOPES que *“Dentro de um sistema positivista, erigido conforme o modelo proposto por Kelsen, a característica preponderante em todas as possíveis relações existentes reside na hierarquia que vigora no sistema e pela qual a norma constitucional, centro de fundação do Direito, constitui o padrão de validade das normas penais.”*⁹⁸

Assim, o Direito Pátrio tem de forma hierárquica como sua fonte principal, como fonte basilar para todos os ramos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Portanto, qualquer que seja a ramificação do Direito, terá por fonte a Constituição Federal, a qual deve servir de referência para a interpretação do Direito, vez que se trata da fonte primeira do direito, do topo da pirâmide Kelseniana.

Diferente não poderia ser com o Direito Penal, o qual serve para proteger bens importantes dos seres humanos, enquanto integrantes do corpo social, enquanto integrantes da coletividade, como a vida, a liberdade, a liberdade sexual, a integridade corporal, dentre outros de grande relevância social. Para tanto, o Direito Penal se vale da pena privativa de liberdade que é a mais severa das sanções legais no estado de direito pátrio. Nessa linha, *“...o Direito Penal legitima-se formalmente mediante a aprovação das leis penais conforme a Constituição.”*⁹⁹

O direito à liberdade, como tal, é consagrado na Carta Política, assim, o seu tolhimento não poderia ser tratado independentemente por outro diploma legislativo, sem observância e sem obediência à Constituição Brasileira de 1988. - *“A interpretação dos preceitos constitucionais e legais, principalmente do Direito Penal, há que se fazer à luz daqueles enunciados constantes do 'Preâmbulo' da Constituição, que levam à*

⁹⁸ LOPES, M. A. R. **O Papel da Constituição, Seus Valores e Princípios na Formação do Direito Penal.** In: *Direito Penal e Constituição.* LOPES, Maurício Antônio Ribeiro e LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

⁹⁹ LOPES, M. A. R. *op. cit.*, p. 18.

construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, com a consagração dos direitos fundamentais do homem."¹⁰⁰

Dessa forma, o Direito Penal, por excelência, deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, tendo em vista as garantias individuais e os princípios por ela adotados, tendentes a frear o Estado na sua faina de criminalizar condutas restringindo, com tal postura, cada vez mais o sagrado direito à liberdade.

Tal regra vale tanto para o legislador penal, como para o intérprete da lei penal, que pode e deve se valer da teoria da imputação objetiva, a qual, comparativamente às teorias clássica e finalista, apresenta um modelo de tipo mais estreito, menos criminalizador.

Quanto à constitucionalização do Direito Penal, LOPES constata que

*"... o grau de confirmação do perfil democrático do Estado não deve ser aferido simplesmente pela verificação de ocorrência dos princípios básicos de Direito Penal que tomam foro constitucional - como o princípio da legalidade e seus corolários -, mas pelo exame de valores fundamentais de conteúdo ideológico e filosófico, como os da dignidade da pessoa humana, da prevalência dos direitos humanos e aqueles construtivos de um determinado modelo social finalista (relacionados à busca do bem comum)."*¹⁰¹

Não se pode perder de vista a pirâmide Kelseniana, a qual é muito ilustrativa, não permitindo olvidar que as normas dos ramos infraconstitucionais só valem se observarem a Constituição Brasileira de 1988.

Nesse aspecto, *"É impossível compreender-se não apenas o Direito Penal, mas*

¹⁰⁰ SYLLA, A. R. *op. cit.*, p. 126.

¹⁰¹ LOPES, M. A. R. *op. cit.*, p. 22.

*todo e qualquer Direito, se o desprendermos do tronco da Constituição*¹⁰², conforme LOPES.

A tendência, pelo menos para o jurista moderno e não conservador, é pela Constitucionalização do Direito Penal, o que, cada vez mais é defendido e constatado nos meios jurídico e acadêmico de cunho progressista, evoluindo-se para a construção de um Direito Penal Constitucional.

Nesse sentido, preciosa a lição de LOPES ao tratar do princípio punitivo-garantidor da Constituição em relação ao Direito Penal, a constitucionalização do Direito Penal *"...significa construir e desenvolver princípios ou postulados capazes de limitar o que e como castigar, para garantir, assim, os direitos individuais."*¹⁰³

Ao estabelecer, conceitualmente, um tangenciamento entre o Direito Constitucional e o Direito Penal, LOPES diz o seguinte:

*"Duas das expressões mais incisivas na aproximação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional são dadas por Woesner; para quem a legislação penal - por natureza - deve ser lei de atuação da Constituição, concretizando, necessariamente, uma relação entre indivíduo e autoridade, cujas linhas de fundo são traçadas na Constituição; e por Eser, pelo qual, de um lado, a Constituição dá o quadro dos valores de fundo do Direito Penal e, de outro, este último acolhe as limitações aos direitos de liberdade constitucionalmente garantidos."*¹⁰⁴

As normas constitucionais são o ponto de referência, e também de obediência, do qual devem emanar as normas do direito punitivo. As normas penais, como no caso Brasileiro, Código Penal de 1940, embora alvo de algumas reformas como a da Lei 7.209 de 1984, que reformou a Parte Geral, foram produzidas, até pelo critério temporal,

¹⁰² LOPES, M. A. R. *op. cit.*, p. 17

¹⁰³ LOPES, M. A. R. *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁴ LOPES, M. A. R. *op. cit.*, p. 20.

sem observância da Constituição Brasileira de 1988.

Assim, ao menos para a interpretação de tais normas penais, o que se opera no plano do Poder Judiciário, devem ser levados em conta os parâmetros constitucionais.

Na Constituição Brasileira de 1988, estão os fundamentos da comunidade; estão os princípios que devem ser tidos por todos. Da Constituição Brasileira de 1988 deve partir toda a construção legislativa que estabeleça as prevenções geral e especial, respeitadas as matrizes balizadoras e inseridas no seu texto.

A Carta política, nesse diapasão, é a norteadora do processo legislativo e da interpretação judiciária da norma penal, que jamais pode perder de vista a teleologia da Matriz Constitucional. Refere SYLLA, *"Disto resulta que o 'Preâmbulo' da Constituição Federal é de suma relevância para o Direito Penal, visto que ele deve ser lastro não só para se criar crimes e estabelecer penas, mas para modelar a sociedade, a fim de que possa não só haver respeito aos direitos fundamentais do homem, mas, principalmente, permitir a sua evolução."*¹⁰⁵

Já nas palavras de Maurício LOPES: *"A verdadeira norma penal, isto é, aquela dotada de validade no plano constitucional, é sempre a exclusiva manifestação do Poder soberano do Estado. Os meios de racionalização, operacionalização e limitação dos poderes do Estado e a norma penal que se ajusta à natureza desses meios estão todos dispostos no texto ou nos princípios constitucionais adotados pelo Estado."*¹⁰⁶

Não se trata simplesmente de adequar o texto da lei, no processo legislativo, ou no processo interpretativo judicial, ao texto expresso da Constituição Brasileira de 1988. Há de se verificar se a norma atende aos objetivos do Estado Democrático de Direito, se a norma está de acordo com o que o Estado pretende para os seus cidadãos.

¹⁰⁵ SYLLA, A. R. *op. cit.*, p. 126.

¹⁰⁶ LOPES, M. A. R. *op. cit.*, p. 26.

Não basta a interpretação literal de dispositivos da Constituição Brasileira de 1988. A análise deve ocorrer em profundidade, verificando se as normas penais atendem às finalidades da Nação, devendo tomar-se preferentemente a Constituição Brasileira de 1988 na interpretação da Lei Penal.

Nesse sentido, LOPES afirma que *"A 'purificação' do Direito Penal, que antes de ganhar autonomia há de conformar-se com o 'espírito da Constituição', muito embora não estivesse na primeira linha de desdobramento de seus primeiros teóricos, tem servido como fundamentação aos minimalistas penais, que pretendem restringir a interferência do Direito Penal aos casos absolutamente imprescindíveis."*¹⁰⁷

Percebe-se, na Constituição Brasileira de 1988, clara tendência à descriminalização de condutas, conferindo maior liberdade possível aos cidadãos, sendo que só devem tomar relevância jurídico-penal as ofensas aos bens essenciais ao resguardo do Estado e da vida de relação. A tendência é que tais bens estejam, tal como o direito à liberdade, resguardados pela norma constitucional.

Assim, constata SYLLA que *"a interpretação não só das normas constitucionais, mas também do Direito Penal, com base nos valores fixados no 'Preâmbulo' da Constituição é de fundamental importância."*¹⁰⁸

Nesse diapasão, entende LOPES que

"Uma outra forma de diálogo trava-se na consideração de que a Constituição opera como redutor do Direito Penal; e de duas espécies são as limitações impostas por aquela: a) as de natureza material, que impedem que da lei penal constem disposições contrárias aos valores, princípios ou às garantias delineados no Texto Máximo; b) as de natureza formal, que impedem a edição de normas em desacordo com as regras fixadas pela

¹⁰⁷ LOPES, M. A. R. *op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁸ SYLLA, A. R. *op. cit.*, p. 126.

*Constituição para a elaboração de lei penal.*¹⁰⁹

E segue explicando que *“As limitações materiais são decorrentes, em grande parte, de disposições acerca dos direitos e garantias individuais consagrados na Constituição ou dos valores nela expressos, enquanto as limitações formais ora se encontram naquele capítulo do Poder Executivo ou até mesmo no Poder Judiciário.”*¹¹⁰

De outro lado, Luiz LUISI aponta que as Constituições contemporâneas tendem a alargar a incidência do direito criminal tão-somente no sentido de fazê-lo um instrumento de proteção de direitos coletivos, ou seja, para servir contra as agressões dirigidas em prejuízo da coletividade. Também refere que

“Este tipo de normas constitucionais tem sido chamadas de ‘cláusulas de criminalização’, sendo algumas expressas e inequívocas, e outras facilmente deduzíveis do contexto das normativas constitucionais.

*Este aspecto criminalizador das Constituições mais recentes é visto por F. Montovani como uma função propulsora da interferência criminal, objetivando ‘o cumprimento dos deveres individuais de solidariedade econômica e social’, e, também a remoção dos obstáculos econômicos e sociais ‘que se opõem a homogenização e predispõe à criminalidade.’”*¹¹¹

Servem como exemplos de criminalização constitucional de condutas que agridem a coletividade as seguintes condutas: prática de racismo (inciso XLII, art. 5º, da Constituição Brasileira de 1988); as discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI, art. 5º, da Constituição Brasileira de 1988); a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (inciso XLIV, art. 5º, da Constituição Brasileira de 1988); a prática de tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo, crimes hediondos (inciso XLII, art. 5º, da Constituição

¹⁰⁹ LOPES, M. A. R. *op. cit.*, p. 26-27.

¹¹⁰ LOPES, M. A. R. *op. cit.*, p. 27.

¹¹¹ LUISI, L. **Os princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 41-42.

Brasileira de 1988).

Também constituem o rol constitucional de crimes contra a coletividade as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, conforme parágrafo 3º do art. 225 da Constituição Brasileira de 1988; o crime de usura, do parágrafo 3º, art. 192, da Constituição Brasileira de 1988.

“Também pode ser entendida, embora não expressa como cláusula de criminalização a norma constitucional que proclama a inviolabilidade do direito ‘a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas’, contidas no inciso X do artigo 5º da nossa Carta Magna. Ainda podem ser considerados como sugestões criminalizadoras, algumas normas da nossa Constituição que dispõem sobre a defesa do consumidor (inciso XXXIII do artigo 5º).”¹¹²

Em suma, evidencia-se que a Constituição Federal de 1988 ao mesmo tempo em que determina sejam descriminalizadas ou despenalizadas condutas infraconstitucionalmente proibidas, as quais são de menor potencial lesivo e não atingem gravemente o corpo social, eliminando ou reduzindo, em relação a tais comportamentos, a intervenção penal, determina também, em sentido contrário, a criminalização de condutas realmente lesivas à coletividade, ou seja, manda criminalizar e punir condutas que atinjam bens relevantes da coletividade.

Na faixa em que o Direito Constitucional não ordena a criminalização (agressões contra a coletividade), assim como no plano das agressões que não atingem direitos fundamentais constitucionalmente previstos, há autorização constitucional para descriminalizar, tanto dirigida ao poder legislativo, como à função judicial. Nota-se que *“a Constituição e seus princípios têm servido para cumprir uma função crítica, interpretativa e dogmática reconstrutiva do Direito Penal na mais recente doutrina.”¹¹³*

¹¹² LUISI, L. *op. cit.*, p. 43.

¹¹³ LOPES, M. A. R. *op. cit.*, p. 28.

Em termos de descriminalização de condutas de menor potencial lesivo e que não atingem gravemente o corpo social, entre as teorias causalista, final e da imputação objetiva antes referidas, as quais são utilizadas no mundo forense, a teoria da imputação objetiva comparativamente é a que melhor responde aos objetivos da Constituição Federal de 1988, pois é a que mais descriminaliza, porque possui modelo de tipo mais estreito.

3.3 Descriminalização de Condutas e Direito Penal Mínimo

Entre outras, constituem grandes correntes quanto ao Direito Penal no Brasil a corrente do movimento da lei e da ordem e a corrente do Direito Penal Mínimo.

A corrente do movimento da lei e da ordem apregoa tratamentos penais mais severos e graves, a fim de reduzir a criminalidade a patamares aceitáveis.

Os críticos de tal corrente a denominam de “direito penal equivocado” e afirmam que, como regra, as experiências históricas no sentido de recrudescer o tratamento penal não deram bons resultados práticos, sustentando ainda que a criminalidade é consequência de muitas causas e não se deixa vencer tão-somente por instrumentos jurídicos-penais, nem por tratamentos penais mais severos.

Já a corrente do Direito Penal Mínimo sustenta a intervenção penal apenas nos casos de fatos anti-sociais graves que atingirem a coletividade de forma contundente e que não obtiverem solução em outros ramos do Direito.

Quando se fala em Direito Penal mínimo, há que se buscar estabelecer qual a diretriz que orienta e informa o poder incriminador do Estado. Intenta-se, também, verificar se a criminalização da conduta se constitui em meio necessário para a proteção

do bem jurídico.

De acordo com Luiz LUISI, o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, preconiza que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico¹¹⁴.

Isso quer dizer que, se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Assim, somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima¹¹⁵.

O princípio em análise se encontra estreitamente vinculado ao caráter fragmentário do Direito Penal, bem como a natureza subsidiária, ou seja, só deve ocorrer a intervenção penal quando a proteção outorgada pelo demais ramos do direito for insuficiente.

Anota LUISI que o Direito Penal não encerra um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrente da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica¹¹⁶.

Tem-se entendido, ainda, que o Direito Penal deve ser a *ratio* extrema, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do Direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade¹¹⁷.

Uma análise crítica da lei penal, notadamente do Código Penal Brasileiro, revela duas marcantes características das normas incriminadoras pátrias a serem explicitadas.

Em primeiro plano, levando-se em consideração que a parte especial do Código

¹¹⁴ LUISI, L. *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁵ LUISI, L. *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁶ LUISI, L. *op. cit.*, p. 26-27.

¹¹⁷ LUISI, L. *op. cit.*, p. 26-27.

Penal de 1940 ainda está em vigor, há que se considerar – diz LUISI - o acréscimo de uma série vultosa de leis que prevêem novos tipos penais, em sua maioria totalmente desnecessários e em desacordo com as reais injunções sociais¹¹⁸.

Por segundo, cabe salientar que alguns tipos penais foram elaborados de modo a comprometer a seriedade da nossa legislação penal, chegando em alguns casos a conotações paradoxais e hilariantes¹¹⁹, como tipos sem sanção.

Outra análise que pode ser feita é a das decisões judiciais. Alguns juízes incriminam e condenam por fatos bagatelares; outros, ainda que absolvendo, fundamentam de tal forma a decisão que, ao se interpretá-la (a decisão), pode-se entender - por incrível que pareça - que o fato seria considerado criminoso se fosse insignificante. Para entender o que se quer retratar, podem-se verificar a jurisprudência dos nossos Tribunais e as decisões dos órgãos de primeiro grau.

Alguns juízes, na linha de um Direito Penal máximo, chegam a criminalizar fatos insignificantes só pelo fato de a lei prever e incriminalizar a conduta do agente. Como exemplo, basta observar que já se reconheceu como típico, ilícito e culpável um furto de um rádio AM/FM no valor de R\$ 20,00 e gêneros alimentícios – erva mate, café e bananas – avaliados em R\$ 8,31. Por esse fato, o sentenciante condenou a denunciada e lhe aplicou pena de um (1) ano e três (3) meses de reclusão, sem prejuízo da multa. Anote-se que, nesse caso, o rádio foi recuperado, totalizando para a vítima um prejuízo de R\$ 8,31; valor que é insignificante até mesmo para pessoas de pouca posse, como anotou o acórdão que, felizmente, reformou a decisão ora sob comento¹²⁰.

¹¹⁸ LUISI, L. *op. cit.*, p. 29-30.

¹¹⁹ LUISI, L. *op. cit.*, p. 29-30.

¹²⁰ A decisão é comentada por Amilton Bueno de CARVALHO, Desembargador do Tribunal de Justiça o Rio Grande do Sul, que foi relator de um processo-crime cujo objeto da apelação era o fato de uma senhora ter sido condenada pelo furto de erva-mate, café e bananas, além de um rádio AM/FM, que foi restituído à vítima. O *decisum* proferido pelo Tribunal reformou a sentença de primeiro grau e absolveu a ré. Um dos argumentos utilizados pelo Relator foi o de que “o direito penal é por demais cruel para alcançar condutas cujo continente envolva perigosidade nenhuma e valores desprezíveis à consciência coletiva”. Nesse sentido, verificar CARVALHO, Amilton Bueno. **Teoria e prática do direito alternativo**. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 141-144.

Quanto à segunda assertiva acima – a de que o fato seria considerado criminoso se fosse insignificante -, o melhor exemplo está nas ementas de acórdãos acerca da manutenção de casas de prostituição, que a seguir se colaciona:

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. 1. Para a configuração do delito do art. 229 do Código Penal, em se tratando de comércio relativo a bar, ginástica, etc., é necessária a transformação do estabelecimento em local exclusivo de prostituição, intento cuja apuração refoge ao âmbito do especial por demandar investigação probatória. Súmula nº 07/STJ. 2. Recurso Especial não conhecido. Recurso Especial nº 102912/DF (199600485518), 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves. j. 10.03.98, DJU 30.03.98.*

BRASIL. MINAS GERAIS. *Casa de prostituição - Descaracterização - Imóvel que também era utilizado para outras finalidades senão para encontros libidinosos - Finalidade precípua do imóvel consubstanciada na venda de bebidas. - Comprovado que a finalidade do imóvel não é exclusivamente a promoção de encontros com fins libidinosos, fica descaracterizado o delito previsto pelo art. 229 do CP. Apelação criminal 126.714/5. Comarca de Itaguara. Apelante(s): Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Apelado: Sérgio Mateus Pereira. Relator: Des. Roney Oliveira. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Belo Horizonte, 10 de dezembro de 1998.*

Nos casos acima, o Tribunal absolveu ou manteve a absolvição pelo delito do art. 229 do Código Penal. Ocorre que, ao se adentrar na fundamentação, pode-se observar que a idéia transmitida pelos acórdãos foi a seguinte: se o imóvel não fosse exclusivamente para promoção de encontros amorosos, ou seja, se tivesse bar, ginástica, shows, massagem, etc., ainda que houvesse prostituição, então não haveria crime; se, entretanto, fosse apenas para promover congressos sexuais, aí seria o caso de se incriminar a conduta do proprietário. Ora, tal suporte decisório leva à conclusão de que, se a casa de prostituição fosse um “bordel mixto”, freqüentado pela classe baixa, onde as

únicas bebidas vendidas fossem cerveja nacional, cachaça ou uísque barato, o fato seria criminoso; já, se a casa fosse um estabelecimento luxuoso, com sauna, boate, massagem, shows, uísque importado e comércio de sexo a preços altos, freqüentado, portanto, pela elite da sociedade, o fato não seria criminoso.

A fundamentação adequada para os casos acima comentados é a de que a ação de manter casa de prostituição não mais se adapta ao momento histórico vivido. Além disso, nada contribui tipificar uma conduta que, adequada socialmente, constitui fato generalizado na experiência do cotidiano. Gize-se que a criminalização de dita conduta, ainda, em nada contribui para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, que é a idéia que se defende em termos de garantismo penal.

Relacionando o acima dito com a teoria da imputação objetiva, pode-se dizer que, no mundo de hoje, não se espera, jurídica e socialmente, que pessoas maiores de idade não mantenham casas de prostituição.

É social e juridicamente exigível que menores não estejam presentes em casas de prostituição, mas não que casas de prostituição não sejam mantidas, mormente em épocas atuais de costumes mais frouxos.

Não faz parte do papel social das pessoas não manter casa de prostituição, logo não se pode exigir-lhes juridicamente que não mantenham casas de prostituição.

Nesse sentido, vale citar duas decisões que, de forma igual às demais já referidas, absolveram os réus do delito do art. 229 do estatuto penal, mas com fundamentação correta, baseada no princípio da intervenção mínima e também no princípio da adequação social, reconheceram a atipicidade da conduta:

BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. *Casa de Prostituição. Descriminalização por força social. À sociedade civil é reconhecida a prerrogativa de descriminalização do tipo penal configurado pelo*

legislador. A eficácia da norma penal nos casos de casa de prostituição mostra-se prejudicada em razão do anacronismo histórico, ou seja, a manutenção da penalização em nada contribui para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, e somente resulta num tratamento hipócrita diante da prostituição institucionalizada com rótulos como "acompanhantes", "massagistas", motéis, etc., que, ainda que extremamente publicizada, não sofre qualquer reprimenda do poder estatal, haja vista que tal conduta, já há muito, tolerada, com grande sofisticação, e divulgada diariamente pelos meios de comunicação, não é crime, bem assim não serão as de origem mais modesta e mais deficiente economicamente. apelação improvida. Unânime. Apelação criminal 70000586263. 5ª Câmara Criminal do TJRS, Casca, Rel. Aramis Nassif. j. 16.02.2000.

BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL - CASA DE PROSTITUIÇÃO. DESPENALIZAÇÃO. O aperfeiçoamento técnico do direito penal há passar, também, pela despenalização de condutas que se tornem toleráveis pela sociedade, se isso assentado em princípios nascidos de uma consciência social que busque, e procure manter, o estado democrático de direito. Preciso é divisar o que efetivamente interessa a sociedade reprimir, e até onde as condutas selecionadas se afigurem aos padrões morais que ela mesma exija sejam preservados. Se ela própria não cinde o tipo em questão, vendo a maior afronta no manter-se uma casa de prostituição sem requinte algum, do que naquelas em que a empregada moderna tecnologia e marketing, que lhe dá ares de sobriedade, mas que as vezes escancara, sem sutileza alguma, a verdadeira finalidade dos convites que veiculam em jornais e televisões, não pode disso se ocupar o direito penal, pena de os anseios dela se distanciar. Apelação provida para absolver, com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Apelação Crime nº 698383932, 6ª Câmara Criminal do TJRS, Pedro Osório, Rel. Des. Newton Brasil Leão. j. 19.11.98.

Deve-se ter em mente que, para criminalizar, é necessário que o fato seja

merecedor da pena. E em segundo lugar que haja necessidade de pena¹²¹.

Em se tratando da criação de tipos penais, é necessário ao legislador ter presente que ele tem o dever de intervenção mínima, ou seja, só tem o direito de criar o tipo penal quando o caminho da tutela penal se apresenta como inarredável e inalteravelmente necessário¹²².

Da mesma forma, o julgador, que é quem detém as rédeas de formular a lei para o caso concreto, numa visão garantidora, tem também o poder de só revelar o direito reconhecendo como típico, ilícito e culpável, ou seja, incriminando a conduta, se este for o único caminho para tanto.

A chamada função social do Direito Penal não está em criminalizar condutas, mas em intervir minimamente, a fim de garantir as prerrogativas e direitos fundamentais, sempre levando em conta seu caráter fragmentário.

De acordo com ROBERTI,

“Com a intervenção mínima do Direito Penal nos conflitos que se apresentam no seio social, ou ainda aplicando-se outra pena que não a privativa de liberdade, quando não houver outro meio de coibir a conduta lesiva do bem jurídico... estar-se-á atribuindo ao Direito Penal uma função social importantíssima. A importância da existência dos princípios constitucionais limitadores da interferência penal reside no fato de fixar fronteiras ao Poder Público, com o escopo de garantir a inviolabilidade do direito à liberdade e de outras prerrogativas individuais”¹²³.

Aponta a mesma autora que o princípio da intervenção mínima, corolário do Direito Penal mínimo, ajuda a dar unidade sistêmica ao Direito Penal. Nesse sentido, diz:

¹²¹ LUISI, L. *op. cit.*, p. 31.

¹²² LUISI, L. *op. cit.*, p. 31.

¹²³ ROBERTI, M. *A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 63.

“Maurício Antônio Ribeiro Lopes, ao fazer a correlação entre o princípio ora estudado e o da insignificância, define o princípio da intervenção mínima ‘como regra de determinação qualitativa abstrata para o processo de tipificação das condutas’, afirmando que ele ‘está diretamente afeto aos critérios do processo legislativo de elaboração de leis penais, sendo sua utilização judicial mediata, cabível apenas como recurso para dar unidade sistêmica ao Direito Penal.’”¹²⁴

Entende-se, entretanto, que não só como recurso, mas como diretriz e princípio de atuação no caso concreto, ou seja, no momento da avaliação pelo julgador, é que deve a intervenção mínima funcionar.

Segundo Antônio Roberto SYLLA, o princípio da intervenção mínima

“teve nascimento na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789, que, em seu art. 8º, determina que só ‘a lei deve estabelecer penas estreitas e evidentemente necessárias’. E foi ele acolhido pela atual Constituição do Brasil, art. 5º, XXXIX: ‘ não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’. Este princípio da intervenção mínima orienta e delimita o poder incriminador do Estado, estabelecendo que a criminalização de uma conduta só se legitima se se constitui meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras forma de sanção ou se outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, sua criminalização não é recomendável”¹²⁵.

Se o Direito Penal, com seu arsenal pesado, com a pena privativa de liberdade, for chamado para resolver tudo, inclusive fatos que não atinjam o corpo social, o Direito Penal irá se dispersar e não irá atuar nos pontos nos quais realmente deve atuar, ou seja, para dar tratamento a fatos realmente anti-sociais e graves e que atinjam a coletividade

¹²⁴ ROBERTI, R. *op. cit.*, p. 70-71.

¹²⁵ SYLLA, A. R. *op. cit.*, p. 116.

de forma grave.

O arsenal do Direito Penal realmente pode ser mais bem utilizado se dirigido contra o narcotráfico, contra a grande sonegação fiscal, contra o latrocínio, contra as agressões ao meio ambiente do que contra furto de barra de chocolate ou contra manutenção de casa de prostituição.

De outra banda, recuperando o que foi referido, o tipo finalista, embora mais fechado do que o causalista, não concebeu o delito em seu aspecto social-valorativo.

Em síntese da síntese, o Direito Penal Mínimo quer descriminalizar, quer reduzir o número de condutas proibidas. Entre as teorias causal, final e da imputação objetiva antes referidas, as duas primeiras são largamente utilizadas no mundo forense, enquanto a teoria da imputação objetiva começa, via doutrina, a ganhar seu espaço. A teoria da imputação objetiva, comparativamente, é a que melhor responde aos objetivos do Direito Penal Mínimo sendo seu melhor instrumento.

Em comparação às teorias causal e finalista, a teoria da imputação objetiva é o melhor instrumento do Direito Penal Mínimo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por óbvio, não se constrói uma sociedade mais justa e igualitária apenas a partir de estudos dogmáticos.

Mesmo se conhecendo as críticas à Dogmática, mesmo se sabendo que o Direito não é politicamente neutro, nem avalorativo, mesmo se sabendo que o Direito, na forma tradicionalmente existente, é veículo de dominação, não se pode prescindir dos estudos com base na Dogmática.

Nessa linha, embora não sejam desconhecidas as críticas a respeito da Dogmática Jurídica, é preciso conhecer o seu discurso e a sua linguagem, pois, junto ao Poder Judiciário, no mais das vezes, constituem o veículo de comunicação.

A decisão judicial que não tiver um mínimo suporte na Dogmática e que não tiver um mínimo de base em lei ou na Constituição Federal, resta inevitavelmente cassada ou reformada na instância *ad quem*.

A Dogmática Jurídica, com seu discurso, consagrou as teorias causalista e finalista em termos de teoria do crime junto ao Poder Judiciário e aos meios acadêmicos.

Os operadores do Direito Penal (juizes, promotores, defensores, acadêmicos e professores), ao raciocinarem sobre o crime ou sobre a teoria do crime, valem-se, no mais das vezes, de ditas teorias, bem como necessariamente o fazem em três planos:

tipicidade, ilicitude e culpabilidade, ou fato típico, ilícito e culpável.

Tais níveis, âmbitos ou planos, em torno dos quais gravita o estudo do crime são didaticamente bem separados, bem distintos. Tornou-se comum as sentenças condenatórias, ao julgarem procedentes as denúncias, construírem silogismos, demonstrando a presença dos três planos e a ausência de causas excludentes de tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Em casos de absolvição, as sentenças também aludem, muitas vezes, qual o plano (tipicidade, ilicitude, culpabilidade) que restou afastado, o que, por via oblíqua, impõe a exclusão do próprio crime.

Ao menos formalmente, o raciocínio do crime em três planos, com verificação das respectivas causas excludentes e diante da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, gera um mínimo de segurança ao jurisdicionado em relação a condenações arbitrárias, pois obriga o julgador a analisar, no mínimo, as causas excludentes ventiladas.

Ademais, segundo afirma Damásio Evangelista de Jesus, símbolo nacional dos doutrinadores filiados à Dogmática Penal, o aplicador do Direito Penal, bem exercitando os princípios da imputação objetiva, poderá conseguir que o Direito Penal seja mais democrático e garantidor, rumando para a descriminalização de condutas menos graves, para a constitucionalização do Direito Penal, para o Direito Penal mínimo, em resumo para um Direito Penal mais democrático e garantidor.

Ora, um autor como Damásio de Jesus, que é o símbolo dos autores dogmáticos nacionais, afirmando que a teoria da imputação objetiva é veículo para um direito punitivo mais democrático, tal teoria só pode apresentar necessariamente um avanço rumo à democratização do Direito Penal comparativamente às teorias causal e finalista de uso comum nos fóruns e tribunais.

Nesse sentido, a adoção da teoria da imputação objetiva significa melhor proteger os interesses do cidadão em relação ao poder punitivo estatal, preservando-se assim os interesses sociais.

Além disso, a solução, ou pelo menos a busca inicial de soluções, não deve se dar pela fórmula “isto ou aquilo” e sim pela fórmula “isto e aquilo”. Nessa esteira, e aí não há novidade, é possível sim agir politicamente e criticar os paradigmas jurídicos existentes, sem prejuízo de estudos dogmáticos profundos e da releitura de textos legais existentes com olhos progressistas e constitucionais.

Não há como negar que, comparadamente às teorias causal e final, a teoria da imputação objetiva é a que mais fecha as portas do tipo, que é a porta de ingresso no mundo da ilicitude penal.

O próprio tipo finalista, embora mais fechado do que o causalista, não concebeu o delito em seu aspecto social-normativista, enquanto o tipo (modelo legal da conduta proibida), nos moldes da teoria da imputação objetiva, é mais complexo do que o tipo finalista, pois possui sempre o elemento normativo “juízo de imputação objetiva”, restando mais fechado, mais estrito, mais estreito do que o tipo finalista.

Como o tipo da teoria da imputação objetiva possui mais requisitos, possui mais elementos, possui sempre como elemento normativo o juízo da imputação objetiva, com função normativo-axiológica, permitindo-se a análise do papel socialmente esperado do agente, isso tudo dificulta a juridicização penal das condutas ocorridas no mundo dos fatos concretos.

Em síntese, como o tipo é a porta de ingresso no mundo da ilicitude penal, é possível afirmar que a juridicização penal dos fatos da vida é menor à luz da teoria da imputação objetiva do que à luz da teoria finalista.

Em termos de raciocínio sobre o crime ou sobre o fato-crime, o operador do

Direito Penal, ao raciocinar sobre o fato-crime, se o fizer nas bases da teoria da imputação objetiva, abrirá caminhos à descriminalização de condutas menos graves, à constitucionalização do Direito Penal e ao Direito Penal mínimo, conquistando significativos avanços em relação à teoria finalista vigente na legislação Brasileira desde 1984.

É evidente que se tem que lutar pela descriminalização em nível legislativo, em nível de legislação infraconstitucional. É preciso *abolitio criminis* sim para muitas condutas que não deveriam constar catalogadas como ilícitos penais. Todavia, o Congresso Nacional já criou o regime da “urgência urgentíssima” e, mesmo assim, não sobreveio legislação penal descriminalizadora, muito embora o Direito Penal opere com a pena privativa de liberdade, a mais severa das sanções no estado de direito pátrio.

Assim, enquanto não vem a descriminalização legislativa, devem os juízes fazer a descriminalização judicial, com olhos na Constituição Federal e em juízos de valores baseados no papel esperado do agente dos fatos. Para tanto, podem fazer uso da teoria da imputação objetiva, a qual é mais vantajosa do que a finalista em termos de estreitamento do tipo.

Recomenda tal teoria que seja analisado o Direito Penal à luz da Constituição Federal, não bastando a norma penal em si mesma para que sejam incriminadas as condutas, e esse é um dos aspectos que tendem a fechar, a estreitar as portas do tipo.

A teoria da imputação objetiva aperfeiçoa a construção teórico-dogmática em sede de Direito Penal, concebendo a ordem jurídico-repressiva como sistema protetivo dos valores dominantes, estritamente vinculado ao sistema de princípios constitucionais representativo dos mais altos interesses sociais.

Assim, pela teoria da imputação objetiva, na hermenêutica constitucional-penal, o sistema jurídico do crime deve apresentar coerência de um conteúdo material que aproxima a dogmática jurídica da realidade social, valendo-se de interpretação

normativista-social.

Em síntese da síntese, é função da Dogmática Penal proporcionar aos operadores do Direito e, em especial, ao juiz criminal critérios seguros e precisos na distribuição da justiça penal, de sorte que, quanto mais desenvolvidos os estudos da Dogmática Penal, mais seguro estará o cidadão e menos aleatórias e imprevisíveis serão as decisões judiciais. Nessa linha, a teoria da imputação objetiva representa um avanço em relação às teorias causal e finalista, servindo de instrumento à democratização do Direito Penal e à edificação de um Direito Penal Mínimo e Garantidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Erro de Tipo e Erro de Proibição: uma análise comparativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, atualizado e acompanhado de Legislação Complementar, também atualizada, de Súmulas e Índices...** 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALLEGARI, André Luís. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. In: Revista da AJURIS - Doutrina e jurisprudência - Ano XXVI - Nº 76 - dezembro. Porto Alegre: Pallotti, 1999.

_____. **Imputação Objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Teoria e Prática do Direito Alternativo**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COELHO, Walter. **Teoria Geral do Crime**. v. 1. Porto Alegre: Fabris, 1991.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

JAKOBS, Günther. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução por André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Direito Penal: Parte Geral**. 21. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Novíssimas Questões Criminais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Imputação Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **O Papel da Constituição, Seus Valores e Princípios na Formação do Direito Penal**. In: **Direito Penal e Constituição**. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). São Paulo: Malheiros, 2000.

LUIZI, Luiz. **O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

_____. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Tradução e notas por Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 33. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROBERTI, Maura. **A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Imputação Objetiva**. Belo Horizonte: Mandamento, 2000.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **As Razões do Direito Penal Segundo o Modelo Garantista**. In: **Revista da AJURIS - Doutrina e jurisprudência - Ano XXVI - Nº 75 - Setembro**. Porto Alegre: Pallotti, 1999.

SYLLA, Antônio Roberto. **O 'Preâmbulo' da Constituição Brasileira e Sua Relevância Para o Direito Penal**. In: **Direito Penal e Constituição**. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). São Paulo: Malheiros, 2000.

TAVARES, Juarez. Direito Penal da Negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

TOLEDO, Francisco de Assis. A lei, o crime, a pena. In: Estudos Jurídicos, em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.