



YASMIN YÊDA DOS SANTOS ALVES

**ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DA TEORIA DE RISCO GLOBALIZADA NO
DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO**

Ji-Paraná

2019

YASMIN YÊDA DOS SANTOS ALVES

**ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DA TEORIA DE RISCO GLOBALIZADA NO
DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO**

Artigo apresentado à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, como requisito parcial para conclusão do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná.

Orientador: Daniela Turcinovic

Ji-Paraná

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Gerada mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

A474a Alves, Yásmín Yêda dos Santos
Análise crítica a respeito da teoria de risco globalizada no direito
penal contemporâneo / Yasmin Yêda dos Santos Alves. – Ji-Paraná, RO,
2019.

35 p.

Orientador: Prof. Daniela Turcinovic Bondezan

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) Centro
Universitário São Lucas

1. Teoria da Imputação Objetiva. 2. Teorias Causais.
3. Responsabilidade Penal. I. Bondezan, Daniela Turcinovic. II. Título
CDU 343.1

Bibliotecário(a) Alex Almeida CRB 11.853

YASMIN YÊDA DOS SANTOS ALVES

**ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DA TEORIA DE RISCO GLOBALIZADA NO
DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO**

Artigo apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário São Lucas, como requisito de aprovação para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora Professora: Daniela Turcinovic.

Ji-Paraná, _____ de _____ de 2019

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Resultado: _____

Titulação e Nome

Nome da instituição

Titulação e Nome

Nome da instituição

Titulação e Nome

Nome da instituição

ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DA TEORIA DE RISCO GLOBALIZADA NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO¹

Yasmin Yêda dos Santos Alves²

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade abordar, de forma crítica, a necessidade de aplicação da teoria da imputação objetiva frente à dinâmica inconstante da sociedade globalizada. No primeiro capítulo, aborda-se o surgimento de uma tendência civilizatória contemporânea caracterizada verdadeiramente como uma sociedade de riscos que tornam-se imprevisíveis ao Direito Penal, motivo pelo qual entende-se indispensável maior flexibilização nas teorias do delito, para que seja feita justiça a cada caso concreto. No capítulo dois, discorre-se a respeito das características e dos requisitos formais da aplicação da teoria da imputação objetiva, segundo as obras de Roxin e Jackobs, tratando da realização do risco proibido e do resultado juridicamente relevante, bem como sobre os princípios norteadores dessa teoria. No capítulo três, por fim, demonstra-se a possibilidade de aplicação da imputação objetiva como um complemento às demais teorias, de forma a melhor delimitar a responsabilidade penal e, assim, proteger os direitos e garantias constitucionais. Demonstra-se, ainda, a tendência doutrinária e jurisprudencial brasileira em aplicar essa teoria, tornando o ambiente jurídico no país mais estável e seguro, fazendo verdadeira justiça a cada caso concreto.

Palavras-Chave: teoria do risco, imputação objetiva, sociedade de risco.

CRITICAL ANALYSIS REGARDING THE GLOBALIZED RISK THEORY IN CONTEMPORARY PENAL LAW

ABSTRACT: The present work aims to critically address the need to apply the objective imputation theory to the changing dynamics of globalized society. In the first chapter, we address the the rise of a contemporary civilization trend characterized as a society of risks that become unpredictable to the Criminal Law, which is why it is necessary to increase flexibility in the theories of crime, so that justice is done to each case. In chapter two, we discuss the characteristics and formal requirements that are originated from the application of the theory of objective imputation, according to the work of Roxin and Jackobs, dealing with the realization of the prohibited risk and the legally relevant result, as well as on the guiding principles of this theory. And finally, at chapter three it is demonstrated the possibility of applying objective imputation as a compliment to other theories aiming to better delimit criminal responsibility and, thus, protect constitutional rights and guarantees. It is also demonstrated a

¹Artigo apresentado no curso de Direito do Centro Universitário São Lucas como pré-requisito para conclusão do curso, sob orientação da professora Daniela Turcinovic. E-mail: daniela.turcinovic@saolucas.edu.br

²Yasmin Yêda dos Santos Alves, graduanda do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas, 2019. E-mail: yasmiin.yeda@gmail.com

doctrinal and Brazilian jurisprudential tendency to apply this theory, making the legal environment in the country more stable and secure, doing true justice in each concrete case.

Keywords: risk theory, objective imputation, risk society.

INTRODUÇÃO

A análise da significação e da aplicação da Teoria do Risco, também chamada de Imputação Objetiva, é objeto de discussões nos mais variados ordenamentos jurídicos ao redor do planeta.

O embate da imputação objetiva com a teoria do delito causal e finalista é matéria de divergência doutrinária há décadas, e merece produção de pesquisa científica aprofundada de forma a melhor compreender a extensão e delimitação, bem como a aplicação harmônica de tais figuras nas legislações dos Estados.

Neste trabalho, utilizando-se da metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, através de dados colhidos em doutrinas, artigos científicos, documentários e jurisprudências, procura-se analisar criticamente a aplicação simultânea e harmonizada de tais figuras frente à dogmática penal, de forma a demonstrar o alcance de cada uma delas dentro de suas limitações na dinâmica da imputação da pena.

No primeiro capítulo, se discorrerá brevemente sobre o surgimento histórico da sociedade de risco, conceito trazido por Beck como caracterização da civilização contemporânea, onde os mais variados e inimagináveis riscos encontram-se presentes e, cada vez mais, em constante mudança, de forma a tornar imprevisível os resultados decorrentes de eventos corriqueiros do dia-a-dia, os quais interessam ao Direito Penal.

Quanto ao surgimento da sociedade de risco globalizada, abordará o contexto histórico de maior relevância para o tema, qual seja a Revolução Francesa, acontecimento que mudou a história do mundo e iniciou um movimento de globalização.

Ainda, será tratado das três teorias do delito mais expressivas em suas contribuições ao longo de história da evolução do Direito Penal, quais sejam a teoria causal, finalista e a neokantiana, discorrendo a respeito de suas contribuições à

noção de delito e sua aplicação e imputação, analisando, também, suas falhas, em especial da teoria causal.

No segundo capítulo, será abordado de forma esmiuçada as nuances da teoria do risco de Claus Roxin, discorrendo a respeito das questões do risco permitido e proibido, o resultado penal relevante e os princípios que norteiam a aplicação de tal teoria.

Nesse capítulo, tenta-se trazer a ideia da função da imputação objetiva, como aplicadora da justiça ao caso concreto, mas sem esquecer-se de suas limitações, que devem levar em consideração os critérios valorativos e a convivência harmônica dessa teoria com as demais teorias do delito.

Por fim, no último capítulo, será apresentado de forma específica o alcance da aplicação, tanto da teoria causal do delito, quanto da teoria da imputação objetiva, de forma a demonstrar como ambas se completam e se delimitam de forma a produzir o resultado penal mais justo a cada caso concreto que aborde situações de risco relevante.

Ainda, neste mesmo capítulo, se buscará tratar da aplicação da teoria do risco ou da imputação objetiva na legislação brasileira, sob a ótica da jurisprudência pátria, analisando a tendência doutrinária e jurisprudencial na aplicação dessa teoria aos casos concretos no Brasil.

A jurisprudência demonstrará a aplicação prática dos conceitos tratados ao longo do trabalho, demonstrando que o Brasil já se utiliza dessa tendência quando casos incomuns surgem, deixando as demais teorias do delito a desejar, ficando a cargo, portanto, a própria teoria do risco em solucionar o caso.

1. A Era da Globalização e o Surgimento da Sociedade de Risco

O termo “globalização” refere-se ao processo de intensificação da integração política, econômica e cultural mundial, marcada pelos avanços nos meios de transporte e comunicação. Segundo Bauman, “a ‘globalização’ é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo ‘globalizados’ [...]” (1999, p. 7).

Para compreender o mundo globalizado e a sociedade de direitos e garantias em que vivemos, há importância de mencionar a revolução francesa, por ter sido um

grande marco na história da humanidade. Este foi um movimento que teve grandes relatos e influências na história política e social da França, bem como na civilização global, que teve seus acontecimentos no período do Iluminismo, no século XVIII.

Neste período, a França era o país mais populoso da Europa e, também, um dos mais injustos. O país era agrário, estruturado no modelo feudal e governado no sistema absolutista pelo rei Luís XVI.

A sociedade francesa era dividida em três classes sociais, também chamadas de estados, bem delimitadas, quais sejam (i) o clero, (ii) a nobreza e (iii) o povo. Esta última era a classe social mais populosa, que era composta por burgueses, trabalhadores, artesãos, camponeses, bem como a parcela marginalizada da sociedade, desempregados e famintos (HOBSBAWN, 2015).

O primeiro estado representava a igreja, e o segundo estado era composto pelos membros da corte. Eram os estados que recebiam inúmeros privilégios no governo de modelo absolutista da época, como o privilégio fiscal e a justiça especial aos seus membros (HOBSBAWN, 2015).

O terceiro estado, no entanto, de nada se beneficiava do modelo de governo da época. Os burgueses, classe social que surgiu dentro do terceiro estado, no fim da Idade Média, eram as pessoas dedicadas ao comércio de mercadorias e prestação de serviços. Já não se vinculavam a senhores feudais e tinham tendências modernistas para a economia (HOBSBAWN, 2015).

A burguesia, portanto, preocupada em desenvolver no país a indústria por conta de seus interesses, tinha o objetivo de destruir as barreiras que restringiam a liberdade de comércio internacional. Para tanto, era necessário que a França adotasse o liberalismo econômico. A burguesia, também, despertava sua consciência ao exigir para si direitos políticos, vez que era ela quem sustentava o Estado, pois o clero e a nobreza estavam isentos de impostos e apenas usufruíam daquilo que era recolhido do povo (HOBSBAWN, 2015).

Foi assim, então, que iniciou-se a Revolução Francesa. Pautada nas ideias liberais do movimento Iluminista, movimento intelectual que destinava duras críticas às práticas econômicas mercantilistas, ao absolutismo, e aos direitos concedidos ao clero, o terceiro estado despertou sua consciência para as injustiças e a crise que se instaurava na França. Os principais nomes que propagaram as ideias Iluministas foram Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Diderot e Adam Smith (NUNES, 2017).

A burguesia evidenciou, desde o início da revolução, uma forte consciência de classe que marcou sua atuação ao longo do processo revolucionário, demonstrando que foi a ponderação dos interesses econômicos do terceiro estado que liderou a revolução e ditou as soluções políticas e jurídicas à época. A França nesta época, era um país marcado pelos seus exageros, com a luxúria da corte, gastos excessivos com guerra e luxos às classes dominantes. Um país absolutista, onde o rei que governava tinha controle absoluto de tudo (HOBSBAWN, 2015).

Controlava a política, economia, a justiça e até mesmo a religião de seu povo. E pela péssima administração, tudo conforme suas vontades, levou o país à falência. E essa crise foi o estopim para o terceiro estado. Sua insatisfação era incontrolável e este começou a exigir direitos (HOBSBAWN, 2015).

Diante da situação insustentável, o rei convocou uma assembleia no intuito de votar uma reforma política. Contudo, o direito ao voto era por estado, e o terceiro estado sabia que jamais conseguiria aprovar direitos que lhes beneficiassem, pois o clero e a nobreza votavam em favor unicamente de seus interesses. Assim, o terceiro estado se separou da assembleia e levou consigo parte do primeiro estado, o baixo clero, constituído por membros da igreja de origem simples e que encontravam nos interesses da burguesia suas raízes (HOBSBAWN, 2015).

Após diversos períodos de terror e discussão, finalmente, ocorreu o grande marco histórico que se deu em 1789, onde o terceiro estado invadiu a Bastilha, que foi o primeiro alvo da grande revolução que pôs fim ao sistema absolutista e aos privilégios da nobreza (HOBSBAWN, 2015).

Os revolucionados, carregavam consigo o grande lema dessa revolução que era “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. Essa tríade determinou as diretrizes do que entendemos hoje sobre justiça e democracia. Com a Revolução Francesa, os Direitos do Homem e do Cidadão, um dos documentos mais importantes da história do Direito, foram declarados pela Assembleia Constituinte, igualando os direitos dos três estados e acabando com todos os privilégios indevidos.

Quanto a esse documento, seu preâmbulo:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os

membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral (Declaração dos Direitos de Homem e do Cidadão. Disponível em: <https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 30 de outubro de 2018).

O mundo globalizou-se cada vez mais após o marco da Revolução Francesa. Os países encontraram-se cada vez mais conectados e novos problemas de ordem jurídica foram surgindo, conforme a tecnologia e a ciência evoluíram, surgindo-se diversos riscos imprevisíveis à humanidade.

Quanto à aplicação do conceito de risco para o Direito Penal, este deve ser observado conforme dispõe a doutrina. Nesse sentido, Luiz Regis Prado (2010), lecionando sobre a concepção de Claus Roxin com relação à imputação objetiva e a teoria do risco, explica que, segundo Roxin, “[...] só é imputável aquele resultado que pode ser finalmente previsto e dirigido pela vontade”.

Assim, segue a concepção de Roxin de que os resultados que não forem previsíveis ou os quais não se realizem pela vontade, não são resultados típicos. Assim, equipara-se à essa finalidade objetiva a criação de um risco que seja, de fato, juridicamente relevante e lese tipicamente um bem jurídico (apud PRADO, 2010, p. 306).

Com isso, percebe-se que a modernização e a globalização causam grande dificuldades às teorias da imputação penal, pois já não basta a aplicação da teoria causal para se fazer a justiça correta, sendo necessária a aplicação da teoria do risco àquelas situações que a comportam.

Beck (2013) esclarece o risco sobre o que geraria um conjunto de fatores sobre uma nova forma de capitalismo, uma nova forma de economia, uma nova forma de ordem global, uma nova forma de sociedade e uma nova forma de vida pessoal, uma sociedade em constante mudança, que precisa se adaptar aos novos problemas que surgem.

Para Beck (2013), as consequências do desenvolvimento científico e industrial são um conjunto de riscos que não podem ser contidos espacial ou temporalmente, é o que ele chama de vulcão da civilização. Para o eminente autor, o risco é um estado intermediário entre a segurança e a destruição. No risco, o

passado perde o seu poder de determinar o presente e torna-se o futuro, algo que é construído, e os riscos são sempre locais e globais ao mesmo tempo (BECK, 2013). Daí a importância da aplicação da Teoria do Risco no Direito Penal contemporâneo.

A teoria do risco, portanto, está diretamente ligada à sociedade contemporânea, em constante evolução, e faz sua correta aplicação necessária frente aos riscos imprevisíveis que podem surgir em matéria de Direito Penal, para que se faça a justiça em cada caso concreto.

1.1. As Teorias do Delito

As teorias mais significativas que vigoraram com relação ao delito são três: (i) o positivismo naturalista, que tratava da teoria causal da ação, (ii) o neokantiano, que defendia a teoria dos valores e, por fim, (iii) o finalista, que falava sobre a teoria finalista da ação.

Cumprindo importância, contudo, conceituar o delito antes de explicar as teorias que vieram a história. Para tanto, Bitencourt leciona que o delito é tido hoje pela égide da concepção tripartida, que o formula como uma conduta típica, ilícita e culpável (BITENCOURT, 2012).

Daí, surgiram-se diversas teorias que explicariam a imputação de um resultado tido por crime a um agente que o tenha ocasionado. A primeira teoria, qual seja, a causalista, considera como ação todo movimento corporal voluntário que causa uma modificação no mundo exterior. Para tal teoria, a manifestação de vontade do indivíduo se dá por toda conduta voluntária, ou seja, tanto pela ação quanto pela omissão, que resulte de um movimento do corpo. Compõe-se, portanto, de vontade, movimento corporal e resultado (PRADO, 2010).

Assim, percebe-se que a ação é uma mera causação de um evento que foi provocado pela voluntariedade do agente, mas não por esta conduzida. Aqui, o que importa não é o conteúdo da vontade, isto é, se o agente tinha ou não a intenção de realizar a ação típica. O conteúdo da vontade, em verdade, é deslocado para a culpabilidade e expressa um juízo de valor quanto à parte interna, subjetiva da ação (PRADO, 2010).

Portanto, reprovase a ação do autor por não ter este atuado segundo exige o ordenamento jurídico. No entanto, faz-se necessária a presença da imputabilidade do dolo e da culpa no campo da culpabilidade (PRADO, 2010).

A teoria valorativa, por sua vez, foi admitida posteriormente à causalista, e veio por influência da filosofia neokantiana. Trouxe o entendimento de um conceito valorativo de ação, qual seja conduta humana como atuação da vontade no mundo exterior, mas que não deixa de ser conceito causal (PRADO, 2010).

As consequências dessa diretriz se relevam, sobretudo, na antijuricidade. O delito, diante do prisma da teoria neokantiana é a ação tipicamente antijurídica, visto que a tipicidade não constitui elemento independente da antijuricidade (PRADO, 2010).

Tem-se, portanto, a construção de uma culpabilidade psicológica-normativa que, contudo, não teve tanto resultado do ponto de vista prático, por não ter atingido os princípios básicos do tipo objetivo e da antijuricidade. Pelo contrário, serviu mais para confirma-los ao levar em consideração, na análise da antijuridicidade, a face externa do fato, e quanto ao juízo de culpabilidade, levar em conta a face interna do fato, conforme conta Prado (2010, p. 274).

Por fim, para a teoria finalista, o conceito de ação é, em princípio, determinado pelas estruturas lógico-objetivas do objeto que se quer reconhecer. Tal teoria se opõe à teoria causal por considerar incorreto o seu critério de separação entre a vontade e seu conteúdo (PRADO, 2010).

Por essa teoria, a ação humana consiste no exercício de uma atividade finalista. A finalidade, ou o caráter final da ação, por sua vez, se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, conforme um plano endereçado à realização desses fins (WELZEL, 1970 apud PRADO, 2010).

Ademais, é categoria da realidade, do ser, e não do dever-ser, do valor, ainda que o Direito Penal relacione essas categorias. A especificidade está na finalidade, ou seja, o atuar orientado conscientemente a um objetivo previamente determinado (PRADO, 2010).

Segundo leciona Welzel (apud PRADO, 2010), é a vontade finalista que rege o curso causal. Essa vontade é o fato que caracteriza e dirige o processo causal externo e converte-o em uma direção final.

Nesse sentido, segue Bitencourt (2012) que a orientação finalista representa uma mudança radical quanto ao positivismo jurídico formalista e ao relativismo axiológico do neokantismo. Ela parte da ideia de que o objeto fundamental da dogmática jurídico-penal são, na verdade, as estruturas lógico-objetivas,

pertencentes ao mundo da realidade. É a passagem do subjetivismo do Direito Penal ao objetivismo que caracteriza o fundamento base da teoria do delito desenvolvida pelo finalismo.

Contudo, com o passar do tempo e com o avanço inevitável das ciências e a tecnologia, percebeu-se que a mera interpretação da lei penal segundo as teorias do delito já existentes gerava um isolamento ante à realidade.

Diante desse cenário, analisando a aplicação das três teorias já existentes, lecionou Gomes (2004, p. 72) “que fizeram, assim, só dogmática. E foram acríticos, assépticos, não se preocuparam com a construção de uma ciência evolutiva”.

Em verdade, acabaram por afastar a realidade da aplicação do Direito Penal ao aplica-lo de forma extremamente formal e conservadora. Não levaram em consideração a Criminologia e não respeitaram as Políticas Criminais. Apenas aceitaram o método subsuntivo em relação à tipicidade e glorificaram o legislador, sem se atentar à caótica legislação (GOMES, 2004).

A teoria finalista, por exemplo, define a ação como sendo uma conduta que é realizada com um objetivo, um fim a ser alcançado. Contudo, a junção do agente e do curso causal por meio da imputação para que se obtenha uma ação humana não pode levar em conta apenas o viés individual, devendo utilizar-se, em verdade, de um esquema de interpretação. Esse esquema tratado por Jackobs, na dogmática jurídico-penal, é chamado de imputação objetiva. (PRADO, 2010).

A inaplicabilidade das demais teorias do delito acima tratadas em fazer justiça a alguns casos concretos frente às diversas mudanças culturais, econômicas e sociais que aumentam cada vez mais, é que ensejou o surgimento da teoria da imputação objetiva. O desejo de dinamizar o Direito Penal formalista pauta na teoria do risco uma opção mais satisfatória e justa a cada caso concreto, conforme se estudará a seguir.

Como observamos, nenhuma destas propostas é isenta de problemas, ao mesmo tempo que todas elas apresentam aspectos positivos que devem ser levados em consideração como objeto de estudo da dogmática jurídico-penal. Justamente por isso as correntes dogmáticas do pós-finalismo se caracterizam em maior ou menor medida pela tentativa de conciliar aqueles aspectos que antes se apresentavam como contrapostos, isto é, carregam consigo a marca do ecletismo metodológico (BITENCOURT, 2012).

1.2. A Sociedade de Risco

O direito penal vem sofrendo fortes transformações ao longo dos anos para acompanhar as evoluções sociais e as tendências da modernidade. Com o implemento dos fatores de risco, com o intento da tecnologia e os avanços da ciência, as teorias do delito aplicadas até então, como visto no tópico anterior, já não se mostravam suficientes à promoção da resposta justa a cada caso concreto.

Podemos definir o momento hoje vivido, que a cada instante toma proporções e formas diferentes em todos os aspectos da vida em sociedade, com a expressão utilizada por Ulrich Beck a essa sociedade de acontecimentos dinâmicos, qual seja, “sociedade de risco”. Essa expressão utilizada por Beck se presta a nomear esse período de mudanças rápidas sofridas pela sociedade contemporânea, como por exemplo, a rapidez do desenvolvimento tecnológico e a economia em constante mutação (BECK, 2013).

Leciona Bauman (1999, p. 58) a esse respeito, que esta nova e desconfortável “percepção das ‘coisas fugindo ao controle’ é que foi articulada [...] num conceito atualmente da moda: o de globalização”. O caráter indeterminado e indisciplinado envolvendo os assuntos mundiais sem parecer haver um centro de controle é o significado mais profundo transmitido pela ideia de globalização, conta o autor.

A globalização, como interseção da presença e da ausência, caracteriza-se pelo entrelaçamento de eventos e relações sociais que estão distantes de tratar de contextos locais. Como resultado de avanços tecnológicos, em especial, dos meios de comunicação e, sobretudo, da mídia, hoje temos acesso à informação globalizada, isto é, no Brasil é possível acessar informações em tempo real relacionadas a países que encontram-se à continentes de distância, tal como o Japão, questão essa que era inimaginável num passado remoto.

Mais do que informação, é possível conversar em tempo real com pessoas de outros países, bem como se relacionar com elas das mais diversas formas e, inclusive, cometer delitos nos mais diversos campos, a quilômetros de distância. Esse fenômeno, sem dúvida, trouxe avanços, porém, também trouxe também riscos e inseguranças à sociedade. Reforçando, assim, a ideia do contraste da segurança e insegurança, da determinação e indeterminação, da estabilidade e instabilidade (GIORGI, 1998).

Bauman (1999, p. 8) explica, nesse viés:

A complexa questão da insegurança existencial colocada pelo processo de globalização tende a se reduzir à questão aparentemente direta da “lei e da ordem”. Nesse processo, as preocupações com a “segurança”, o mais das vezes reduzidas à preocupação única com a segurança do corpo e dos bens pessoais, são “sobrecarregadas” de ansiedades geradas por outras dimensões cruciais da existência atual — a insegurança e a incerteza.

Com tantas vantagens oferecidas pelos avanços acima citados, não se pode desprezar as sequelas, como a insegurança, o medo, e até mesmo a impunidade, que tomam uma proporção cada vez maior, na atual sociedade.

Diante de tantas mutações, mudanças sociais, econômicas, culturais, tecnológicas e políticas, o direito penal se faz obrigado a tomar posições ante a complexa sociedade de risco, buscando encontrar soluções a partir da normativa penal e da aplicação do sistema que se amoldem aos casos concretos, para que possa alcançar a justiça em todas as situações que possam vir a ocorrer.

Figueiredo Dias indaga-se se estará o Direito Penal preparado metodologicamente para enfrentar e dar respostas adequadas à nova realidade que decorre da sociedade de risco. O autor questiona se haverá condições para que o controle social formal seja adequado a combater as novas situações originadas dos novos riscos, protegendo as gerações futuras e ainda assim, proteja as garantias individuais prestadas pelo Iluminismo (DIAS, 2001).

Para responder a tais questões, mais do que nunca, deve-se levar em consideração a necessidade de aplicação da imputação objetiva antes aos riscos contemporâneos com um viés garantista para que o controle formal não ultrapasse barreiras das garantias individuais.

2. A Teoria do Risco no Direito Penal

Nas últimas décadas, a sociedade vem passando por inúmeras transformações em suas mais variadas esferas, social, tecnológica e econômica, que de modo geral influenciam muito no âmbito jurídico e no direito penal.

Com tantas transformações ocorridas nesse intervalo de tempo, como sociais, econômicas e tecnológicas, hoje a sociedade e o direito penal reconhecem como crimes tipos penais que antigamente não eram imagináveis, bem como o direito penal encontra-se diante de situações inéditas e precisa se reinventar para aplicar, a cada caso concreto, a devida sanção.

Diante disso, ante a necessidade de concretização da verdadeira justiça a cada situação e da garantia dos princípios fundamentais, a tendência é a interpretação da lei penal e sua sistematização com a valorização axiológica, isto é, valorativa e normativa, própria da imputação objetiva.

Nesse sentido, Gomes (2004) entende que o delito já não aparece apenas como uma dimensão natural ou fática, mas sim, como uma dimensão normativa e valorativa, retratada na exigência da imputação objetiva e de um resultado jurídico relevante.

O conceito de imputação objetiva, segundo leciona Jesus (2010, p. 320), significa “[...] atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico”. Trata-se de um dos mais antigos problemas do Direito Penal: a determinação de quando a lesão de um interesse jurídico pode ser considerada “obra” de uma pessoa (JESUS, 2010).

Como o direito penal encontra-se construído em relação a fins, a teoria da imputação objetiva pretende apenas conferir fundamentos, ligando a finalidade do agente ao resultado produzido, segundo a descrição típica (JESUS, 2010).

Essa teoria é autônoma, ou seja, independente da doutrina da causalidade objetiva ou material. Não está no campo dos fatos, mas sim, dos valores que o Direito Penal tem o intuito de proteger (JESUS, 2010).

O ponto central da teoria, portanto, não é imputar um resultado a alguém segundo o dogma da relação de causalidade material, se este alguém, realizando um determinado ato, produziu certo resultado. O âmago da questão reside em estabelecer um critério de imputação do resultado em face de uma conduta realizada no campo normativo e valorativo (JESUS, 2010).

Pelo exposto, tem-se que a imputação objetiva da teoria do risco não põe em destaque o resultado naturalístico, próprio da doutrina causal clássica e do fato típico, mas sim o resultado ou evento jurídico que corresponde à afetação jurídica,

que seria a lesão ou o perigo de lesão de objeto jurídico penalmente tutelado (JESUS, 2010).

Jesus (2007, p. 33 e 34) esclarece acerca da teoria causal e da imputação objetiva, dando ensejo para melhor compreensão da doutrina:

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

Com relação à essas questões, existem várias vertentes no Direito Penal que tratam do assunto, cada uma com suas peculiaridades. A seguir, se explanará a respeito das nuances de duas dessas vertentes, cujos pensadores são Roxin e Jakobs.

2.1. A Teoria de Günter Jakobs

A vertente funcionalista trazida por Jakobs sempre foi muito criticada. Isto porque, para esse autor, o Direito Penal tem como função ser um instrumento que reafirma certos valores de determinadas ordens jurídicas, de modo que o agente do

crime seria punido simplesmente por ter agido contra a norma vigente (BITENCOURT, 2012). Essa teoria foi chamada de Teoria Funcionalista Radical.

Radical, justamente, por se referir ao Direito Penal como instrumento de garantia da ordem jurídica em si, demonstrando pouca preocupação com as consequências do crime ou com a violação ou não de bens jurídicos tutelados. Para Jakobs, o Direito Penal protege diretamente a norma e apenas indiretamente os bens jurídicos. Para ele, o delito é tido como uma transgressão da norma que viola as expectativas funcionais (PRADO, 2010).

Ou seja, para Jakobs, o fim do Direito Penal nada mais é que a estabilização do conteúdo normativo, não se tratando especificamente de proteger bens jurídicos, pois o que realmente importa, segundo o autor, é a manutenção e confirmação das leis (PRADO, 2010).

A grande controvérsia com relação à teoria de Jakobs é que, em sua obra, ao defender que a obediência à norma é o fundamento do Direito Penal, acaba por defender que a norma deverá ser respeitada mesmo quando esta for vazia ou infundada. Ou seja, uma norma injusta, segundo a teoria de Jakobs, deveria continuar a ser respeitada (PRADO, 2010).

Jakobs lança a figura do Direito Penal do Inimigo, que se alicerça em três questões, quais sejam (i) a antecipação de tutela penal em atos que antecedem à ofensa ao bem jurídico tutelado, (ii) a punição com penas desproporcionais e muito severas; e (iii) a supressão dos direitos e garantia do agente, tanto material, quanto processual (BITENCOURT, 2012).

A crítica ao pensamento de Jakobs (2005 apud BITENCOURT, 2012, p. 47) se refere a este tratar o indivíduo mais como um integrante de grupo social como ser humano em si. Como preceitua em sua obra:

Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve dar em troca uma garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Se não existir essa garantia ou se ela for expressamente negada, o direito penal passa a ser uma reação da sociedade ante o ato de um de seus membros para ser uma reação contra um inimigo. Isso há de implicar que tudo está permitido, a incluir uma ação desmedida.

A ideia de Jakobs, portanto, não pode ser desprezada, mas deve ser encarada como incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois como se vê, tem potencial supressão de direitos e garantias fundamentais. Por essa razão, a teoria defendida por Roxin se apresenta como uma opção mais palpável à aplicação prática.

2.2. A Teoria de Claus Roxin

A vertente de Roxin se denominou Teoria Funcionalista Moderada. Por essa teoria, Roxin não discordava que o Direito Penal tem por função reafirmar a ordem jurídica, contudo, no cerne de seu entendimento jamais negligenciou a importância da ofensa ao bem jurídico. Portanto, segundo Roxin, se o bem jurídico não foi atingido não há que se falar em atuação do Direito Penal, no sentido em que defende o respeito ao princípio da insignificância (PRADO, 2010). Além disso, Roxin aperfeiçoou o tipo objetivo para a aplicação da pena, discorrendo novos contornos à Teoria da Imputação Objetiva.

Claus Roxin desenvolveu, a partir desse entendimento, diversos critérios para a correta aplicação da imputação objetiva. Sustentou que só era imputável ao agente o resultado que pode ser finalmente previsto e dirigido pela vontade. Logo, os resultados que não fossem previsíveis ou dirigíveis voluntariamente não seriam típicos (PRADO, 2010). Equipara-se, no entanto, a essa noção a possibilidade de domínio através da vontade humana (finalidade objetiva) à criação de um risco que seja juridicamente relevante de causar lesão típica a um bem jurídico (ROXIN, 1972 apud PRADO, 2010).

Roxin (apud BITENCOURT, 2012, p. 50), leciona que com a aplicação da teoria do risco, a dogmática deixa de se vincular exclusivamente a conceitos deduzidos da natureza das coisas para incorporar as finalidades valorativas que o Direito Penal busca alcançar, permitindo, em última instância, que a solução do caso concreto se amolde às finalidades do sistema penal:

Nas palavras do autor, “quando as finalidades regentes do sistema convertem-se diretamente em configuradoras do sistema, fica garantida de antemão a justiça na decisão do caso concreto [...] já que toda constelação de casos é reconduzida ao fim da lei”. Com

base nesse postulado, Roxin defende que o sistema poderá inclusive chegar a descartar aquelas soluções que, mesmo sendo coerentes coma dedução sistemática, sejam incompatíveis com seus princípios garantistas e fins político-criminais.

Em suma, entende-se que para a análise da relevância jurídica dos atos causais, faz-se absolutamente necessário que a condição determinante gere um risco penalmente proibido e leve à produção de um resultado jurídico.

A tipicidade, para Roxin, conta com duas dimensões distintas, mas que se inter-relacionam: (i) dimensão objetiva, que trata da adequação do fato à norma, e (ii) dimensão normativa (ou material ou valorativa), que diz respeito à análise da existência da criação ou incrementação de um risco proibido, ponderando se esse risco se concretizou ou não no resultado obtido, ofendendo ou não a um bem jurídico. Ademais, além de um resultado material, naturalístico, conforme dispõe a teoria causal, consistente na modificação do mundo exterior através da conduta do agente, exige-se também a realização de um resultado jurídico ou normativo com a efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem juridicamente tutelado.

Para Roxin (2009), o fundamento base de sua teoria é o bem jurídico. De acordo com o doutrinador: “[...] o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos [...]”.

Diante disso, Jesus (2011, p. 325) traz critérios de aplicação da teoria:

Verificada a causalidade material, a imputação objetiva exige verificar se: 1.º) a conduta criou ao bem (jurídico) um risco juridicamente desaprovado e relevante; 2.º) o perigo realizou-se no resultado jurídico; 3.º) o alcance (âmbito) do tipo incriminador abrange o gênero de resultado jurídico produzido.

No presente trabalho, se utilizará a teoria de Roxin, qual seja, a teoria do funcionalismo moderado como embasamento de aplicação prática da teoria do risco, pois esta vertente é, claramente, a vertente mais compatível com a realidade contemporânea e com a democracia.

Assim, nos seguintes tópicos se fará, de forma pormenorizada, uma análise dos critérios acima expostos por Roxin como necessários para que haja a efetiva imputação objetiva.

2.2.1. Risco Permitido e Risco Proibido

É sabido que o homem é um ser social e que sempre conviveu em sociedade. Diante disso, também é sabido que o progresso exige a criação ou utilização de bens e situações que geram riscos aos indivíduos. Silva Sánchez (2001) define a sociedade pós-industrial como sendo uma “sociedade do risco” e, dentro dessa definição, é possível afirmar que determinadas condutas, ainda que criadoras de riscos, serão permitidas, eis que imprescindíveis para o desenvolvimento e evolução da sociedade.

Segundo Bitencourt, para que o princípio de legalidade, tão defendido por Roxin seja, na prática, efetivo, cumprindo com sua finalidade de estabelecer da forma mais concreta possível quais as condutas puníveis e as sanções a elas cominadas, é de absoluta necessidade que o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas (2012).

Nesse sentido disserta Roxin (apud BITENCOURT, 2012) entende que uma lei que seja indeterminada ou imprecisa não tem condições para proteger o cidadão da arbitrariedade pois não implica em uma limitação do poder estatal de punir. Assim essa lei contrariaria o princípio a divisão de poderes pois o juiz poderia aplicar a lei de qualquer forma, segundo sua própria interpretação.

Portanto, temos que, como tais riscos são inerentes ao curso natural dos avanços da sociedade nos mais variados campos, que possuem o objetivo de proporcionar o bem-estar da humanidade, é imprescindível que seja realizada uma ponderação entre a tutela absoluta dos bens dos cidadãos e a utilidade social do progresso. Contudo, para que o legislador permita ou proíba tais riscos, este deve sempre levar em consideração o bem jurídico que quer tutelar, tendo a certeza de que este encontra-se tutelado pela Constituição e deve, na elaboração da norma formal, atentar-se ao maior objetivismo possível diante da matéria tratada.

Nesse sentido, Jesus (2011, p. 320 e 321) explica que o legislador tem consciência, ao permitir certas condutas e a produção de certos bens, que estes podem gerar riscos que afetem interesses que ele mesmo pretende proteger.

Quando o ordenamento jurídico permite e regular a construção de uma ponte ou a fabricação de um automóvel, um avião, um navio, uma arma de fogo, etc., o legislador tem consciência de que a utilização desses bens, ainda que de forma normal, carrega riscos a interesses que ele mesmo pretende proteger. Assim, a condução de veículo motorizado, mesmo que de acordo com as regras regulamentares, traz riscos ao condutor e a todos que se utilizavam desse meio de transporte.

Segundo Jesus (2011), se não fosse dessa forma, seria quase impossível a convivência social com o uso das modernas fontes de energia, extração de minerais, produção agrícola, emprego de aparelhos que a modernidade trouxe, o transporte automobilístico, a manipulação de alimentos e medicamentos, etc.

Em suma, se certos riscos não fossem permitidos, não seria possível a vivência na sociedade moderna, e teríamos que retroceder única e exclusivamente para adequar a sociedade ao Direito, o que é absurdo, pois é papel do Direito regular a sociedade conforme esta evolui. Portanto, deve o Direito acompanhar as tendências da sociedade moderna.

Trata-se, portanto, de compreender o que o Direito assume como risco proibido e risco permitido. Nesse sentido, explica Jesus (2007, p. 41):

A diferença entre risco permitido e proibido não está na gravidade do perigo e sim em que às vezes é lícito e em outras não o é. Enquanto o “risco” pertence ao mundo natural, a permissão e a proibição determinam-se de acordo com as regras do ordenamento social. A tolerância para a realização da conduta criadora do risco advém das estruturas sociais, que, por intermédio de diferentes critérios, disciplinam o que é lícito e o que é desaprovado. Na aplicação desses métodos devemos ter em conta, em primeiro lugar, a consideração da natureza do bem jurídico, que deve ser encontrada na Constituição Federal. Esses critérios são os seguintes: a utilidade social, a inevitabilidade do risco e as necessidades de certas empresas.

As atividades de risco que, contudo, sejam benéficas à sociedade, não podem ser absolutamente proibidas em hipótese alguma, pois seria inviável o convívio na sociedade moderna, como já tratado. Portanto, tal entendimento é o que faz com que o legislador determine os limites da utilização dessas atividades e bens lesivos por meio de normas jurídicas, regras técnicas e o dever de informar-se (JESUS, 2007).

Diante disso, haverá a imputação objetiva da conduta quando comprovado que o agente criou ou incrementou risco não permitido, de relevância jurídica. Para tanto, deve-se realizar um juízo valorativo, e esse juízo deve apresentar resposta positiva para que a conduta seja materialmente típica.

Jesus (2011, p. 321) leciona a esse respeito:

É possível que o sujeito, realizando uma conduta acobertada pelo risco permitido, venha a objetivamente dar causa a um resultado naturalístico danos que integre a descrição de um crime. Ex.: dirigindo normalmente no trânsito, envolve-se num acidente automobilístico com vítima pessoal. Nesse caso o comportamento deve ser considerado atípico. Falta a imputação objetiva da conduta, ainda que o evento jurídico seja relevante.

Quem dirige automóvel de acordo com as normas legais oferece a si próprio e a terceiros um risco tolerado, permitido. Se, contudo, desobedecendo às regras, faz manobra irregular, realizando o que a doutrina denomina “infração de dever objetivo de cuidado”, como uma ultrapassagem perigosa, emprego de velocidade incompatível [...], etc., produz um risco proibido (desvalor da ação).

O eminente doutrinador esclarece que, ao realizar uma conduta de risco permitido, pode o agente concretizar um resultado penalmente relevante, mas que não enseja a imputação objetiva do resultado, pois o autor agiu dentro dos limites estabelecidos pela lei e, portanto, dentro de seu direito. Esse resultado, ainda que infeliz, faz parte do risco permitido.

Contudo, se o agente, realizando a mesma conduta de risco permitido, porém atuando fora dos limites estabelecidos em lei e adentrando, desta forma, uma conduta tipificada penalmente, realiza um resultado penalmente relevante, aí haverá a imputação objetiva do resultado ao agente e este terá passado de um risco permitido, para atuar em um risco proibido.

Ou seja, conforme já visto anteriormente, para que a imputação objetiva ocorra ao agente realizar uma conduta de risco, três critérios precisam estar presentes, quais sejam a criação de um risco desaprovado e juridicamente relevante à um bem jurídico, a concretização de um resultado jurídico e, por fim, que esse resultado esteja enquadrado no tipo penal (JESUS, 2011).

Quanto à criação de um risco desaprovado e juridicamente relevante, como já exaustivamente falado, o agente precisa agir de forma a aumentar o risco permitido, deixando assim de atuar em seu direito, dentro dos limites estabelecidos pela lei como permitidos e entrando, portanto, no âmbito de um risco proibido pela norma jurídica.

Prado (2010, p. 307) ressalva quanto a admissão do critério do risco juridicamente relevante nos delitos dolosos, dizendo que sua admissão é controversa por abarcar dois elementos constitutivos do tipo: a previsibilidade e observância do dever de cuidado. Segundo ele, seria desnecessário leva-los como elementos adicionais ao injusto doloso. O dolo, por si só, já os incorpora.

Com relação à produção de um resultado jurídico, conforme já demonstrado, esse resultado deve ser consequência da criação de um risco pelo agente, para que, então, possa à ele ser imputado. Contudo, a simples criação de um risco pelo agente não o vincula ao resultado produzido, como já foi explanado. É necessário que o resultado jurídico tenha sido consequência da criação de um risco que seja proibido pelo ordenamento jurídico.

E encontra-se aqui, inclusive, o último critério de aplicação da imputação objetiva: o alcance do tipo incriminador precisa abranger o gênero de resultado jurídico produzido.

Para elucidar de melhor maneira esse critério, utiliza-se Prado do seguinte exemplo prático para lecionar (2010, p. 308):

[...] Dois ciclistas conduzem suas bicicletas, uma trás da outra, à noite e sem os obrigatórios faróis de iluminação; um terceiro ciclista choca-se contra o primeiro deles e produz-se um acidente. Esclarece Roxin que o segundo ciclista não pode ser responsabilizado, visto que a norma de cuidado infringida não visa a que outras pessoas se beneficiem da iluminação e seu campo de proteção só se estende aos riscos de acidente que procedam da própria bicicleta.

Prado ainda explica que, em casos semelhantes, pondera-se que o resultado não seria imputável porque a esfera de proteção da norma jurídica só abrange os danos diretos ocasionados. Esse seria o critério aplicável, por exemplo, para afastar a imputação nesses casos (PRADO, 2010).

Em suma, se os três critérios se fizerem presentes, o agente será responsabilizado por meio da imputação objetiva pelo resultado causado derivado da criação de um risco juridicamente proibido e previsto em norma jurídica, desde que, conforme Roxin defende, a conduta lesante obedeça aos princípios do ordenamento jurídico (PRADO, 2010).

Cumprе salientar aqui que nem todo crime acarretará em um resultado naturalístico. Nos delitos materiais, por certo que é exigível a ocorrência de um resultado material para sua consumação. Contudo, nos delitos formais, esse resultado poderá ou não ocorrer, sendo sua ocorrência mero exaurimento do crime. Nos crimes de mera conduta, por sua vez, esse resultado não ocorre.

De todo modo, é importante lembrar que é de extrema dificuldade a definição precisa do que seja o risco permitido e risco proibido. Tal definição será melhor ponderada quando da análise de cada caso concreto, de acordo com os padrões aceitos pela sociedade, bem como as demais normas legais e infralegais relevantes a cada caso.

2.2.2 Realização do Risco Não Permitido e Resultado Penalmente Relevante

Como vimos anteriormente, não basta que haja a criação ou o aumento de um risco não permitido, também chamado pela doutrina de desvalor da ação. É necessário, também, que haja a realização desse risco no resultado, de forma a gerar uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, um desvalor do resultado (JESUS, 2011).

Analisemos a hipótese trazida por Prado (2010): [...] “A”, atropelado por “B”, morre ao ser levado ao hospital em razão de um acidente com a ambulância que o transportava”. Diante dessa hipótese, a responsabilização do agente pelo resultado morte não ocorrerá, vez que tal resultado só foi alcançado em razão de acidente posterior ao ato do agente, e com o qual o agente nada tem a ver.

Portanto, não traz nenhum interesse o dolo ou culpa do agente nesse caso, pois o resultado final não tem nexos de causalidade com a ação por ele praticada. Assim, se “B” tivesse atropelado “A” com dolo, que venha a ser posteriormente comprovado, “B” apenas responderia por tentativa de homicídio, e não pela morte do agente pois por essa não foi diretamente responsável.

Desta forma, a imputação ocorrerá apenas nos casos em que o risco não permitido se realize no resultado. Se, no entanto, o resultado ocorrer, mas não por consequência direta da ação ou omissão do agente, mas sim por algum desvio no curso causal, o agente só responderá pelos atos que, de fato, praticou, pelo resultado direto da ação.

Quanto à relevância jurídica que tem o condão de autorizar a imputação objetiva, esta deve ser analisada de acordo com o âmbito de proteção de cada norma de cuidado, especificamente. Ou seja, não é suficiente a existência de um nexo causal entre o resultado e o risco não permitido criado pelo agente, é preciso também que esse resultado afronte a finalidade protetiva da norma para que possa haver imputação.

Diante disso, pode-se afirmar que haverá a responsabilização do agente quando o resultado produzido afrontar a finalidade protetiva da norma, mas cumpre salientar que o risco deve ser relevante, pois, do contrário, deverá ser aplicado o princípio da insignificância.

2.2.3. Princípios Relevantes à Imputação Objetiva

Os princípios do ordenamento jurídicos são tidos, pela teoria da imputação objetiva, como limitadores da responsabilização do agente. Conforme ensina Roxin (apud PRADO, 2010, p. 309):

[...] Quando alguém cria um risco não permitido para um bem jurídico protegido e este perigo se realiza, a imputação do resultado deve, porém, ser rechaçada quando contraria outros princípios do ordenamento jurídico. São estes os critérios que figurariam em um ‘segundo nível’ de imputação.

Assim sendo, a figuração de ofensa a algum princípio do ordenamento jurídico, como os que serão tratados a seguir, configuraria a exclusão da imputação objetiva ao agente.

O primeiro princípio a ser tratado é o da diminuição do risco, que estabelece que não haverá imputação objetiva quando o agente, evitando dano maior, causar um dano menor ao bem jurídico. Isto porque não há possibilidade de imputação se o autor modifica um curso causal de modo que o perigo já existente para a vítima seja diminuído, melhorando a situação do objeto da ação.

Quanto a esse princípio, leciona Jesus (2011) que não há a imputação objetiva quando o sujeito atuou no sentido de diminuir o risco de maior dano ao bem jurídico, causando um dano menor para evitar um dano maior. Nesse caso, há uma verdadeira diminuição do risco para o bem jurídico protegido e, por óbvio, não se pode falar em ação típica (PRADO, 2010).

Outro princípio de relevância é o princípio da confiança. Da análise desse princípio, tem-se que não haverá conduta típica por parte de um agente que atue nos limites e de acordo com o Direito e que se envolva em situação lesiva ocasionada por outra pessoa que, descumprindo o seu dever de cuidado, permitiu a produção do resultado juridicamente relevante (ROXIN, 2002).

O princípio da autonomia da vítima, por sua vez, também merece destaque na matéria. Esse princípio se traduz na feliz expressão utilizada por Gomes: “quando a vítima autor responsável se autocoloca em risco, praticando ela mesma a conduta perigosa” (2011).

Na aplicação da hipótese desse princípio, tem-se um caso onde a própria vítima pratica a conduta perigosa, ou seja, ela se autocoloca em risco diante de conduta praticada por ela própria. Trata-se da chamada auto colocação ou auto exposição ao risco.

Para exemplificar essa hipótese, Prado dispõe (2010, p. 309):

Parte-se do seguinte exemplo: “A”, policial, sabe que sua namorada “B” tem intenções de suicidar-se. “A” deixa uma arma no banco de seu carro e “B” aproveita a oportunidade para disparar contra si e matar-se. De acordo com o citado autor (Roxin), a norma que proíbe matar não alcança a produção do resultado morte em se tratando de possíveis suicidas maiores de idade. Assim, apesar da conduta de

“A” ter gerado uma situação de perigo, o resultado morte produzido não se encontra compreendido pela esfera de proteção da norma.

Por fim, outro princípio que merece observância na presente matéria é o chamado “princípio da insignificância”, e dispõe que haverá a exclusão da tipicidade quando o crime tratar de danos de pouca importância.

Jesus (2007, p. 79) leciona acerca do referido princípio que, limitando a tipicidade, a pretensão punitiva só intervirá nos casos de lesão jurídica que corrobore certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato caso a perturbação jurídica tenha natureza leve e pequena relevância material. Isto porque o Direito Pena é um recurso extremo, sendo a última “ratio”, e não se deve aplicá-lo caso não seja absolutamente necessário.

Roxin, por sua vez, trata da absoluta necessidade de existir uma interpretação restritiva, que obtenha a função da Constituição e do Direito Penal como indispensáveis para a proteção do bem jurídico tutelado. Para Roxin, é nesse contexto que encontra-se o princípio da insignificância, permitindo excluir lesões de bagatela (ROXIN, 2002).

Para Roxin, “violência” não pode ser compreendida como uma agressão mínima, precisa conter certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser “sensível”, para adentrar no âmbito da criminalidade. Segundo o eminente autor, se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir de princípios como esse, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade (ROXIN, 2002).

Dessa maneira, tendo em vista as finalidades da política criminal, quais sejam, a intervenção mínima, exclusiva proteção de bens jurídicos, resultado jurídico relevante, dentre outras, não se pode aceitar a responsabilização do agente pela imputação objetiva quando a conduta ofenda a um dos princípios aqui tratados, ou demais princípios do ordenamento jurídico, que sejam relevantes à matéria.

3. A Teoria da Causalidade e a Teoria do Risco

Neste capítulo, se apresentará a aplicação conjunta e complementar da teoria causal e da teoria da imputação objetiva, bem como se analisará a aplicação da teoria do risco no Brasil, através da análise jurisprudencial.

3.1. Aplicação da Teoria Causal e da Imputação Objetiva

O maior problema da teoria da relação de causalidade objetiva sempre foi a questão do risco de determinada conduta em face de conhecimentos particulares do autor (JESUS, 2011). Isto porque essa teoria aplica a responsabilização do agente, às vezes, ainda que não tenha agido intencionalmente ou que o resultado não esteja no âmbito de sua conduta, à resultados que possuam qualquer nexo de causalidade com o ato realizado.

Para melhor explicar a aplicação da teoria da causalidade, utilizemos o exemplo trazido por Jesus (2011, p. 319):

Ex.: no Bairro de Zähringe, em Freiburg i. Br., na Alemanha, há um bosque conhecido pelo fato de, por razões minerológicas, sucederem-se muitas descargas elétricas durante as tempestades. Numa pequena fortaleza edificada na parte mais alta, há um cartaz em homenagem a um teutão que, nos idos de 1960, morreu fulminado por um raio numa tormenta. Junto à placa, há uma mensagem: “O acesso à torre corre por conta de seu próprio risco. No caso de aproximar-se uma tempestade, deve-se abandonar o monte”. Suponha-se que um filho, para ficar com a herança do pai, conhecedor do perigo, induza-o a visitar a fortaleza no momento em que se aproxima uma tempestade, vindo uma descarga a mata-lo.

Nesse caso, ensina Jesus (2011, p. 319):

Aplicada a doutrina causal da *conditio sine qua non*, responderia pelo resultado por força da teoria da equivalência dos antecedentes: eliminado o induzimento, a vítima não iria à fortaleza e não encontraria a morte (princípio da eliminação hipotética).

Segundo Jesus (2011), em todos os casos hipotéticos que sejam semelhantes ao caso acima retratado, se aplicarmos rigorosamente a teoria do nexo causal material, também chamada pela doutrina de teoria da equivalência das condições, os sujeitos “agentes” respondem por homicídio doloso, objetivamente imputado o resultado morte.

Essa solução, entretanto, conforme ensina Jesus, não é a correta. Isto porque os agentes, em casos como o narrado, apenas se aproveitaram de riscos existentes na vida social, alguns, inclusive, normalmente tolerados, os chamados “riscos permitidos”, já tratados em tópico anterior. Portanto, os agentes não criaram, de fato, com seus convites, artifícios ou maquinações um perigo para a vida das vítimas (JESUS, 2011).

Nas palavras de Jesus (2011, p. 319 e 320):

No caso da tempestade, p. ex., a morte do pai não ocorre sob o efeito de forças naturais não controláveis pelo filho, que não tem domínio sob o fato. Ele não pode ser considerado “autor”. E induzir alguém a visitar um bosque não é ato executório de homicídio. Por isso, a doutrina vinha há muito tempo recomendando a adoção de novas teorias limitadoras do nexos de causalidade objetiva, como a da causa eficiente, da causa próxima, da causa típica, da ausência de dolo, da adequação social, etc.

Essa teoria, bem como nenhuma outra posterior a ela, porém, trouxe soluções convincentes como ocorreu com a Teoria da Imputação objetiva, que visa a resolver os problemas que o dogma causal naturalístico e a doutrina finalista não conseguiram solucionar de maneira satisfatória (JESUS, 2011).

A teoria da imputação objetiva surgiu, portanto, como verdadeira alternativa à causalidade. Imputação objetiva, conforme já trabalhado anteriormente, significa atribuir a uma pessoa a realização de uma certa conduta que tenha criado um risco relevante e juridicamente proibido, risco esse que tenha produzido um resultado jurídico.

Essa teoria reside em estabelecer o critério de imputação do resultado em face de uma conduta no campo normativo. Por isso é que tal teoria não põe em destaque o resultado naturalístico, que é próprio da doutrina causal clássica e do fato típico, mas sim, o resultado ou evento jurídico, que corresponde à lesão ou o perigo de lesão ao bem penalmente tutelado (JESUS, 2011).

Assim sendo, diz-se que essa teoria tem a missão de resolver, do ponto de vista normativo, a atribuição de um resultado penalmente relevante a uma conduta, segundo os fins da responsabilidade penal (JESUS, 2011).

Assim, sendo, é correto afirmar que a teoria da imputação objetiva não toma o lugar da teoria da causalidade, mas complementa a esta, e ambas subsistem em harmonia no mesmo ordenamento jurídico, aplicando uma em restrição à outra.

A imputação objetiva completa a causalidade objetiva, fornecendo soluções adequadas às hipóteses em que as doutrinas naturalistas não apresentam resposta satisfatória.

3.2. A Teoria do Risco no Direito Penal Brasileiro

A doutrina brasileira é bastante divergente e crítica quanto à aplicação da teoria da imputação objetiva. Diversos autores alegam fundamentos contra a sua aplicação, defendendo argumentos como o de que ambas as teorias não podem atuar em conjunto num mesmo ordenamento sem ferir os valores constitucionais ou, até mesmo, que o emprego de tal teoria seria uma afronta ao Código Penal e ampliaria o campo de responsabilização (PRADO, 2010).

Contudo, por todo o já tratado nos tópicos anteriores, entendemos que nenhum desses argumentos prosperam. Isto porque já é sabido que ambas as teorias não se excluem, mas se complementam e, ainda, conforme a aplicação de viés garantista dada à teoria por Roxin, não é correto enxergá-la como uma ampliadora do campo de responsabilização penal, mas sim, como já dito anteriormente, como uma limitadora da aplicação da teoria causal, delimitando a cada caso concreto a sanção mais justa.

Nesse sentido, Gomes (2011) e Jesus (2011) lecionam, em contrapartida do entendimento de demais autores, justamente isso: a teoria inclui um elemento normativo complementar ao nexos causal. A teoria da imputação objetiva traz mais rigor ao nexos causal. Aquela seria corretiva deste, e não substitutiva:

É certo que a referida teoria, de qualquer modo, complementa (não substitui) a teoria do nexos causal (art. 13 do CP – teoria da *conditio sine qua non*). A função da teoria da imputação objetiva é corretiva, não substitutiva. Há também muita polêmica sobre isso, havendo autores que dizem que a teoria da imputação objetiva teria acabado com o nexos de causalidade. De acordo com nossa opinião, de forma alguma podemos abrir mão do velho e bom (do ponto de vista

garantista) nexos de causalidade. A comprovação material e física (quântica) do elo existente entre a conduta e o resultado naturalístico é uma garantia da qual não podemos prescindir jamais. O nexo de causalidade (que é natural) não foi eliminado pelo nexo de imputação (que é jurídico, valorativo). Ambos convivem. Ambos são relevantes para o direito penal. O primeiro é relevante para o âmbito da “causação”. O segundo é para o campo da “imputação” (GOMES, 2011, p. 137).

A jurisprudência brasileira, por sua vez, já se encontra aplicando essa teoria nos casos concretos. Vejamos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE POR AFOGAMENTO NA PISCINA. COMISSÃO DE FORMATURA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE, DE NEXO DE CAUSALIDADE E DA CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

3. Por outro lado, narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal.

Aqui, percebe-se que, no caso julgado pelo STJ, a aplicação da Teoria do Risco descaracterizou um crime de homicídio culposo pelo rompimento do nexo causal, entre o resultado juridicamente relevante e a conduta dos agentes.

Isto porque entendeu-se por bem invocar a excludente de responsabilidade penal por culpa da vítima, que se autocolocou em risco, defendendo o Ministro, também, que não há como enquadrar o caso analisado como culpa dos agentes, uma vez que seria quase inimaginável que estes mantivessem um nível de fiscalização tão rígido quanto o necessário para se evitar o resultado:

4. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da

imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa.

5. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta.

[...] (grifo nosso).

(BRASIL. STJ, HC 46.525-MT, Quinta Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21.03.2006).

Desta forma, é possível compreender que a teoria da imputação objetiva busca justamente a realização de um Direito Penal mínimo, a partir da aplicação dos princípios de proteção de bens jurídicos e o da subsidiariedade, segundo o qual “[...] somente se deve ameaçar com pena quando regulações civis ou jurídico administrativas mais leves ou outras medidas político-sociais não sejam suficientes. O Direito Penal é subsidiário da proteção de bens jurídicos” [...] (ROXIN, 2009, p. 29 a 30), não merecendo, portanto, as duras críticas de alguns autores.

Em verdade, a teoria da imputação objetiva é, pois, um grandioso reforço para o princípio da legalidade, ao defender que, para que haja a imputação de um crime a alguém, não é suficiente apenas a existência de uma relação causal entre a conduta e o resultado obtido.

Isto porque a causalidade é um fenômeno puramente naturalístico, decorrendo, muitas vezes, de causas naturais, a citar de maneira exemplificativa a hipótese trazida no tópico anterior por Jesus (2011), onde o filho induz seu pai a adentrar um bosque durante uma tempestade, sabendo que aquele bosque possui descargas elétricas e risco de morte durante a chuva, e o pai falece.

Ainda que fosse a intenção do filho que houvesse a morte de seu pai, o resultado só foi obtido, de fato, pela ação da própria natureza, não tendo o filho

controle desse curso causal. O pai poderia, tão somente, ter entrado e saído do bosque com vida, ainda que no meio da tempestade, tamanha era a imprevisibilidade do resultado. Assim sendo, é claro que este nexos precisa encontrar uma delimitação normativa, ou seja, precisa de limites dentro do próprio ordenamento.

Por fim, a teoria da imputação objetiva busca respeitar a aplicação das sanções penais em relação aos direitos humanos e a segurança jurídica de forma plena, e não apenas teórica, como se abstrai da aplicação da teoria da causalidade, buscando à fundo aplicar a justiça de maneira real.

Essa teoria é a tendência evolutiva da sociedade contemporânea e, aos poucos, acredita-se que a doutrina e a jurisprudência irão abandonando o positivismo cego para adotar essa teoria, com a intenção consciente de fazer a justiça correta em cada caso concreto.

MATERIAL E MÉTODOS

A presente pesquisa foi realizada utilizando-se o método dedutivo e descritivo para o alcance do objetivo científico. Ou seja, consistiu na descrição do fenômeno analisado e estabeleceu uma conexão entre as variáveis atinentes à temática, deduzindo-se o resultado através da observação das premissas expostas ao longo do texto.

A pesquisa, também, utilizou o método qualitativo para produção do conhecimento científico. Ou seja, não se buscou obter números, estatísticas ou soluções precisas sobre a temática, mas, sim, a exposição do problema e o apontamento de algumas questões, nem sempre, previsíveis, que apontam um resultado geral à questão desenvolvida. Realizou-se a pesquisa por meio de uso de bibliografia, pesquisando-se em livro, artigos científicos e outros documentos que possuem relevância à temática abordada.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A discussão da presente pesquisa da questão da aplicação da Teoria do Risco frente ao ordenamento jurídico-penal brasileiro, analisando-se sua aplicabilidade prática, em conjunto com a teoria finalista, buscando demonstrar a possibilidade de atuação de ambas as teorias em conjunto.

O resultado objetivado foi alcançado, qual seja, demonstrar a necessidade de evolução do Direito de forma a acompanhar a sociedade contemporânea, geradora de riscos diversos, e atentar à necessidade de aplicação dessa teoria de forma mais recorrente, para que, diante da contemporaneidade, a justiça se faça em cada caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da pesquisa feita no presente trabalho, compreendeu-se que a sociedade contemporânea, com os avanços da tecnologia e as diversas mudanças que ocorrem diariamente nos mais diversos campos da vida humana tratam de tornar as relações entre as pessoas e os cenários inconsistentes, muitas vezes, imprevisíveis, conforme orientou Beck em suas obras.

Essa dinamicidade e imprevisibilidade afeta o Direito Penal de diversas formas, podendo causar uma certa insegurança jurídica à proteção dos bens jurídicos se não se aplica teorias que promovam a justiça específica à cada caso concreto, se amoldando às necessidades advindas da evolução.

Sendo assim, no primeiro capítulo, ao tratar do surgimento e do desenvolvimento dessa sociedade de risco, altamente mutável e em constante desdobramento, demonstrou-se a necessidade de inovação dentro do campo do Direito Penal, para que este encontre-se minimamente preparado para lidar com tamanhas mudanças e para que a legislação encontre em sua aplicação prática meios suficientes para arcar com as mais variadas hipóteses que podem surgir.

Desta forma, defendeu-se que a aplicação da teoria da imputação objetiva como complemento à aplicação da teoria causal e finalista, consiste em possível solução aos problemas jurídicos que surgem diariamente em consequência do surgimento de uma sociedade dinâmica que apresenta e inova na produção de riscos.

A sociedade de risco enseja a aplicação da imputação objetiva, pois é essa a mais apropriada teoria que apresenta o condão de amoldar a aplicação do Direito Penal frente às constantes modificações das necessidades do mundo globalizado, produtor de riscos imprevisíveis.

Assim, no capítulo dois, esmiuçando os requisitos formais de aplicação da teoria do risco, com base na obra de Roxin e Jackobs e na opinião de doutrinadores renomados na doutrina brasileira, tratou-se dos pontos cruciais à correta aplicação de tal teoria, observando que essa teoria defende que só será imputável ao indivíduo a conduta que criar ou incrementar o risco proibido relevante e desde que esse risco se concretize no resultado que seja de interesse jurídico.

Demonstrou-se que Roxin rompeu com as linhas que separavam o Direito Penal da Política Criminal, defendendo que as categorias de delitos se orientem pelos objetivos sociais e político-criminais e pela própria função do Direito Penal, que é justamente de tutelar os direitos e garantias dos indivíduos diante da realidade, do mundo concreto.

Em seguida, no capítulo três, demonstrou-se que a teoria da imputação objetiva inova frente às demais teorias do delito, não de forma a romper com estas, mas sim, se faz como um complemento necessário à aplicação da justiça correta.

A teoria demonstra maior preocupação e rigor com a questão do nexa causal, de forma a delimitar, de maneira mais correta, a responsabilização penal do indivíduo, garantindo os princípios constitucionais.

Essa teoria não trata a ação típica apenas como um dado prévio, mas sim, trata a ação típica como verdadeiro produto da valoração legislativa. Demonstra que o entendimento dogmático puro, sem conexão com a realidade, principalmente na sociedade de risco globalizada que hoje se encontra, apenas afasta a solução dos problemas em cada caso concreto.

Por fim, demonstrou-se que a aplicação da teoria da imputação objetiva é tendência mundial e que, vagarosamente, vem adentrando no sistema jurídico brasileiro através da doutrina e da jurisprudência, cada vez mais produzindo decisões com resultados justos e personalizados a cada caso concreto, de forma a concretizar os direitos e garantias constitucionais, aprimorando a aplicação do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade do Risco** – Rumo a Uma Outra Modernidade. São Paulo: Editora 34, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização – As Consequências Humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Direito Penal Entre a Sociedade Industrial e a Sociedade do Risco**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2001.

GIORGI, Raffaele di. **Direito, democracia e risco: vínculo com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal – Parte Geral. 2. Ed.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HOBBSBAWN, Eric. **A Era das Revoluções**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2015.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Imputação Objetiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Antônio José Avelãs. **A Revolução Francesa – As Origens do Capitalismo e a Nova Ordem Jurídica Burguesa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Arts. 1º a 120**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.