

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Luiz Edmundo Kielbovicz

**A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO: UMA COMPARAÇÃO COM
AS OUTRAS CONCEPÇÕES DE DELITO**

**Porto Alegre
2013**

LUIZ EDMUNDO KIELBOVICZ

**A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO: UMA COMPARAÇÃO COM
AS OUTRAS CONCEPÇÕES DE DELITO**

**Monografia apresentada ao
Departamento de Ciências Penais
da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito
parcial para obtenção do grau de
Bacharel.**

**Orientador: Prof. Dr. Pablo
Rodrigo Alflen da Silva**

**Porto Alegre
2013**

LUIZ EDMUNDO KIELBOVICZ

**A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO: UMA COMPARAÇÃO COM
AS OUTRAS CONCEPÇÕES DE DELITO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Aprovado em Porto Alegre, em 18 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Orientador

Professora Doutora Ana Paula Motta Costa

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como escopo, em um primeiro momento, a exposição objetiva das teorias clássicas do delito, com destaque quanto às teorias da ação nas concepções clássica, neoclássica e finalista do delito, para, posteriormente, passar a uma análise das teorias mais recentes, assim, o trabalho desenvolve os fundamentos da teoria funcionalista e os seus diversos enfoques acerca da funcionalidade do direito penal, em especial das teorias de Roxin e Zaffaroni. Essas teorias abandonam o formalismo das suas predecessoras, unindo a ciência penal à política criminal para se preocupar com a solução correta para o caso concreto. Como base nessas novas visões funcionalistas surge a teoria constitucionalista do delito, que aborda o delito de acordo com a perspectiva de uma nova síntese, fundada em bases constitucionalistas. A lógica do novo conceito é bastante simplificada, parte do pressuposto de que os princípios, regras e valores constitucionais condicionam os fins do Direito penal, portanto o Direito penal só pode cumprir seus fins por meio de normas valorativas que protejam bens jurídicos relevantes. Assim, o delito só pode ter existência quando o bem jurídico protegido pela norma for concretamente afetado, ademais, não basta, para a tipicidade penal, somente sua concretização formal, requer ainda a produção de um resultado jurídico desvalioso.

Palavras-chave: Teoria do delito. Requisitos do Crime. Política Criminal. Escolas Penais. Funcionalismo Penal.

ABSTRACT

The following article intends, in a first moment, an objective exposition of the classical criminal offense theories, with highlight at the theories of action in the classical, neoclassical and finalist conceptions, to, furthermore, pass to a analysis of more recent theories, this way, the article develops the fundamentals of the functionalist theory and its several approaches about the functionality of the penal law, in special the Roxin's and Zaffanori's theories. These theories abandon the formalism of its predecessors generating unification between the penal science and the criminal policy to focus on the right solution for the concrete case. With foundation on these new functionalist visions arises the constitutionalist theory of the offense, that addresses the criminal offense according to a new synthesis, founded in constitutional stands. The new concept logic is pretty simple, it comes from the presupposition that the principles, rule and constitutional values condition the purposes of the penal law, therefore, the penal law only can fulfill its goal by evaluative rules that protect the relevant legal interests. Thus, the offense only can exist when a legal interest protected by the norm were materially affected, besides, it's not enough for the offense its penal description, it requires still the production of a juridical relevant outcome.

Keywords: Criminal offense theory. Crime requirements. Criminal policy. Penal Schools. Penal Functionalism.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCEPÇÃO DE DELITO..... | 9 |
| 1.1. CONCEITO CLÁSSICO DE DELITO..... | 10 |
| 1.1.1. A EVOLUÇÃO DA TEORIA CLÁSSICA..... | 12 |
| 1.2. O CONCEITO NEOCLÁSSICO DE DELITO..... | 13 |
| 1.3. O CONCEITO FINALISTA DE DELITO..... | 18 |
| 1.3.1. CRÍTICAS AO FINALISMO..... | 23 |
| 2. O FUNCIONALISMO..... | 26 |
| 2.1. FUNCIONALISMO ORIENTADO PARA FINS DE POLÍTICA CRIMINAL ... | 27 |
| 2.1.1. A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA..... | 28 |
| 2.2. FINALISMO ORIENTADO À PROTEÇÃO DA NORMA PENAL | 30 |
| 2.4. FUNCIONALISMO ORIENTADO Á FUNÇÃO REDUTORA DO ESTADO DE POLÍCIA..... | 34 |
| 2.4.1. A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE | 35 |
| 2.5. O SISTEMA ADOTADO E O CÓDIGO PENAL..... | 37 |
| 3. A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO..... | 40 |
| 3.1. DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO | 40 |
| 3.2. FUNDAMENTOS DA TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO..... | 42 |
| 3.3. A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO E A TIPICIDADE PENAL OBJETIVA..... | 48 |
| CONCLUSÕES..... | 58 |
| REFERÊNCIAS | 60 |

INTRODUÇÃO

A teoria do delito é o campo de estudo do Direito Penal com o objetivo de estabelecer parâmetros sobre os quais serão implantados critérios de imputação jurídico-penal. A teoria do delito constitui um dos campos de grande incidência no direito penal, cujo desenvolvimento amadureceu e trouxe farta literatura. Vastos os repertórios jurisprudenciais, dada a frequência de decisões que atacam os mais variados aspectos da matéria.

Na medida em que se acentua o aumento do número de presos, fica evidente a falta de eficiência social do nosso sistema penal, que muitas vezes viola garantias fundamentais daqueles que são sujeitos ao seu ritual degradante.

O estudo dos requisitos imperativos para que um fato venha a se tornar penalmente punível é uma das principais colunas do Direito Penal. O crime é demasiadamente complexo e que, pelo seu relevante reflexo na sociedade, merece o devido estudo científico metodologicamente orientado com o fim de identificar seus elementos constitutivos, visando sempre, é claro, uma definição que evite ao máximo as arbitrariedades produzidas pelo sistema penal.

Sob essa ótica, o presente trabalho visa esclarecer a teoria do delito, apresentando a sua evolução história, bem como a sua pretensão de sistematização. Por essa razão, em caráter introdutório, propõe-se, no primeiro capítulo, o exame das teorias primordiais do delito, ou seja, o estudo das primeiras teorias, desde aquilo que se pode chamar de teoria do delito, com a criação do conceito naturalista de ação. O caráter dessas primeiras teorias foi essencialmente marcado por excessiva abstração, a ponto de se desvencilhar, quase por completo a ciência penal da realidade social que devia regular. Assim, o primeiro capítulo fará uma síntese da evolução da moderna teoria do delito, analisando três fases do seu desenvolvimento, o conceito clássico, o conceito neoclássico – também chamado de neokantista – e o conceito finalista de delito. Será demonstrada a evolução da fixação dos conceitos até que se chegasse às teorias mais atuais.

A mais atual concepção de delito, concebido como ação típica, antijurídica e culpável é produto de uma construção mais recente, do final do século XX. Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência têm concebido a chamada doutrina funcionalista, baseada em uma perspectiva utilizada para analisar a sociedade e seus componentes característicos enfocando sua mútua integração e interconexão. Cada componente da sociedade, aqui, passa a ser concebido como uma espécie de engrenagem, que se junta com os outros componentes para formar a máquina maior, a sociedade. A ideia principal é esclarecer os componentes da sociedade com base nas funções realizadas pelas instituições que nela operam. O segundo capítulo será dedicado – assim – ao estudo dessa teoria, enfocando o seu aspecto penal, principalmente quanto à teoria de imputação objetiva desenvolvida por Roxin e quanto à teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni, sem deixar de citar as visões de Jakobs, Hassemer, que entendiam, respectivamente, o direito penal como um sistema de proteção à norma penal e um sistema orientado para fins de controle social.

Partindo das premissas de Roxin e Zaffaroni, Luiz Flávio Gomes desenvolveu a chamada teoria constitucionalista do delito, trata-se de um enriquecimento dos conceitos de tipicidade previamente desenvolvidos. Tal teoria será o assunto tratado do terceiro, e final, capítulo deste trabalho. Assim, verificados os pressupostos legais e os principais princípios que compõem o conceito de delito fundado em bases constitucionais, a concepção adequada para um Estado Democrático de Direito.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCEPÇÃO DE DELITO

A expressão delito deriva de *delinquere*, que significa resvalar, desviar-se, significando abandono de uma lei.¹ O Estado civilizado, para exercer o controle das condutas desviadas, necessita do direito penal.² A teoria do delito permite a relação entre o Indivíduo e o Estado através das regras de imputação, que indicam regras primárias para a convivência pacífica.

O estudo da teoria do delito busca formar um conjunto de regras com o objetivo de servir de guia para a interpretação da relação entre o fato e a norma. Isso significa que a teoria do delito tem a função buscar estabelecer os critérios gerais sobre os quais será feita a imputação jurídico-penal.

Não é qualquer ofensa que constitui delito, visto que precisa ser desvaliosa. E desvaliosa é a ofensa concreta, transcendental, não insignificantes, intolerável, objetivamente imputável ao risco criado e que esteja no âmbito de proteção da norma. O direito penal é a *ultima ratio* do controle social. Tudo isso deriva da preocupação de se impor limites ao direito de punir do estado.³

A ciência penal não é uma ciência independente, pelo contrário, historicamente sempre apresentou relações com as correntes de pensamento predominantes na sociedade em diversas épocas. Dessa forma, observa-se que o carro-guia da teoria do delito segue diversas fórmulas de interpretação, fórmulas estas sempre influenciadas por fatores históricos e geográficos.

O conceito doutrinário de delito vem sendo construído desde a baixa Idade Média, os autores daquele tempo buscavam a estruturação básica dos pressupostos para a imposição da pena. O iluminismo construiu a noção de delito fundada em seu lado objetivo. Para Feuerbach, crime é uma ação

¹ JESUS, Dámasio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 34 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 191.

² GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

³ *Ibidem*. p. 33.

contrária ao direito de outra pessoa, cominada com a pena em uma lei. Essa ação, de qualquer modo, era entendida como ação livre e culpável. Não se distinguia a ação do conteúdo da vontade.⁴

Com o passar do tempo, as teorias do delito foram evoluindo, mas é a segunda metade do século XIX o marco histórico da origem das concepções científicas em torno do delito.

O conceito de ação é, inclusive, um tema que sempre gerou, e ainda gera grandes discussões doutrinárias. O debate entre a teoria causal e a teoria finalista dominou a primeira metade do século XX. Na segunda metade ocorreu o surgimento da teoria social da ação, uma tentativa entre os dois modelos prévios.

1.1. CONCEITO CLÁSSICO DE DELITO

Von Liszt e Beling elaboraram o conceito clássico de delito (também conhecido como conceito naturalista ou causal-naturalista de delito), representado por um movimento corporal (ação) causador de um resultado no mundo exterior. Analiticamente considerado o crime contava com três requisitos: fato típico, antijurídico e culpável.⁵

A tipicidade para os clássicos é a descrição objetiva do acontecimento, a antijuridicidade é a valoração de um acontecimento contrário às proibições e permissões de ordenamento jurídico e a culpabilidade é um conceito que se baseia nas formas de dolo e imprudência que concentra os elementos subjetivos do fato punível.⁶ É uma estrutura simples, fundamentava-se num conceito de ação eminentemente naturalístico, que vinculava a conduta ao resultado através do nexo de causalidade.⁷

⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 44.

⁵ *Ibidem*. p. 45.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4 Ed. rev., ampl. Florianópolis: Editora Conceito Cultural, 2010. p. 76

⁷ BITENCOURT, César Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 17.

Tal conceito mantinha em partes absolutamente distintas o aspecto objetivo, isto é, a tipicidade e antijuridicidade, e o aspecto subjetivo, representados pela culpabilidade.⁸ Este sistema exerceu grande influência no Brasil, principalmente com Nelson Hungria e, depois, sob a influência de Aníbal Bruno. Embora tenha sido substituído entre nós quase que inteiramente pelo finalismo.⁹

Como dito anteriormente, a ciência jurídica sempre foi influenciada pelas correntes mais populares das suas épocas. Com conceito clássico não foi diferente, visto que foi concebido pelo pensamento jurídico característico do positivismo científico, baseado nas categorias do mecanicismo do século XIX, restou afastava completamente qualquer contribuição das valorações filosóficas, psicológicas e sociológicas.¹⁰ Como consequência deste novo conceito, ocorreu o tratamento exageradamente formal ao comportamento humano que seria definido como delituoso. A ação estruturava-se com um tipo objetivo-descritivo, enquanto a antijuridicidade era puramente objetivo-normativa e a culpabilidade, por sua vez, apresentava-se subjetivo-descritiva.¹¹

A ação humana, desprovida de vontade, determina o resultado como uma forma sem conteúdo. A voluntariedade da ação indica apenas ausência de coação física absoluta; o resultado de modificação no mundo exterior é elemento do conceito de ação – assim, não existe ação sem resultado.¹²

Na culpabilidade residia o conteúdo da vontade – Importante ressaltar que o conceito de vontade aqui é em relação à *conduta em si* e não a

⁸ BITENCOURT, César Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 17.

⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 27.

¹⁰ PEÑA, Luzón, **Curso de Derecho Penal...**, p. 228 *apud* BITENCOURT, César Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 17.

¹¹ BITENCOURT, César Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 17.

¹² WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, § 8, 2, p. 39-42 *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4 Ed. rev., ampl. Florianópolis: Editora Conceito Cultural, 2010. p. 82.

direcionada ao resultado. A tipicidade, sob influência do positivismo, foi elaborada como descrição neutra do delito, ou seja, foi elaborada para excluir qualquer juízo de valor.

O ponto de partida do sistema clássico era constituído pelo conceito de ação, entendida como movimento corporal capaz de produzir alguma modificação no mundo exterior.¹³ Naquele momento acreditava-se que os fenômenos das ciências deveriam ser examinados desde o ângulo naturalístico, em função disso o crime foi conceituado como um fenômeno perceptível aos sentidos humanos.

Por conta do princípio da legalidade, faltava, entretanto, na teoria de Liszt para caracterizar o delito a relação necessária entre o ato praticado e a lei. A adequação típica da conduta foi introduzida por Beling, que a concebeu apenas como uma exigência formal. Inserir o dolo e a culpa dentro do conceito de crime foi o principal progresso da concepção clássica. Em que pese a culpabilidade não ser vínculo entre o agente e seu ato, mas sim o elo entre o delito (fato) e a pena. Sem a culpabilidade não existe pena.

1.1.1. A EVOLUÇÃO DA TEORIA CLÁSSICA.

A teoria clássica possuía uma lacuna ao identificar o delito pelo binômio ação humana-resultado. Isso por que a definição de ação humana deixava de abarcar os crimes de omissão. Na omissão não existe ação humana, ainda assim, é possível a violação de uma norma apenas por não fazer o que deveria ser feito. Dessa forma a terminologia da teoria clássica passou por uma evolução, para se adaptar com mais facilidade às situações fáticas, o conceito de ação foi, então, substituído pela palavra conduta, termo que inclui em seu significado tanto as formas comissivas quanto as omissivas.

Sobre os requisitos subjetivos da teoria clássica, entende Luiz Flávio Gomes, que há requisitos subjetivos que não pertencem à culpabilidade:

¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 46.

[...] a concepção objetivo-subjetiva do delito sustentada pela corrente naturalista (ou causal-naturalista) (todo o objetivo pertence à tipicidade e antijuridicidade e todo o subjetivo integra a culpabilidade) começou a de desfazer (a ruir) quando se descobriu (Hegler, Mayer, Mezger etc.) que o tipo contém (muitas vezes) requisitos subjetivos (constranger alguém com o intuito de obter vantagem econômica – extorsão, art, 158 do CP; *animus diffamandi* na difamação etc.). Não era verdade, então, que todo o subjetivo pertencia à culpabilidade.¹⁴

Portanto, observa-se que a culpabilidade não é apenas o vínculo subjetivo entre o agente e o fato. Com esta constatação, surgiram concepções psicológico-normativas da culpabilidade, que passou a ser entendida não apenas como vínculo entre o agente e o fato, mas também como um juízo de reprovação ao autor de um fato antijurídico por que podia agir de modo diverso. A exigibilidade de conduta diversa passou, então, a ser um dos requisitos essenciais da culpabilidade.

1.2. O CONCEITO NEOCLÁSSICO DE DELITO.

Também chamado de conceito neokantista, é o produto da desintegração do modelo clássico de fato punível e de sua reorganização sistemática conforme novas concepções.¹⁵

Heinrich Rickert, um dos principais nomes do neokantismo, faz uma distinção entre ciências “naturais” e “culturais”, distinção esta, fundamentada em dois critérios, o primeiro lógico ou formal; o segundo, material. Partindo dessa divisão, fundamenta também a necessidade de adequar os métodos aos objetivos e características de cada ciência.

Para o autor, o critério formal diz respeito ao processo de formação de seus conceitos, sendo necessário um procedimento capaz de gerar o resultado mais geral possível para as ciências naturais, enquanto as ciências culturais deveria adotar um processo que permitisse o máximo de individualização em

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 49.

¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4 Ed. rev., ampl. Florianópolis: Editora Conceito Cultural, 2010. p. 76

cada caso concreto. O segundo critério, o critério material, faz referência aos valores. As ciências naturais são independentes de toda referência de valores, enquanto as ciências culturais estão orientadas a valores.

A repercussão da filosofia e da metodologia neokantianos na sistemática penal significou o desencadeamento de um processo de transformação do esquema naturalista do delito, concebendo-o de acordo com o método teleológico e, com isso, orientando todas as suas categorias aos valores.¹⁶ O neokantismo introduz na teoria do delito a doutrina kantiana da separação entre moralidade e legalidade, o ser difere do dever ser. Para o sistema penal é fundamental a imputação derivada das normas, ou seja, do dever ser, enquanto a causalidade pertence ao ser.

Como consequência imediata no âmbito da ciência penal abriu-se as portas para a admissão de fatores axiológicos na determinação dos conceitos. Surge então uma perspectiva de sistema que transcende o formalismo classificatório, dando espaço para uma visão teleológica. Ainda, diante das reformulações do conceito de ação, função do tipo, material da antijuridicidade e redefinição da culpabilidade, a teoria neoclássica manteve o mesmo conceito de crime da teoria clássica, como a ação típica, antijurídica e culpável, agregando algumas considerações valorativas, entretanto. Assim conforme explica Luiz Flávio Gomes, dentro desse novo enfoque os requisitos do tipo ganham os seguintes contornos:

A tipicidade, por exemplo, não é neutra. Retrata uma conduta valorada negativamente pelo legislador. A ação de matar (no homicídio) não é neutra: expressa uma valoração negativa da lei. A antijuridicidade não é puramente formal, porque está atrelada à danosidade social. A culpabilidade não é puramente psicológica, é psicológico-normativa (porque dela também faz parte a exigibilidade de conduta diversa).¹⁷

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 53.

¹⁷ *Ibidem*. p. 50.

Com a adoção destas concepções filosóficas no direito penal, a ação deixa de ser um simples movimento humano para assumir significado valorativo, redefinida como comportamento humano voluntário¹⁸.

Nesse sentido, elucida Cezar Roberto Bitencourt:

Segundo Mezger, “a teoria jurídico-penal da ação 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 do querer do agente, e até que ponto o são”. Dizia Mezger, citando Beling, que “para se afirmar que existe uma ação basta a certeza de que o sujeito atuou voluntariamente. O que quis (ou seja, o conteúdo da vontade) é por ora irrelevante: o conteúdo do ato de vontade somente tem importância no problema da culpabilidade.”¹⁹

A tipicidade passa a admitir elementos normativos, que encerram um conteúdo de valor, bem como o reconhecimento da existência dos elementos subjetivos do tipo, tais fatores afastaram definitivamente uma concepção clássica do tipo, determinada por fatores puramente objetivos.²⁰ A antijuridicidade troca o significado formal de infração da norma jurídica pelo significado material de danosidade social, admitindo graduação do injusto conforme a gravidade do interesse lesionado. Por fim, a culpabilidade psicológica incorpora o significado normativo, com reprovação do autor pela formação de vontade contrária ao seu dever.²¹

Dessa forma, a tipicidade deriva de um juízo de valor que seleciona o que é mais danoso para a sociedade. Não é mero indício da antijuridicidade,

¹⁸ MEZGER, *Moderne Wege der Strafrchtsdogmattick*, 1950, p.12 *apud* DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral. 4 Ed. rev., ampl.** Florianópolis: Editora Conceito Cultural, 2010. p. 77

¹⁹ MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, trad. José Arturo Rodriguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935, p. 220-1 *Apud* BITENCOURT, Cézar Roberto e CONDE, Francisco Muñoz. 2004. p. 35.

²⁰ PEÑA, Luzón, *Curso de Derecho Penal...*, p. 278-9 *apud* BITENCOURT, Cézar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 19.

²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral. 4 Ed. rev., ampl.** Florianópolis: Editora Conceito Cultural, 2010. p. 77

senão a sua própria razão de ser²², porque se passa a entender a antijuridicidade como uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido.

Outra concepção abarcada pela teoria neokantista foi a concepção psicológico-normativa da culpabilidade. Diferente da concepção clássica original, a culpabilidade passa a se transformar também em juízo de censura contra o autor de um fato antijurídico, ao invés de ser apenas o vínculo entre o agente e o fato.

O que se pretendeu foi reduzir o formalismo da doutrina naturalista, o sistema neoclássico introduziu uma série de referências valorativas em cada um dos seus requisitos. A principal diferença foi que, enquanto a concepção naturalista era exageradamente formalista, a nova teoria espelhava um sistema positivista teleológico, por que visava alcançar alguns fins e valores.

Dentre as inúmeras diretrizes que tentaram superar o formalismo legalista do positivismo jurídico deve ser destacado o neokantismo por sua significação metodológica e particular incidência na ciência penal. Luiz Flávio Gomes considera que:

O formalismo a que se reduziu o positivismo jurídico (de Binding e de Rocco) é o seu ponto mais crítico. O positivismo jurídico – que considera a ‘lei’ como puro *factum* – reafirmou a substantividade jurídica da função penal, rendendo homenagem à segurança jurídica e levando a extremos de precisão a análise sistemática do delito. Mas padeceu de um excessivo ‘formalismo’, de sutilezas, de abstração, que separaram o direito da realidade, talvez pelo evidente mimetismo das técnicas do direito privado. A maior preocupação dos positivistas era construir um sistema lógico, um verdadeiro palácio do direito. Não procurava encontrar a justiça em cada caso concreto.²³

Faltava consistência para as categorias fundamentais do delito conforme explicadas diante da perspectiva da teoria causalista da ação. A ação não podia explicar, por exemplo, a omissão. A antijuridicidade era apenas uma relação lógica de contradição entre o fato e a norma concreta considerada. Essas concepções dificultavam a compreensão dos denominados requisitos

²² GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 50.

²³ *Ibidem*. p. 51

subjetivos do injusto, pois considerava como fundamental a lesão do bem jurídico, considerando antijurídica toda a ação contrária ao bem jurídico, embora não concorresse o especial ânimo requerido pela lei.

Outra característica do positivismo enfrentado pela teoria neokantiana foi o “psicologismo” ao tentar configurar a culpabilidade. A concepção subjetivo-descritiva da culpabilidade, que possui um plano objetivo, composto pela tipicidade e pela antijuridicidade, e um plano subjetivo que permite descrever a relação psicológica entre o sujeito e sua ação, deixa de explicar a imputabilidade bem como as causas de exclusão de culpabilidade, questões alheias à relação psicológica mencionada.

O neokantismo adotou duas direções fundamentais: a da Escola de Marburgo, tendo como representante principal Rudolf Stammler e a da Escola Sul-ocidental, representada principalmente por Lask, Radbruch, Sauer e Mezger. A diferença entre as duas reside no seguinte: Stammler expôs as estruturas formais do conhecimento científico-jurídico, enquanto a Escola Sul-ocidental procurou dotar de conteúdo valorativo referidas estruturas formais.²⁴

O neokantismo representava um conceito neoclássico de delito. Com efeito, as relações entre tipicidade e antijuridicidade são entendidas de outra maneira. A tipicidade é uma concreção das características essenciais do injusto, não uma descrição neutra de um processo externo, conservando uma função formal de garantia. A antijuridicidade, junto com a culpabilidade, serão então duas características materiais do delito.

A teoria neoclássica representou um avanço na teoria do delito, entretanto apresentava alguns pontos contraditórios. Partia de conceitos naturalísticos, mas admitia os requisitos subjetivos do tipo. Não parece correto considerar a intenção de delinquir na tentativa como um desses requisitos subjetivos e, no entanto, incluir o dolo na culpabilidade quando se trata de delito consumado. Da mesma forma, é contraditório partir de uma concepção

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 53.

normativa de culpabilidade e incluir nela o dolo e a culpa, como ingredientes psicológicos.²⁵

O neokantismo não pretendia impugnar as bases positivistas da ciência penal, pelo contrário, adotou uma postura conciliadora e complementadora de suas posições. Manteve os mesmos requisitos do crime, não alterou a essência deles, apenas procurou dotá-los de uma orientação de valores.²⁶

1.3. O CONCEITO FINALISTA DE DELITO.

O modelo finalista de fato punível foi desenvolvido pelo jurista alemão Hans Welzel na primeira metade do século XX, ganhando força principalmente após o término da Segunda Guerra Mundial, seus trabalhos revolucionaram as áreas do conceito de delito. O que marca de modo nítido a postura finalista na teoria do delito é a consideração da ação como atividade conscientemente dirigida a um objetivo.²⁷ Welzel conceituou a ação como o exercício da atividade final.

Distinta do neokantismo, a teoria finalista conceitua que os valores não estão nos conceitos, mas sim na realidade, desde modo, o direito penal tem a função de proteger os valores elementares da comunidade. Welzel apresentou um contraponto ao dualismo metodológico proposto pelo neokantismo, sustentando a existência de uma relação entre o ser e o dever ser no campo do direito. Isso se deve ao fato de o direito ser forma de regulação da realidade, mas apesar disso, não pode o direito simplesmente negar a realidade. A realidade possui uma ordem natural, e o sistema não pode simplesmente pretender ultrapassar esta ordem. Desse modo, é necessário que, antes que o direito faça a sua valoração, prévia análise da realidade ontológica.

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 55.

²⁶ GOMES, *loc. cit.*

²⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 39.

Para a nova teoria, os valores residem nas coisas, não nas categorias do entendimento do sujeito. Conhecer não é transformar a realidade, senão apreendê-la como ela é. Por isso não basta admitir o dolo no tipo de injusto nem apelar para o caráter finalista da ação ou para a natureza das coisas. Os valores, em suma, não estão na cabeça do interprete da realidade, senão na própria realidade.²⁸

Diferente do exposto na teoria clássica, que tomava a ação como mero impulso causal, em que a vontade desempenharia apenas um papel secundário no acontecimento, evidencia-se aqui, a função decisiva dessa vontade orientada.

Apesar da concordância entre as duas teorias no que concerne à situação da ação como um conceito ontológico que servia de eixo para se desenvolver um sistema de imputação, o conceito de ação apresenta grande divergência.

A finalidade fica compreendida como a guia da ação e consiste na capacidade de compreensão do possível resultado da ação. A ideia central do finalismo é justamente admitir que o dolo não é outra coisa além da vontade final que rege o acontecimento causal. Este é o principal ponto de superação do causalismo pelo finalismo. Welzel defende que sua teoria é uma teoria da ação que visa explicar que a finalidade é o diferencial da ação, de modo que não se restringe ao movimento voluntário, mas sim é dotado de uma vontade dolosa ou imprudente.

A visão finalista afirma que a ação humana é exercício de atividade final²⁹, esta ação final compreende a proposição do fim a ser alcançado, isto é, uma fase idealizadora; esta fase é seguida pela escolha dos meios necessário e possíveis para chegar ao fim; e por fim, a realização da ação planejada no mundo real. É necessário que em todas estas fases a pessoa

²⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 59.

²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4 Ed. rev., ampl. Florianópolis: Editora Conceito Cultural, 2010. p. 77.

atue conscientemente, de modo que o resultado causado fique subordinado, como instrumento de sua realização. É um conceito de ação aplicável a qualquer forma de comportamento, não necessariamente aplicável apenas ao direito penal. Em suma, as consequências de uma conduta poderão ser previstas quando um indivíduo sabe o que faz, de modo de ele dirigira-se conforme um plano à consecução destes fins.

Este conceito de ação final produziu, no conceito de crime, uma série de transformações:

a) introduziu o dolo (e outros elementos subjetivos) no tipo subjetivo dos delitos dolosos, como vontade consciente de realização do fato; b) manteve a consciência do injusto como elemento central da culpabilidade, que fundamenta a reprovação do autor pela formação defeituosa da vontade; c) instituiu nova disciplina do erro em correspondência com essas mudanças sistemáticas: na área do tipo; na área da culpabilidade, o erro de proibição excludente ou redutor da reprovação de culpabilidade; d) promoveu a subjetivação da antijuridicidade mediante a estruturação subjetiva e objetiva das justificações; e) reduziu a culpabilidade a um conceito normativo, como reprovação de um sujeito imputável pela realização não justificada de um tipo de crime com consciência do injusto (real ou possível), em situação de exigibilidade de comportamento diverso.³⁰

Permitiu, ainda, redefinir a omissão como expectativa frustrada de ação e a imprudência como realização defeituosa de uma ação de risco, que ocasiona lesão do dever de cuidado ou do risco permitido realizado no resultado de lesão do bem jurídico.

O crime continua sendo um fato típico antijurídico e culpável, mas cada um desses requisitos seria devidamente reestruturado. O fundamental aqui não é o desvalor do resultado, mas sim o desvalor da conduta.

O dolo passa a integrar a tipicidade, abandonando-se o conceito de dolo normativo do neokantismo, que compreendia a consciência do fato mais a consciência da ilicitude. Passa-se a adotar o conceito de dolo natural, ou seja, de dolo sem a consciência da ilicitude. A antijuridicidade é pessoal, tem em vista o afastamento do autor dos valores éticos tutelados por uma norma. Por

³⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4 Ed. rev., ampl. Florianópolis: Editora Conceito Cultural, 2010. p. 78.

fim, a culpabilidade deixa de ser um requisito subjetivo, e passa a ser puramente normativa, passando a ser definida como um juízo de reprovação que recai sobre o agente do fato típico e ilícito, possuindo três requisitos, são eles: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Ainda quanto a culpabilidade, remanesceram apenas aquelas circunstâncias que condicionavam a reprovabilidade da conduta contrária ao Direito. A culpabilidade aqui se torna puramente normativa, porque o objeto da reprovação agora se situa no injusto penal.³¹

Não sendo um mero processo, mas sim uma atividade finalista, a finalidade pertence à ação. Se finalidade (direcionada à realização dos requisitos do fato típico) é igual a dolo (saber o que faz e querer o que faz), infere-se então que o dolo pertence à ação (leia-se: à conduta e ao fato típico).³²

Aqui fica estabelecido que a atividade humana necessita unicamente de orientação a um resultado, diferente da teoria causal, não necessitando efetivamente do resultado. Desta situação desprende-se que ao fazer valoração da atividade, independente do ponto de vista, se jurídico-penal ou ético-social, será possível independente do resultado alcançado, mas tendo por base apenas o sentido da própria conduta.

Assim, passam a existir dois juízos de valoração, sobre o resultado e sobre o ato. Para Welzel, isto importa caracterizar o próprio direito penal como instrumento de proteção de valores ético-sociais de consciência, tendo por base o sentido da atividade positiva e só, secundariamente, os bens jurídicos com razão do resultado perigoso ou danoso concretamente produzido.³³

³¹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman – Parte General**, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 90.

³² GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 56.

³³ TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 40.

Este conceito de ação trás como consequência uma nova compreensão dos elementos que compõem o tipo legal. Tendo em vista que o tipo representa a conduta humana proibida ou imposta, nele é que se irão determinar, exatamente as características de cada forma especial de comportamento delituoso.³⁴

Assim, ficam distintos os delitos dolosos dos negligentes, a negligência passa a ser uma modalidade a parte de delito, com elementos próprios do tipo injusto e da culpabilidade.

Dessa forma, temos a seguinte estrutura: enquanto no crime doloso, seria objeto do juízo de valor o resultado danoso consciente, de livre vontade, produzido ao bem jurídico; no crime culposos, ou negligente, a verdadeira análise recai sobre a própria ação, segundo a forma da sua execução.

Como a utilização dos meios escolhidos pode determinar outros efeitos diversos do fim, surge o problema da relação desses efeitos colaterais ou secundários.³⁵ Estes efeitos podem ser necessários ou possíveis, podem ainda estar incluídos na vontade consciente, incluídos na consciência, mas excluídos da vontade ou ainda excluídos da consciência e da vontade.

[...]Os efeitos colaterais representados como necessários integram a vontade consciente do autor, ainda que indesejados: se o autor os representa como necessários e realiza a ação, integram sua vontade consciente e, portanto, a ação [...].

b) Os efeitos colaterais representados como possíveis integram a consciência do autor, mas dependem da atitude pessoal deste para integrarem a vontade: b1) se o autor consente na produção dos efeitos colaterais representados como possíveis (conforma-se ou concorda com eles), então esses eventuais efeitos colaterais integram também vontade do autor e, por extensão, a ação como acontecimento final (no tipo subjetivo, constituem dolo eventual); b2) se o autor não consente na produção desses efeitos colaterais representados como possíveis (não se conforma ou não concorda com eles_ - ao contrário, confi em sua não ocorrência, ou espera, honestamente, poder evita-los pelo modo concreto de execução da

³⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 41.

³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4 Ed. rev., ampl. Florianópolis: Editora Conceito Cultural, 2010. p. 87

ação –, então esses efeitos não integram a vontade do autor, nem a ação como fenômeno estruturado pela finalidade[...]³⁶

A utilização dos meios selecionados para realizar o fim proposto, independente da representação dos efeitos colaterais constitui matéria do tipo objetivo. A teoria finalista contribuiu para identificar a unidade subjetiva e objetiva da ação humana, qualificada pelos atributos de valores do tipo de injusto e da culpabilidade, como base real do conceito de fato punível.

A estrutura final da ação humana seria constitutiva para o Direito Penal, cujas proibições ou mandados não se dirigem a processos causais cegas, mas à vontade humana capaz de configurar o futuro.³⁷

1.3.1. CRÍTICAS AO FINALISMO.

A teoria de Welzel sempre possuiu dificuldades tendo em vista ter sido concebido para os delitos dolosos. A principal fraqueza da teoria finalista diz respeito a sua concepção subjetivista da antijuridicidade. Welzel centralizou a teoria do delito no desvalor da ação, ignorando o desvalor do resultado.

O finalismo não foi apenas uma teoria da ação, nem apenas uma sistematização do delito, foi uma atitude científica objetiva, que se levantou contra o subjetivismo neokantiano, contra seu relativismo axiológico, e que construiu toda uma nova teoria do conhecimento.³⁸

Dois pilares neokantianos foram o ponto de partida da teoria de Welzel, o subjetivismo epistemológico, que afirma que os valores estão na mente de quem os conhece e o relativismo valorativo, ou seja, o modo de que cada intérprete tem o seu conjunto de valores, e, com isso, sua própria forma de ver o mundo.³⁹

³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4 Ed. rev., ampl. Florianópolis: Editora Conceito Cultural, 2010. p. 87.

³⁷ *Ibidem*. p. 88.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 58.

³⁹ *Ibidem*. p. 60.

A grande proposta da visão finalista foi por um objetivismo metodológico: “os valores residem na coisa em si, não no sujeito; o objeto é o que condiciona o método, não o contrário [...] tentou elaborar uma axiologia material, derivada de verdades eterna e de estruturas lógico objetivas da natureza das coisas.”⁴⁰ A característica finalista da ação humana junto com a exigibilidade de conduta diversa como fundamento da reprovação da culpabilidade formam, dessa forma, os principais suportes da teoria finalista.

Sobre as valorações no direito penal, Welzel enfatizou que o ordenamento jurídico determina por si mesmo quais elementos ontológicos quer valorar vinculando-lhes consequências jurídicas.

Mas não pode modificar tais elementos, recolhe-os (contempla-os) nos tipos penais. Pode designá-los com palavras, destacar seus caracteres, mas eles mesmos são o elemento individual, material, que constitui a base de toda valoração jurídica possível. Os tipos só podem refletir este material ontológico, previamente dado, descrevê-lo linguística e conceitualmente, mas o conteúdo dos reflexos linguísticos e conceptuais só pode ser colocado em relevo mediante uma compreensão penetrante da estrutura essencial, ontológica, do seu elemento material. Disso se deduz para a metodologia que a ciência do direito penal tem que partir sempre, sem dúvida, do tipo (...) mas tem que transcender (logo) o tipo e descer à esfera ontológica, previamente dada, para compreender o conteúdo das definições.⁴¹

Isso significa que o legislador pode ser livre quanto à escolha das ações puníveis, mas não pode modificar a estrutura final do comportamento humano.

O finalismo, apesar dos seus conceitos pré-jurídicos, como o de ação final e de capacidade de autodeterminação do ser humano, não conseguiu a devida aproximação com a realidade concreta.

Uma das principais críticas à teoria é em relação ao tratamento dado aos crimes culposos. Tal crítica decorre da dificuldade em demonstrar, lógica e ontologicamente, a compatibilidade com a estrutura finalista do agir.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 60.

⁴¹ *Ibidem*. p. 61.

É de se questionar a existência de finalidade em qualquer atividade humana, por exemplo, quando o agente atua omitindo certas diligências, as quais sequer tinha noção da existência. Para justificar finalisticamente esta atitude descuidada, será preciso valer-se da estrutura do tipo de injusto, através de comparação entre a conduta efetivamente realizada e aquela que deveria ser efetuada pelo motorista.⁴² Ocorre que a solução do problema não é possível exclusivamente através do método finalista, isso porque em tal comparação se inserem juízos normativos de valor, presentes no tipo de injusto.

O finalismo também deixou de solucionar os problemas advindos da culpabilidade. Ao tomar a culpabilidade como objeto de valor filiou-se mais a um esquema formalista do que buscou os seus fundamentos materiais.⁴³

Nesta divisão, a culpabilidade se ocupa tão somente de mero juízo de valor, portanto, perde qualquer vinculação com o concreto-pessoal, se tornando apenas um elemento normativo-formal. Welzel insere, então, na culpabilidade, elementos concretos, referente ao agente, e desnatura sua concepção sistemática. Dessa forma, o juízo de valor acerca da previsibilidade não se reduz a uma indagação normativa, mas se fundamenta em dados que devam ser empiricamente demonstrados, de que determinado agente previra o evento ou pudera prevê-lo.⁴⁴

A inclusão de elementos concretos soluciona o problema da distância da norma penal com a realidade, mas provoca, uma certa incoerência com o método finalista, o que evidencia suas falhas estruturais. Ainda assim, não se pode deixar de reconhecer o enorme avanço representado pela teoria finalista.

⁴² TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 73.

⁴³ *Ibidem*. p. 78.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 79.

2. O FUNCIONALISMO

O funcionalismo consiste em uma forma de analisar a sociedade e seus componentes, de modo a garantir sua mútua integração que possui o objetivo de reduzir as complexidades presentes na estrutura social.

Um dos principais marcos do funcionalismo ocorreu em 1970 com a obra de Klaus Roxin, possui forte preocupação pragmática, pois surge como reação à excessiva abstração do finalismo e suas estruturas pré-jurídicas.

Roxin relega o conceito de ação ao plano secundário, para o jurista, sobre a bandeira do conceito de ação a dogmática penal penetrou em domínios jurídicos que lhe são estranhos, e o conceito de ação, tal como discutido até então, carece de importância prática e não serve para nada fora do direito penal.⁴⁵

Bronislaw Malinowski propôs uma antropologia que se deveria ocupar da cultura como um aparelho instrumental capaz de resolver as necessidades e os problemas humanos.⁴⁶ Explicaria, assim, os mais variados aspectos da sociedade tendo como ponto de partida as funções realizadas pelas instituições que a integram.

A investigação científica das atividades sociais, dessa forma, propõe que estas atividades deveriam ser vistas como engrenagens em uma estrutura global. “A ação, portanto, deixa de ser uma exclusiva manifestação individual e passa a ter sentido apenas como elemento de um sistema que a orienta em face das expectativas por ele propostas.”⁴⁷

O funcionalismo, como o nome sugere, está voltado para a função do direito penal. Analisa o caminho que o processo social e os arranjos

⁴⁵ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais**. p. 91-92 *apud* QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 6ª ed. rev. e ampl. Editora Lumen Juris, 2010. p. 162.

⁴⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 156

⁴⁷ TAVARES, *loc. cit.*

institucionais contribuem para a efetiva manutenção da estabilidade da sociedade, colaborando para sua reprodução.

Existem diversas correntes funcionalistas, cada qual com uma visão própria a respeito da finalidade do direito, no presente trabalho, trataremos das seguintes visões: a) funcionalismo orientado aos fins da política criminal; b) orientado à proteção da norma penal; c) orientado para o controle social; d) orientado à função redutora do Estado de polícia e e) orientado à proteção dos bens jurídicos diante dos ataques mais insuportáveis.

2.1. FUNCIONALISMO ORIENTADO PARA FINS DE POLÍTICA CRIMINAL

Os sistemas penais construídos até a década de 1960 eram sistemas fechados, elaborados a partir da ideia de lesão a um direito subjetivo, conceito naturalístico de ação, filosofia neokantiana de valores, conceito ontológico finalista de ação, entre outros. Constituíam-se, basicamente de sistemas classificatórios dos quais vão se extraindo as categorias do delito.⁴⁸

Contra esta visão formalista do direito penal surgiram tendências norteadas ao cumprimento de certas finalidades. Dentre outras, uma das obras de maior destaque é a de Claus Roxin.

Diferente da opinião de von Liszt, de que a política criminal é a barreira intransponível do direito penal, Roxin procurou romper todas as linhas divisórias entre direito penal e política criminal. O que mais importa não é a beleza estética do sistema, mas sim as soluções justas para cada caso concreto.⁴⁹

Para o jurista, os postulados de política criminal devem ser introduzidos dentro do direito penal e mesclado com suas categorias. Sustenta que o injusto não pode se confundir com a culpabilidade. O injusto penal tem a função de

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 69.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 70.

proteger os bens jurídicos mais importantes, de modo que o Estado não pode proibir tudo que queira.

2.1.1. A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Roxin parte da premissa da imputação objetiva, criticando a doutrina tradicional que constrói o tipo dos delitos culposos, exclusivamente sobre a violação da norma.

Para a nova teoria, o crime continua composto por três requisitos, são eles a tipicidade a antijuridicidade e responsabilidade. A tipicidade não pode mais ser concebida apenas como a adequação do fato à lei. A tipicidade a partir de Roxin passou a ter três partes: formal, material e subjetiva.⁵⁰

Com base no critério de que o núcleo dos delitos culposos é constituído pela violação dos limites do risco autorizado, Roxin conclui, por outro lado, que a autorização desse risco implica, assim, a própria exclusão do injusto penal e não apenas da culpabilidade do fato.⁵¹

Um bom exemplo quanto à aplicação da nova teoria diz respeito ao princípio da insignificância: o resultado irrelevante é típico do ponto de vista formal, por outro lado, do ponto de vista material, não se justifica impor pena de reclusão a quem praticou um fato insignificante.

A antijuridicidade ocorre nas situações de agressão a bens juridicamente relevantes, admite, contudo, a justificação em fatos culposos, notadamente, pela legítima defesa, pelo estado de necessidade e consentimento presumido do ofendido.⁵²

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 71.

⁵¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 170.

⁵² *Ibidem*. p. 173.

Justifica-se o fato culposo quando, realizada a legítima defesa, o resultado advém como consequência involuntária do uso de meios de defesa. O segundo caso de justificação quanto à legítima defesa ocorre quando o resultado é justificável, ainda que o fato fosse doloso, por exemplo, alguém dá um tiro de advertência para assustar o agressor, mas acaba por atingi-lo.⁵³ Estes mesmos argumentos sem aplicam ao estado de necessidade.

O consentimento presumido do ofendido é a causa apontada como justificativa do injusto, principalmente para as atividades profissionais, como o exercício da medicina.

[...] Assim, estarão, por isso mesmo, justificadas eventuais lesões à saúde ou à integridade corporal da vítima, em face de lhe haver o médico prestado assistência na rua, por força das circunstâncias de estar ela inconsciente e gravemente ferida, sem a observância das condições ideais de higiene que normalmente lhe seriam exigidas.⁵⁴

Já a responsabilidade se divide em culpabilidade e necessidade concreta de pena (para fins de prevenção do delito). O agente apenas pode ser reprovado se podia se comportar conforme o direito, mas aqui este não é o único fator a ser analisado, a pena não depende só da culpabilidade, ela está guiada por exigências de prevenção, ou seja, a necessidade preventiva da pena é um dos fundamentos da sua imposição.⁵⁵

A culpabilidade seria conceituada como a atuação injusta apesar da acessibilidade normativa. Isso quer dizer que:

[...] se deve afirmar que a culpa de um autor, quando ele, por ocasião do cometimento do fato, em virtude de sua constituição mental e anímica, estava disponível ao apelo da norma, quando lhe eram (ainda) psicologicamente acessíveis as possibilidades de decisão em prol de uma conduta conforme à norma, quando estavam presentes, no caso concreto, as possibilidades de direção psíquica (quer sejam livres ou determinadas), das quais são portadores os adultos sadios e em situação normal.⁵⁶

⁵³ TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 174.

⁵⁴ ROXIN, Claus, **Strafrecht, AT**, p. 955. TAVARES, Juarez. *op. cit.* p. 175.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 74.

⁵⁶ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 740 *apud* TAVARES, Juarez. *op. cit.* p. 176.

De tal modo, Roxin fundamenta a culpabilidade sobre a base da acessibilidade normativa, em substituição ao princípio da liberdade de vontade. Portanto, o agente se faz culpado quando, apesar de ter capacidade para agir em conformidade com a norma, deixou de aplicar as alternativas de conduta que lhe eram psiquicamente acessíveis.

Desprezando os fundamentos do princípio da liberdade de vontade, não vê necessidade de invocar o princípio do 'poder agir de outro modo', que considera indemonstrável. A afirmação da liberdade de agir resultaria da circunstância de que o aturo é tratado como um ser livre, na medida em que mantenha intacta a capacidade de se autodirigir e ser motivado pela norma.⁵⁷

A culpabilidade é, portanto, constituída de circunstâncias empíricas (que dizem respeito à capacidade de autodeterminação e de acesso à norma) e normativas (que atribuem ao autor a possibilidade de uma conduta conforme ao direito, a parti daquelas circunstâncias empíricas).

Assim, nota-se que uma das mais relevantes contribuições de Roxin, foi trazer a teoria da imputação objetiva, na qual só responde pelo delito quem gera risco proibido e desde que esse risco se concretize no resultado produzido.

Crime, dessa forma, é, portanto, a realização de um risco proibido. Não é apenas causar um resultado (causalismo), nem só atuar finalisticamente.⁵⁸

2.2. FINALISMO ORIENTADO À PROTEÇÃO DA NORMA PENAL

Visão desenvolvida por Günther Jakobs no início da década de 1980 que preceitua o direito como regulador dos fatos sociais. Enfoca as distintas categorias de crime sobe a perspectiva puramente funcionalista, de modo que

⁵⁷ ROXIN, *Strafrecht*, AT, p. 741 *apud* TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 176.

⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 73-74.

concebe o delito como toda violação (à norma) disfuncional às expectativas sociais.

Também chamado de teoria sistêmica, compreende o delito como a frustração das expectativas normativas, enquanto a pena é a confirmação da vigência da norma infringida.⁵⁹ Dessa forma, a finalidade da pena seria prevenir o delito por meio da confirmação da norma.

O direito penal surge, então, como uma forma de proteger a norma, a proteção de bens jurídicos é apenas uma consequência indireta.

Como dito, para a visão protetiva, o direito regula os fatos sociais, de modo que a norma além do seu significado valorativo e imperativo, adquire caráter de fato social, que deve ser protegida pelo direito penal, cuja finalidade primordial é cuidar da vigência da norma, de modo a manter a confiança dos cidadãos no sistema.⁶⁰

Dessa forma, o direito penal gera estabilidade ao sistema, criando firmeza nas expectativas normativas. Como consequência, o conceito clássico de bem jurídico perde a importância e o crime passa a ser a mera desobediência da norma.

“A conduta, por seu turno, é uma unidade de sentido socialmente relevante. De outro lado, é a causação de um resultado evitável. A adequação social da conduta sai da esfera da tipicidade para afastar a própria conduta. O injusto penal depende da inexistência de causas de justificação. Sujeito responsável é o que pode ser responsável pelo resultado, que deve ser objetivamente imputável (como obra dele). Admite-se sem questionamento a responsabilidade penal da pessoa jurídica. A culpabilidade está totalmente atrelada à finalidade preventiva geral da pena: culpável é o agente que tinha alternativa de comportamento, mas acabou não se motivando pelo respeito à norma ou fidelidade ao direito.”⁶¹

⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 74.

⁶⁰ *Ibidem*. p. 75.

⁶¹ GOMES, *loc. cit.*

A ação, para Jakobs, é um elemento do sistema de imputação, o qual tem como tarefa determinar qual pessoa deva ser punida para assegurar que a validade da norma se mantenha estável.⁶²

A maior crítica que se faz a esse sistema consiste em que ele serviria facilmente tanto para um Estado garantista de direito quanto para um Estado totalitário.

Não existe questionamento acerca do conteúdo das normas, mas o seu respeito e a estabilidade do sistema são postos como os pontos importantes da teoria. O sistema dogmático de Jakobs não conta com valores e princípios orientadores e limitadores.⁶³ Jakobs torna absoluto o critério funcional, com a conseguinte rejeição de toda limitação que proceda do âmbito ontológico ou mesmo do sentido ordinário da linguagem.

“Em suma, enquanto para Jakobs somente são decisivas as necessidades ‘sistêmicas’, orientadas ao princípio supremo da função do direito ‘penal’ (a prevenção-integração), Roxin dá acolhimento a valores e princípios garantistas no momento de configurar o sistema do direito penal e da dogmática jurídico-penal. Enquanto na teoria teleológico-funcional (Roxin) o sistema penal deve ser orientado para as finalidades político-criminais, na construção sistêmica (Jakobs) o sistema penal deve ser orientado para as necessidades sistêmicas”⁶⁴

O delito é considerado socialmente disfuncional, não necessariamente por que coloque em perigo algum bem jurídico, mas apenas porque põe em dúvida a segurança das instituições do sistema.

Dessa forma, as violações à norma se tornam, aos olhos dos sistêmicos, uma ameaça para a integridade e estabilidade sociais, principalmente quando praticada de modo evidente. Em função disso, a teoria sistêmica adota um enfoque “sintomatológico”, preocupando-se mais com a manifestação do fato do que com as causas do conflito que possam gerar o delito.⁶⁵

⁶² JAKOBS, Günther, **Strafrecht, AT**, 2ª Edição, p. 256 *apud* TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 158.

⁶³ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 75.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 80.

⁶⁵ *Ibidem*. p. 81.

Para fundamentar a culpabilidade é irrelevante se o agente podia ou devia agir de forma diversa. A exigência funcionalista de restabelecer a confiança no direito mediante a contraposição simbólica de uma pena será o critério decisivo.⁶⁶ A pena não será, assim, avaliada conforme os seus aspectos valorativos, seus fins ideais, cria-se um consenso de promoção da concepção normativista, de modo que a pena passa a ser avaliada apenas conforme sua funcionalidade, no que se refere ao seu papel de prevenção integradora.

Esta é uma das principais críticas ao funcionalismo sistêmico, pois trata-se de um sistema que ignora a análise empírica. Ele nega a existência de critérios ontológicos que permitam distinguir entre si as diversas condutas tidas como desviadas. É uma teoria que por sua neutralidade axiológica conjetura um “autêntico cheque em branco em mãos de qualquer legislador bem como legitimação *ex post* de todo sistema social.”⁶⁷

Além disso, o funcionalismo proposto por Jakobs desvia o centro da gravidade da investigação para a órbita da criminalidade disfuncional, ou seja, da criminalidade ostensiva das classes baixas. É uma teoria que ignora a importância dos fatores causadores do conflito, atacando apenas a sua manifestação. Assim, combinando estas características seletivas com a neutralidade axiológica, temos um sistema que acaba por potencializar a reação penal como via de manutenção do sistema.

2.3. FUNCIONALISMO ORIENTADO PARA FINS DE CONTROLE SOCIAL

Desenvolvido por Wilfred Hassemer, neste modelo de funcionalismo o controle social é exercido por um conjunto de meios e instrumentos para assegurar a manutenção de uma determinada ordem social.⁶⁸ Os meios de controle podem ser formalizados ou não formalizados. O direito penal, nesta

⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 81

⁶⁷ *Ibidem*. p. 82

⁶⁸ *Ibidem*. p. 83.

forma, seria um meio formalizado de controle social, isso por que é dotado de garantias penais e processuais.

A pena é uma reação social formal à conduta desviada que é o delito. Esta reação só pode ocorrer, entretanto, se observadas as garantias inerentes ao Estado democrático de direito.

Assim, o conceito funcionalista de Hassemer tem como preocupação principal conceber o direito penal como um sistema de garantias em favor do cidadão. Dessa forma, o direito penal é o sistema de controle mais formalizado. A sua desformalização significa perda de garantias.⁶⁹

2.4. FUNCIONALISMO ORIENTADO À FUNÇÃO REDUTORA DO ESTADO DE POLÍCIA

Para Eugênio Zaffaroni, o Estado de direito não significa outra coisa que contenção do estado de polícia. Adotando essa visão, temos que o direito penal, como instrumento do Estado de direito, tem a função de reduzir a violência do Estado de polícia.

Quanto maior a criminalização, mais arbitrário se torna o sistema penal. Assim, resta ao direito penal conter o poder punitivo dentro dos limites mais racionais possíveis. Luiz Flávio Gomes resumiu a doutrina de Zaffaroni da seguinte forma:

O crime, para Zaffaroni, continua enfocado como fato típico, antijurídico e culpável, mas cada uma dessas categorias passa a contar com novas fundamentações. Sobretudo a categoria da tipicidade, que é enfocada conglobadamente (teoria da tipicidade conglobante), ou seja, já no momento do juízo de adequação típica mister se faz examinar todo o ordenamento jurídico, ressaltando-se as normas justificantes (de exclusão de antijuridicidade).⁷⁰

⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 84.

⁷⁰ *Ibidem*. p. 85.

2.4.1. A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

Zaffaroni nos ensina que:

A tipicidade objetiva é composta de uma parte sistemática (conduta, resultado etc.) e outra conglobante (análise do fato diante de todas as normas do ordenamento jurídico – excluindo-se as justificantes, que cuidam de causas excludentes da antijuridicidade). Tipicidade objetiva = tipicidade sistemática + tipicidade conglobante. Desta última fazem parte a lesividade e a imputação objetiva.⁷¹

Dessa forma, o tipo objetivo não pode ser um simples reflexo do tipo sistemático, deve contar também com aspectos materiais, garantistas que retratam o que é chamado de tipicidade conglobante.⁷² Em suma, a tipicidade objetiva é composta da tipicidade sistemática em conjunto com a tipicidade conglobante, esta última analisada com base no integral conjunto das normas jurídicas. Isso quer dizer que o juízo de tipicidade não pode ser perfectibilizado sem o exame conjunto de todas as normas, dessa forma, se uma norma do ordenamento autoriza uma determinada conduta, essa conduta não pode ser proibida por outra.

Da teoria conglobante, Zaffaroni chega a implicações, a primeira delas é de que não existe crime sem ofensa ao bem jurídico, pois essa ofensa é o que gera a conflitividade, que é o motivo de incidência do direito penal.⁷³

A segunda implicação é a de que a afetação insignificante afasta a tipicidade. O que afasta a incidência do direito penal nos casos insignificantes não é uma lei expressa, mas sim os diversos princípios que dão embasamento à essa conclusão. Isso se deve ao fato de que análise conglobada do ordenamento não se limita às regras expressas, mas admite a análise dos princípios envolvidos.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**, p. 461, apud GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 145.

⁷² GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 146.

⁷³ *Ibidem*. p. 147.

Outra implicação gerada pela análise conglobante afasta a exclusão de antijuridicidade nos casos de estrito cumprimento do dever legal, porque o que está determinado por uma norma não pode estar proibido por outra, assim, o que ocorre no caso é a exclusão da tipicidade.

Deve-se destacar que aqui não existe uma disputa entre a norma proibitiva e a norma permissiva, essa preponderação cabe ao legislador, e não ao Juiz. O cumprimento de um dever legal é limite de outra norma e tem caráter preponderante.⁷⁴ A situação que envolve o cumprimento do dever legal gera uma situação atípica, não antijurídica, um policial que prende um assaltante está em uma situação diferente da legítima defesa. Não cabe ao juiz, ao analisar um caso desse tipo, examinar se a reação foi proporcional em relação ao ataque, se os bens jurídicos em disputa são proporcionais. A legítima defesa demanda ponderação de bens e interesses, o que não ocorre no estrito cumprimento de dever legal.

O estrito cumprimento de dever penal possui três requisitos, são eles: (a) lei penal, destaca-se aqui que não ficam abrangidos o dever moral, religioso ou contratual, o dever deve ser legal e imposto por lei; (b) estrito cumprimento, ou seja, o agente deve fazer estritamente aquilo que é permitido, não pode exceder aquela norma, de modo que qualquer excesso será passível de punição, por exemplo, o uso de força excessiva por um policial; e (c) a consciência do agente de que cumpre o dever legal, pois deve haver por parte do agente uma ponderação a respeito dos valores envolvidos.

A exclusão de tipicidade em função do consentimento da vítima é a quarta implicação. Isso porque o consentimento válido cria um risco permitido, afastando, assim, a conflitividade.⁷⁵

Outra situação de atipicidade são os resultados decorrentes das condutas fomentadas pelo direito, a exemplo das atividades esportivas e

⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 149.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 151.

cirurgias. A partir do momento em que o estado fomenta tais atividades, não pode ao mesmo tempo proibi-las, existindo assim, um risco permitido em relação aos seus resultados.

A teoria conglobante implica, ainda, em que o agente só responderá por fatos sobre os quais tenha tido o domínio do fato, só é possível atribuir um fato como próprio quando o autor projeta um plano racional e coloca em ação uma causa necessária para o seu êxito.⁷⁶ Um exemplo bastante claro, é o da pessoa que, após uma discussão, deseja que o seu desafeto seja atropelado. Na sequência, caso o desafeto venha ser atropelado, eventuais lesões não poderão ser atribuídas à pessoa que desejou o ocorrido, pois o fato estava fora de seu domínio.

Por fim, a análise conglobante implica que só existe tipicidade na atividade do partícipe quando a participação deste não seja banal. Participações que fazem parte do cotidiano não implicam responsabilidade penal.⁷⁷

2.5. O SISTEMA ADOTADO E O CÓDIGO PENAL.

O artigo 13 do Código Penal Brasileiro⁷⁸ acata as conclusões de Liszt-Beling. O dispositivo conceitua a causalidade, entretanto, deixa de conceituar a

⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 152.

⁷⁷ GOMES, *loc. cit.*

⁷⁸ Relação de causalidade (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Superveniência de causa independente (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Relevância da omissão (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

ação, o que induz a conclusão de que o Código Penal exige a fixação de um conceito de ação.⁷⁹ Tal necessidade afasta do nosso direito positivo a pretensão extremada da teoria normativista. Por outro lado, da disposição contida no art. 13, não é forçoso concluir-se que a ação seja tomada, exclusivamente, no sentido de causa, a ponto de implicar a adoção pura e simples da teoria causal-naturalista.⁸⁰

Na proposição do art. 13, a noção de causa é tomada de modo a compreender que toda causa é parte das ações. Da leitura da primeira parte dispositivo legal, desprende-se que o importante não é só a causalidade física ou natural, mas então a causalidade desenvolvida por alguém. Por esse motivo existe a necessidade de se tratar a configuração do delito, também em função do processo de imputação.

Tal dispositivo indica que o código, ao adotar a teoria da condição, abriu a oportunidade para correções necessárias, traçadas por teorias ou critérios diversos, de modo a só imputar um resultado a alguém, se puder ser afirmado como obra sua e não do acaso ou de outras circunstâncias.⁸¹

A regra refere-se a um dado material e a um dado normativo, isso fica claro com a interpretação do § 2º, que subordina o conceito de omissão em geral a determinados deveres que lhe dão substância, pois, só desta maneira se poderá entender que uma inatividade possa causar alguma coisa. Assim, a causalidade passa a ser tratada normativamente e não mais como relação empírica.⁸² Dessa forma, uma teoria da ação não poderá ser nem pré-jurídica nem puramente normativa.

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

⁷⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 258.

⁸⁰ TAVARES, *loc. cit.*

⁸¹ *Ibidem*. p. 259.

⁸² *Ibidem*. p. 262.

Em complemento ao art. 13, o art. 18⁸³ enfatiza que, no delito culposos, se trata de causar o resultado mediante imprudência, negligência ou imperícia. A menção à causalidade praticada indica a realização do desvalor do ato e do desvalor do resultado, como independência da mera produção causal e do atuar doloso.⁸⁴

Não é suficiente que o resultado se tenha produzido apenas pela ação do agente para a configuração do tipo de delito culposos. É necessário que a causalidade decorra de violação aos deveres de cuidado. Afirmando-se que a negligência se caracteriza em face da infração aos deveres de cuidado, objetivamente impostos nas circunstâncias, afasta-se definitivamente da compreensão da teoria causal de que todo fenômeno devesse ser tratado na culpabilidade.⁸⁵

⁸³ Art. 18 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime culposos(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

⁸⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 263.

⁸⁵ *Ibidem*. p. 264.

3. A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO

3.1. DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Do ponto de vista do direito positivo, todo direito nasce e morre na Constituição, fundamento que é de validade da ordem jurídica, porque as leis, ao menos em tese, não formam um conjunto desordenado de disposições, mas um sistema que se pretende lógico, coerente e hierarquizado, estando todas as normas vinculadas ao texto constitucional.⁸⁶

Não apenas isso, mas a Constituição também define o perfil do Estado, especificando os fundamentos, objetivos e princípios fundamentais, por este motivo, o direito penal deve estar em conformidade político-jurídica com a Constituição. Deve refletir os valores superiores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da justiça e da igualdade, eis que tais valores formam a legitimação da intervenção penal.

É por isso que a Constituição Federal prevê, entre os diversos dispositivos do art. 5º, os princípios penais e processuais limitadores do *jus puniendi*, como os de legalidade, devido processo legal e estado de inocência.⁸⁷ Os princípios, enquanto valores fundamentais que informam a

⁸⁶ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 6ª ed. rev. e ampl. Editora Lumen Juris, 2010. p. 45.

⁸⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

.....
LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]

Constituição, não são apenas a lei, mas o próprio direito, e constituem a chave do ordenamento jurídico.⁸⁸

O direito penal é um dos principais instrumentos do Estado para a realização de suas funções, tais quais como: assegurar a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à dignidade e a diversos outros direitos.

As disposições do direito penal apenas são válidas quando se prestam à realização dos fins constitucionais. Isso porque as regras jurídico-penais vão ser determinadas pela definição dos fins do Estado, uma vez que Direito e Estado possuem caráter instrumental e deparam a um fim comum, “possibilitar a convivência social, assegurando níveis minimamente toleráveis de violência, por meio da prevenção/repressão de ataques a bens jurídicos constitucionalmente relevantes”⁸⁹

Na vigência de um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve constituir um meio eficaz para a proteção dos cidadãos, isso por que é o Estado que deve servir ao homem, e não o contrário. A Constituição é precisa em seus dispositivos, ao definir que o poder emana do povo, bem como que a dignidade da pessoa é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.⁹⁰

⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. 2000, p. 260 *apud* QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 6ª ed. rev. e ampl. Editora Lumen Juris, 2010. p. 46.

⁸⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 6ª ed. rev. e ampl. Editora Lumen Juris, 2010.p. 46.

⁹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição..

3.2. FUNDAMENTOS DA TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO

A teoria constitucionalista parte do pressuposto de que a função principal do direito penal consiste na proteção dos bens jurídicos mais relevantes diante dos ataques mais insuportáveis,⁹¹ de modo que o delito fica conceituado como um fato típico e antijurídico. Não se pode confundir crime com fato punível, para a teoria constitucionalista, o crime possui apenas os requisitos de fato típico e antijurídico, entretanto o fato típico só se transforma em fato punível quando presente a ameaça de pena. Para o direito penal, o crime só é relevante quando se transforma em um fato punível.

Luiz Flávio Gomes define crime com base nos seguintes requisitos:

[...]f ato típico e contrário a direito (tipicidade + antijuridicidade). A punibilidade não faz parte do conceito de crime. Mas a efetividade penal do delito só ocorre quando completado com a presença da ameaça de pena (punibilidade), que transforma o delito em fato punível. O crime, sem a ameaça de pena, é um nada jurídico (em termos penais). O crime possui dois requisitos. A punibilidade dele não faz parte. Mas ela é um complemento indispensável, porque sem ameaça de pena o delito não possui nenhuma eficácia prática. Crime não é a mesma coisa que fato punível. O crime tem dois requisitos, enquanto o fato punível tem três (fato típico + antijuridicidade + punibilidade – ameaça de pena).⁹²

O fato típico, nos crimes dolosos é formado por duas partes, a subjetiva e a objetiva, a tipicidade objetiva, por sua vez, biparte-se em formal e material. Ainda, a dimensão material biparte-se em dois juízos valorativos: da conduta e do resultado jurídico.⁹³

A culpabilidade não faz parte do conceito de crime, pelo contrário, é juízo de reprovação ao agente do crime, é o elo que unifica o delito com a pena. Dessa forma, chega-se a conclusão de que para a imposição de uma pena se necessita de um fato materialmente típico, ameaçado formalmente com pena, contrário ao direito, praticado por agente culpável e, por fim, cuja

⁹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

⁹² GOMES, *op. cit.*

⁹³ *Ibidem*. p. 86.

pena seja concretamente necessária como forma de prevenção de futuros delitos.⁹⁴

Culpabilidade é exigibilidade de conduta diversa, recai sobre a possibilidade de agir de modo diferente, mas para sua graduação a atitude interna exteriorizada pelo agente também é relevante. A atitude interna, por si só é irrelevante, uma vez que a pessoa não pode ser punida por algo que pensa, mas quando exteriorizada, cria um juízo de reprovação em função da atitude de menosprezo, de indiferença ou de falta de cuidado ao bem jurídico. Esse juízo de reprovação pode ser graduado e mensurado em conjunto com outras circunstâncias, como as do art. 59 do Código Penal⁹⁵, para servirem para a dosagem da pena.

O injusto penal fica restrito a dois requisitos, o primeiro é o fato materialmente típico, composto pelos requisitos de conduta, resultado naturalístico típico, nexos de causalidade e tipicidade formal.⁹⁶ O segundo requisito é a antijuridicidade, que se manifesta através da ausência de excludentes da juridicidade.

Além da dimensão fática, com relação à tipicidade temos ainda a dimensão axiológica, que fica relacionada com a imputação. Essa dimensão axiológica do fato materialmente típico é composta da produção de um resultado jurídico relevante, ou seja, perturbador dos direitos de terceiros e de resultado significativo.

⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 88.

⁹⁵ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁹⁶ *Idem*. **Direito Penal – Parte Geral: Introdução**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 86.

A imputação objetiva desse resultado jurídico como obra de um agente implica em um duplo nível de valoração: o primeiro consiste em saber se a conduta foi praticada no contexto de um risco permitido ou proibido; o segundo exige que o resultado tenha direta conexão com o risco proibido criado.⁹⁷

Dessa forma, pode-se dizer que os requisitos axiológicos do fato materialmente típico são a imputação objetiva da conduta e a imputação objetiva do resultado, esta última, por sua vez, se caracteriza pela conexão direta com o risco criado, e cujo resultado esteja no âmbito de proteção da norma.

O conceito de punibilidade significa apenas que o fato para ser punível precisa estar ameaçado com pena. Assim, o fato punível possui três requisitos: fato materialmente típico, antijuridicidade e punibilidade. Destaca-se que não existe antijuridicidade penal sem tipicidade, pode-se dizer que o injusto penal nada mais é que o fato materialmente típico não justificado por nenhuma causa excludente da ilicitude.⁹⁸

Nas teorias subjetivas, a simples contradição à norma já bastava para fundamentar a antijuridicidade, uma vez que se manifestava através de uma vontade contra o direito. Além de se tratar de uma visão puramente formal da antijuridicidade, o conceito acarretava outros problemas, como a confusão com a antinormatividade.

Enriquecida pelo conceito de antijuridicidade como a lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido, a tipicidade passa a ser entendida como um fato materialmente típico. Ocorre que essa lesão (ou perigo de lesão) já não é valorada diretamente dentro da antijuridicidade, mas, sim, no âmbito da tipicidade material. Assim, o fundamento do injusto penal não reside na conduta, mas sim no resultado jurídico, representado por uma lesão ou perigo concreto.

⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal – Parte Geral: Introdução**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 87.

⁹⁸ *Ibidem*. p. 88.

Além disso, a divisão formalista entra em conflito com disposto no art. 13 do Código Penal. Dessa forma, a tipicidade já não pode ser vista como puro juízo lógico-formal. Para além desse aspecto fático há também o aspecto axiológico. Como se observa da leitura do dispositivo, todo crime deve possuir um resultado. Deste modo, Luiz Flávio Gomes chega à duas conclusões⁹⁹:

- (a) mesmo segundo a perspectiva formalista da dogmática clássica os delitos formais e de mera conduta contrastavam com a letra da lei, isto é, com o art. 13 do CP (admitia-se a consumação de tais crimes sem nenhum questionamento e de um *plus*, isto é, do resultado jurídico); e
- (b) o resultado a que se refere o art. 13 só pode ser jurídico, não o naturalístico. Porque aquela – o jurídico- está (ou deve estar) presente em todos os delitos.

Portanto a tipicidade deve possuir dois níveis de valoração: a) a dimensão fática, representada pela adequação formal da conduta e do resultado à letra da lei; e b) dimensão axiológica/valorativa, representada pela possibilidade de imputação objetiva do fato típico ao agente gerador de uma ofensa.

Tanto os Códigos Penais europeus quanto os latino-americanos não refutam o modelo de delito como ofensa a um bem jurídico.¹⁰⁰ As Partes Especiais estão sempre construídas em razão dos bens jurídicos, de modo que seus títulos sinalizam a presença destes bens.

A subordinação de um fato à descrição típica não é suficiente para fundamentar a incriminação, muito menos para impor sanção penal.¹⁰¹ Segundo a concepção constitucionalista o delito requer uma violação efetivo do bem protegido e que essa ofensa seja objetivamente imputável ao risco proibido criado, ou seja, não basta a realização de uma conduta valorada negativamente pelo legislador, é necessário também o resultado jurídico negativo, bem como a observância da imputação objetiva.

⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal – Parte Geral: Introdução**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 93.

¹⁰⁰ *Idem*. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 89.

¹⁰¹ *Idem*. *op. cit.* p. 80.

A infração do aspecto valorativo da norma é a base da tipicidade material, assim como da antijuridicidade. Já a infração da norma que impõe uma determinada conduta passa a constituir a essência do conceito de culpabilidade, mesmo porque é exatamente nesse momento que devemos constatar se o sujeito tinha ou não condições de exercer uma conduta diversa.¹⁰²

Como dito anteriormente, a Constituição possui uma posição hierárquica superior, além disso, orienta os objetivos e limites do direito penal. Entre os princípios que norteiam a atividade penal, destaca-se o princípio da proporcionalidade. Deste modo, conceituado o delito como ofensa a um bem jurídico, se o delito implica sempre a afetação de um bem jurídico fundamental (liberdade, patrimônio, etc), só é correto admitir sua incidência quando outro direito de relevância essencial tenha sido ofendido.¹⁰³ Com base neste raciocínio chega-se a conclusão de que o legislador não pode impor restrições aos direitos fundamentais de uma pessoa, a não ser que estas restrições se transformem ao reconhecimento do direito de outrem.

Os operadores do direito ficam assim subordinados ao que é chamado de paradigma da ofensividade. O legislador não pode adotar técnicas legislativas de criminalização sem os devidos critérios constitucionais, não pode, por exemplo, criminalizar o infrator com relação ao seu modo de ser ou de pensar, mas apenas com relação a aquilo que se faz ofensiva e intolerantemente. Quanto ao interpretes e aplicadores da lei, estes devem extrair da literalidade legal “o que se ajusta ao modelo de delito como ofensa a um bem jurídico, considerando-se atípicas todas as condutas não ofensivas, ainda que formalmente adequadas à descrição legal.”¹⁰⁴

Com isso, busca a teoria constitucionalista refutar as tendências penais exageradas e intervencionistas, que buscam configurar o delito como mera

¹⁰² GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal – Parte Geral: Introdução**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 92.

¹⁰³ *Ibidem*. p. 81.

¹⁰⁴ *Ibidem*. p. 82.

violação de um modo de viver. Como é o caso do Direito penal do risco, no qual o comportamento que vai ser tipificado não é considerado previamente como inadequado, mas se criminaliza para que seja considerado como socialmente desvalorado.¹⁰⁵ Um exemplo claro do direito penal intervencionista, que pune não uma ofensa concreta, mas o modo de ser, é o do art. 59 do Decreto-lei 3.688/41 (Lei das contravenções penais).¹⁰⁶

Parte-se do pressuposto de que os ilícitos penais são condutas dignas de penalização porque se manifestam como uma agressão contra os prezados interesses dos homens e da sociedade, não apenas meros comportamentos que são reprováveis pelo simples fato de que a lei decidiu por esse viés.

Dessa forma o crime não fica compreendido apenas como a violação a uma norma que determina certa conduta, mas sim como uma agressão ao conteúdo valorativo dessa norma, uma agressão ao bem que é protegido pelo sistema jurídico. Com essa visão, o eixo da tipicidade e da antijuridicidade passa a estar vinculado com esse aspecto valorativo ou objetivo. O juízo de tipicidade da conduta se torna um juízo de desvalor fundamentado tanto no desvalor da conduta como no desvalor jurídico – lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido.¹⁰⁷ Passou, então, a integrar o conceito de tipicidade material a lesão ou o perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido, que antes fazia parte do conceito de antijuridicidade material.

Por isso, a infração do aspecto valorativo da norma expressa a tipicidade material. Já a infração da norma que impõe uma determinada pauta conduta passa a constituir a essência do conceito de culpabilidade, “mesmo porque é

¹⁰⁵ SILVA, Pablo Rodrigo Afflen da. Características de um Direito Penal do Risco. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1816, 21 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11390>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

¹⁰⁶ Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm> Acesso em: 29/11/2013.

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 93.

exatamente nesse momento em que devemos constatar se o sujeito (concreto) tinha ou não condições de atuar de modo diverso (do que atuou).”¹⁰⁸

3.3. A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO E A TIPICIDADE PENAL OBJETIVA.

O direito penal deve ser a *ultima ratio* do sistema jurídico de um país, toda a preocupação prevencionista que seja fundamentada na simples infração da norma imperativa, deve ser disciplinada em outros ramos do direito (civil, comercial, trabalhista, etc.), deixando o direito penal para ser usado apenas como ultimo recurso, caso esses outros sistemas normativos venham a ser mostrar insuficientes para a proteção de um bem jurídico.

Jamais o direito penal deverá ser usado antecipadamente, isso porque, o injusto penal é também constituído do desvalor do resultado, e não apenas do desvalor da ação, o delito não é violação do aspecto valorativo, não apenas uma infração do aspecto imperativo da norma, ademais¹⁰⁹, toda a sanção penal que priva a liberdade de um ser humano, implica a perda de um bem jurídico de elevadíssima importância.

A revolução do conceito finalista começa pela inadmissibilidade da existência de delito sem a presença de um resultado jurídico. Parte-se da premissa de que todos os delitos (inclusive os omissivos) possuem um resultado jurídico. Assim, o delito apenas se consuma materialmente quando acontece esse resultado.

Essa visão constitucional e materialmente enfocada do delito representa, além de uma visão garantista e nessa perspectiva expressão do aclamado direito penal mínimo, a subtração do direito penal da arbitrariedade e improvisação.¹¹⁰

¹⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 94.

¹⁰⁹ *Ibidem*. p. 97.

¹¹⁰ *Ibidem*. p. 99.

O resultado jurídico, por sua vez, somente pode ser imputado ao agente na medida em que guarde exata correspondência com o risco proibido que ele criou. Por exemplo, um comerciante que vende uma faca para uma pessoa, poucas horas depois esta faca vem a ser usada pela pessoa para perfectibilizarão de um assassinato. Nessa situação o comerciante não tem a mínima responsabilidade pelo ato, mas não por causa da falta de dolo, mas sim por que a atividade (venda de uma faca) é uma conduta que deriva de um risco permitido.

Dessa forma, eventuais resultados jurídicos não podem ser-lhes objetivamente imputados. Diante dessa situação, para o direito penal, apenas o risco proibido é relevante. Com a teoria da imputação objetiva, bem como com o juízo de desvalorização da conduta resolve-se o problema, sem necessidade de se chegar ao estudo dos aspectos subjetivos.

A dimensão material da tipicidade penal é fruto de diversas contribuições dogmáticas que conferem ao tipo penal uma clara relevância selecionadora do que é penalmente relevante. A teoria constitucionalista do delito, além de aceitar os pressupostos materiais da teoria de imputação objetiva de Roxin e da teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni, ainda sustenta a necessidade de também se considerar o resultado jurídico. Assim conclui Luiz Flávio Gomes:

Não há crime sem lei, e a lei diz que não há crime sem resultado, que constitui a ofensa ao bem jurídico protegido pela norma penal (CP, art. 13). Legalidade e ofensividade são duas exigências imperiosas impostergáveis da teoria do delito. No tempo do legalismo, apenas da primeira se falava. Já agora, no tempo do constitucionalismo, também da segunda dimensão (ofensividade) não podemos abrir mão.¹¹¹

A dimensão objetiva do tipo penal, portanto, passa a contar com duas dimensões a primeira formal e a segunda material, também chamada de normativa ou valorativa. Essa categoria passa então a exigir dois juízos valorativos, o juízo de valoração da conduta e o juízo de valoração do resultado.

¹¹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.153.

A tipicidade objetiva já encontrava suas dimensões formais e materiais em Roxin, antes da teoria constitucionalista do delito, entretanto, a dimensão material era constituída exclusivamente da imputação objetiva, que se desdobrava em três exigências: criação de risco proibido, imputação objetiva do resultado e que este resultado esteja no âmbito de proteção da norma.¹¹²

Com a teoria constitucionalista do delito, o lado objetivo mantém as suas duas dimensões e acrescenta dois juízos de valores à dimensão material. O que se criou, na verdade, foi uma teoria que aproveita os ensinamentos de Roxin e Zaffaroni e redimensiona a teoria da tipicidade para enriquecer o seu aspecto material.

3.3.1. EXIGÊNCIAS DE TIPICIDADE PENAL OBJETIVA

A tipicidade deve ser composta, primeiramente, por um fato formalmente típico, isto é, um fato que compreenda todos os requisitos objetivos que concorrem para a configuração de uma específica forma de ofensa ao bem jurídico, são os requisitos gerais a conduta, o resultado e o nexo de causalidade, existem ainda requisitos formais específicos, exigido pelo tipo penal (requisitos temporais, espaciais, maneira de execução, exigências relacionadas com os sujeitos, etc).¹¹³

A conduta deve ser estudada com base em seus pressupostos, ou seja, dos requisitos em termos de situação para que o fato se concretize. Deverão ser observados ainda o objeto material, aquilo sobre o qual recai a ofensa, e os sujeitos envolvidos, tanto os ativos quanto os passivos.

A segunda exigência da tipicidade é a de um fato materialmente típico. A materialidade está ligada ao desvalor do ato, de modo que exige dois níveis de

¹¹² GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 154.

¹¹³ *Ibidem*. p. 156.

valoração: a valoração da criação de riscos proibidos e a valoração do resultado jurídico.

3.3.1.1. JUÍZO DE VALORAÇÃO DA CONDUTA

A conduta humana voluntária integra a tipicidade formal, mas a sua valoração somente pode ocorrer na dimensão material. São duas coisas diferentes, o que ela é, seu requisito formal, e onde ela deve ser valorada pelo juiz. O critério válido para a valoração da conduta reside no desenvolvimento de um risco proibido relevante.

O juízo de valoração da conduta tem por objetivo verificar se a conduta do agente desenvolveu riscos proibidos relevantes, é um juízo valorativo autônomo dentro da dimensão material da tipicidade objetiva, integra a tipicidade por que não se pode confundir valorar com imputar, a conduta apenas poderá ser valorada, a imputação cabe exclusivamente ao resultado obtido.¹¹⁴

A valoração da conduta, na qualidade de primeira exigência da dimensão material da tipicidade objetiva possui certas regras, o fato só se torna materialmente típico quando o agente, com sua conduta, desenvolveu um risco proibido relevante, é isso que o juiz deve valorar e descobrir dentro do primeiro juízo valorativo, se o agente criou ou incrementou um risco proibido, somente assim poderá se falar em conduta materialmente típica.¹¹⁵

Quando um agente atua com imprudência, negligência ou imperícia, desenvolve riscos proibidos. A desaprovação da conduta ocorre quando constatada uma dessas três modalidades de culpa. A culpa é valorada dentro da conduta. Assim, se verificado que, em decorrência da imprudência, da negligência ou da imperícia do agente, houve o desenvolvimento de um risco proibido, a conduta é materialmente típica.

¹¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 160.

¹¹⁵ *Ibidem*. p. 162.

A segunda regra entende que não há desvalor da conduta quando o risco criado é permitido ou tolerado juridicamente. Existindo um risco tolerável, não há falar em tipicidade do ponto de vista material.

Um exemplo de risco tolerado é o chamado risco normal, onde a conduta é estereotipada e normal, praticada dentro dos espaços de liberdade individual, e, conseqüentemente, não gera um risco relevante, como, por exemplo, um professor de química que ensina um aluno que futuramente venha a fabricar uma bomba. O professor não responderá aos resultados dessa bomba, pois sua conduta (ensinar o aluno), estava dentro do risco normal, portanto, permitido.

Outros exemplos de risco tolerado são intervenções médicas e as lesões esportivas. São situações nas quais o agente cria riscos, danos físicos, entretanto estes riscos são permitidos ao agente, se ele atuar em conformidade com as regras médicas ou esportivas. Por exemplo, no filme Rocky 4 o boxeador Ivan Drago mata o seu oponente Apollo Creed durante uma luta. A luta foi realizada dentro das regras, mesmo gravemente atingido, Apollo preferiu continuar a luta, vindo a ser atingido por um golpe mortal. Assim, por mais que revoltante que possa ser o ocorrido, as lesões causadas por Ivan entram na categoria de risco permitido, portanto não pode ser responsabilizado penalmente. Danos não se confundem com lesões, causar um resultado não é a mesma coisa que gerar desvaliosamente o resultado, em regra os danos físicos se convertem em lesão jurídica, mas existem exceções.¹¹⁶

Para a valoração da conduta observa-se também a teoria da confiança, na qual o agente que segue as regras de uma atividade cria um risco permitido, ocorre que este agente, ao seguir as regras, tem a expectativa de que as outras pessoas façam o mesmo. Portanto, não há desvalor na conduta quando o agente que, respeitando as regras, cause danos a outrem que agia em desrespeito a estas regras. A teoria da confiança é bem demonstrada no

¹¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.169

trânsito de veículos, por exemplo. Um motorista que, nos limites de velocidade, passa por um sinal verde e vem a atingir um carro que avançou o sinal vermelho, não pode ser responsabilizado, pois o risco criado, não pode ser considerado proibido. Deve-se presumir que o ser humano atua de boa-fé.¹¹⁷

Fica imune à desaprovação da conduta, também, o agente que atua danificando um patrimônio jurídico, para diminuir risco de maior dano. Não se aplica aqui a teoria do estado de necessidade (situação na qual o agente age contra terceiro), quando o agente atua contra a própria vítima a teoria aplicável é a da atuação para evitar risco de maior dano.¹¹⁸ A diminuição de risco não pode ser confundida com a substituição de risco, que é causa de desvalorização da conduta. Nesse caso um agente prepara a execução de um ato, sem dar início à sua execução, em seguida um segundo agente realiza um ato diverso, que chega ao mesmo resultado do ato previamente planejado. O resultado somente é imputável ao segundo agente, pois houve a substituição do risco.

Ainda, como Zaffaroni, a teoria constitucionalista também exclui a tipicidade das ações insignificantes e das ações que estejam fora do domínio do agente.

Quanto à relação da vítima com o juízo de valoração, aplica-se o princípio da autorresponsabilidade, a regra da teoria adotada reconhece que não há conduta desaprovada quando o bem jurídico lesado é disponível e a vítima dá o seu consentimento. Tal, regra, entretanto deve observar certos requisitos, o consentimento só exclui a tipicidade quando for válido (dado por vítima plenamente capaz); dado antes ou durante o fato; e o bem afetado for um bem disponível.¹¹⁹

Da mesma, forma, não há juízo de desaprovação da conduta quando a vítima responsável se autocoloca em perigo. Nessa situação a própria vítima é

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 171.

¹¹⁸ *Ibidem*. p. 174.

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 175.

quem pratica a conduta geradora de resultado, de modo os outros participantes do fato apenas estavam juntos com ela, não podendo ser responsabilizados.

Por fim, exclui-se do juízo valorativo o resultado morte nos casos em que a vítima recusa socorro e vem a falecer por complicação de um ferimento. Nesse caso o agente não será responsável pelo resultado morte, pois foi a vítima que, ao recusar atendimento, colocou-se em situação de risco, responderá apenas, então, pelo que fez, o ferimento.

3.3.1.2. JUÍZO DE VALORAÇÃO DO RESULTADO JURÍDICO

Não há crime sem lei, bem como não há crime sem ofensa ao bem jurídico protegido pela lei. A ofensa ao bem jurídico nada mais é que o resultado jurídico, de modo que para que o agente responda penalmente por esse resultado jurídico ele deve ser desvalioso.¹²⁰

Deve-se observar que as normas penais são, primordialmente, normas de valoração, bem como, que o conceito de delito depende da existência da ofensividade, assim, não existe forma de se admitir punição por um fato sem a ofensa ao bem jurídico. A exigência de um resultado em todos os crimes está, inclusive, presente em nossa legislação, exigida pelo art. 13 do Código Penal.

O dano é diferente da lesão, o primeiro está associado com o resultado naturalístico da conduta, enquanto o segundo representa o resultado jurídico, que é o resultado relevante para o direito penal. A valoração que se faz com relação à conduta do agente é importante para o direito penal, porém para configurar injusto penal é vital a valoração do resultado.

Essa necessidade de resultado implica em descobrir, em cada delito, um resultado ofensivo com relação ao bem jurídico, que pode ser manifestar através de uma lesão ou de um perigo de lesão. Entretanto, para a existência do crime, bem como da tipicidade penal objetiva, não basta apenas a presença

¹²⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 184.

de um resultado jurídico, é necessário ainda que esse resultado expresse desvalor.

O resultado jurídico pode ser considerado desvalioso quando cumpre uma série de requisitos, Luiz Flávio Gomes lista seis requisitos, para o autor, o resultado deve ser:

(a) concreto ou real(perigo abstrato ou presunção de perigo não encontra espaço no direito penal da ofensividade); (b) transcendental (dirigido a bens jurídicos de terceiros, posto que nunca o sacrifício de bens jurídicos próprios pode justificar a imposição de um castigo penal; (c) grave ou significativo (relevante); (d) intolerável; (e) objetivamente imputável ao risco criado ou incrementado; e (f) que esteja no âmbito de proteção da norma penal.¹²¹

Na ausência de qualquer um desses requisitos, fica afastada a desvalorização da conduta. Somente lesão ou perigo concreto de lesão é que vão configurar o resultado jurídico da forma como ele é exigido no direito penal. Não há espaço para o risco abstrato ou presumido. Com a teoria de Roxin a tipicidade se desenvolveu em dois planos, formal e material. O crime no plano formal é a simples conduta, no plano material é um crime de perigo. Assim, por força do princípio da ofensividade, sem a devida comprovação do perigo concreto não existe crime.

Da mesma forma, só é relevante ao direito penal o resultado que afete os interesses de terceiros. Se o agente ofende tão somente os bens jurídicos pessoais, não há fato objetivamente típico. Em 2009, com base na tese da transcendentalidade, as Cortes Supremas da Argentina e da Colômbia, julgaram inválidas as leis que puniam a posse de drogas para uso próprio, por considerar que não é aceitável a punição de ninguém por perigo abstrato e tampouco por fato que não afeta terceiras pessoas.¹²²

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 188-189.

¹²² *Ibidem*. p. 193.

Por simples lógica, também ficam excluídos da tipicidade penal objetiva os resultados insignificantes. Por definição o ato jurídico desvalioso necessita ser uma ofensa grave, portanto, fica excluída a tipicidade nesses casos.

A intolerabilidade da ofensa é outro requisito fundamenta, a ofensa dever ser intolerável, ou mesmo desarrazoada, seja por que é irrelevante ou por que se adequa à normas de convívio social, sendo tolerada amplamente pela população. A adequação social é causa supralegal de exclusão de tipicidade, mas deve-se observar que não é só ela que constitui o fundamento da atipicidade, que também resulta da exigência da intolerabilidade da ofensa.¹²³ Considera-se também uma conduta adequada quando o resultado está devidamente fundamentado, no sentido de não ser um simples ato arbitrário do agente.

Por fim, da mesma forma que a teoria de Roxin, a teoria constitucionalista do delito considera que o resultado jurídico objetivamente imputado ao risco desenvolvido deve estar no âmbito de proteção à norma para caracterizar o desvalor da conduta. Ocorre que aqui a imputação objetiva é estudada como a quinta exigência do juízo de valoração do resultado jurídico.

A imputação objetiva do resultado deve seguir determinadas regras, primeiramente, não há imputação objetiva quando o resultado não tem direta conexão como risco proibido desenvolvido. Dessa forma, não é responsável o agente nas situações de concausas supervenientes relativamente independentes, pois o resultado, nestes casos, não deriva diretamente do risco criado. Logo o agente responde pelo que fez, não pelo resultado superveniente.¹²⁴ Essa ultima regra encontra respaldo no § 1º do art. 13 do CP.

Ainda, a desaprovação do resultado pode depender do conhecimento especial do agente. Isso quer dizer que não há responsabilidade penal do

¹²³ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 194.

¹²⁴ *Ibidem*. p. 196.

resultado quanto este se correlacionar com condições pessoais da vítima desconhecidas pelo agente.¹²⁵

Por ultimo, o resultado jurídico não é penalmente relevante quando está fora do âmbito de proteção a norma, ou seja, ocorre em uma situação de risco posta além daquela que a norma buscava evitar. Deve-se destacar, entretanto, que o âmbito de proteção da norma não é a mesma coisa que o âmbito de proteção do tipo penal, pois é decorrente de outros ramos do direito.¹²⁶

¹²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 198.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 199.

CONCLUSÕES

Muitas são as escolas da teoria do delito, de modo que com o passar do tempo o conceito de delito foi se desenvolvendo, e as definições foram gradualmente se incrementando para melhor servir as demandas da sociedade nos seus tempos. As teorias mais antigas são excessivamente formalistas, no sentido de adotar sistemas lógico-dedutivos, de modo que muitas vezes falham pela sua exagerada carga ontológica, confundindo o plano do ser com o do dever ser. Constituíram teorias preocupadas essencialmente com a beleza do sistema, relegando para segundo plano as consequências práticas.

Apensar da evolução, tanto no conceito de ação, quanto no conceito de delito, que representou as teorias clássica, neoclássica e finalista, essa construção do direito penal, como um sistema alheio aos problemas sociais não mais pode se sustentar no atual estágio de desenvolvimento da sociedade. É necessário um direito penal mesclado com a política criminal, destinado à solução justa do caso concreto.

Hoje, devido aos princípios do Estado Democrático de Direito, a teoria constitucionalista do delito constitui, sem dúvida, forte ferramenta para a limitação do poder punitivista do estado.

Nesse contexto, a liberdade é um bem jurídico de extrema importância, portanto só pode ser tolhida nas situações em que o agente, de fato, infringe um bem jurídico de igual relevância. Em decorrência, a responsabilização do indivíduo deve ser observada com base em preceitos constitucionais. Entretanto não é raro se ver situações de total desrespeito aos direitos e garantias fundamentais em razão de pequenas fatos que não chegam à causar significativos danos à bens juridicamente protegidos.

A definição de crime trazida pela Teoria constitucionalista do delito surge, então, como uma definição mais apropriada para um Estado Democrático de Direito, pois entre outras teorias é a apresenta a maior razoabilidade.

A atuação com excesso de poderes punitivista do estado deve ser limitada, o direito penal, na condição de controlador social, deve ser acionada apenas nos casos mais necessários, onde de forma alguma os outros ramos do direito poderiam interferir de forma eficiente.

Não se pode definir como delito qualquer conduta que o legislador queira criminalizar, ou seja, a constatação de um delito não pode ser originar de um ato vazio e arbitrário, isso seria uma afronta grave à função garantista do direito penal, é necessário que a norma busque a efetiva proteção de um bem tido como essencial. Ademais, para a existência do delito não basta a simples adequação do fato à norma, da desobediência dos enunciados, é necessário também a violação concreta do bem protegido.

Com efeito, se a exigência dada pela teoria constitucionalista requer o resultado jurídico concreto, é prudente afirmar que o direito penal da ofensividade é incompatível com o perigo abstrato. No perigo abstrato, ou presumido, não há resultado concreto, portanto, resulta na punição de uma pessoa por um fato que não caracterizou crime, uma grave violação dos principio garantista de que não há pena sem crime.

A análise de todas essas considerações permite concluir que para a teoria constitucionalista, não existe crime sem ofensa intolerável, transcendental e concreta a bem jurídico relevante e a intervenção do Direito Penal só se justifica diante de ofensas graves. Fora dessas circunstâncias, outras normas do ordenamento jurídico devem decidir o conflito. Por seu lado, a concepção objetiva consiste em focar o crime não mais somente em seu aspecto formal: na pós-modernidade, o conceito de tipicidade penal passa a ser formal e material ou normativa, numa perspectiva constitucionalista e internacionalista.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BITENCOURT, César Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

Acesso em: 24/11/2013.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Senado.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

Acesso em: 24/11/2013.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Senado. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso

em: 24/11/2013.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 15. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2012.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e Ação Significativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CALLEGARI, André Luis. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo Aplicado à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal – Parte Geral: Introdução**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

JESUS, Dámasio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 34 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 6ª ed. rev. e ampl. Editora Lumen Juris, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução: Luís Greco. São Paulo: Editora Renovar, 2002,

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4 Ed. rev., ampl. Florianópolis: Editora Conceito Cultural, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2005.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Características de um Direito Penal do Risco**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1816, 21 jun. 2008 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11390>>. Acesso em: 9 dez. 2013.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman – Parte General**, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago do Chile: Editorial Juridica de Chile, 1970.