

## Painel Penal

Tema:

### **O Direito Penal na Sociedade de Risco**

(Mediador do painel: Érico Fernando Barin)

Painelistas:

Fábio Roberto D'Avila / Fábio André Guaragni / Douglas Fischer

---

Fábio André Guaragni

Gente, muito bom dia! Quero primeiramente agradecer pelo convite muito gentil do Sérgio, do Vitor Hugo, da Associação do Ministério Público gaúcho, ao meu “empresário“, o presidente da Associação do Ministério Público do Paraná Francisco Zanicotti (é através dele que eu tenho a honra de estar aqui). É de fato uma honra muito grande. Na verdade eu sou gaúcho, nascido em Porto Alegre. Fui para o Paraná com 10 anos. Então, trabalhar com os colegas do Ministério Público daqui é uma coisa que me honra de uma maneira diferenciada, um momento de grande felicidade pessoal. Cumprimento os colegas da mesa e passo imediatamente – porque o nosso tempo é curto, o tempo urge –, a trabalhar com a Teoria da Imputação Objetiva.

Nosso painel é Direito Penal e Sociedade de Risco. Sociologia do Risco, como falou bem o Fabio D'Avila, é a construção sociológica atribuída ao Beck a partir de 1986, iniciada por conta dos acidentes em Chernobyl e Bhopal. Na Índia, em Bhopal, 10 mil pessoas foram mortas em três dias por conta de um acidente químico. Em Chernobyl, 200 mil pessoas atingidas por um acidente nuclear. É um modelo sociológico que nasce, portanto, nos anos 80. Tem uma reformulação de 2006, feita pelo Beck, editada pela editora Paidós, *La Sociedad del Riesgo Mundial*, livro que acho interessante de ter, que traz coincidências

com a matéria relacionada à imputação objetiva, muito embora a Teoria da Imputação Objetiva seja muito mais antiga.

A versão em Direito Penal da Teoria da Imputação Objetiva se deve a um sujeito que se chamava Richard Höning, em 1930, enquanto a sociologia do risco é construída a partir dos anos 80.

Mas Beck fala que a sociedade do risco é a sociedade em que o risco, como antecipação de tragédias, é o protagonista das tomadas de decisões políticas. O Direito Penal tem a sua política – política criminal – e, nela, a ideia de risco capitaneia as tomadas de decisões político-criminais. Não é mera coincidência, talvez, que o critério central de imputação objetiva, a criação de riscos proibidos, emergja pouco antes de uma sociologia do risco, nos termos propostos por Beck. A versão roxiniana da teoria da imputação objetiva, conquanto construção anterior à sociologia do risco, vem da década de 70. A sociologia do risco, dos anos 80. É sugestivo opinar que as ideias de Beck e Roxin comunguem de um mesmo espírito do tempo. Tal *zeitgeist* está presente no sentido de fazer com que, pela versão da imputação objetiva de Roxin, a ideia de risco fosse o coração de uma construção doutrinária que pretende estabelecer como a gente atribui um resultado a alguém. Nisso há uma coincidência que talvez justifique a inclusão do tema Teoria da Imputação Objetiva num painel de Direito Penal e Sociologia do Risco. Esta reflexão é para situar o tema da imputação objetiva no contexto do painel.

Há também alguns aspectos iniciais, introdutórios, relacionados à questão terminológica. Quando se fala da Teoria da Imputação Objetiva, há algumas coisas preliminares para compreender. Primeiro: o que é imputação? O que é imputar? A palavra imputar tem um significado traçado inclusive por filósofos, que diz o seguinte: imputar é atribuir algo a alguém como obra sua. Isso é imputar. Vocês encontram isso na Doutrina do Direito, parte da *Metafísica dos Costumes* de Kant, nos *Princípios de Filosofia do Direito* de Hegel, a partir de 1821 e até na Antiguidade pré-cristã, no pensamento Aristotélico. Então, imputar é atribuir algo a alguém como obra sua. Já imputar objetivamente quer dizer imputar algo como obra sua de maneira alheia a aspectos subjetivos, de maneira que deixe de lado aspectos subjetivos, tomando-se em conta só aspectos e critérios de índole objetiva. Mais proximamente da teoria do delito, se trata de atribuir algo a alguém como obra sua no campo do tipo objetivo.

Então, se quisesse enunciar de partida o que é Teoria de Imputação Objetiva, poderia dizer: é a teoria que, em Direito Penal, trata de como atribuímos algo a alguém como obra sua no campo do tipo objetivo – Teoria da Imputação Objetiva.

Agora, o que falta nesse começo nosso? Falta estabelecer o que se atribui a alguém como obra sua e como se faz essa atribuição. O que é e como. O que é

que se atribui? Tenho algumas possibilidades: posso tratar da atribuição do resultado naturalístico, que é a modificação no mundo exterior, nos crimes de resultados materiais. Estes crimes exigem uma modificação no mundo exterior. Os crimes de mera atividade não exigem essa modificação. Num desdobramento deles, que são os crimes formais, pode até haver essa modificação, mas ela se dá como exaurimento, depois da consumação. Então posso falar da atribuição do resultado naturalístico? Posso.

Posso também falar da atribuição do resultado jurídico, que é a ofensa ao bem jurídico. Em relação a esta ofensa, incide outra classificação dos crimes: crimes de dano, que causam menoscabo ao bem jurídico, e crimes de perigo, divididos nos níveis de perigo concreto e perigo abstrato. Há um bonito exemplo que costumo usar para trabalhar a ideia de que essas classificações (materiais x mera atividade, de um lado, e crimes de dano x perigo, de outro) não se cruzam. É o artigo 250, crime de incêndio. Um incêndio exige modificação no exterior? Evidente, algo tem que entrar em combustão. Então, é um crime material. Mas, por outro lado, é um crime de perigo, pois não exige dano para um bem jurídico, ele exige mera exposição do bem jurídico a perigo. Então, podemos ter crimes de dano e mera atividade, podemos ter crimes de perigo e materiais. Uma classificação é quanto ao resultado naturalístico; outra é quanto ao resultado jurídico. Elas importam porque temos que entrar na discussão do que é que a Teoria da Imputação Objetiva imputa, o resultado materialístico ou o resultado jurídico? Ou até podemos pensar que o que ela imputa é um certo comportamento desvalioso pelo que ele carrega em si de ruim. Neste caso, estamos diante de um Direito Penal que opera sob um veio de puro desvalor de ação e abre mão da ideia de desvalor de resultado. Este modelo é muito adequado ao pensamento de Jakobs (como foi de Welzel).

Então: o que é que se atribui e como? Responder a essa pergunta, do que é que se atribui mediante imputação objetiva no tipo, só é possível através dos sistemas de análise de crimes construídos na história recente, do final do século XIX em diante. Cada um deles vai estabelecer uma resposta diferente. Vai aqui o meu medo de expô-las, por conta do pouco tempo, de fazer esse percurso, essa breve viagem no tempo, mas que me parece necessária para a gente entender a Teoria da Imputação Objetiva do modo como ela é hoje. Não podemos cair de paraquedas na maneira de trabalhar com a imputação hoje sem entender esse breve percurso histórico que depende, repito, dos sistemas de análise de crime construídos a partir do século XIX e no decurso do século XX, pelas “escolas” jurídico-penais.

A partida é entender o que é sistema. entender que há sistemas de análise de crime, temos que entender o que é sistema. A palavra vem do grego *syn histanai*, que quer dizer: pôr junto. Elementos postos juntos compõe um sistema.

Mas eu ponho elementos juntos em nome de quê? Do nada? Não, em nome de uma ideia fundante, que gera princípios unificadores. Em torno dela, e deles, agregam-se elementos que compõem um sistema, como, por exemplo, os elementos que compõem a dogmática do delito. Todo sistema, portanto, deve ter uma ideia fundante, que gera princípios unificadores, como escreveu Kant. E assim são também os sistemas de análise de crime.

O sistema causal de análise de crime tem uma ideia fundante; depois nós passamos a etapa neokantiana, que abandona a noção de sistema pela perda de uma ideia fundante; após, passamos à etapa do finalismo, que tem a sua ideia fundante. Por fim, passamos à atual ideia funcionalizada do Direito Penal. O funcionalismo tem também a sua ideia fundante. E é a partir da ideia fundante que a gente descobre o que se imputa e como se imputa.

Qual era a ideia fundante do sistema de análise de crime causalista? Era a lei da física da ação e reação ou causa-efeito, que inclusive servia para explicar o que era conduta em Liszt, que foi o grande nome do causalismo. Conduta: movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior, como ação de causa e feito. É, de fato, um momento da história da dogmática em que se extrai da física mecânica – que é a grande ciência do ser, em oposição às ciências do dever-ser – a ideia fundante do sistema de análise de crime. E o sistema está todo montando em cima da causa-efeito, extraída do mundo do ser, do mundo da física. A partir dela, tudo que é efeito é efeito de uma causa, que por sua vez é efeito de uma causa, que por sua vez é efeito de uma causa, e vamos retrocedendo ao infinito... Ou, como queria São Tomás de Aquino, à prova da existência de Deus, a causa que não é efeito de qualquer causa anterior, o *primum mobile*. Nesse modelo dogmático o que é que eu imputo? Se eu estou com um modelo dogmático centrado no mundo do ser (mundo da natureza), em oposição ao mundo do dever-ser (mundo da cultura), certo que imputo o resultado naturalístico, a modificação do mundo exterior, como efeito de uma causa. Imputarei a alguém um resultado naturalístico toda vez que esse alguém praticar um comportamento sem o qual o resultado não teria ocorrido.

Vocês já devem estar intuindo que daí sai a Teoria da Equivalência das Causas, que é a teoria adotada no *caput* do artigo 13 do nosso Código desde 1940 (antes da reforma de 1984, figurava no antigo artigo 11 do Código Penal). Basicamente estabelece que toda a conduta é considerada causa se na ausência dela o resultado não teria ocorrido. O nosso Código a circunscreve aos crimes de resultado, dizendo: o resultado de que depende a existência do crime – e aí ele está falando de crimes materiais – somente é imputável àquele que lhe deu causa, afirmando ainda que se considera causa a ação sem a qual o resultado não ocorreria.

Então, para esse modelo dogmático, o que é que se imputa? Resultado naturalístico, modificação no mundo exterior. Como se imputa? Através do nexo causal. Daqui deriva uma equação simples: dar causa é igual a sofrer a imputação do resultado no tipo. E todo aquele que der causa pela Teoria da Equivalência sofrerá imputação do resultado. Uso um exemplo que mostra há quanto tempo dou aula. Trata-se do exemplo da morte de PC Farias. A sorte é que ele foi atualizado, porque há dois anos julgaram os policiais militares que faziam a vigilância de sua casa onde ocorreram os fatos. Agora, tenho mais uns 10 anos de uso do exemplo. Mas é o seguinte: imagina que a morte do PC Farias foi feita por um pistoleiro, que usou uma arma Taurus calibre 38 número de série 151518. Sem a conduta de dar o tiro, PC não morreria como morreu. Logo, o tiro é causa. Mas também sem a fabricação da arma ele não morreria como morreu; logo, a fabricação é causa. Sem a venda da arma ele não morreria como morreu; logo, a venda é causa. Todas essas causas têm o mesmo valor, porque a retirada de uma ou outra dá no mesmo resultado: PC fica vivo... Pergunto sempre na graduação: qual que vale mais? E todo mundo diz: o disparo. Digo: vem cá, sem o disparo ele ficaria vivo? Sim, professor. Sem a fabricação ele ficaria vivo? Sim também, professor. Então, qual que vale mais? Se ele fica vivo nas duas situações, é porque elas se equivalem. Professor, é por isso o nome da teoria? Mas óbvio, por isso que o nome da teoria é Teoria da Equivalência das Causas. Professor, o problema é que podemos retroceder, no curso causal, até o chinês que inventou a pólvora, até aquela noite tórrida de amor oriental em que a mãe e o pai do chinês... Até o início do mundo! O problema da Teoria da Equivalência é este: o grupo de pessoas que deu causa ao resultado é imenso. O grande problema do *regressus ad infinitum*, perpetuamente apontado pelos críticos da teoria. Na época do causalismo, o enorme público para o qual a conduta era típica somente era restringido quando da análise da culpabilidade (teoria psicológica da culpabilidade, em que nela se analisava o dolo ou a culpa). Daquele público, nem todos seriam punidos, mas somente os que houvessem agido com dolo ou culpa.

A escola que sucede o pensamento causalista é a escola neokantiana. É a reinvocação do pensamento kantiano. O que de Kant de novo? Primeiro, a grande separação do conhecimento em mundo do ser e do dever-ser. Na verdade, a arquitetura da divisão do conhecimento humano é maior. Mas, de uma maneira reduzida, o neokantismo restabelece, a partir de Kant, a separação do universo do conhecimento em ser e dever-ser. Segundo: um resgate do valor das ciências valorativas ou culturais, ciências do dever-ser. Terceiro: uma máxima neokantiana que diz: nada no mundo do ser é vinculante para o universo do dever-ser. A partir dessa máxima, surge a necessidade de reformular o critério de imputação objetiva em Direito Penal. Como é que se imputava um resultado a alguém? A par-

tir de uma lei do mundo do ser, uma lei da física de causa e efeito. Agora, temos uma escola que diz que nada do mundo do ser vincula o universo do dever-ser, que é o universo do Direito Penal. Ora, se é assim, não podemos mais nos valer de uma lei da física para atribuir o resultado em Direito. Senão, eu tenho uma lei do mundo do ser estabelecendo coisas para o dever-ser. Por isso, no período neokantiano, foram criadas e retomadas teorias diversas para explicar quem dá causa, teorias adequadas ao Direito e às pretensões do Direito. Dentre elas, a teoria da causalidade adequada (ou da adequação), que muitos apontam como a teoria do artigo 13, parágrafo 1º, Código Penal, que trata das causas supervenientes relativamente independentes. Por essa teoria, se por exemplo, o PC Farias leva um tiro, é socorrido, vai ao hospital e morre porque a UTI pega fogo, não posso atribuir o resultado ao atirador, porque ele não deu causa. Por que ele não deu causa?

Há um método empregado por esta teoria para descobrirmos quem dá causa: faz de conta que tu és o atirador, te coloca no lugar dele, *ex ante factum*, isto é, de uma perspectiva anterior à ocorrência do fato. Então, verifica se é razoável do ponto de vista estatístico que com aquilo que tu fizeste o resultado ocorrerá. No exemplo: é razoável do ponto de vista estatístico que eu, dando um tiro em alguém, mate a pessoa no incêndio do prédio do hospital no qual é internada por força do disparo? Ou é ínfima essa possibilidade? A possibilidade é ínfima. Então, de outra maneira, usando o nome da teoria: dar um tiro em alguém é causa adequada para matá-lo no incêndio de um prédio? Inclusive o prédio do hospital onde é internado por força do tiro? Do ponto de vista estatístico, é ínfima essa possibilidade. Assim, não considerarei que o atirador deu causa. Pela Teoria da Equivalência, eu tinha que considerar, porque sem o tiro a vítima não estaria no hospital e não morreria no incêndio. Mas, pela teoria da causalidade adequada, não posso considerar. Por que essa teoria é uma teoria “neokantiana”? Porque é uma teoria valorativa. Está embutido nela um juízo de valor. Julgar se um comportamento é adequado ou inadequado para produzir um resultado do ponto de vista estatístico, de fato, é uma descrição ou é um juízo de valor? É um julgamento, é um juízo de valor, é a atribuição de uma carga axiológica, do grego *axioma*, valor, mundo do dever-ser. Portanto, trata-se de uma Teoria de Causalidade do mundo do dever-ser.

Outra teoria que surge justamente na etapa neokantiana – que diz que nada do ser é vinculante para o dever-ser – é a teoria do Hönig, a Teoria da Imputação Objetiva, na sua primeira versão, de 1930, transportada dos critérios de imputação objetiva desenvolvidos por Larenz para o Direito Civil. Transportada do Direito Civil para o Direito Penal, foca-se no pensamento de que não podemos estabelecer a imputação de um resultado no Direito, no mundo jurí-

dico, a partir da mera causação física. Neste ponto, assemelha-se à teoria da causalidade adequada.

Porém, dela se distancia a partir de uma diferença essencial. Esta diferença é a chave para entender a Teoria da Imputação Objetiva. É a seguinte: a Teoria da Causalidade Adequada queria estabelecer um novo modo de dizer quem e o que deu causa ao resultado; já a Teoria da Imputação Objetiva, desde a sua primeira versão e até hoje – presta atenção agora –, não é uma teoria que quer estabelecer quem deu causa a um resultado. Muito ao contrário, em crimes de resultado naturalístico, até hoje, exige-se a análise de se alguém deu causa pela velha Teoria da Equivalência, para depois empregarem-se os critérios de imputação objetiva. A Teoria da Equivalência aparece como pressuposto da Teoria da Imputação Objetiva nos crimes materiais.

A Teoria da Imputação Objetiva basicamente é uma teoria que pretende o seguinte: descobrir se eu posso imputar um resultado a quem deu causa. Isto é completamente diferente de descobrir se alguém deu causa. Digo mais: de uma maneira muito simples, a Teoria da Imputação Objetiva é um risco! Não no sentido da sociedade de risco, não no sentido do risco proibido... É um risco de giz no quadro-negro. Se eu tivesse um quadro-negro aqui, iria fazer um risco literal naquela equação que apresentei agora há pouco. Tenta visualizar como era a equação: dar causa é igual a sofrer a imputação do resultado no tipo objetivo. Sabe o que é a Teoria da Imputação Objetiva? É um risco nesse sinal matemático de igual (=), transformando-o no sinal matemático de diferente ( $\neq$ ). Dar causa é diferente ( $\neq$ ) de sofrer a imputação do resultado no tipo objetivo. Ou seja, para sofrer a imputação do resultado no tipo objetivo, se o crime for material, o agente tem que dar causa a ele, isso é necessário. Mas isso não é suficiente. Por que não é suficiente? Porque o critério usado para estabelecer que o agente deu causa é do mundo do ser (Teoria da Equivalência). Ora, se nada do mundo do ser vincula o mundo do dever-ser, para o mundo do Direito diz pouco o fato de o sujeito dar causa – enquanto fenômeno físico – a um resultado. O que interessa para o Direito é que a razão pela qual eu imputo um resultado a alguém certamente não passa por isso (dar causa como fenômeno físico), mas sim pelas pretensões do Direito. Então, a Teoria da Imputação Objetiva simplesmente estabelece o seguinte: dar causa não é suficiente para a gente atribuir um resultado a alguém. É necessário que atribuamos um resultado a alguém em Direito com base no ordenamento jurídico, como falava Hönig. Para fazê-lo, Hönig trabalhava com um critério curioso, hoje não trabalhado: o critério da pretendibilidade. Imputava um resultado a alguém quando havia, para este alguém, a possibilidade de colocar o resultado, da maneira como gerado, no campo de uma finalidade pretendível com o comportamento. Voltando ao exemplo do PC Farias, que leva o tiro e morre incendiado do hospital. Pelo critério de Hönig,

a imputação do resultado dependeria da resposta à seguinte pergunta: há uma pretendibilidade objetiva, no sentido de que pode o atirador pretender a morte por incêndio da vítima com um tiro? A resposta: não, não é pretendível esse resultado a partir da conduta. Ninguém pode pretender matar o PC no incêndio do hospital dando-lhe um tiro no quarto de casa. Este resultado é imprestável a partir deste comportamento, como fim. Sendo assim, eu não posso imputar o resultado a quem deu o tiro, ainda que ele tenha dado causa, pela velha e boa Teoria da Equivalência. A graça do pensamento de Hönl foi separar o “dar causa” de um lado e o “sofrer a imputação do resultado a partir de critérios jurídicos” de outro lado. Isso que é essencial, isso até hoje vale.

A Teoria da Imputação Objetiva até hoje é uma teoria que não quer estabelecer quem deu causa – até me incomoda um pouco quando ouço professores do penal dizendo assim: “a Teoria da Imputação Objetiva é um corretivo do curso causal”. Ela não é um corretivo do curso causal por uma razão simples: ela não é uma teoria para saber se o sujeito causou. Então, como pode ser um corretivo do curso causal? Toda teoria é sobre algo, tem um objeto. A Teoria da Equivalência das Causas tem por objeto saber se o sujeito causou o resultado. A Teoria da Imputação Objetiva surgiu para saber se o sujeito que causou poderia ou não sofrer a imputação do resultado no tipo, em crimes materiais (em crimes de meras atividades, não se analisa causação de um resultado porque o tipo prescinde de causar algo do ponto de vista naturalístico).

O que veio depois da etapa neokantiana? A etapa finalista. Esta etapa tem uma coincidência com o causalismo: orienta-se de novo pelo mundo do ser. Particularmente, orienta-se pela construção do sistema de análise de crime a partir da ideia fundante de uma conduta concebida ontologicamente, como fazer guiado por um fim.

O que propuseram os finalistas para imputar um resultado? Usaram o critério de imputação tradicional do causalismo, extraído do mundo do ser: a Teoria da Equivalência. Cuidado: causalismo e finalismo são iguais nesse ponto. Vou repetir: causalismo e finalismo são iguais no ponto em que atribuem um resultado a alguém no tipo pela causalidade, a partir da Teoria da Equivalência. Só que no causalismo não havia a divisão de TO e TS, tipo objetivo e tipo subjetivo, havia só TO. A análise do elemento subjetivo era feita na culpabilidade. Lá na culpabilidade, aquele público enorme que dera causa era reduzido às pessoas que tiveram dolo ou culpa. Sem um ou outro, o sujeito era absolvido.

Já no finalismo, como a *conduta* é descrita no tipo e, portanto, *um fazer final* é descrito no tipo, no TO descreve-se um fazer e no TS descreve-se a finalidade que guia o fazer. Assim, o fazer final está todo embutido no tipo, que reúne aspectos objetivos e aspectos subjetivos. Nesses termos eu imputo um resultado a alguém no TO porque deu causa, mas já no TS eu reduzo o público que



sofre a imputação àqueles que atuaram com dolo ou culpa. Basicamente, a imputação típica no finalismo funciona assim: o tipo objetivo é praticado por todos que dão causa (e dão causa pela Teoria da Equivalência). No tipo subjetivo é que se reduzirá o público tão grande que praticou conduta com tipicidade objetiva (público que, no causalismo, era diminuído na análise da culpabilidade, restrito a quem agia com dolo ou culpa).

Qual é o problema do finalismo? O mesmo do causalismo: se nada no mundo do ser vincula o dever-ser, não posso construir um sistema – conjunto de elementos dogmáticos que giram em torno de uma ideia fundante –, em torno da ideia fundante, extraída do mundo do ser, chamada conduta humana, como um fazer guiado por um fim. Afinal, se nada no ser vincula o dever-ser, uma ideia fundante para construção do sistema de análise de crime em Direito Penal tem que ser fornecida pelo próprio universo do dever-ser. Essa conclusão aparece na dogmática a partir de 1970, através do pensamento de Roxin, no livro *Política criminal e Sistema Jurídico Penal*, em que propõe o seguinte: em vez de termos uma ideia fundante para o sistema de análise de crimes extraída do mundo do ser, que é a conduta humana, como fazer final, coloquemos como ideia fundante do sistema algo que saia da própria estrutura do Direito, do próprio universo do dever-ser, do próprio universo da cultura. Esse algo é a função do Direito Penal. O que é funcionalismo? Coisa muito simples: é a construção de toda dogmática em torno da função do Direito Penal. Todos os elementos dogmáticos constituirão um sistema de análise de crime a partir da ideia fundante consistente na função do Direito Penal. O funcionalismo é isso. Claro que há vários funcionalismos, por uma razão também simples: um autor acha que a função do Direito Penal é uma; outro acha que a função do Direito Penal é outra. Assim, surge mais de um funcionalismo, porquanto gira ou muda a ideia fundante. Mas todos têm em comum o fato de que extraem um sistema de análise de crimes da função do Direito Penal.

Retomo uma pergunta singela, que vem lá do início da fala: o que eu atribuo e como eu atribuo? A função do Direito Penal vai dizer o que a gente atribui a alguém na Teoria da Imputação Objetiva e também vai dizer como se atribui. Se a função do Direito Penal for a proteção subsidiária de bens jurídicos, adivinha: atribuo a alguém o resultado naturalístico (modificação no mundo exterior) ou o resultado jurídico, que é a ofensa ao bem jurídico? Ora, se a função é a proteção subsidiária do bem jurídico, atribui-se o resultado jurídico. Este é um dado importante para situar atualmente a Teoria da Imputação Objetiva. O que se imputa objetivamente é a ofensa a um bem jurídico. Surge a dúvida: e se o crime exigir um resultado naturalístico? Ai tu antes verificas se o sujeito deu causa pela Teoria da Equivalência, que operará como pressuposto analítico. Esta causalção será necessária, mas não suficiente para o agente sofrer imputação.

Para sofrer a imputação do resultado jurídico, que é a ofensa ao bem jurídico – sugerida pela função de proteção subsidiária de bem jurídico atribuída ao Direito Penal – precisamos passar por critérios de imputação objetiva do mundo dos valores, extraídos da própria função.

Qual é o critério central num funcionalismo jurídico-penal em que a função do Direito Penal é proteção de bem jurídico? Criação de risco proibido para o bem jurídico! Afinal, se a função é a proteção de bem jurídico, só posso atribuir um resultado relevante para o Direito Penal a alguém – ou seja, imputar –, se esse sujeito criou risco para o bem jurídico. Assim o Direito Penal vai cumprir a sua função.

E se a função do Direito Penal for estabilizar expectativas de contato interpessoais, na linha de Jakobs? Ou seja, estabilizar o que eu espero de ti e o que tu esperas de mim? A norma faz com que quanto mais a sigamos, mais previsível seja o mundo. A norma permite-me ser profeta: eu não conheço ninguém aqui, ninguém me conhece, mas ninguém espera que eu vá dar um tiro em alguém durante esta palestra. Eu posso fazê-lo fisicamente? Posso, tenho braços ágeis. Também, pelo mesmo motivo, posso levar um tiro neste momento. Mas eu não conto com isso por força da norma de cultura (dever-ser). A norma faz o quê? Diminui o campo de esperas, o que eu espero de ti e o que tu esperas de mim. A ideia do Jakobs, de que o Direito Penal, através de suas normas, estabiliza expectativas de contato e firma os papéis sociais. Ele serve, em última análise, para firmar os papéis sociais.

Sabe o que eu vou imputar em uma Teoria da Imputação Objetiva que parte dessa função do Direito Penal de firmar papéis sociais? Imputarei a alguém a quebra de um papel social. Agora, não é um resultado jurídico e nem naturalístico. É um desvalor de ação, um comportamento desvalioso em si mesmo, e não pelo resultado natural (ser) ou jurídico (dever-ser) que produz.

E como eu vou imputar? Através da conclusão de que o sujeito ativo ultrapassou os limites do seu papel. Todo aquele que ultrapassar os limites do seu papel social, circunscrito pela norma, sofre a imputação, não interessando se deu ou não deu causa. Isso não interessa, isso é resultado naturalístico (conquanto, em crimes materiais, deva ser estabelecido por força da demonstração das elementares do tipo objetivo). E não sofre a imputação quem ficou dentro do seu papel social.

Vocês entenderam por que nós temos mais de uma Teoria da Imputação Objetiva? Elas, na atualidade, têm em comum o fato de que não atribuem um resultado a alguém porque simplesmente causa, no mundo do ser, bem como o que atribuem não é um resultado naturalístico, é um resultado jurídico. Pode ser um resultado jurídico de desvalor de resultado, ofensa ao bem jurídico (Roxin) ou de desvalor de conduta, quebra de um comportamento esperado (Jakobs).

Com critérios diferentes, mas todos na máxima neokantiana de desvinculação do dever-ser com o ser. Um “neoneokantismo”. Se nada do mundo do ser vincula o universo do dever-ser, o mundo do dever-ser há de possuir critérios próprios de imputação.

Para finalizar, trabalharemos rapidamente os critérios de Roxin, que propôs o modelo dogmático mais seguido de Teoria da Imputação Objetiva. Os critérios são três. Além de, no mundo do ser, ter de dar causa, pela Teoria da Equivalência, ao resultado naturalístico quando preciso (tipos materiais; fora deles, não se analisa isso), só vai sofrer imputação objetiva aquele que suportar critérios de imputação extraídos da função do Direito Penal e do mundo do dever-ser. A função é a proteção subsidiária de bens e os critérios são: 1) criação de risco proibido por bem jurídico; 2) realização do risco no resultado; e 3) verificação do âmbito de alcance do tipo.

Vamos pegar o primeiro critério: só posso atribuir, imputar um resultado a alguém no TO, no tipo objetivo, se o sujeito criou risco proibido. Se o risco que ele criou foi permitido, não. O gerente da CEEE ou da COPEL no Paraná, que determina a subida do operário no poste de luz, com equipamento de segurança adequado, para fazer uma manutenção, e o sujeito, por uma fatalidade, ou até descuido, cai, posso atribuir o resultado ao gerente da CEEE ou COPEL? Se ele forneceu o equipamento adequado, a prática laboral era uma prática permitida. Ele estava dentro do limite de permissão, estava dentro do patamar de risco permitido. Cuida que em uma sociedade de risco, o risco – como protagonista de tomadas de decisões políticas – faz com que eu expanda o campo de segurança e reduza o campo de permissão. O Beck fala genialmente que a sociedade de risco troca liberdade por segurança. Isso pode acontecer através da Teoria da Imputação Objetiva. Quem ficar dentro do patamar de risco permitido não sofre a imputação. Todos já ouviram falar de outro exemplo: o sobrinho que determina ao tio que atravesse o campo e busque lenha para acender a lareira, durante forte tempestade. Quer que um raio mate-o, para ficar com a herança. O sobrinho não sofre a imputação, porque é permitido exigir das pessoas que se desloquem, mesmo que chova. Senão, todo mundo, no dia de chuva, não precisaria ir ao trabalho... Trata-se de risco permitido, em que o agente não sofre a imputação do resultado, ainda que tenha dolo (queira a morte, pretenda-a) e ainda que dê causa (no exemplo, se não tivesse instigado o tio, este não iria sob chuva cruzar o campo e não morreria). Todo aquele que reduz o patamar de risco também não sofre a imputação. Se o sujeito fatalmente vai morrer por força de doença e o médico faz uma intervenção que prolonga a vida, mas o foco de risco que existia permanece o mesmo, sendo adiado seu desate, dando-se a morte, não se pode imputar o resultado ao médico. Ele reduziu o patamar de risco. Trabalham-se aqui outras situações que são quase de laboratório: troca de um

risco natural por outro, por exemplo. O que interessa aqui é o seguinte: quem criar risco permitido, ficar abaixo do risco proibido, não pode sofrer imputação. Isso ocorre nas situações de risco que não transcendem esse patamar, nas situações que o incremento de um risco pretérito não transcende esse patamar e nas situações em que o agente reduz o patamar de risco.

Segundo critério: realização do risco no resultado, é preciso que o risco criado pelo agente se plasme no resultado, se realize no resultado. Enfim, que o resultado seja a plasmação do risco criado. Se dou um tiro em uma pessoa, crio o risco de que ela morra do tiro e seus conseqüências. Acaso morra no incêndio do hospital, a morte derivou de uma fonte de risco diversa, e essa morte não plasma o risco que criei com o disparo. Então não se realiza o risco no resultado, ainda que eu o tenha causado pela teoria da equivalência. Não sofro a imputação. Outro exemplo interessante: quando o risco não determina o resultado, i.é, não há relação de determinabilidade entre o risco e o resultado, porque mesmo que a conduta não fosse ariscada, o resultado ocorreria. Trata-se do debate sobre as ações conformes ao Direito e como impactam na imputação objetiva. O Zaffaroni tem um exemplo que é divertido: o suicida criativo, o qual está na beira da BR, pendurado em uma árvore, esperando um caminhão passar para se jogar. Quando passar ele vai se jogar. Vem uma Scania a 140 km/h e ele se joga e morre. Tem até a dificuldade de calcular tudo, pela alta velocidade do caminhão, mas ele morre, dá certo o plano dele. Posso atribuir o resultado ao motorista? O advogado inteligente pergunta ao perito: se o motorista estivesse dentro do patamar de velocidade adequado a 80 km/h, por exemplo, haveria morte? O perito responde que, acima de 38 km/h, toda colisão seria fatal pela ruptura dos vasos, pois geraria X kg/força. Com esta resposta, o advogado argumenta ao juiz: meu cliente ultrapassou o patamar de risco com o excesso de velocidade, mas isso não determinou o resultado, porque ocorreria mesmo que estivesse dentro do campo de risco permitido. Não há relação de determinabilidade. O advogado absolveria seu cliente...

Terceira situação, para finalizar, em que não há realização do risco no resultado. É um exemplo meu, lá da Promotoria de Justiça da Assessoria de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça do Paraná, onde estou atuando. O Promotor de Justiça mandou do interior do Estado à PGJ um inquérito para apurar crime de prefeito consistente na morte de um catador de lixo, trágica, em um aterro municipal não cercado, como muitos dos aterros do Brasil. Já havia até ação civil pública contra o prefeito para adequar o aterro, inclusive quanto ao acesso, que era sem qualquer controle e franqueado a qualquer pessoa. Pois entrou o caminhão de lixo e estacionou para descarregar no aterro. Os catadores de lixo iniciaram a disputar o “melhor” lixo, tragédia social pura. Um deles viu uma carcaça de televisão e se jogou para dentro da traseira do caminhão, com a bas-

culante em funcionamento. O motorista já advertira os catadores para esperarem parar a máquina, mas não foi ouvido. Era muito valioso aquele lixo. E a pá basculante prensou o sujeito e matou-o. O Promotor de Justiça local viu o quê? Que o prefeito deu causa à morte, porque se houvesse cercado o aterro, não aconteceria o fato. Queria que se processasse por homicídio o prefeito. A questão é a seguinte: não podemos atribuir esse resultado morte ao prefeito, mesmo que se considere que ele deu causa. Por quê? Por causa do âmbito de alcance da norma violada por ele, prefeito. A norma que manda cercar o aterro, manda cercar o aterro por quê? Porque tem vetores bactericidas, de doenças que podem ser levados para a cidade. Assim, o acesso ao aterro tem que ser controlado por uma questão de saúde pública. Essa é a pretensão da norma, esse é o alcance da norma extrapenal violada. A norma extrapenal quer evitar a morte do catador na basculante do caminhão? Claro que não. Ela quer evitar problemas de saúde pública, não mortes como a do catador de lixo. Até porque, se o prefeito cercasse o aterro, simplesmente a disputa pelo melhor lixo seria no sinaleiro talvez. Arquiva-se o inquérito policial em relação ao homicídio. O prefeito pode responder por crime ambiental em relação às condições do aterro (art. 54, Lei 9605/98), mas não em relação ao homicídio. Outro exemplo: um Promotor me telefonou e disse: olha, um sujeito foi recolher os equipamentos que esqueceu num local alto, perto de Curitiba, onde foi pular de parapente. Eram umas oito horas da noite, noite fechada, inverno. Ele andou sobre uma pista de aviação com seu carro – usada como acesso até o local de onde ele pulou – recolheu o material dele, guardou e veio bastante distraído sobre aquela pista de aviação vazia, àquela hora, usando-a para atingir a estrada. Pois passou por cima de outro sujeito que estava, poeticamente, olhando as estrelas (“o céu estrelado sobre mim e a minha consciência dentro de mim”, novamente Kant...). O Promotor queria processar o sujeito porque ele quebrou cuidado, já que não pode andar de carro em pista de avião. Eu falei: meu amigo, há um problema aí. Por que não dá para andar de carro em pista de avião? Para não atropelar o sonhador? Não, não dá para andar de carro em pista de avião porque se pode causar acidentes com aviões. Essa é a meta de alcance da norma, distante de evitar o atropelamento ocorrido. Tu podes até trabalhar com algum outro descuido por parte do motorista para constituir o crime culposo, mas não esse de andar com automóvel em pista de aviação homologada. Entenderam o problema de âmbito de alcance da norma? Ele que vai determinar se se realizou o risco no resultado.

Eu não vou prosseguir. Falta, ainda, o critério relativo ao âmbito de alcance do tipo e toda a crítica à teoria da imputação objetiva. Não tenho como prosseguir porque meu tempo de fato se esgotou...

Quero, no entanto, deixar algumas críticas a essa teoria. A primeira delas: a teoria pretende que se faça uma imputação objetiva do resultado exclusivamente a partir de aspectos objetivos, abrindo mão de aspectos subjetivos. Porém, isso é inviável. Conforme o tipo de conhecimento detido pelo autor, há uma criação de risco que ele projeta e uma criação de risco que ele não projeta. Assim, por exemplo: para um sujeito qualquer, um médico clínico geral recomenda um determinado exame. Recentemente especialistas de ponta na matéria detectaram que o referido exame gera um prejuízo à saúde, até então desconhecido. A clínica geral, todavia, não conta com este conhecimento (ainda em consolidação) e não considera perigoso o procedimento. Deve haver a imputação do resultado lesivo eventual ao clínico geral? A resposta variará, segundo os conhecimentos (subjetivos) do clínico. Se o paciente foi a um clínico que – como seus colegas em geral – não tem o conhecimento refinado, não há imputação, pois o exame era um risco permitido. Se o clínico geral, no entanto, é tão estudioso e pesquisador que detém esse conhecimento, incomum para um clínico, caracterizando o denominado “conhecimento especial de autor”, é viável concluir pela não imputação do resultado, acaso ministre o exame e gere o evento lesivo? O primeiro não gera risco proibido porque a ciência médica não considera aquele comportamento perigoso, embora os cientistas de ponta já estejam vendo que é. O segundo gera risco proibido, pois ele tem um conhecimento especial, embora clínicos gerais não saibam. Na linha de Jakobs, se alguém busca um clínico geral, não conta com conhecimentos especiais e quer apenas o conhecimento de um clínico geral. Se um clínico geral não teria que enxergar como perigoso o exame, porque nenhum clínico geral o faria, aquela coincidência de um determinado clínico deter o conhecimento especial não teria qualquer relevo. Então, não se imputaria o resultado a ele. Ora, parece-me que não tem cabimento esta solução. Não dá para abandonar o dado subjetivo na análise de alguns aspectos da imputação e passar por alto o conhecimento especial de autor.

Segundo: quero que vocês cuidem com a manipulação de quando um risco é ou não é permitido, ou de quando há ou não há um papel social quebrado, porque é altamente manipulável a matéria. Há uma discussão, por exemplo, acerca de se o advogado pode receber honorário maculado na sua atividade, proveniente de crime (bens, direitos e valores), ou se, quando o faz, pratica lavagem, na forma do art. 1º, parágrafo 2º, inciso I, Lei 9613/98. Dialogam cliente e advogado: – Doutor, eu não tenho agora como pagar, mas o senhor leu aquele latrocínio do Diário Gaúcho semana passada? O Fusion aquele. O senhor pega o carro, pode pegar o carro. Esse advogado responde por lavagem, por na sua atividade profissional receber valores maculados, ou não responde?

Há uma construção doutrinária dizendo que o papel social do advogado é exercer a ampla defesa. Como parte da ampla defesa, há um direito do réu de escolher o seu advogado. Logo, o advogado age dentro do que dele se espera, até porque – naturalmente – não trabalha de graça. A construção apoia-se no Direito Constitucional e seu impacto no processo penal.

Constitucionalmente, porém, faz parte do direito de livre escolha do defensor, como aspecto integrante da ampla defesa, a garantia de que recaia sobre um excelente e caro advogado, mediante o uso de recursos provenientes de crime para o pagamento dos honorários? Ou seja, o Estado brasileiro assegura que o sujeito tenha melhor defesa porque ele é um criminoso bem-sucedido? E se o acesso ao defensor excelente e caro é garantido ao criminoso bem-sucedido pelo Estado brasileiro, o acesso à Defensoria implicaria uma restrição de possibilidades e numa automática eiva de violação da ampla defesa de quem dela se socorreu? Isso também é uma construção constitucionalmente válida? Se a advocacia é essencial à administração da justiça (a teor da Carta Constitucional) e a lavagem é um crime contra a administração da justiça, tem lógica dizer que o advogado cumpre seu papel social mesmo recebendo honorários maculados? Parece-me cristalino que não. Mas há conclusões no sentido de que, mesmo recebendo honorários maculados, o advogado cumpre seu papel social. Ora, que cumpre seu papel social fazendo a defesa, e cobrando por ela, não há dúvidas. Mas que o valor recebido a partir da cobrança, ainda que maculado pela origem criminosa, integre o papel social do defensor, é construção que não consigo aceitar. O que vejo na construção do argumento é a manipulação dos contornos do papel social (ou, mesmo, do patamar de risco permitido, noutro modelo de Teoria da Imputação Objetiva). Então, a recomendação final é: atenta, Promotor de Justiça, para a manipulação do papel social ou do patamar de risco. Ambos são muito manipuláveis como critérios. E, não obstante, fazem largo sucesso: o Projeto de novo Código Penal, em trâmite no Congresso, encampa-os no futuro artigo 14, parágrafo único (adota o modelo roxiniano). Vai na contramão de outros países, nos quais não se faz a previsão dos critérios na lei, até porque são critérios de interpretação. Então é isso, a recomendação final é: prestem atenção na manipulação do papel social ou do risco permitido.

Obrigado!

