

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

Murilo César Ferreira

**APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA
NOS CRIMES FALENCIAIS**

Nova Lima
2010

Murilo César Ferreira

**APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS CRIMES
FALENCIAIS**

Dissertação apresentada ao curso de pós-graduação Strictu Sensu da Faculdade de Direito Milton Campos como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Empresarial.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Vinícius José Marques Gontijo

Nova Lima
2010

FERREIRA, Murilo César
F383 s Aplicação da teoria da imputação objetiva nos crimes falencias./ Murilo César
Ferreira – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2010.

xxx f. enc.

Orientador: Professor Doutor Vinicius José Marques Gontijo

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área
de concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.

Bibliografia: f. xxx - xxx

1. Imputação Objetiva. 2. Crimes Falenciais. 3. Risco Permitido. 4. Direito
Penal. 5. Funcionalismo. I. Gontijo, Vinicius José Marques II. Faculdade de Direito
Milton Campos III. Título

CDU 347.736
343.535



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada " APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS CRIMES FALENCIAIS", de autoria do Mestrando Murilo César Ferreira, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Vinicius José Marques Gontijo
Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Nova Lima, 15 de outubro de 2010

Alameda da Serra, 61 – Bairro Vila da Serra – Nova Lima – Cep 34000-000 – Minas Gerais – Brasil. Tel/fax (31) 3289-1900

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de verificar a aplicabilidade da teoria da imputação objetiva nos crimes falenciais. Para tanto, analisou-se a evolução dogmática da ação e do tipo, até que se chegasse ao funcionalismo. Desde 1970, aproximadamente, começou-se a discutir e a se desenvolver um sistema entendido como racional-final ou funcional do Direito Penal. O funcionalismo tem, assim, na teoria da imputação objetiva uma forma de levar a efeito uma nova sistematização jurídico-penal. Dentre as diversas correntes que tentam explicar a aludida teoria, o referencial teórico da pesquisa centra-se nos ensinamentos de Claus Roxin - o principal sistematizador desta teoria. A partir do exposto, é possível constatar que o presente estudo não tem o intuito de esgotar todo o assunto, mesmo porque trata-se de uma questão infundável. Tal pesquisa visa apenas a aguçar a importância de se estudar a aplicabilidade da teoria da imputação objetiva nos crimes falenciais, tendo em vista a necessidade de aceitação da prática de condutas consideradas de risco permitido, a fim de que a atividade empresarial e o cumprimento das obrigações junto à comunidade de credores sejam mantidos.

Palavras-chave: Imputação Objetiva. Crimes Falenciais. Risco Permitido.

ABSTRACT

The present work aims to verify the applicability of the objective imputation theory in bankruptcy crimes. In order of that, we analyzed the evolution of dogmatic action and kind, until we reached the functionalism. Since 1970 or so, it began to discuss and develop a system understood as rational-final or functional in Penal Law. Functionalism has, therefore, on the theory of objective imputation a way to conduct a new penal-juridical systematization. Among the several current explanations that attempt to justify this theory, the theoretical research focuses on the teachings of Claus Roxin – the most important systematist leader of this theory. From what was exposed, it is clear that this study has no intention of exhausting the whole subject, not least because it is an endless question. This research aims only to sharpen the importance of studying the applicability of the objective imputation theory in bankruptcy crimes, considering the need for acceptance of the practice of risk behavior actions considered permissible, so that the business activity and compliance with the lenders community are maintained.

Key words: Objective Imputation. Bankruptcy crimes. Allowed Risk.

A minha *querida esposa*,
que fez do meu ideal o seu
ideal.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a *Deus*, por ter permitido mais esta evolução em minha vida; depois, à *minha família*, pela compreensão e apoio, à *Jullie*, companheira inseparável;

Aos *Professores Vinícius José Marques Gontijo e Luciano Santos Lopes*, pela paciência e os grandes ensinamentos.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O CONCEITO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA	12
2.1	Evolução dogmática das teorias da ação e do tipo penal	12
2.1.1	Teoria causal.....	21
2.1.2	Teoria neoclássica	28
2.1.3	Teoria final.....	32
2.1.4	Teoria social da ação	38
2.1.5	Funcionalismo no direito penal.....	43
3	A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO TIPO PENAL NO FUNCIONALISMO	60
3.1	Conceito	61
3.2	Elementos	65
3.3	Consequências.....	66
3.3.1	A diminuição do risco	67
3.3.2	Aumento do risco permitido.....	69
3.3.3	Âmbito de proteção da norma	71
3.3.4	Atribuição ao âmbito de responsabilidade de terceiros	73
4	NOÇÕES ELEMENTARES E EVOLUÇÃO DO DIREITO FALIMENTAR	76
5	A APLICABILIDADE DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL FALIMENTAR	87
5.1	A transposição do direito penal liberal para o direito penal econômico.....	87
5.2	A questão do bem jurídico no direito penal falimentar.....	92
5.3	O incremento do risco e o direito penal falimentar	98
5.4	Os fins protetivos da norma penal falimentar	100
5.5	As consequências da adoção da imputação objetiva no direito penal falimentar: uma técnica de dimensões – o tamanho de intervenção penal na esfera falimentar	103
6	CONCLUSÃO	108
	REFERÊNCIAS	110

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, com suas inovações e transformações, têm provocado a quebra de inúmeros paradigmas nos mais variados campos do conhecimento. E, nesse amplo conjunto de mudanças, o Direito Penal é, sem dúvida, um dos alvos a ser atingido. Distinguindo-se dos demais ramos do Direito, o Direito Penal - detentor do princípio da *ultima ratio*, ou seja, o de ser aplicado de forma subsidiária, tendo em vista a drasticidade de sua intervenção - inova-se com o surgimento do Direito Penal Econômico, o qual, por sua vez, também é reflexo da modernidade.

Trata-se de uma parte do Direito Penal cuja peculiaridade é promover a análise, não só de condutas lesivas à ordem econômica, como também das que afetam a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Dentre suas múltiplas derivações, encontra-se a análise dos crimes falenciais, a qual também carece de quebra de paradigma, ainda que se trate de uma legislação relativamente nova. É, então, nesse contexto, que o presente trabalho objetiva analisar a relação de causalidade existente entre conduta e resultado à luz da teoria da imputação objetiva.

Em sede doutrinária, imputação e causalidade são conceitos distintos quando da análise da conduta à luz da norma penal: a primeira trabalha com elementos naturais ou empíricos, e a segunda, com conceitos propriamente jurídico-penais e abstratos.

A adoção da teoria da imputação objetiva no Direito Penal, em especial no Direito Penal Falimentar, não pretende substituir a causalidade ou fazer-lhe às vezes. Como dito, embora sejam distintos os conceitos de causalidade e imputação, tem cada qual a sua oportunidade de subsunção da conduta à apreciação da norma penal.

Pretende-se, com a teoria da imputação objetiva, proporcionar ao operador jurídico, principalmente ao magistrado, que, quando da análise do caso concreto, opere os critérios de imputação objetiva com vistas a uma decisão mais justa. Para tanto, poderia, inclusive, negar subsunção típica à conduta cuja causalidade se enquadra

no ordenamento jurídico.

Com base na teoria da imputação objetiva, para a responsabilidade pessoal do falido não basta a existência de uma conduta (ação ou omissão). Indispensável torna-se que entre a modificação do mundo - juridicamente relevante - exista uma ligação que possibilite atribuir-se ao falido, como obra sua, o resultado penalmente significante.

Para a realização deste trabalho, será buscada em Claus Roxin a base da fundamentação da aludida teoria. Tal escolha justifica-se por ser ele o precursor e o principal sistematizador da teoria da imputação objetiva e, ainda, por apresentar o maior grau de desenvolvimento e repercussão na doutrina penal brasileira e estrangeira.

Cabe ressaltar, por fim, que este trabalho não objetiva analisar separadamente cada tipo penal contido na Lei nº 11.101/2005, mas, sim, verificar de maneira generalizada a viabilidade e aplicabilidade da teoria da imputação objetiva no Direito Penal Falimentar. Dessa forma, o operador jurídico, através da importação de novos postulados, conseguirá solucionar problemas decorrentes da prática de condutas realizadas pelo falido, caracterizadas pelo risco, mas que objetivam atender ao fim a que se propuseram, ou seja, garantir a manutenção do empreendimento e a satisfação de seus compromissos legais.

2 O CONCEITO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA

2.1 Evolução dogmática das teorias da ação e do tipo penal

Por se tratar de uma pesquisa cuja finalidade é a verificação da aplicabilidade da teoria da imputação objetiva nos crimes falimentares, torna-se necessário proceder a um estudo sobre a evolução das teorias da ação e do tipo penal. Busca-se com o citado estudo encontrar um suporte capaz de explicar o objeto principal da pesquisa.

No século XIX, vários pesquisadores, principalmente da Itália e Alemanha, voltaram seus estudos para a essência do direito de punir e dos objetivos a que a pena se destinava, objetivando, assim, adaptar as leis criminais aos preceitos liberais do Iluminismo.

Posteriormente, em decorrência desses estudos, surgiu a Escola Clássica do Direito Penal, a qual buscava a supressão e, em alguns casos, a diminuição de algumas penas, além de defender que todas as pessoas, cumpridoras ou não da lei, fossem tratadas com respeito e humanidade. Tal atitude apresentava-se como uma resposta ao rigor da Idade Média.

A Escola Clássica, cujo princípio norteador era a política social pregada na Revolução Francesa, buscava sistematizar, juridicamente, os direitos e a dignidade humana. Luis Jiménez de Asúa (1950, p. 31-33) explica que

(...) a Escola Clássica procurou sistematizar juridicamente os direitos fundamentais do homem e do cidadão. Embora a expressão clássica indique consagração ou autoridade, vale notar que a Escola Clássica não representou sistema uniforme e coeso de posicionamentos doutrinários. Muito ao contrário, o classicismo acolheu grande variedade de tendências, e entre os pontos de convergência está a percepção do crime como um ente jurídico-abstrato.

Nas palavras de Giuseppe Bettiol (2000, p. 13):

A Escola Clássica vivenciou, em um primeiro momento, o período denominado filosófico, ou teórico, em que o pensamento jusnaturalista de Grócio e o contratualismo de Rousseau, que se posicionavam no sentido da existência de sistema de normas jurídicas anterior e superior ao Estado, influenciaram César Beccaria a contestar a legitimidade dos governos tiranos e a colocar em movimento o impulso inicial para a formulação de uma doutrina para os delitos e as penas.

Cesar Beccaria defendia que a aplicação do poder repressivo do Estado deveria pautar-se no respeito à dignidade humana. E, norteado por essa linha de pensamento, publicou a obra "*Dos delitos e das penas*" (1764), cuja temática compunha-se de críticas intensas ao aludido sistema. O autor sustentava, ainda, que a pena deveria ser aplicada na proporção do dano causado, devendo-se evitar, então, possíveis excessos por parte do Estado.

Com a consolidação das teorias da Escola Clássica, o crime passou a ser compreendido como um ente jurídico abstrato. Francesco Carrara foi um dos defensores dessa concepção. Cabe ressaltar, nesse contexto, conforme apresentado por Aníbal Bruno (1967, p. 97), que a doutrina do citado autor tornou-se a expressão definitiva da corrente clássica na Itália, onde a metafísica jusnaturalista influenciou o Direito Penal e exigiu que a pena adquirisse, essencialmente, uma função retributiva.

Francesco Carrara passa, então, a analisar o Direito Penal sob o foco científico, o que contribuiu também para fortalecer o processo de humanização do aludido ramo do Direito, com a publicação, em 1859, da obra "Programa do Curso de Direito Criminal".

A Escola Clássica, segundo Francesco Carrara (1956, p. 50, v. I) fundamentou a responsabilização do indivíduo pela transgressão à norma jurídica. Explicava que a ideia geral que estabelecia os contornos do delito era a violação, ou abandono, da lei. Nesse sentido, a pena apresentava-se como um instrumento de proteção da ordem jurídica.

Nota-se que a referida concepção situa a conduta humana numa posição de

destaque na análise do crime. Trata-se, portanto, de um elemento de grande importância para que se concretize a consumação de um delito.

Fernando Galvão (2007, p. 123), baseando-se na abordagem de Francesco Carrara, defende que a noção de delito não poderia ser deduzida nem do fato material nem da proibição legal, isoladamente considerados, mas, sim, do conflito entre aquele e esta. Conclui-se, então, que a Escola Clássica concebeu o crime como uma violação às leis do Estado, e não apenas como ação humana.

Acontece, porém, que, com o passar dos tempos, as teses sustentadas pelos classistas mostraram-se cientificamente insatisfatórias, devido à falta de uma unidade de doutrina ou de um corpo harmônico de princípios coerentes. Fernando Galvão (2007, p. 123), citando Jiménez de Asúa, bem explica essa ineficácia da Escola Clássica, ao afirmar que:

Não obstante a louvável tentativa de sistematizar teoricamente o crime e a resposta penal, a despreocupação em conhecer cientificamente a realidade humana e as causas da delinquência inviabilizou o estabelecimento de remédio mais adequado ao combate à criminalidade. O conceito normativista de crime utilizado pelos clássicos, a que se pode chamar de deontológico, não foi capaz de resolver os problemas teóricos relativos à ação, ao dolo, à culpa *stricto sensu* e à culpabilidade. Dessas aporias, surgiu a necessidade de iniciar-se a busca por uma noção ontológica do delito.

Hegel (1997, p. 116) foi quem primeiro trabalhou com a concepção de conduta humana sob o foco do direito penal. A definição de ação era compreendida como: “a expressão da vontade como subjetiva ou moral é a ação”, ou seja, o crime, na concepção de Hegel, compunha-se de um movimento físico, de um resultado, de um nexos causal entre ação e resultado, bem como da ligação mental entre o autor da ação e o evento produzido no mundo exterior.

A partir da concepção de ação apresentada por Hegel, a ideia de ação foi tratada como o ponto precursor para a construção do conceito de crime. Esse só ocorreria em decorrência da prática de uma ação humana motivada por um querer, que deve ser considerado como manifestação da racionalidade racional. A pena seria, assim, uma consequência jurídica da realização da ação contrária à lei.

Para Hegel (1997, p. 110 e ss.) o rigor na aplicação da pena, a exemplo do critério

de Talião, não serviria para dignificar o criminoso, nem mesmo para aproximar a isonomia entre os valores afetados.

Com a visão de Hegel, verifica-se que a tese sustentada pela Escola Clássica perde campo para concepções científicas, na medida em que a pena, a qual deveria ter natureza retributiva, conseguiria diminuir o índice de criminalidade. Essa nova concepção do Direito Penal tem em Von Feuerbach seu principal defensor e criador. Foi Von Feuerbach (1989, p. 61) quem formulou a teoria da coação psicológica da norma jurídico-penal e fundamentou a aplicação da pena, não em seu caráter de retribuição, mas como instrumento de intimidação e prevenção geral.

Nota-se que o posicionamento da Escola Positiva é totalmente contrário ao da Escola Clássica, visto que para aquela o homem é considerado como o centro das atenções, pois só esse pode ser autor de um crime. E o crime, por sua vez, deixa de ser um ente jurídico e passa a ser compreendido como fato decorrente da ação humana.

Carlos Fontán Balestra (1953, p. 75), baseando-se nos estudos realizados por César Lombroso, salienta que o autor de um crime é um ser que vive em sociedade; a razão e o fundamento da pena encontram-se na defesa da sociedade e o fato delituoso decorre de uma personalidade anômala. Ainda defende que a concepção do livre-arbítrio deve ceder lugar ao determinismo, e a pena não pode mais ser um castigo.

A Escola Positiva fez com que a responsabilização penal abrangesse um número maior de pessoas e, conseqüentemente, novos critérios de aplicação de pena foram criados.

Fernando Galvão (2007, p. 127), citando Garofalo, menciona que:

A consequência da aplicação dos postulados positivistas quanto à responsabilização penal foi a ampliação do número de indivíduos responsáveis e a modificação do critério de aplicação das sanções. Abandonando o princípio diretor do livre-arbítrio, que indagava a respeito do discernimento e da liberdade de escolha do indivíduo sobre os atos que pratica, a Escola Positiva defendeu que a sociedade possui o direito de se

defender dos ataques de qualquer indivíduo que lhe seja perigoso. Percebeu, porém, que a sanção dirigida ao indivíduo perigosamente insano não poderia ser da mesma natureza que a sanção dirigida aos indivíduos mentalmente íntegros.

Essa alteração na compreensão do crime - em que se saiu da concepção de ente jurídico e passou-se para a análise da conduta humana - tornou-se o fator inicial para a elaboração dos conceitos analíticos de crime, na medida em que se definiam quais condutas eram consideradas juridicamente proibidas,.

Assim, a doutrina penal começa a reunir fundamentos de compreensão do crime objetivando definir quais comportamentos humanos são reprováveis e devem ser puníveis, situação que limitaria o poder sancionatório do Estado, o qual seria aplicado de maneira segura e eficiente.

Eugenio Raúl Zaffaroni (1981, v.III, p. 15) trouxe que a doutrina atribuiu a Tiberio Deciano, jurisconsulto italiano, a primeira formulação sistemática do delito, em 1590, na qual definia o crime como fato humano proibido por lei, sob ameaça de pena, para o qual não se apresentava justa causa para a escusa.

Fernando Galvão (2007, p. 129) diz que:

As formulações teóricas que buscaram a estratificação analítica do delito receberam grande influência do pensamento alemão, sendo trabalhadas por Feuerbach antes mesmo da Escola Positiva italiana, que percebia o delito como ação antijurídica e culpável, bem como por Stubel, contemporâneo de Carrara, que realçou a distinção entre injusto e imputação do fato.

Acrescenta Juarez Tavares (1980, p. 13) que em Feuerbach podem-se encontrar os verdadeiros primeiros indícios de um conceito analítico de delito, em sua definição de crime como ação antijurídica, cominada em uma lei penal.

Para melhor compreensão do quanto se dava importância à conduta humana na concepção da Escola Positiva, torna-se necessário apresentar uma rápida explicação a respeito dessa Escola, a qual parte do pressuposto de que todo crime é uma conduta - em sentido amplo, como ação e omissão – uma forma de agir humano.

A conduta humana tem como função afastar do âmbito de incidência do direito penal tudo o que não for forma de manifestá-la. Na verdade, objetiva definir um primeiro filtro dentro da teoria analítica do crime, como dito por Manuel Vallejo Jaén (1994, p. 13), ao afirmar que a compreensão do que é conduta humana visa “*establecer el mínimo de elementos que determinam la relevancia de un comportamiento humano para el derecho pena*”¹.

Fala-se em filtro porque, antes de se proceder a uma análise quanto à tipicidade do comportamento, analisa-se, primeiramente, se a conduta é humana.

A respeito da necessidade de se definir o que se enquadra como conduta humana, Fábio André Guaragni (2009, p. 34-35) salienta que

é inegável que o manejo doutrinário de um conceito de conduta que atua no sentido de descartar fenômenos que o direito penal não pode atingir – por não se amoldarem como conduta humana – acaba por tocar, em favor do indivíduo, seu âmbito de liberdade, à medida que fixa uma barreira a mais para o exercício do *jus puniendi* estatal, erigindo mesmo verdadeiro pressuposto para um direito penal democrático e garantista, contribuindo para não superdimensionar o poder punitivo do sistema penal.

No entanto, durante o século XIX, até o surgimento da teoria causal-naturalista, não era comum considerar a conduta humana como sendo elemento do crime. A literatura penal não se dedicava à análise isolada da ação/omissão praticada pelo homem. Como exemplo, cita-se o Tratado de Direito Penal Comum, de Von Feuerbach, com primeira edição ocorrida no ano de 1801. Fábio André Guaragni (2009, p. 56) menciona que é certo que Feuerbach reportou-se à ação ao definir crime como “uma ação contrária ao direito do outro, cominada em uma lei penal”.

Entretanto, verifica-se que o autor não tomou a ação como elemento autônomo, senão como parte componente do elemento objetivo do crime, uma vez que dividia – efetivamente – a análise do delito em aspecto exterior, quando abordava as “distintas formas de causalidade (efetividade) da ação acerca do resultado”, e aspecto interior, representado pela apreciação das “diferenças na causa interna (psicológica) da própria ação”.

¹ “estabelecer o mínimo de elementos que determinam a relevância de um comportamento humano para o direito penal”.

Manuel Vallejo Jaén (1994, p. 19) caracteriza como “vago” o conceito apresentado por Feuerbach, atribuindo-lhe, inclusive, certa “obviedade”, pelo fato de a ação estar presente em todo o crime. Provavelmente, a explicação da ausência de autonomia para a categoria da ação esteja na visão do crime, menos em sua dinâmica ou execução e mais como um recorte da realidade, um determinado estado de fato.

A partir desses conceitos, constata-se que o importante era definir se o agente de uma conduta era ou não responsável pelo acontecimento contrário à lei, ou seja, se caberia imputação do resultado ao agente ou não. Daí surgiu, conforme dito Fábio André Guaragni (2009, p. 58), uma teoria da imputação, a qual analisava a existência de crime baseando-se na *imputatio facti* e a *imputatio juris*.

Fábio André Guaragni (2009, p. 58) cita que a análise da existência do crime e a consequente definição da teoria da imputação ocorriam com base nas duas etapas citadas acima, operando da seguinte maneira:

Primeiro, realizava-se a *imputatio facti*, ou imputação do fato. Para tanto, duas subetapas eram percorridas: (a) fazia-se a verificação da ligação física entre a conduta do agente e o resultado (liame ou nexo causal), determinando-se este como decorrente daquela, o que para os italianos constituía o elemento do crime denominado “força física”, (b) checava-se, na sequência, se havia um vínculo mental entre o agente da conduta e o resultado (liame ou nexo psíquico), o que os italianos chamavam força moral. Presentes os vínculos causal e psicológico, aperfeiçoava-se a *imputatio facti*.

Quanto a *imputatio juris* diz o autor que

se realizava numa única operação, consistente em confrontar o ordenamento jurídico-penal com o fato imputado ao autor. Para isso, recorria-se à punibilidade. Haveria crime acaso houvesse previsão de pena para o fato imputado ao agente.

Com a teoria da imputação, objetivava-se determinar os passos para se responsabilizar alguém pela prática de crime. Vale ressaltar que, no início do século XIX, inicia-se o período codificador do direito penal, com o surgimento de textos legislativos que expressavam o pensamento jurídico-penal produzido durante o movimento iluminista do século XVIII. E, ainda nesse período, ocorreu o abandono das penas capitais e de flagelos físicos, conforme explicado por Fábio André

Guaragni (2009, p. 59).

Cabe ressaltar que, embora a teoria da imputação - adotada pelo direito penal italiano e também pelos alemães - começasse a ser superada, isso acontecia, em parte, devido à influência dos mesmos. Fábio André Guaragni (2009, p. 59), citando Von Feuerbach, traz que o aludido autor, ao abordar as “distintas formas de causalidade (efetividade) da ação acerca do resultado” como elemento objetivo do crime, acabou por isolar esse elemento da culpabilidade.

Nesse sentido, Claus Roxin (2007, p. 236) ressaltava que Luden, em 1840, distinguiu no crime: um fenômeno delitivo, provocado por uma ação humana; a antijuridicidade dessa ação; e a qualidade dolosa ou culposa desta ação. Importante ainda observar que a conduta humana (ação) é colocada como o primeiro elemento do crime. Além disso, há uma clara distinção e independência no que envolve a ilicitude e culpabilidade.

Diante da rápida explanação sobre a evolução da conduta humana como fator definidor do crime, verifica-se que a análise do crime passa a ser feita de forma bipartida, utilizando-se de um critério objetivo-subjetivo, como citado acima. Nesse âmbito, o crime - injusto penal - compreendia o aspecto objetivo; e a culpabilidade, o aspecto subjetivo. Ressalta-se que o denominado critério objetivo definidor do crime é o que, nos dias atuais, denomina-se como ação típica e antijuridicidade.

A noção de antijuridicidade objetiva foi inserida no Direito Penal por Liszt e Beling, para a formulação do conceito causal-naturalista de delito, como mencionado por Fernando Galvão (2007, p. 130). Acrescenta Welzel (1987, p. 61) que, para sustentar a rigorosa divisão entre os aspectos objetivos e subjetivos, os citados autores percebiam a conduta humana como um movimento causal, desvinculado de sua finalidade motivadora. Já a finalidade da conduta humana, compreendida como aspecto subjetivo do delito, somente seria analisada quando do exame da culpabilidade.

A primeira noção de culpabilidade é atribuída a Merkel, o qual reuniu dolo e negligência sob um conceito superior de determinação da vontade, contrariamente

ao dever, conforme Fernando Galvão (2007, p. 130).

Para Hans Welzel (1987, p. 63), o critério objetivo-subjetivo não se mostrou por todo eficiente, pois, ao afirmar que o injusto é puramente objetivo, leva à dedução da existência de uma conduta humana desprovida de vontade. Acrescenta, ainda, que a fragilidade de tal critério mostra-se bastante evidente diante de questões práticas como, por exemplo, a punibilidade da tentativa, visto que, nessa situação, não se detecta o comportamento proibido pela norma jurídica. Afirma o teórico que, na situação da punibilidade da tentativa, faz-se necessária a análise do elemento subjetivo.

As concepções apresentadas pelos teóricos das escolas Clássica e Positiva explicitaram que, para uma correta análise da responsabilidade do autor de um fato contrário ao ordenamento jurídico, exige-se a formulação de um conceito gradativo de delito, que propicie o avanço das considerações por meio de um procedimento que guarde obediência a uma ordem lógica.

Fernando Galvão (2007, p. 133), diz que:

Os sistemas teóricos, inicialmente, distinguiram o sujeito do objeto do delito. Por sujeito do delito identificou-se o indivíduo que o praticou, e por objeto, a conduta descrita como punível. Realmente, no fato punível, existe uma conduta, lesiva ou potencialmente lesiva a bens jurídicos, e seu respectivo autor. Assim, a primeira indagação do trabalho analítico do delito apresenta-se na escolha do referencial: o autor ou a sua conduta.

A partir desse posicionamento, nota-se que, se a análise da responsabilização penal da conduta for feita sobre o foco do autor, ocorrerá um desvirtuamento do Direito Penal, pois passar-se-á a analisar pessoas e não a prática de condutas contrárias à lei. Por outro lado, se a análise de responsabilidade parte da conduta humana, o Direito Penal consegue atingir sua finalidade, que é a individualização da pena na medida da sua culpabilidade.

Após concluir que a melhor forma de determinar a responsabilidade penal é pela conduta, Fernando Galvão (2007, p. 134) alerta sobre a importância da decisão sobre qual a concepção de conduta jurídico-penal relevante será utilizada na

conformação do conceito analítico do delito. Se extraída do dispositivo legal, ocorrerá um descarte da essência naturalística e, conseqüentemente, a definição de conduta dar-se-á por conceito jurídico abstrato. Entretanto, a definição de conduta poderá ocorrer com base em características naturais do objeto ao qual se refere. Dessa forma, a definição será considerada pré-jurídica ou ontológica.

A ação, para que se enquadre no conceito jurídico-penal, deve definir que comportamentos serão considerados socialmente reprováveis, a fim de que se alcance uma unidade conceitual.

Encontrar o melhor conceito de ação foi uma tarefa árdua para os penalistas do século passado, fato que ainda hoje o é. E, com certeza, isso guarda relação com a evolução dogmática jurídico-penal, situação que ocasionou o surgimento das teorias – causal, neoclássica, final e social - as quais apresentavam a estrutura jurídica do delito de modo diverso.

2.1.1 Teoria causal

O apogeu dessa teoria remonta ao final do século XIX e início do século XX, mais precisamente a partir de 1880 em diante, sendo dominante na doutrina por cerca de três décadas. Fábio André Guaragni (2009, p. 69) demonstra em sua obra que a teoria causal tinha como matriz filosófica o positivismo naturalista, que dominava o pensamento científico naquele final de século.

Pela perspectiva do positivismo naturalista, para que qualquer ramo do conhecimento humano recebesse o reconhecimento de científico, era necessário que ocorresse uma demonstração da veracidade de seus conceitos, a qual deveria ser orientada pelos critérios das ciências exatas e naturais. O positivismo defendia a idéia de que o conhecimento científico é a única forma de conhecimento verdadeiro; ao passo que a metafísica não tinha qualquer valor.

A validade de um conceito de qualquer ramo do conhecimento estava pautada no

método empírico, ou seja, o conceito surgia da repetição de uma experiência por inúmeras vezes e, conforme o resultado provocado, extraía-se uma lei, como sendo regra geral. Como defendido pelos filósofos, o conceito surgia de dois procedimentos metodológicos: observar e descrever o fenômeno. Esse método estava voltado às ciências do ser e buscava considerá-lo como é na realidade.

Fábio André Guaragni (2009, p. 70) aponta que

(...) as ciências do ser basicamente descrevem os fenômenos naturais como relações de causa e efeito: todo efeito possui causas cuja constatação é fisicamente possível. Mais: o que não for redutível a esta relação de causa e efeito não merece ocupar posição de fenômeno científico.

Nesse sentido, torna-se difícil incluir o Direito Penal como ciência, visto que o mesmo encontra-se no campo da ciência cultural, o que impossibilita a comprovação de um resultado, no aludido ramo do direito, pelo método do observar e descrever. E a resposta é óbvia, pois o Direito Penal é uma ciência social aplicada que fixa residência no mundo das idéias, na medida em que provém de acordos interpessoais (sociais, jurídicos e culturais) que, em dada época, foram objeto de um consenso, ou ao menos majoritário, fazendo surgir o dever ser.

Daí surge o choque com o positivismo, pois como dito por Fábio André Guaragni (2009, p. 71), não há como demonstrar a validade científica de proposições produzidas por uma ciência do dever ser, de traço cultural, fazendo-se o uso do método empírico de observar e descrever. Isso porque são próprios das ciências naturais (do ser) as presas a fenômenos físicos.

Acrescenta ainda o autor (2009, p.71) que

(...) o direito penal – ciência do *dever ser* -, para não perder o *status* científico naquele caudal de idéias positivistas naturalistas que o envolviam ao cabo do século XIX, findou por adaptar-se às regras do jogo. Assim, passou o pensamento jurídico-penal a reduzir sistematicamente tudo quanto interessasse em campo de direito penal a uma relação de causa e efeito.

Dessa forma, esclarece Fábio André Guaragni (2009, p. 71) que o crime foi compreendido como sendo um fenômeno social – defendido por Enrico Ferri -, cuja

causa motivadora de seu cometimento estaria situada num determinismo sociológico que a levaria a delinquir. De outro lado, com o mesmo foco, a causa do cometimento de um crime era justificada por padrões genéticos – defendida por Cesare Lombroso. Vê-se que o cometimento de um crime não era caracterizado pelo livre arbítrio, estando marcado por fatores sociais ou patológicos, conforme a corrente a ser seguida, dando cabo a uma criminologia clássica, que explica o crime a partir do estudo do ser, como fato social.

Percebe-se que a doutrina penal positivista naturalista procura se afirmar através da busca de classificações, sistematização e identificação de elementos, com critérios objetivos e valorados e tem em Liszt-Beling os responsáveis por apresentarem o conceito de crime no período causal-naturalista.

Nesse sentido, Franz Von Liszt definiu crime como sendo a conduta antijurídica, culpável e punível. Explicando melhor, o aludido doutrinador (1899, p. 183) afirma que:

Crime é o injusto contra o qual o estado comina pena e o injusto, quer se trate de delito do direito civil, quer se trate de injusto criminal, isto é, do crime, é a ação culposa e contrária ao direito. Destas definições resulta imediatamente a construção sistemática da teoria do crime. Devemos considerar o crime primeiramente como injusto e, portanto: a) como ação, b) como ação contrária ao direito, c) como ação culposa; ao que acresce d) a indagação da diferença entre o injusto punível e o não punível.

Entretanto, esse conceito apresentado por Von Liszt, que procurava distinguir um ilícito penal do civil pelo critério da punibilidade, futuramente, mais precisamente em 1906, foi reestruturado por Beling.

Luiz Luisi (1987, p. 13-15) observa que com Beling superou-se o antedito defeito, pois, ao reelaborar a ideia de *Tatbestand* – ou “estado de fato” -, que de *corpo de delito* passou a significar mecanismo puramente seletivo de condutas, mediante sua descrição em lei, criou a noção de *tipo*.

Com esse posicionamento de Beling, a punibilidade deixa de ser o fator diferenciador entre o ilícito penal e o ilícito civil. Para esse autor (1944), analisar-se-ia se a conduta humana encontrava enquadramento no tipo. Sendo positiva a

resposta, estaria diante da tipicidade; em seguida, analisar-se-ia a conduta sob a ótica da ilicitude - caráter objetivo -, e da culpabilidade - caráter subjetivo -, como únicos juízos de desvalor.

Como dito por Beling (1944, p. 61):

*(...) con la afirmación de la existencia de una causación (...) no se afirman ni la antijuricidad de la acción típica, ni su culpabilidad (...) la culpabilidad es un concepto jurídico-normativo, relativo a la faz interna, mientras que el de causalidad es descriptivo y yace em el campo externo*².

A partir desse posicionamento, o crime, no sistema analítico, passa a ser compreendido como uma conduta humana típica, antijurídica e culpável. Ressalta-se que o critério bipartido (objetivo-subjetivo) foi mantido, como dito por Juarez Tavares (1980, p. 20):

O delito, em seu conjunto, não se consome, todavia, na causalidade objetiva da conduta. Além desta, exige-se, para sua completa integração, que o agente tenha também se ligado ao resultado, em seu conteúdo, subjetivamente. Fazendo-se da causalidade objetiva e do liame subjetivo partes constitutivas essenciais do delito, dissocia-se sua análise, conseqüentemente, em dois estágios legais, de maneira que a primeira (causalidade) se encontra caracterizada na tipicidade e na antijuridicidade, e a última parte (vínculo psicológico) constitui a base da culpabilidade.

Fábio André Guaragni (2009, p. 74) ressalta que o sistema clássico de grande influência no século XX continua até hoje a influenciar o conceito analítico do crime como “conduta humana típica, antijurídica e culpável”: apenas os conteúdos de cada um desses estratos ou escalões é que foram modificados por força da evolução dogmática jurídico-penal.

Do conceito de crime formulado pelo sistema clássico, verifica-se que a conduta humana foi reduzida a uma circunstância de causa e efeito, sendo uma consequência lógica do fundamento positivista. Von Liszt (1899, p. 183) dizia que:

² (...) com a afirmação da existência de uma causação (...) não se afirmam nem a antijuridicidade da ação típica, nem sua culpabilidade (...) a culpabilidade é um conceito jurídico-normativo, relativo à face interna, enquanto que o de causalidade é descritivo e situa-se no campo externo”.

Ação é, pois, o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. (...) Destarte são dados os dois elementos, de que se compõe a idéia de ação e, portanto, de crime: ato de vontade e resultado. A estes dois elementos deve acrescer a relação necessária, para que eles formem um todo, a referência do resultado ao ato. Em dois casos referimos a mudança do mundo exterior à vontade humana: 1) quando a mudança foi causada voluntariamente; 2) quando voluntariamente não foi impedida.

Do entendimento de Liszt surgem as duas formas de manifestação da ação – comissão e omissão, e, conseqüentemente, despontam as duas formas do crime ser cometido.

Dos ensinamentos de Liszt extrai-se que o crime estaria configurado se houvesse conexão causal entre o movimento corpóreo (comissivo ou omissivo) e o resultado, sendo que, suprimindo a ação e caso o resultado não ocorresse, afirmar-se-ia que o movimento corpóreo teria sido a causa do resultado, ou seja, que este é efeito daquele.

Enfim, Liszt compreendia a conduta humana como sendo um movimento corpóreo voluntário causador de um efeito, que culminaria com a modificação no mundo exterior.

Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 363), em seus estudos, mencionam o posicionamento de Liszt pontuando que:

Para o conceito positivista da teoria causal da ação, esta é uma “enervação muscular”, isto é, um movimento voluntário – não reflexo - mas no qual é irrelevante ou prescindível o fim a que esta vontade se dirige.

Nota-se, então, que esse conceito clássico considerava a ação como mero movimento corpóreo voluntário, e o resultado causado pela mesma era interpretado como uma modificação indesejável do mundo exterior.

Sob a ótica da teoria causal, Luciano Santos Lopes (2006, p. 19-20) diz que:

O conceito causalista de ação penalmente relevante traduz-se na manifestação humana voluntária, causadora de resultado (modificação) no mundo exterior. Há uma grande valoração do resultado físico, em detrimento da conduta. O que importa verificar é se a relação causa-resultado foi bem sucedida.

O conceito de ação na teoria causal tem por base apenas o conceito jurídico da ação, não leva em consideração os fatores motivadores (aspectos subjetivos) da conduta, fato que promove um desvio da atenção sobre a ação propriamente dita.

Entende-se essa ausência de fatores motivadores da conduta como um esvaziamento de tudo o que possuísse perfil de livre-arbítrio, excetuando-se apenas a voluntariedade, visto que essa era compreendida como movimento corpóreo necessário para modificar o mundo externo. Von Liszt (1899, p. 197) dizia que: “A voluntariedade na comissão ou na omissão não quer dizer livre-arbítrio no sentido metafísico, mas isenção de coação mecânica ou psicofísica”.

Nesse sentido, verifica-se que, para a teoria causal, bastava um movimento corpóreo voluntário, causador de uma alteração no mundo exterior - geração de um resultado -, para configurar a conduta humana. Conseqüentemente, o tipo penal estaria configurado.

Rogério Greco (2008, p. 384-385), citando Von Liszt, destaca que:

ação é o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança no mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado.

Pouco interessava, para a configuração do tipo penal na teoria causal, qual a finalidade da conduta humana, ou seja, o *para quê* da conduta. Nesse sentido, Santiago Mir Puig (2007, p. 155) defende que:

O ‘impulso voluntário’ só importava como causa da conduta externa, sendo indiferente o conteúdo da vontade e se o mesmo se dirigia ou não a realizar o fato produzido, contanto que houvesse causado o movimento corporal externo. A direção final da vontade não importa ao conceito causal de ação.

Confirmando o entendimento de que o movimento voluntário era compreendido

como vontade de se movimentar é que Manuel Vallejo Jaén (1994, p. 23) reportando-se a Beling diz:

*Em palabras de Beling: para constatar que estamos frente a uma determinada acción es suficiente si el autor há actuado o no voluntariamente. Qué es lo que queria es irrelevante a este respecto*³.

Beling defendia que a ação era proveniente de uma conduta humana levada pela vontade, independentemente do que consistia essa vontade.

O fim da conduta humana, ou seja, a finalidade da ação, no sistema Liszt-Beling, devido a característica de subjetividade, destinava-se a definir a culpabilidade, a qual era a responsável pelo estudo do elemento subjetivo do delito (dolo/culpa), ou seja, analisava os componentes psicológicos do autor. Rogério Greco (2008, p. 385) diz que:

(...), dolo e culpa eram espécies de culpabilidade. A imputabilidade era tida como pressuposto da culpabilidade. Antes de aferir dolo ou culpa, era preciso certificar-se se o agente era imputável, ou seja, capaz de responder pelo injusto penal por ele levado a efeito.

Diante da definição da culpabilidade como elemento subjetivo e abordando a dicotomia objetivo-subjetivo que caracterizava o conceito analítico de crime, Regis Prado (1999, p. 154) declara que:

De consequência, a conduta voluntária é cindida em dois momentos: o externo-objetivo (ação/resultado) e o interno-subjetivo (conteúdo da vontade/querer). O primeiro figura no injusto típico e o segundo, na culpabilidade.

Do desmembramento dos elementos do conceito causal de conduta, surge um novo que é o nexa causal, o qual é definido como a ligação entre a conduta e o resultado, deduzido de modo naturalista ou fenomênico.

Sob a ótica naturalista, o nexa causal fazia parte da conduta, de modo que ao se operar a exclusão do nexa causal entre o movimento voluntário e o resultado,

³ Nas palavras de Beling: para constatar que estamos frente a uma determinada ação é suficiente se o autor atuou ou não voluntariamente. O que se queria é irrelevante neste ponto.

ausente estaria a conduta.

Por último, deduz-se do conceito causal de crime como elemento conceitual o resultado naturalístico, que Von Liszt (1899, p. 194-195) definiu como “mudança no mundo exterior”. Diz o autor ainda que se trata de um fenómeno sensorialmente perceptível. Para Liszt o resultado, para ser tomado em consideração, implicava a consulta da “cominação penal”, já que algumas vezes era abstraído por parte do legislador, para efeito de caracterização do crime. Todavia, criticava a idéia de que os crimes em que essa abstração ocorresse pudessem ser formais, já que – se toda conduta gera um resultado natural – não existiriam crimes formais, só materiais.

Fica claro, assim, que, para a teoria causal, a necessidade da existência de uma alteração no mundo exterior era requisito essencial para a configuração de um crime, deixando clara a dimensão naturalística do conceito causal de conduta.

Certamente, a teoria causal não se mostrou tão eficiente para explicar o conceito de ação. A elaboração clássica do conceito de delito foi apresentada em uma estrutura simplificada, situação que gerou a necessidade de continuidade nos trabalhos analíticos.

Luciano Santos Lopes (2006, p. 21), a respeito do conceito de tipo penal deixado por Beling, diz que:

(...), sob as luzes de uma teoria causal-naturalista da ação, analisava-se o tipo penal com função simplesmente descritiva, que se esgotava na descrição da imagem externa de uma conduta determinada, verificando sua adequação à norma proibitiva abstratamente construída. Os juízos de valores ficavam para a análise da ilicitude, essa sim, definida como sendo a contrariedade da norma proibitiva ao fato executado.

2.1.2 Teoria neoclássica

O conceito analítico de crime na teoria neoclássica ou neokantista, em comparação ao sistema Liszt-Beling, apresentou mudanças consideráveis em relação aos

elementos do crime.

Na fase neokantista, Fábio André Guaragni (2009, p. 96) explica que o estudo da conduta humana abandona o naturalismo, que marcava o pensamento anterior. Ocorre, então, uma mudança de paradigma filosófico - afasta-se de um naturalismo mecanicista para que se aproxime de outro, estruturado axiologicamente. Tal modificação reforça a importância dos valores com que trabalhava (e até hoje trabalha) o Direito Penal.

Um posicionamento comum na doutrina, v.g. Cezar Roberto Bitencourt (1999, p. 139), é o de que na teoria neoclássica no campo da tipicidade, não obstante a manutenção do seu caráter objetivo, passam a ser aceitos elementos subjetivos. E quem sustentou isso, pela primeira vez, foi Mezger, de forma excepcional.

No que se refere à ilicitude, Jescheck adotou uma concepção material como produção de danosidade social. Essa linha de pensamento foi motivada por Max Ernest Mayer que, citado por Giuseppe Bettiol (1966, p. 338), dizia que essa forma de compreender a ilicitude baseava-se na teoria das normas de cultura, a partir da qual “um fato deve ser considerado antijurídico apenas enquanto contraste com as concepções éticas, sociais e políticas dominantes”.

Constata-se, assim, que o pensamento alemão alarga a concepção de ilicitude material. A título de exemplo: Wilhelm Sauer e Edmund Mezger desenvolveram as relações entre tipicidade e ilicitude sob a forma de *ratio essendi* (razão de ser), ao considerar o tipo como sendo uma antijuricidade tipificada. Fábio André Guaragni (2009, p. 98), citando Sauer, salienta que esse

(...) situou o tipo, dentro do sistema analítico de crime, topologicamente, entre o conceito geral de injusto (abstrato) e o fato delitivo em concreto, arrematando: “o tipo é um sintoma da criminalidade objetiva, da danosidade social e da perigosidade social de um obrar.

Quanto à culpabilidade, houve abandono do nexos psicológico e essa passou a ser compreendida como reprovação ou censura do ato praticado pelo agente. Wilhelm Sauer (1956, p. 222) concebeu a culpabilidade como: “*La culpabilidad es una falta*

ético-social y encierra el reproche de la lesión grave, socialmente relevante, de un deber”⁴.

Vê-se que a culpabilidade era composta de elementos psicológicos-normativos, sendo que o dolo era considerado um elemento psicológico-normativo, que compreendia conhecimento da conduta e da ilicitude desta.

Reinhardt Frank, em 1907, conforme menciona Fábio André Guaragni (2009, p. 99), através de seus estudos apresentou que a culpabilidade, além dos elementos da imputabilidade e do dolo era marcada pela exigibilidade de conduta diversa.

Com a teoria neoclássica, a noção objetiva do injusto (tipicidade e ilicitude) e a subjetiva (culpabilidade) agora vinha acompanhada do fator de reprovabilidade da conduta do agente, em vista de um poder agir de maneira diversa da praticada.

Com as alterações ocorridas no conceito analítico de crime, através da teoria neokantiana, pode-se afirmar que houve uma manutenção das grandes linhas do sistema Liszt-Beling, o que fez com que boa parte dos doutrinadores, a exemplo Gunther Jakobs, defendesse que o sistema neokantiano era uma continuação do sistema causalista, sendo denominado sistema Liszt-Beling-Radbruch. Manuel Vallejo Jaén (1994, p. 30) apontava:

Ciertamente, no se aprecian apenas diferencias entre el concepto causal-naturalístico y el concepto causal-neokantiano (...) en ambos os casos lo esencial de la acción radica em la causación procedente de la voluntad, sin entrar a conocer el contenido de ésta⁵.

Extrai-se, assim, que, no conceito neokantiano, o que importa na conduta humana é a causação da vontade, sem que se analise o seu conteúdo. Quanto à ação, não se alterou a concepção causalista. Agregaram valores ao tipo, para suprir as deficiências da antiga teoria (elementos normativos, com Mayer e subjetivos, com

⁴ “A culpabilidade é uma falta ético-social que encerra a reprovação da lesão grave, socialmente relevante, de um dever”.

⁵ “Certamente, não se apreciam apenas diferenças entre o conceito causal-naturalístico e o conceito causal-neokantiano (...) em ambos os casos, o essencial da ação radica na causação procedente da vontade, sem entrar a conhecer o conteúdo desta”.

Mezger).

Em outras palavras, a teoria neoclássica retirou do direito penal a possibilidade de analisar o crime como sendo um fenômeno natural, físico, vinculado à ciência do ser e, conseqüentemente, resgatou a importância científica das ciências do espírito. Retornou com a premissa de que o direito penal não pertencia à ciência do ser, mas sim à ciência cultural, ciência do *dever-ser*, sem afetar a qualidade de pesquisa.

Como dito por Gustav Radbruch (1997, p. 124):

Com a filosofia dos valores do sudoeste alemão (Windelband, Rickert), ao lado das ciências naturais são revalorizadas as agora chamadas ciências da cultura, que voltam a merecer a denominação de ciências, sobretudo por possuírem um método próprio: o método referido a valores.

Voltando o direito penal para o campo das ciências culturais, o método utilizado para analisar o crime é o compreender e valorar as condutas ilícitas, deixando de lado o método empírico do observar e descrever.

Will Durant (2000, p. 255), analisando a *Crítica da razão pura* de Kant, diz que “a razão pura deve indicar o conhecimento que não vem através dos nossos sentidos, mas é independente de toda a experiência sensorial”, ou seja, para Kant, há separação entre o ser e o dever-ser, na compreensão dos fenômenos. Ele entendia ser impossível conhecer a coisa-em-si (noumenon). Somente se conhece do objeto aquilo que a sensibilidade capta, como forma *a priori* (fenômeno).

Com a citada obra de Kant é estabelecida a distinção entre o ser e o dever-ser, sendo que o estudo do primeiro fica a cargo das ciências naturais e a análise do segundo, a cargo das ciências culturais.

A partir dessa distinção de Kant, a conduta humana deixa de ser analisada sob o foco de um fenômeno natural, como relação de causa-efeito. Isso acontece pelo motivo óbvio de que o direito penal passa a pertencer ao campo das ciências culturais e, dessa forma, ocorre uma desvinculação da metodologia empírica de compreender o crime.

Fábio André Guaragni (2009, p. 105) diz que:

(...), a conduta humana, assim como os demais estratos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, com os quais aperfeiçoa-se a existência do crime, não precisam ter qualquer vínculo com a realidade. Sequer haveria necessidade de iniciar a análise do crime com um transporte daquilo que a conduta humana é, diante dos sentidos, para o universo dos valores, no qual ser-lhe-iam então atribuídos valores negativos (desvalores).

A conduta humana deveria ser compreendida e valorada; não mais observada e descrita a partir de uma realidade parcial. A análise da conduta humana – compreender e valorar - deveria estar voltada para a finalidade a que se destinava.

Acontece, porém, que o sistema neoclássico de compreender o crime, bem como o tratamento dado à conduta humana ainda não foram suficientes para modificar a concepção objetiva-subjetiva de crime. Daí continuar existindo a necessidade de se alterar a estrutura analítica do crime, sendo atribuída à teoria finalista a capacidade de apresentar nova dogmática da conduta e de suas consequências perante a configuração de um crime.

2.1.3 Teoria final

Coube a Hans Welzel, no início da década de 1930, na Alemanha, a elaboração do conceito final de ação, sendo o mesmo decorrente de uma mudança de paradigma para compreensão do delito.

Retornando à teoria causal, pode-se verificar que o conceito de ação foi abrandado quando da introdução de elementos subjetivos ao injusto no neocausalismo. Mesmo assim, as modificações ocorridas não fizeram com que o conceito de delito prosperasse. Luciano Santos Lopes (2006, p. 25), nesse sentido, diz que:

A maior crítica que se teceu ao causalismo – seja na concepção do sistema Liszt-Beling, seja com a leitura valorativa neo-kantiana, foi a de que o conceito de ação separava a vontade do seu conteúdo, tornando-se um atuar/omitir-se voluntário mecanicamente analisado. A questão da omissão penalmente relevante era a principal contradição no sistema causal.

Contrário ao normativismo projetado pelo sistema neoclássico, que objetivou melhorar o sistema clássico objetivo-subjetivo do crime, surgiu a teoria finalista como fator de reação ao defendido pelos neoclássicos.

Rogério Greco (2008, p. 389), citando Paz Aguado, destaca que “Welzel abandonou o pensamento abstrato e logicista próprio da teoria neoclássica para investigar a essência real da ação humana”.

Hans Welzel situa a conduta humana como pertencente ao universo das estruturas objetivas ônticas – trata da natureza do ser, da existência -, fator que proporcionaria uma melhor compreensão de seu sentido. Nas palavras de Hans Welzel (1971, p. 257):

*todas las normas morales y jurídicas solo pueden referirse a actos, los cuales son algo distinto de meros procesos naturales causales, distinguiéndose de estos por el momento de la dirección consciente hacia un objetivo; es decir, por el momento de la finalidad*⁶.

Hans Welzel defendeu que só há valoração se antes houver uma conduta humana, ou seja, essa conduta é considerada um pressuposto para a valoração de uma ação, daí é possível concluir que a conduta humana preexiste ao direito penal.

O direito penal, para considerar uma conduta humana como sendo crime, adota o critério do desvalor (valor negativo) da mesma, a qual, por sua vez, vincula-se aos elementos da tipicidade, ilicitude e da culpabilidade. Vale ressaltar ainda que, pela teoria finalista, a conduta humana não será modificada, apenas desvalorada, continuando, portanto, igual a que era antes da desvaloração.

Fábio André Guaragni (2009, p. 133) menciona que:

⁶ “(...) todas as normas morais e jurídicas só podem referir-se a atos, os quais são algo distinto de meros processos naturais causais, distinguindo-se destes pelo momento da direção consciente em relação a um objetivo; isto é, pelo momento da finalidade”.

Na ótica finalista, o direito penal, em relação ao seu objeto, que é a conduta, realiza, em sentido figurado, um ato de conhecimento valorativo negativo, porquanto não altera o objeto conduta humana, porém fornece dados ao intérprete para compreendê-la como crime.

O fundamento filosófico da teoria finalista da conduta humana de Hans Welzel é guiado por um fim que lhe é permanente, Eugenio Raul Zaffaroni (1981, p. 67- vol.II) defende que o fundamento filosófico desta teoria foi determinado com base no pensamento aristotélico, e alude que:

Los antecedentes de esta concepción pueden hallarse claramente em Aristóteles, quien no concebía ninguna conducta voluntaria que no fuese final. Consiguientemente, para Aristóteles eran voluntários los actos que para nosotros serían inculpables, con lo que distinguía adecuadamente la voluntad de la culpabilidad. Estos conceptos también se entroncan perfectamente con el tomismo, como legítimo continuador del aristotelismo. (...) Queda claro, pues, el origen aristotélico-escolástico de la teoría [finalista⁷].

Sustentado pelo pensamento aristotélico, Hans Welzel (2001, p. 27) definiu a ação humana como um “exercício de uma atividade final. A ação é, por isso, acontecer ‘final’, não somente ‘causal’”.

Santiago Mir Puig (2007, p. 157) complementa tal entendimento, dizendo que Welzel deduz que

a ação é um conceito pré-jurídico, existente antes da valoração humana e por isso precedente à valoração jurídica. A análise de tal conceito mostra que o que possui de específico não é a causalidade, mas a finalidade. (...) A ação humana se caracteriza, pois, por ser ‘exercício de atividade final.

Fábio André Guaragni (2009, p. 137) ressalta que, a partir do pensamento de Welzel, a conduta passou a conter uma finalidade que lhe dá rumo, vidência. Com a concepção finalista da ação, preencheu-se o vazio da voluntariedade da conduta humana nas teorias causais, representado por uma vontade de movimentar-se desprovida de direção.

⁷ “Os antecedentes desta concepção podem achar-se claramente em Aristóteles, o qual não concebía nenhuma conduta voluntária que não fosse final. Por conseguinte, para Aristóteles eram voluntários os atos que, para nós, seriam inculpáveis, com o que distinguía adequadamente a vontade da culpabilidade. Estes conceitos também se entroncam como o tomismo, como legítima continuidade do aristotelismo. (...) Fica clara, pois, a origem aristotélica-escolástica da teoria [finalista]”.

Nota-se que, da visão de Hans Welzel - de que toda conduta humana tem que ser caracterizada por uma finalidade -, deduz-se que o escopo do direito penal é desvalorar condutas que carreguem consigo conteúdos ético-sociais negativos e não desvalorar resultados, como defendido no sistema Liszt-Beling.

Hans Welzel (1987, p. 3), aludindo à missão do direito penal, diz

*(...) la misión primaria del derecho penal no es da protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad etc. Pues, cuando entra efectivamente em acción, por lo general ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observância) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta al Estado y la sociedad*⁸

De acordo com essa concepção finalista da conduta humana, verifica-se que Welzel pregava um direito penal conectado com a realidade. Para tanto o aludido ramo do Direito teria que partir de uma estrutura ôntica de conduta. Isso porque o homem, estando ciente de suas obrigações ético-sociais, evitaria cometer desvios de condutas, pois, uma vez cometidas, seriam desvaloradas e, conseqüentemente, responsabilizadas pelo Estado.

Nesse diapasão, a estrutura analítica finalista de crime é caracterizada por um injusto pessoal (ligada ao curso causal da conduta e subjetivo) e por uma culpabilidade normativa (ligada à reprovação da conduta ético-social reprovável).

Definindo-se, pela teoria finalista, que a conduta humana tem que ser praticada para um fim, cabe a ressalva de que ela deve ser praticada de forma livre para que haja responsabilização. Assim, a ausência de vontade afastará a conduta humana, e o fato será analisado pela culpabilidade.

Sendo a conduta humana caracterizada por uma finalidade, a consequência dessa

⁸ “(...) a missão primária do Direito Penal não é a proteção atual de bens jurídicos, isto é, a proteção da pessoa individual, de sua propriedade, etc. Pois, quando entra efetivamente em ação, em geral já é tarde demais. Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores de ato da consciência jurídica; eles constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade”.

ação será a geração de um resultado. Nesse âmbito, Hans Welzel defendia que o resultado é parte da conduta humana, fato que o torna parte integrante do conceito final de ação, o nexu causal. Fábio André Guaragni (2009, p. 153), reportando-se a Hans Joachim Hirsch que foi orientando de Welzel, em seu doutoramento, pontua que:

Para Welzel, só se tratava de demonstrar que, ao contrário da teoria causal, a ação exige algo mais que a mera produção do resultado, isto é, implica uma vontade que dirige o acontecer causal (a finalidade). Na medida em que configura um acontecer guiado e dirigido pela vontade, a ação é uma 'manifestação de vontade que se objetiva'. Em conformidade com isso, a parte objetiva do comportamento delituoso é a 'objetivação da vontade de um acontecimento externo'.

Analisando o posicionamento de Hans Welzel, acima citado, verifica-se que não se pode afirmar que o resultado, bem como o nexu causal fazem parte da conduta humana, fato que vai em desencontro ao defendido pela concepção clássica, a qual coloca o resultado e o nexu causal como elementos da conduta humana. A esse respeito Francisco Munõz Conde (1988, p. 21) defende que:

Ao realizar-se no exterior, a ação sempre modifica alguma coisa, produzindo um resultado. Mas este resultado não é parte integrante da ação. Existe uma tendência doutrinária em considerar a ação manifestada como um resultado, o que constitui, porém, confusão entre a manifestação de vontade, e resultado, como consequência externa derivada da manifestação da vontade e as modificações que se produzem no mundo exterior como consequência daquela manifestação. Não é a mesma coisa 'o produzir' e o 'produzido'.

Pela teoria finalista, objetivar um fim não é sinônimo de que o resultado realizar-se-á no plano físico. O fato de o resultado não ter sido atingido não descaracteriza atividade.

Nesse sentido, afirma-se que resultado e nexu causal fazem parte da tipicidade já que, para se falar em conduta humana, não necessariamente aqueles têm de ocorrer.

Esclarecida a posição sistêmica do resultado e do nexu causal como elemento da tipicidade, cabe ressaltar que a teoria finalista objetiva esclarecer a situação da conduta e não do crime. Dessa forma, com a aludida teoria, houve a inserção do

dolo no campo da tipicidade, como elemento subjetivo, o que fez surgir a noção de tipo como sendo um composto de tipo objetivo e tipo subjetivo.

Sendo o dolo deslocado para a tipicidade e compondo o tipo subjetivo desse, passa a ser considerado como elemento psicológico composto de: a) cognição; b) vontade de praticar a ação.

O dolo deixa de pertencer ao elemento subjetivo do delito (culpabilidade) e transpõe-se para o tipo, no qual não se leva em consideração o conhecimento a respeito da ilicitude da conduta. Como dito por Luciano Santos Lopes (2006, p. 26):

Com a teoria finalista, o tipo penal tomou feições dogmáticas atuais. Há a idéia do dolo e da culpa integrando tal conceito. O tipo tornou-se uma realidade complexa, com uma parte objetiva (que compreende a ação – com eventual resultado – e as condições e características objetivas do agente), e uma parte subjetiva (que constitui a vontade reitora do agente, com o dolo e, por vezes, com elementos subjetivos do injusto).

Nesse âmbito, justifica-se a retirada do dolo da culpabilidade, visto que precederia a ela com elementos cognitivo e volitivo, o que, conseqüentemente, faria com que o injusto passasse a ser caracterizado por elementos objetivos (tipicidade e antijuridicidade) e elementos subjetivos ou pessoais.

Já a culpabilidade passa a ser composta apenas de elementos normativos, que são: a) imputabilidade; b) consciência potencial da ilicitude do fato; e c) exigibilidade de conduta diversa.

Do exposto, verifica-se que foi através da teoria finalista da ação é que ocorreu a configuração do conceito analítico de crime, atualmente adotado pela dogmática jurídico-penal, deixando, como dito por Fábio André Guaragni (2009, p. 164), duas heranças que representaram significativo avanço em relação ao neoclassicismo: a teoria do injusto pessoal e a culpabilidade configurada de modo puramente normativo.

2.1.4 Teoria social da ação

O conceito social de ação foi introduzido pelo autor alemão Eberhard Schmidt, no ano de 1932. Esse autor, por sua vez, ao atualizar o tratado de Von Liszt, apresentou um novo conceito causal de ação, diminuindo, dessa forma, a influência do positivismo naturalista.

Para Eberhard Schmidt, a ação era considerada como conduta voluntária dirigida ao mundo externo social, sendo essa definição considerada, historicamente, como o conceito pioneiro nas teorias sociais. Fala-se em teorias sociais porque estudos demonstram que não existe apenas uma teoria social, mas várias, no entanto, com um fator em comum: fazer o conceito de conduta humana depender de sua relevância social.

A título de exemplo, cita-se Reinhart Maurach; Heinz Zipf (1994, p. 261), que apresentaram o seguinte:

*La teoría social de la acción se nos presenta em numerosas variantes, de manera que llega a ser dudoso si es posible hablar de una posición unívoca o si, por el contrario, es preciso distinguir diversas teorías sociales de la acción*⁹.

Sendo o conceito de ação entendido como fenômeno social que englobava aspectos do causalismo e do finalismo, Johannes Wessels (1976, p. 20) diz que as teorias sociais da ação englobariam “o agir como fator sensível da realidade social”, tal manifestação demonstra a influencia do método neokantiano. Santiago Mir Puig (2007, p.158), reportando-se a Jescheck e Schmidt diz que:

O conceito social de ação apresenta-se como uma superação das insuficiências do conceito causal e do conceito final de ação para explicar satisfatoriamente todas as formas de comportamento relevantes para o Direito penal.

⁹ “A teoria social da ação é apresentada em numerosas variantes, de maneira que chega a ser duvidoso se é possível falar em uma posição única ou se, pelo contrário, é preciso distinguir diversas teorias sociais da ação”.

Acrescenta ainda Fernando Galvão (1999, p. 66):

A teoria social pretende fazer com que a ação seja entendida como conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. A relevância social da ação é verificada à medida que a conduta produza efeitos danosos na relação do indivíduo com o seu ambiente social.

Fábio André Guaragni (2009, p. 213) menciona que do posicionamento de Schmidt surgiram os representativos desenvolvimentos dogmáticos das teorias sociais da ação efetuados por Jescheck e Wessels.

Hans-Heinrich Jescheck (1981 p. 296) define o conceito social de ação como: “comportamento humano socialmente relevante”. O autor evidencia o conceito de ação, defendendo que essa concepção é compreendida e valorada no contexto da “relación del comportamiento humano com el mundo circundante”¹⁰.

Jescheck fundamenta o conceito de ação nos elementos: comportamento, humano e socialmente relevante.

Por comportamento, o aludido autor (1981, p. 296) define como sendo *“toda repuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o, por lo menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de que aquél dispone por razón de su libertad”*¹¹.

Desse conceito, Jescheck traçou um entendimento uniforme para compreender o comportamento, tanto como ação ou como omissão.

Quanto ao elemento “humano”, Jescheck, reportando-se ao princípio *societas delinquere non potest* – princípio de imputação penal individual – defende que somente o homem pode ser sujeito ativo de crime, abominando a prática de crime por uma pessoa jurídica.

Diz o autor (1981, p. 297): “(...) *sólo constituyen formas de actuar em sentido*

¹⁰ “relação de comportamento humano com o mundo circundante”.

¹¹ “(...) toda resposta do homem a uma exigência situacional reconhecida ou, pelo menos, reconhecível, mediante a realização de uma possibilidade de reação da qual aquele dispõe por força de sua liberdade”.

*jurídico-penal las manifestaciones de la actividad del hombre individual, y no los actos de personas jurídicas*¹².

Por último, o elemento mais complexo da definição de conduta social, que é a compreensão de relevância social, é definido como a prática de um ato que cause reprovação social dentro do seu mundo circundante, diz Jescheck (1981, p. 297): *“Socialmente relevante’ será sólo un comportamiento cuando afecte a la relación del individuo con su mundo circundante y alcancen a este último sus consecuencias”*¹³.

A partir da definição de relevância social, verifica-se que Jescheck pregava que a conduta praticada deveria ultrapassar a esfera individual de lesão do bem jurídico, ou seja, é necessário que afete a relação do indivíduo com o entorno em que vive. Compreende Fábio André Guaragni (2009, p. 218), relativamente à necessidade de reflexo circundante da ação de um indivíduo, que: “O símbolo deste afetar o mundo circundante consiste na geração de consequências que o toquem, isto é, que novamente projetem-se além do indivíduo.

Johannes Wessels (1976, p. 22), autor também responsável pela definição de ação sob a ótica da teoria social da ação, a definia, à luz do direito penal, como “conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana”. Tal conceito foi formulado para ser empregado no plano normativo.

Justifica Wessels (1976, p. 22) a adoção de um conceito social a partir de críticas bastante objetivas à teoria causal-naturalista e ao finalismo. A primeira teoria não conseguiu apreender o sentido antropológico da existência, seu significado social, porquanto deixava ao largo a noção de que

¹² “(...) sólo constituyen formas de actuar en sentido jurídico-penal as manifestaciones da atividade do homem individual, e não os atos de pessoas jurídicas”.

¹³ “Socialmente relevante será só um comportamento quando afete a relação do indivíduo com seu mundo circundante e alcancem a este último suas consequências”.

(...) o homem se diferencia de outras formas de vida pelo fato de que porta em si mesmo uma imagem do mundo estampada por representações de valor e está apto, através de sua potencialidade criadora, à configuração sensível de seu meio.

Fica visível, assim, a divergência dos fundamentos das teorias causal-naturalista e a finalista, visto que a primeira fundamentava-se no universo do ser e a segunda, no universo axiológico. Em comum, todavia, essas teorias tinham a ligação com o método neokantiano, que tinha compreensão e valoração do objeto conduta humana dentro do ambiente em que imerso está o homem, isto é, dentro do mundo circundante. Fábio André Guaragni (2009, p. 220-221) a esse respeito diz que Wessels está correto, visto que preponderava “no período clássico, o aspecto da produção física de consequências perceptíveis no mundo dos fatos. A ênfase do causalismo estava no desvalor de resultados, gerando um direito penal interessado em punir lesões a bens jurídicos, provocadas por um homem concebido como mero fator causal”. Acrescenta, ainda, o autor que, (2009, p.221) “neste contexto, ficava desprezada por completo a percepção da capacidade antropológica de configuração do meio social que, de fato, o homem possui”.

Já no que envolve a teoria finalista, Wessels (1976, p. 21) declara que, muito embora descortine na finalidade um “significativo ponto de referência”, adotaria “trilhos relativamente estreitos” para representar a conduta humana, porque nem sempre ocorre aquele planejado passo a passo proposto por Welzel, com definição do fim, antecipação dos meios e condução planejada do curso causal.

O motivo da escolha pelas teorias sociais da ação por Wessels (1976, p. 22) deu-se, primeiramente, devido à rejeição pela forma clássica e finalista de definir a conduta humana; e, segundo, porque mesclou a “expectativa normativa de conduta da comunidade jurídica” à “estrutura pessoal da conduta” manifestada pela “vontade da ação”.

O conceito de conduta, para Wessels (1976, p. 22), abrange tanto a ação como a omissão, que sob o enfoque axiológico seriam “unicamente formas diversas de aparecimento da conduta volitiva”. Desse conceito não se verifica a inclusão do dolo e da culpa, mas, como dito por Fábio André Guaragni (2009, p. 222), “é curial que a

expressão *dominada ou dominável pela vontade* tenha sido cunhada justamente para o conceito de conduta em tela tornar-se apto a abranger crimes culposos, de modo que – como elemento básico – atue em plenitude o conceito de Wessels”.

Quanto à conceituação de conduta socialmente relevante, a qual é o cerne do conceito social de ação, Wessels (1976, p. 24) define que “como o direito penal só comina penas a condutas socialmente danosas, sem relevância social, também não há relevância jurídico-penal”, diz o autor: “Socialmente relevante é toda conduta que afeta a relação do indivíduo para com o seu meio e, segundo suas consequências ambicionadas ou não desejadas, constitui, no campo social, elemento de um juízo de valor”.

Importante ressaltar que da aludida teoria nasceu o princípio da insignificância, atualmente, muitíssimo utilizado pelo judiciário, constituindo, inclusive, meio de definição da tipicidade material. Tal princípio tem como fundamentos a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovação da conduta do agente e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Do estudo da teoria social da ação, Wessels (1976, p. 22) mostra que ela pode “compreender o conteúdo de sentido da conduta humana relevante para o direito penal em suas variadas formas de aparecimento, sem exigir se associe a construção da teoria do crime, desde o princípio, a um determinado sistema”.

Com base nessa estrutura, verifica-se a necessidade de preservação da liberdade de elaboração sistêmica e um desapego ao mundo do *ser*.

A teoria social da ação, como todas as outras, possui seus defensores, bem como aqueles que a repudiam e, nesse último grupo, citamos Zaffaroni (2006, p. 367) que pontua que: “*O conceito social de ação, além de introduzir na conduta problemas que são próprios da tipicidade, nada acrescenta ao conceito finalista*”.

Continua ainda o aludido autor (2006, p. 368) dizendo que:

Não é possível extrair qualquer outra consequência desta teoria que – por ser nebulosa – se tem pretendido que sirva de base para todas as estruturas do delito. A exigência da ‘relevância social’ como lesividade social é inadmissível. Uma conduta é uma conduta, embora não seja socialmente lesiva. Por outra parte, a lesividade social da ação no plano pré-típico não pode ser nada além de um juízo ético, o que, em uma sociedade pluralista, é extremamente difícil e, ademais, excessivamente perigoso”.

2.1.5 Funcionalismo no direito penal

Com o declínio da teoria finalista, proveniente das críticas sofridas na década de 60 do século passado, surge a necessidade de reestruturação do pensamento jurídico-penal. Tal mudança ocorre à medida que o universo do *ser* deixa de orientar o sistema analítico de crime nas definições de caráter ontológico. A estrutura lógico-subjetiva do tipo, defendida por Welzel, é abandonada como elemento vinculador para o legislador e dogmatizador do direito penal.

Fábio André Guaragni (2009, p. 246) ressalta que

(...) os grandes ataques endereçados ao pensamento de Welzel, do final dos anos 60 em diante, não dizem respeito à teoria da conduta que desenvolveu, mas sim ao método empregado para obter e forjar todo um sistema analítico de crime, tendo a conduta humana como vértice da pirâmide e caracterizado basicamente pela subjetivação do injusto (teoria do injusto pessoal) e pela retirada de todos os elementos psicológicos da culpabilidade (teoria normativa extremada ou pura da culpabilidade).

Segundo os opositores da teoria finalista, o método nela adotado impunha um limite ao desenvolvimento dogmático da teoria do crime, bem como limitava a adoção de soluções, que mesmo justas, contrariavam o ordenamento jurídico, proporcionando assim, um sistema fechado à solução de novos problemas.

Claus Roxin (2000, p. 27), a respeito do posicionamento da teoria finalista frente à solução de problemas, diz que “O finalismo, porém, através de seu método lógico-axiomático de deduzir soluções jurídicas de dados do ser (...) criou um sistema que (...) não confere espaço autônomo a diretrizes político-criminais na dogmática.”

A essência da crítica a Welzel era, assim, a impossibilidade da criação de uma solução sistêmica diversa, por força do compromisso, por parte do legislador e do dogmatizador, com as estruturas pré-jurídicas ditas lógico-objetivas. Surge daí, então, a necessidade de criação de um sistema jurídico-penal aberto, voltado para o desenvolvimento social jurídico e que seja capaz de contribuir para a solução das questões jurídicas.

Essa necessidade faz com que o sistema funcionalista, também denominado teleológico, parta do pressuposto de que o direito penal deve estar voltado para o perfeito funcionamento do sistema criminal.

Com base no funcionalismo, Claus Roxin (1997, p. 203), refutando a teoria finalista, afirma sobre a formação de um sistema jurídico mais aberto o seguinte

*(...) la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales etc), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del derecho penal*¹⁴.

A partir dessa crítica de Claus Roxin, constata-se a necessidade da elaboração de um sistema jurídico-penal desvinculado do universo do *ser* como ponto de partida. Tal sistema deveria contextualizar-se no universo dos valores (*dever-ser*), situação que provocaria, conseqüentemente, um retorno ao neokantismo.

As teorias sociais da ação guardam traços do finalismo e do neokantismo. O pensamento funcionalista, que tem sua essência na dogmática alemã, apresenta também suas raízes no aludido método. Eugenio Raul Zaffaroni (2000, p. 368) menciona que *“De cualquier manera, queda claro que existe un común denominador para todas las tendencias contemporáneas (eclécticas y funcionalistas) que es la pretensión de librar-se de datos ónticos”*¹⁵.

¹⁴ “(...) a formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, etc.), mas, única e exclusivamente, pode guiar-se pelas finalidades do direito penal”.

¹⁵ “De qualquer maneira, está claro que existe um denominador comum para todas as tendências contemporâneas (ecléticas ou funcionalistas) que é a pretensão de livrar-se de dados ônticos”.

Como o funcionalismo afastou o raciocínio lógico-objetivo e passou a trabalhar com valores e fins que desempenham o direito penal, diz-se que o mesmo guarda relação com o neokantismo.

Fábio André Guaragni (2009, p. 252), a respeito dessa relação do funcionalismo com o neokantismo, declara que:

A dedução de conceitos volta, portanto, a tomar valorações como referência, não se apegando ao universo do ser, ressuscitando mesmo a velha colocação baseada em Kant, segundo a qual “do ser não se deriva nenhum dever ser”.

Embora o funcionalismo seja considerado uma retomada do neokantismo, depois das teorias sociais da ação, os citados sistemas se diferenciam de maneira considerável. Fábio André Guaragni (2009, p. 254), baseando-se na teoria de Roxin, assinala que o “sistema racional-final (ou teleológico) ou funcional do Direito Penal” orienta-se por “um critério de sistematização especificamente jurídico-penal: as bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena”, guiando-se, em suma, pelas finalidades do direito penal. Já o neokantismo foi caracterizado pelo relativismo valorativo - variabilidade no tempo e no espaço - das normas de cultura.

Cabe ressaltar, nesse sentido, que o funcionalismo diferencia-se do neokantismo, em função da interação que existe entre o sistema penal e as ciências sociais, principalmente, com a sociologia sistêmica. O sistema jurídico, dessa forma, regulará condutas em conformidade com o sistema social. Juarez Tavares (2000, p. 62), em relação a isso, diz

(...) o funcionalismo pretende não apenas explicar o sistema jurídico, mas compor também uma análise global de todo o sistema social. O objeto do sistema social é evidentemente a ação humana. O fundamento da análise sistêmica reside justamente no fato de que as ações vêm regidas por expectativas, as quais encontram nos sistemas seus marcos delimitadores, correspondentemente a diversas variáveis, das quais uma delas estaria constituída pelas normas jurídicas.

Em meio às diferenças e referências ao método neokantista, o funcionalismo tem como pretensão construir os conceitos alusivos à teoria do crime, de forma que atenda da melhor maneira possível a função do direito penal. Daí sua transformação

em um mecanismo de controle social.

Existe, ainda, o intuito de tornar o sistema social mais estável. Pretende-se fazer com que os conceitos dos elementos do crime (ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade) não sejam trabalhados isoladamente já que, através de uma correta aplicação das teorias preventivas da pena, a política criminal preventiva será mais eficiente.

Fábio André Guaragni (2009, p. 257-258) entende que a pretensão do funcionalismo está em fazer os conceitos renderem de forma otimizada, quanto ao cumprimento de suas finalidades sistêmicas e, no seu conjunto, levar o direito penal à realização das finalidades da pena e da política criminal que se propõe a realizar.

Para tanto, conforme a corrente funcionalista, a definição da melhor aplicação do direito penal para fins de política-criminal pode variar, tendo em comum apenas o método neokantista e a pretensão de construir o conceito analítico de crime, com base nas definições retiradas das missões político-criminais do direito penal e as finalidades das teorias da pena.

Dentre as vertentes mais expressivas no funcionalismo, em torno do estudo da conduta humana, citamos a de Claus Roxin, que aborda o funcionalismo teleológico político-criminalmente orientado. Será essa a vertente seguida neste trabalho.

Fábio André Guaragni (2009, p. 260) diz que grande parte da doutrina, a exemplo de Bernd Schunemann, Santiago Mir Puig, Jorge de Figueiredo Dias, Luís Greco, dentre outros, tem o livro de 1970 de Roxin - *Política criminal e sistema jurídico-penal* - como o pilar histórico inaugural do pensamento funcionalista no direito penal.

Na aludida obra, Roxin (2000, p. 1) fixa os fundamentos da elaboração de seu sistema analítico de crime, em que demonstra que o entendimento de Von Liszt de que “o direito penal é barreira intransponível da política criminal”, não poderia prosperar. Para Von Liszt (1899, p. 3), “os princípios directores da política criminal” deveriam ficar em sentido oposto ao direito penal. Defendia que o direito penal deveria atuar como um conjunto legislativo orientado pelos princípios garantistas da liberdade individual contra o poder de punir do Estado. Ao passo que a política

criminal, por sua vez, era considerada como a ciência que tinha o escopo de fundamento jurídico do poder de punir do Estado, além de explicar a origem e a natureza do crime.

Roxin (2000, p. 5) combatia o posicionamento de Von Liszt, pois afirmava que a forma como o crime era analisado levava à formação de um sistema fechado de análise do crime, um positivismo de caráter classificatório que “isola a dogmática, por um lado, das decisões valorativas político-criminais e, por outro, da realidade social”, visto que se caracterizava, conforme (2000, p. 12), por “banir da esfera do direito as dimensões do social e do político”.

Para Roxin (2000, p. 13), “a tarefa da lei não se esgota mais nessa função garantística”. Impunha-se o reconhecimento de que “problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito”.

Como forma de evitar essa distorção entre o direito penal e o sistema político-criminal, defendido por Liszt, Roxin (2000, p. 20) aponta como única solução

(...) deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as intenções harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese (...).

A partir desse posicionamento, constata-se que Roxin promove uma aproximação entre a dogmática jurídica penal e as orientações político-criminais, para que aquela adote algumas funções subservientes à política-criminal.

Luís Greco (2000, p. 132) explica que o paradigma funcionalista assumido por Roxin exige que as categorias da ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade “sejam capazes de desempenhar consequências justas e adequadas”. Para isso, cada uma tem que estar acoplada a determinadas funções político-criminais.

Ressalta-se que Roxin, em sua obra de 1970, entendeu que a ação fazia parte do tipo penal, devido a crítica à teoria finalista de 1962, que defendia a existência de

uma teoria final da tipicidade no lugar da teoria finalista da ação, explicando na aludida teoria quais condutas finais teriam conotação jurídica. Fábio André Guaragni (2009, p. 263) menciona que Roxin atribuiu funções político-criminais somente

(...) à tipicidade (realizar o princípio da legalidade), à ilicitude (solucionar segundo os interesses sociais ou individuais os conflitos reproduzidos em cada caso penal) e a culpabilidade (que serviria – talvez na mais arrojada proposição de Roxin – como mecanismo para verificação da necessidade de punição segundo as teorias preventivas geral e especial da pena.

Acrescenta ainda o aludido autor que Roxin atribuiu somente à tipicidade e à culpabilidade os fins protetivos da pena como responsáveis pela realização de funções político-criminais. Tal situação, inicialmente delineada em 1970, porém aperfeiçoada e, em alguns pontos, modificada, deriva em 1991 numa posição sistemática funcionalista completa.

Com o advento da nova versão, os aspectos político-criminais continuam influenciando na moderna teoria dos fins da pena, especificamente, na tipicidade e na culpabilidade. Fábio André Guaragni (2009, p. 263) destaca como resultado prático da nova versão do funcionalismo: a) a atribuição do evento típico ao agente, no nível da tipicidade objetiva, por meio de critérios normativos de imputação objetiva, fundamentados, conforme Roxin (1997, p. 204), na “(...) ‘*realización*’ de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma”¹⁶, e não mais mediante a mera constatação da causalidade no sentido naturalista (conforme art. 13 do Código Penal, que adota a teoria da equivalência dos resultados); e b) a criação da categoria da *responsabilidad*, que preserva a culpabilidade fundada como dirigibilidade normativa como de necessária constatação, porém insuficiente para a imposição da pena, que dependeria, segundo Roxin (1997, 204), da “(...) *necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal (...), de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la ‘responsabilidad’ personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena.*”¹⁷

¹⁶ “(...) realização de um perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma.

¹⁷ “(...) necessidade preventiva (especial ou geral) da sanção penal (...), de modo que a culpabilidade e as necessidades de prevenção limitam-se reciprocamente e somente em conjunto dão lugar à ‘responsabilidade’ pessoal do agente, que desencadeia a imposição da pena”.

É possível perceber que, dentre as concepções funcionalistas de Roxin, tanto na originária de 1970, como na atual, o elemento tipicidade continua exercendo a função de definidor das condutas puníveis pelo Estado. Tal item alcançou, assim, o fim de prevenção geral, seja no aspecto positivo, do qual se depreende uma confiança no sistema jurídico-penal de proteção do bem jurídico, seja no aspecto negativo, em que o respeito ao sistema jurídico-penal decorre da cominação de pena ao caso concreto.

Quanto à responsabilidade, nos dizeres de Fábio André Guaragni (2009, p. 264), é considerada como categoria conceitual que engloba a culpabilidade, sendo que a nova concepção do funcionalismo, por Roxin, não a elimina, mas, sim, incorpora-a como um componente necessário. Faz-se, então, uma relação com as teorias preventivas da pena, ao condicionar-se a punibilidade do sujeito ativo do injusto à existência de efetiva necessidade preventiva de aplicação de pena, tanto geral como especial.

Acrescenta o aludido autor (2009, p. 265) que Roxin mantém, funcionalmente, a elaboração dos elementos componentes do crime, voltados para o cumprimento de finalidades derivadas da política criminal. Vale destacar que a política criminal defendida por Roxin, além de objetivar “combater a criminalidade, deve também realizar um papel dentro de um marco constitucional de estado material de direito. A essência dos princípios da subsidiariedade (intervenção do direito penal em *ultima ratio*) e lesividade (o direito penal só atua quando há ofensa de um bem jurídico) cercam essa política criminal. Quanto a isso, afirma Roxin (1997, p. 224):

*(...) el principio nullum crimen sine lege es un postulado politicocriminal no menor que la exigência de combatir com éxito el delito; y no sólo és un elemento de la prevención general (...), sino que la própria limitación jurídica del jus puniendi és también un objetivo importante de la política criminal de un Estado de Derecho*¹⁸.

Dessa forma, o princípio da legalidade, aliado ao da subsidiariedade e lesividade,

¹⁸ “(...) o princípio da legalidade é um postulado político-criminal não menor que a exigência de combater com êxito o delito; e não só é um elemento da preservação geral (...), mas a própria limitação jurídica do *jus puniendi* é também um objetivo importante da política criminal de um Estado de Direito”.

passam a integrar também a finalidade da política criminal defendida por Roxin. O referido autor (1997, p. 234) procura valorar tudo o que se traduza como não-ação, pois, assim, especificaria de que forma a ação atuaria como meio valorativo no teleológico. Destaca, inclusive, que as funções político-criminais da conduta humana eram: a) função de elemento básico, que compreenderia a designação de algo que fosse aplicável, tanto nos atos dolosos e imprudentes, como nos delitos omissivos; b) função de elemento de enlace, pela qual a ação deveria ficar neutra em relação à tipicidade, ilicitude e a culpabilidade, não lhes antecipando o conteúdo, ainda que estivessem mesclados (nessa função, afasta-se a teoria final da tipicidade, proposta por Roxin, de que a conduta humana integra o elemento tipicidade); e c) função de elemento-limite, que compreende, nos dizeres de Roxin: “*el concepto de acción tiene el cometido de excluir todo lo que, de antemano e independientemente de la configuración cambiante de los tipos, no se toma en consideración para un enjuiciamiento jurídico-penal (...)*”¹⁹, ou seja, o direito penal só analisaria as condutas que fossem dotadas de valoração político-criminal.

Roxin compreende a conduta humana como uma manifestação da personalidade; Fábio André Guaragni (2009, p. 271), decompondo o conceito do citado autor, entende que a *manifestação*

(...) se caracteriza quando os pensamentos e impulsos volitivos se põem em relação com os acontecimentos do mundo exterior. Desta forma, ficando encerrados no homem, não são – tanto o pensamento como os impulsos de vontade – *manifestações*, de maneira que impuníveis enquanto tais. Revigora-se a velha parêmia *cogitationes poenam nemo patitur* (ninguém pode ser punido por seu pensamento).

Aliada à manifestação, Roxin defende que ela tem de estar relacionada à personalidade, sendo compreendida como a externalização da ação. Roxin (1997, p. 253), ao definir conduta humana como manifestação da personalidade, entende que

¹⁹ “(...) o conceito de ação tem o objetivo de excluir tudo o que, de antemão e independentemente da configuração transitória dos tipos, não se considera para um julgamento jurídico-penal”.

*la acción como 'manifestación de la personalidad' no es algo nuevo en la medida que supone una caracterización con contenido positivo de aquello que resulta como característica general cuando se ha excluído todo lo que, según consenso general, no aparece como acción*²⁰.

Depreende-se, com esse conceito de Roxin, que se procurou criar uma definição com traços generalizantes, contrária aos sentidos reducionistas da teoria causal, que destacava o aspecto da causalidade nas manifestações da personalidade; da teoria finalista, que coloca o aspecto da direção, segundo um fim; e das teorias sociais da ação, que se preocupa em antecipar juízos de valor.

Outra vertente é a de Gunther Jakobs - teoria da evitabilidade individual - que apresenta um funcionalismo diverso do apresentado por Claus Roxin. Para aquele o funcionalismo é radicalizado e, nesse sentido, Luís Greco (2000, p. 139) diz que tal radicalização acontece no sentido de que “funcionaliza não só os conceitos, dentro do sistema jurídico-penal, como também este, dentro de uma teoria funcionalista sistêmica da sociedade”.

Fábio André Guaragni (2009, p. 282) ressalta que, a fim de alcançar uma correta compreensão do pensamento de Jakobs, é necessário: a) entender a função que estabelece para o direito penal dentro do sistema social e b) esclarecer, dentro do direito penal, a função que desempenham as categorias básicas componentes do conceito de crime (ação, tipicidade, ilicitude, culpabilidade).

Para Jakobs, o direito penal, como dito Fábio André Guaragni (2009, p. 286), funciona como

(...) subsistema do sistema social, operando dentre dele e – *pari passu* - dele se diferenciando, por força do seu agir comunicativo, calcado no binômio linguístico justo-injusto (licíto/ilícito). Esta linguagem serve como símbolo da maneira de agir do direito. A função desta linguagem é reduzir o volume de expectativas entre os seres humanos. Estes, no seu conjunto, formam o ambiente do sistema social.

É possível compreender, a partir dessa concepção, que a sociedade, conforme o

²⁰ “(...) a ação, como manifestação da personalidade, não é algo novo na medida em que supõe uma caracterização com conteúdo positivo daquilo que sobra como característica geral, quando se exclui tudo o que, segundo o consenso geral, não aparece como ação”.

exposto por Juarez Tavaréz (2000, p. 69), é considerada “o ambiente do sistema jurídico”, sendo que “todas as operações do sistema jurídico são sempre igualmente operações na sociedade”, de maneira que, “ao mesmo tempo em que se diferencia da sociedade, o sistema jurídico se executa socialmente”. Verifica-se, assim, que o direito penal volta-se para uniformizar as expectativas dos seres humanos nos contatos sociais, e por meio do aludido ramo do direito, leva-se à estabilidade do sistema social.

Luís Greco (2000, p. 139) ressalta que “os sistemas sociais (...) estabilizam expectativas objetivas e válidas, pelas quais se pode orientar, fornecendo ao homem modelos de conduta, indicando-lhes que expectativas podem ter em face dos outros”.

Jakobs (1995, p. 9) assinala que: “(...) *en los contactos sociales, sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible*”²¹. Conclui-se, assim, que os seres humanos, para firmarem os contatos sociais, ou criam expectativas baseadas nas leis da natureza, às quais estão sujeitas os seres humanos; ou as formulam baseando-se, especificamente, na pretensão de que os demais sigam as normas vigentes – expectativas normativas.

Quando as expectativas são criadas com base nas leis naturais, a exemplo de um dano provocado por um ataque epilético, o direito penal não deve atuar. Mas, quando as expectativas são criadas com base no que cada ser humano cumpre ao exercer seu papel social, a exemplo de uma pessoa que se apropria de um bem indevidamente, no caso do crime de apropriação indébita (art. 168 do CP), o direito penal deve intervir, pois, como dito por Jakobs (1995, p. 10), houve uma *decepção* na expectativa.

Para Jakobs (1995, p. 10), a expectativa normativa refere-se à expectativa de que

²¹ “(...) nos contatos sociais, sólo é possível orientarmo-nos se não contarmos, a cada momento, com comportamentos imprevisíveis de outra pessoa. Do contrário, cada contato social se converteria num risco imprevisível”.

toda pessoa mantenha em ordem seu círculo de organização, para que não se produza efeito exterior capaz de provocar danos a terceiros, situação que seria representada pelos delitos de domínio ou delitos em virtude da responsabilidade por organização. De outro lado, tem-se a expectativa de que as instituições funcionem ordenadamente, com conteúdo positivo. E a decepção dessa expectativa, no caso, levaria ao cometimento dos delitos denominados de infração de um dever ou delitos em virtude da responsabilidade institucional.

A partir da pretensão de que cada pessoa cumpra a expectativa normativa, Luís Greco (2000, p. 140) afirma estar aí a origem de competência. Em Jakobs, ressalta-se que “a vida em sociedade torna cada pessoa portadora de um determinado papel – pedestre, motorista, esportista, eleitor – que consubstancia um feixe de expectativas, de maneira que cada qual é garantia dessas expectativas”.

Dessa forma, para se considerar o contato social, é necessário que cada pessoa cumpra seu papel social, ou seja, respeite as normas, pois, do contrário, a relação torna-se intolerável. Define-se, dessa maneira, a competência de cada pessoa, sendo que, uma vez descumprida, essa a relação toma caráter público, ou seja, o Estado determina a devida solução. Segundo Jakobs (1995, p. 11): “*al que descuida las reglas elementales de la convivencia: a este último sólo mediante la pena se le declarará incompetente*”²².

O significado da pena, para Jakobs, é compreendido como estando acima do comportamento, o qual não sobrepõe a norma. Cita ainda o aludido autor (1995, p. 13): “*que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma*”²³; sugerindo que o significado de comportamento infracional e da pena estão num mesmo plano.

Jakobs segue o mesmo posicionamento de Welzel, ou seja, acredita que o direito penal seja marcado pelo desvalor da conduta e do resultado, funda a punição, na contrariedade ético-social do comportamento do homem, aos valores da consciência

²² “(...) aquele que descuida das regras elementares de convivência a pena irá declará-lo incompetente”.

²³ “(...) o significado do comportamento infrator não é determinante e que o determinante segue sendo a norma”.

jurídica. Ressalta-se que Jakobs afasta-se de Welzel, ao normativizar totalmente a dogmática, ao contrário do que pretendeu o finalismo. Mas, curiosamente, foram mestre e discípulo. Defende aquele (1995, p. 14) que: “*Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de una pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma*”²⁴. Isto é, a missão da pena é reafirmar a vigência da norma, ou melhor, a pena é sempre uma reação ante a infração de uma norma.

Uma relação social, para existir, não pode renunciar a orientações garantidas. Afirma Jakobs que a pena exerce efeitos no plano da interação social, devendo proteger as condições de tal interação e tem, portanto, uma função preventiva positiva (manutenção da confiança social na estrutura estatal e manutenção das expectativas sociais).

Fábio André Guaragni (2009, p. 296) menciona que a teoria de Jakobs, a respeito da pena, é definida como preventiva geral positiva, sendo

(a) preventiva porque busca associar a pena a todos “dado que ninguém pode passar sem interações sociais e dado que por isso todos devem saber o que delas podem esperar” – o exercício da confiança na norma faz com que se reforce o modelo geral de conduta como válido, estabilizando-se as expectativas e diminuindo o número de decepções, prevenindo-as; (b) geral, porque opera em relação aos seres humanos em geral – que no seu conjunto compõem o *ambiente* do sistema social, na terminologia de Luhmann aqui empregada por Jakobs; (c) positiva, porque a aplicação da pena restaura a confiança das pessoas na norma como modelo geral de conduta e, portanto, a validade de suas expectativas normativas.

Sendo a pena o mecanismo de prevenção de ocorrências de *decepção* de uma expectativa normativa, conseqüentemente restauradora da confiança da norma penal, a efetivação de uma relação social sem ocorrências de condutas inesperadas se dá com a contribuição do direito penal. Nos dizeres de Jakobs (1995, p. 45), a contribuição que o direito penal presta

²⁴ “Missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para contatos sociais. Conteúdo de uma pena é uma réplica, que tem lugar à custa do infrator, frente ao questionamento da norma”.

*al mantenimiento de la configuración social y estatal reside em garantizar ls normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, em la forma dada y em la exigida legalmente, no se den por perdidas em caso de que resulten defraudadas*²⁵

Do pensamento sistêmico de Luhmann, aliado ao concebido por Jakobs, verifica-se que o direito penal existe como garantidor de suas próprias normas, tendo a pena o papel de restaurar a confiança na validade das normas penais.

Para que o direito penal consiga imputar a decepção de uma expectativa normativa a alguém, Jakobs recorre ao conceito analítico de crime (ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade) como mecanismos analíticos a partir dos quais seja possível estabelecer a devida imputação.

Na definição de Jakobs (1995, p. 156), o funcionalismo orienta-se pela teoria da imputação, que define qual “*persona ha de castigarse para la estabilización de la norma*”²⁶; assim, a pessoa a ser punida é a que violou a norma e é culpável por isso.

Verifica-se, então, que o direito penal, para imputar uma pena a uma pessoa, parte do pressuposto da ocorrência de uma infração, a qual foi decorrente de um comportamento evitável, ou seja, o autor de uma ação contrária a norma penal, praticando-a em decorrência de fator motivacional diverso do correto, isto é, fá-lo como expressão de sentido individual.

Fábio André Guaragni (2009, p. 302) menciona, baseando-se na abordagem de Jakobs, que um ato

²⁵ “(...) a manutenção da confiança social e estatal reside em garantir as normas. A garantia consiste nas expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social, na forma dada e exigida na lei, não se deem por perdidas quando resultam defraudadas”.

²⁶ “(...) pessoa há de ser castigada para a estabilização da norma”

só é *expressão de sentido individual* quando se compreende quem é o sujeito e quando é responsável pelas consequências de sua organização. A direção da ação determina-se sempre em função das capacidades individuais do autor, o que garante igualdade entre a expressão de sentido da ação e a expressão de sentido do sujeito. Nesta solução, o injusto é “objetivação de atitude incorreta frente à norma”, cujo pressuposto é a inevitabilidade individual do comportamento: se o comportamento individualmente não era evitável por qualquer razão – incluindo-se como razão a orientação baseada na norma -, não há como ser tomado como *expressão de sentido do sujeito*. Então, não haverá conduta.

Chega-se ao conceito de conduta como sendo inevitabilidade individual, em que a ação é concebida como a causação de um resultado individualmente evitável.

Ressalta-se que o resultado causado tem que ser proveniente de uma postura contrária à norma, ou seja, a ação tem que estar restrita ao direito penal, e, conseqüentemente, será exigida a ilicitude dela.

Quanto à questão de o plano da ação ser individualmente evitável, Fábio André Guaragni (2009, p. 305) apresenta o entendimento de Jakobs, no que tange à expressão *individualmente evitável*, como interessando apenas a ação que pode ser evitável e é conhecida. Sendo a resposta positiva, deve-se prosseguir nas fases destinadas à imputação, visto que houve quebra da norma e decepção da expectativa com que o autor se nutria. Acrescenta, ainda, que sendo o evento individualmente evitável, há sinal de que a norma poderia pesar como fator determinante da conduta, o que denota que o comportamento ocorrido consistiu em desprezo à norma.

Jakobs (1995, p. 174) diz que: “*Lo que és contenido de una acción depende, pues, de la respectiva capacidad de conocer del sujeto actuante*”²⁷.

É possível perceber ainda que, pela vertente de Jakobs (1995, 175), a causação de um resultado individualmente evitável é compreendida como sendo um supraconceito, que engloba o atuar doloso e o culposo. Para o autor, o conhecimento da prática de uma ação, com a possibilidade de produção de um resultado, o qual poderia ser evitável, corresponderia ao dolo. Por outro lado, a ausência de conhecimento de determinados aspectos que conformam a conduta, a

²⁷ “O conteúdo de uma ação depende da respectiva capacidade de conhecer do sujeito atuante”.

ponto de o autor não conseguir evitá-la, por motivação diversa, corresponderia aos tipos culposos.

Da mesma forma que Jakobs situou o dolo e culpa como supraconceito da ação, defende também que as condutas comissivas e omissivas devem compor o conceito de ação. Fábio André Guaragni (2009, p. 309) menciona que Jakobs delimita o conceito “causação de resultado individualmente evitável” dentro das hipóteses de ação (comissões), pois na omissão não há causação de nada em sentido naturalístico”.

Ressalta o aludido autor (2009, p. 309-310), referindo-se a Jakobs, que “existe também responsabilidade por ‘omitir evitar um acontecimento cujas condições foram suficientemente postas por outra parte’. Neste passo, a omissão também pressupõe evitabilidade, embora inversa - em comparação com os comissivos – quanto à motivação e movimento corporal”.

Diante da existência de condutas comissivas e omissivas, dificulta-se sua distinção no conceito de ação. Isso porque, na conduta comissiva, a ação é compreendida como a causação evitável de um resultado; e, na conduta omissiva, a ação é compreendida como a não-evitação evitável de um resultado. Jakobs (1995, p. 177) apresenta o supraconceito de conduta, que abrange tanto a ação e a omissão, como: “*Conducta es la evitabilidad de una diferencia de resultado*”²⁸.

Acontece que Jakobs, ao analisar o citado conceito, vislumbrou que dele surgiria a necessidade de se definir um sujeito. Caso contrário, o mesmo seria analisado sob o foco do *ad infinitum*, bem como a ação seria analisada sob a forma de imputação do resultado *ex pos factum*, visto que, com relação ao *ex ante factum*, não haveria resultado a se analisar.

Dessa forma, Jakobs (1995, p. 114), em 1992, veio a usar o supraconceito de conduta como: “(...) *actuar significa, por tanto, lo siguiente: convertirse, de manera*

²⁸ “Conducta é a evitabilidade de uma diferença de resultado”.

*individualmente evitable, en razón determinante de un resultado, (...)*²⁹, sendo que o termo *determinante* refere-se ao esquema social de interpretação – teoria da imputação objetiva. Daí verifica-se que Jakobs define quem será responsabilizado pela causação do resultado, através de um esquema social de interpretação.

Cita-se, ainda como vertente do funcionalismo, a corrente que nega a existência do conceito de conduta, de maneira autônoma, na estrutura analítica de crime. Claus Roxin (1997) e Eugenio Raul Zaffaroni (2000) apontam Radbruch como o precursor dessa posição, em 1930. Fábio André Guaragni (2009, p. 319) cita que Radbruch “operou a eliminação deste estrato analítico da conduta humana após concluir pela inviabilidade de um supraconceito que abrangesse ação e omissão, tomados como “A” e “não A””.

Acrescenta o autor:

Além de esta postura cancelar a separação entre o mundo do *ser* e do *dever-ser* (...), deixava-se claro que somente interessariam ao direito penal aquelas condutas humanas selecionadas pelo tipo, devendo aí serem objeto de estudo. Como os tipos preveem ações e omissões, à medida que proíbem ou ordenam, abarcam todas as formas do comportamento humano, eliminando a respectiva discussão dogmática endereçada à busca de um supraconceito. Por outro lado, o método de trabalho visualizado na teoria analítica do crime ganhava velocidade.

Fábio André Guaragni (2009, p. 320) em seus estudos explica que de certa maneira Roxin, em 1962, retoma esta postura, ao preconizar a absorção da categoria de ação dentro do tipo penal, como crítica a teoria finalista, explica que caberia ao direito penal definir quais as condutas finais estariam dotadas de sentido jurídico. Vale ressaltar que, na atualidade, o posicionamento de Roxin é a aplicação de um conceito pessoal de ação, assunto já explorado neste trabalho. Fábio André Guaragni (2009, p. 320) menciona que Roxin deixa evidente que ao “direito penal não interessavam as condutas em seu sentido natural, reforçando a estrutura neokantiana que guiava seu pensamento”.

Desse entendimento, é possível concluir que só interessariam ao direito penal os

²⁹ “(...) o conceito de conduta como: converter-se de maneira individualmente evitável na razão determinante de um resultado”.

comportamentos que tivessem valor sócio-ético e fossem previamente definidos. Fábio André Guaragni (2009, p. 320) diz, nesse sentido, que: “o desvalor socioético que é reputado condutor da seleção de comportamentos em direito penal não passa de adjetivo que, sem substantivo, fica desprovido de sentido”. No que envolve esse aspecto, Zaffaroni (2000, p. 391) menciona que: “(...) *no puede calificar de típico a lo que no definió previamente, deteriorando a la tipicidad a la condición de adjetivo sin sustantivo*”³⁰.

Junta-se aos defensores dessa vertente os autores italianos Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, que definem o crime como sendo fato humano, antijurídico, culpável e punível - teoria quadripartida -, colocando a conduta como sendo elemento do fato. Fábio André Guaragni (2009, p. 321), ao citar os aludidos autores, ressalta que eles definiram conduta como “o conjunto dos elementos objetivos que individualizam e caracterizam cada crime em particular como específica forma de ofensa a um ou mais bens jurídicos”, dele fazendo parte a conduta, obtida a partir dos verbos empregados pelo legislador.

Embora essa vertente tenha renomados seguidores, cabe ressaltar sua inconveniência, na medida em que se torna-se difícil, para o legislador, construir um conceito de crime antes de se ter um objeto ou destino definido. Zaffaroni (2000, p. 390) assim pontua: “(...) *una acción concebida a la medida de los tipos penales tiene el serio inconveniente de que habilita al legislador penal para que disfrace de acciones datos que no son tales (...)*”³¹.

³⁰ “(...) não se pode qualificar de típico o que não se definiu previamente, deteriorando a tipicidade à condição de adjetivo sem substantivo”.

³¹ “(...) uma ação concebida na medida dos tipos penais tem o sério inconveniente de que habilita o legislador penal para que disfarce de ações dados que não tais”.

3 A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO TIPO PENAL NO FUNCIONALISMO

O aspecto objetivo da responsabilidade penal de cada indivíduo impõe que esse responda, perante a lei penal, não pelo que é, mas pelo que fez - ação ou omissão -, e, adotando a teoria da imputação objetiva defendida por Claus Roxin, uma perspectiva político-criminal com a finalidade de proteção de bens jurídicos. Ao contrário de Jakobs, será a linha do primeiro autor a seguida neste trabalho.

Antes de proceder a uma explicação da teoria da imputação objetiva, torna-se necessário abordar quão relevante é o estudo desse assunto, na medida em que se almeja uma melhor aplicabilidade do direito penal.

Cabe lembrar que os princípios defendidos por Hans Welzel e sua teoria finalista não serão desconsiderados, mas procurar-se-á demonstrar que é possível solucionar a ocorrência de alguns delitos de maneira mais lógica.

Claus Roxin (2000, p.40) argumenta que o sistema jurídico penal proposto por Hans Welzel, situado no plano do ser (a estrutura final da ação), fracassou devido ao fato de que

a solução dos problemas jurídicos só pode ser sempre o resultado de uma valoração de fatos situados no plano do ser, não obtida diretamente destes. O dever ser não pode ser deduzido do ser, mas deve basear-se em premissas normativas.

O que se tem observado, com a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva, é a apresentação de recursos lógicos, eficientes e mesmo funcionais, o que, por sua vez, tem possibilitado soluções coerentes quando do cometimento de algum delito.

Nota-se ainda que, para os operadores do direito, a aludida teoria pode apresentar uma utilidade considerável, seja para o advogado, ao requerer a absolvição de seu cliente, por entendê-la justa; seja para o representante do Ministério Público, que precisa embasar dogmaticamente uma denúncia, um pedido de absolvição ou mesmo de arquivamento. Tal importância pode ser estendida, inclusive, ao

magistrado, autoridade que, muitas vezes, vê-se diante de situações complexas para as quais lhe faltam argumentos satisfatórios na doutrina tradicional.

Com a teoria da imputação objetiva, ocorre uma limitação do tipo - nem toda conduta é analisada sob a ótica penal, ou seja, da tipicidade; e o resultado que interessa ao Direito Penal é somente o previsto na lei.

No Brasil, o estudo e domínio dessa teoria ainda são limitados, embora já comece a despertar algum interesse, situação que tem fomentado excelentes trabalhos a respeito do assunto, bem como jurisprudência a respeito.

Como dito por Luís Greco (2007, p. 1):

Em linhas gerais, e conscientes das imprecisões em toda generalização importa, podemos caracterizar da seguinte maneira o estado da teoria em nosso país: de um lado, parece encontrar-se um reduzido número de eleitos, que incorporou em seu linguajar de modo decidido o vocabulário da nova teoria; enquanto do outro, vê-se uma grande massa – da qual fazem parte não apenas estudantes, como também práticos do direito e a maior parte dos docentes – na qual impera uma atitude que é um misto de desorientação, admiração e temor.

Do exposto, conclui-se que a teoria da imputação objetiva, em meio a adeptos e resistentes a sua aplicabilidade, surgiu com o escopo de e dinamizar o Direito Penal.

3.1 Conceito

Cada vez mais, a teoria da imputação objetiva tem se expandido na doutrina estrangeira. Na Alemanha, inclusive, segue em constante desenvolvimento e angariando mais e mais seguidores. Trata-se, como se vê, de uma teoria que conduz o operador do direito a promover um filtro objetivo, no que tange a imputação de um resultado.

André Luís Callegari (2001, p. 17) menciona que para Claus Roxin a dogmática antiga partia da base de que “com a causalidade da conduta do autor, a respeito do

resultado, cumpria-se o tipo objetivo”. Acrescenta ainda o autor que, nos casos em que parecia inadequada a punição, “tentava-se excluir a pena nos delitos comissivos dolosos, negando-se o dolo”. A fim de melhor explicar esse posicionamento, cita-se o conhecido exemplo que “ao começar uma forte chuva, um cidadão faz com que um seu desafeto desloque até o bosque com a esperança de que morra atingido por um raio”.

Se a análise do caso apresentado for feita à luz da teoria da equivalência, não se pode duvidar de que existe causalidade diante do cidadão que faz o desafeto deslocar até o bosque, gerando assim, o tipo objetivo. Somente seria possível afastar a punibilidade, ao se negar o dolo.

Agora se a análise for feita pela improcedência da punição, por inexistir a vontade com influência de praticar o resultado pretendido, essa situação deverá ser compreendida sob o foco do caráter objetivamente causal do resultado ocorrido.

Assim, em decorrência da imposição dessa doutrina pelo aludido autor, o mundo jurídico passa a aceitar a hipótese da existência de uma imputação objetiva, a qual seria proveniente do estudo da estrutura criminal em seus aspectos de política criminal. Para que ele enquadrasse uma conduta como sendo crime, seria necessário observá-la sob uma ótica político-criminal, ou seja, dever-se-ia analisar quando uma conduta seria considerada penalmente relevante.

Para o penalista germânico, nem a equivalência³² das condições nem a causalidade adequada^{33 34} estariam aptas à solução do juízo de imputação. Nota-se que a teoria da imputação objetiva engloba a teoria da causalidade, como afirmado por Antônio L. Chaves Camargo (2001, p. 191):

³² “Segundo a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*, de inspiração nitidamente mecanicista, reputa-se *causa* de um resultado todas as condições necessárias para a sua produção”, Antônio Carlos S. Filho (2007, p. 13).

³³ “Segundo a teoria da causalidade adequada, elaborada pelo filósofo Von Kries, um resultado somente poderá ser considerado causado por um comportamento humano, quando este tiver sido idôneo à sua produção”, Antônio Carlos S. Filho (2007, p. 17).

³⁴ “Como sustenta Welzel, em sua obra *Derecho Penal Alemán*, pp. 79-80, para a teoria em análise: ‘Adequada é aquela condição que geralmente é apropriada para produzir um determinado resultado. Portanto, ficam excluídos os acontecimentos causais completamente extraordinários. E extraordinários são aqueles acontecimentos causais com os quais não podia contar um observador razoável no momento da ação’, Miguel Reale Jr. (1988, p. 31).

O problema do nexos causal, de suma importância para os causalistas, na imputação objetiva passa a constituir-se num dos itens que a integram, pois seu âmbito é muito extenso do que o mero curso causal que determinou o resultado.

Dessa forma, pode-se entender a teoria da imputação objetiva, nos termos de Claus Roxin, também explicada por Antônio Carlos S. Filho (2007, p. 34-35) como sendo a situação em que

um resultado somente será imputado objetivamente ao agente quando tiver incrementado, indevidamente, um risco para o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, e apenas se este 'incremento do risco', com alto grau de probabilidade, implicar o resultado típico.

No âmbito penal, a teoria da imputação objetiva apresenta-se como um meio de sanar as distorções criadas pelas teorias causais. Para se considerar a imputação de um fato, será necessária a existência de uma relação entre acontecimento e vontade, ou seja, a alguém será atribuída a prática de uma conduta criadora de relevante risco proibido e, com isso, um resultado juridicamente relevante será produzido.

É importante que se entenda, em situação reversa, que um resultado não será objetivamente imputável quando: a) o agente tiver diminuído o risco para o bem jurídico; b) o risco estiver nos limites do socialmente permitido; c) o incremento do risco for considerado insignificante; d) não houver a materialização do risco no resultado típico; e) a finalidade do tipo penal não alcançar o resultado do modo como ocorrido; conforme mencionado por Antônio Carlos S. Filho (2007, p. 35).

A fim de facilitar a compreensão da aplicação da teoria da imputação objetiva no tipo penal, torna-se necessário demonstrar como é feita a divisão do tipo penal, nas suas partes objetiva e subjetiva. Tal esclarecimento evidencia que a aludida teoria é tema de discussão na parte objetiva do tipo.

Como abordado no capítulo anterior, o conceito de crime adotado no Direito Penal é o analítico, sendo atribuído a Beling a primeira formulação analítica do crime como ação típica, antijurídica e culpável. Na exposição de Beling (2007, p. 28), a concepção de crime abrange a noção de que a "Ação punível é somente a ação

tipicamente antijurídica e culpável”.

A ação pode ser entendida como o fazer uma ação proibida (conduta comissiva) ou como um não fazer uma determinada ação (conduta omissiva). Para a teoria da imputação objetiva, o conceito de ação, segundo Carlos Roberto Bacila (2009, p. 17),

perde a relevância que possui para as correntes tradicionais causalistas e finalistas. Neste sentido, o tipo objetivo adquire um máximo de valorização. (...). Na verdade o conceito de ação estabelece um limite para a imputação do tipo objetivo.

O tipo é a descrição precisa da ação proibida, entendendo-se proibição de determinada ação (em sentido estrito) ou determinando a ação (omissão). A teoria da imputação objetiva estabelecerá o alcance do tipo objetivo, como dito por Carlos Roberto Bacila (2009, p. 25), e definirá, por sua vez, “o aspecto objetivo e mecânico da conduta e valorativo e o quanto desta conduta ou das condutas humanas em geral estão relacionadas, ou não com o tipo objetivo”.

A antijuridicidade é compreendida como a investigação em torno da possibilidade de a ação típica - comissiva ou omissiva - contrariar a norma penal. A teoria da imputação objetiva também estuda a antijuridicidade, embora o faça com menor amplitude, visto que maior atenção é dada ao estudo do tipo objetivo. Dessa forma, como mencionado por Carlos Roberto Bacila (2009, p. 26), temas até então estudados na antijuridicidade – como, por exemplo, estado de necessidade e exercício regular de direito - passaram para a órbita de estudo do tipo objetivo.

Por último, tem-se a culpabilidade, compreendida como a contrariedade ao direito como um todo, sendo integrada por: a) imputabilidade; b) potencial conhecimento da ilicitude do fato; c) exigibilidade de conduta diversa. A teoria da imputação objetiva, segundo Carlos Roberto Bacila (2009, p. 20)

primeiro define o tipo, depois a antijuridicidade, e, posteriormente, a culpabilidade. Entretanto, existe uma ligação interessante entre a culpabilidade e o que se define no tipo. É que ao excluir-se do tipo os eventos do acaso que têm nexos causais com o autor, ao mesmo tempo, está-se atendendo ao aspecto objetivo da culpabilidade.

A partir do exposto e levando-se em conta que são dois os elementos do tipo - objetivo e subjetivo – destaca-se que é com os aspectos objetivos e constatáveis pelos sentidos e também com os aspectos valorativos é que a teoria da imputação objetiva irá se preocupar. Nos dizeres de Carlos Roberto Bacila (2009, p. 27), a aludida teoria

subverteu esta sequência absoluta entre o material e o psíquico - respectivamente tipo objetivo e tipo subjetivo - e desenvolveu um sistema que 'filma' a ação no seu todo e trabalha com considerações que também envolvem por vezes o tipo subjetivo, mas que são definidas objetivamente, visando atender a finalidade dos tipos. Donde as questões de dolo e culpa tornam-se reduzidas, mas continuam tendo importância.

3.2 Elementos

O ato de imputar um resultado decorrente de uma ação a um agente não pode ser analisado, apenas, sob a ótica de um juízo causal, mas, sim, sob o foco teleológico. O entendimento sobre finalidade deve ser assimilado sob o ponto de vista objetivo, uma vez que não se imputa somente o que é querido e conhecido pelo agente, mas também o que é conhecido e passível de ser influenciado pela vontade. Explicando melhor: um fato é a realização de uma vontade; e a imputação decorrente desse fato ocorre pela relação que se estabelece do fato com a vontade.

Pela teoria da imputação objetiva, um resultado somente será imputado a um agente, como sendo obra sua, com conseqüente enquadramento em um tipo penal, quando:

- a) a conduta criar um risco não permitido, ou seja, risco juridicamente desaprovado e relevante, para o objeto da ação;
- b) o risco se processa no resultado concreto. O evento é considerado no sentido normativo ou jurídico e não no naturalístico;

c) o resultado se encontra ao alcance do tipo penal.

Claus Roxin (2007, p. 363), afastando a dogmática antiga, em que a causalidade de um resultado era proveniente única e exclusivamente da prática de uma ação humana, com consequente enquadramento legal, entende que:

*Um resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto*³⁵.

Pensar em imputação objetiva, para Claus Roxin, pressupõe a existência de um perigo criado por um agente, sendo que tal conduta não possa ser acobertada por um risco permitido dentro da previsão típica de uma conduta proibida.

O que se leva em consideração é a provocação de um resultado juridicamente relevante, que corresponda à afetação ou perigo de afetação do bem juridicamente protegido. Diante dessa situação, há de se observar que ocorrerá ainda a imputação objetiva, quando uma conduta aumentar o risco permitido, com violação relevante do dever de cuidado.

3.3 Consequências

Do apresentado, verifica-se que a teoria da imputação objetiva pode servir como um excelente instrumento de redução dos mecanismos de punição do Estado ao mínimo necessário. Assim, a imputação objetiva poderá ser aplicada para solucionar uma multiplicidade de problemas, como os abaixo estudados:

³⁵ “Um resultado causado pelo agente só pode ser imputado ao tipo objetivo se a conduta do autor tiver criado um perigo para o bem jurídico não coberto por um risco permitido e esse perigo também for realizado no resultado concreto”.

3.3.1 A diminuição do risco

Damásio E. de Jesus (2000, p. 76) trata a situação de diminuição do risco para fins de imputação objetiva, através do seguinte princípio: “Não há imputação objetiva da conduta ou do resultado quando o sujeito age com o fim de diminuir o risco de maior dano ao bem jurídico”.

O agente, quando age com o intuito de diminuir o risco, via de regra, causa um dano consideravelmente de menor potencial, se o compararmos ao que iria ocorrer no bem jurídico, caso a ação inicial procedesse na íntegra.

Argumenta Claus Roxin (2002, p. 313) que não se imputará um resultado, “se o autor modificar um curso causal de tal maneira que ele diminua a situação de perigo já existente para a vítima, ou seja, se melhorar a situação do objeto da ação”. Pretendeu o aludido autor defender que seria uma injustiça, por parte do Estado, responsabilizar o agente que afasta um resultado mais gravoso, mesmo porque a ação inicial não fora de sua iniciativa.

Diante do defendido por Claus Roxin, pode-se afirmar que o dolo, no caso da diminuição do risco, fica afastado da conduta. Tal ocorrência é sustentada pela idéia de que, quando alguém age com o intuito de diminuir a lesão a um bem jurídico de determinada pessoa ou coisa, não o faz provido de vontade e consciência de menosprezar o bem tutelado pela norma penal. A ação tem como causa motivadora a preservação de um valor socialmente relevante, situação que justifica o afastamento do dolo.

Claus Roxin (2006, p. 109) reforça esse entendimento ao afirmar que: “Ações que diminuam riscos não são imputáveis ao tipo objetivo, apesar de serem causa do resultado em sua forma concreta e de estarem abrangidas pela consciência do sujeito”.

Antônio Carlos Santoro Filho (2007, p. 44) a essa noção acrescenta que

(...), nos casos de diminuição de risco, o comportamento não é motivado pelo menosprezo ao bem jurídico e nem dirigido à diminuição do valor tutelado pelo tipo, mas sim no sentido de realização e preservação desse valor, o que implica a *carência de imputação subjetiva*.

Na diminuição do risco, o autor age com o intuito de proteger o bem jurídico, inexistindo, portanto, a vontade de desvalorá-lo, situação que compromete a imputação objetiva da conduta, por carência do elemento subjetivo.

Ressalta-se que existe entendimento doutrinário, como os de Michael Köhler, Reyes Alvarado, todos citados por Luís Greco (2005), que compreende que a ação destinada a diminuir um risco encontra amparo nas causas de justificação, mais precisamente no estado de necessidade justificante, o qual deve ser compreendido como o sacrifício de um bem de menor valor em relação ao bem preservado ou, ainda, do sacrifício de um bem de igual valor ao preservado.

Não é conveniente que esse posicionamento prospere, já que, assim, a redução do risco não estaria sendo considerada como uma lesão a um bem jurídico, mas, conseqüentemente, como uma tipicidade da conduta.

O correto é interpretar a ação sob a ótica da tipicidade teleológica e axiológica, ou seja, deve-se compreendê-la no sentido e alcance do tipo penal, evitando, dessa maneira, uma aplicação desregrada a objetos normativos não protegidos por lei. Adotando-se os princípios axiológicos e teleológicos tem-se uma redução da intervenção do Estado nas relações sociais, pois a norma penal, nesse caso, terá o propósito de garantir a manutenção das relações sociais.

Antônio Carlos Santoro Filho (2007, p. 48), citando Carlos Maximiliano, menciona a respeito da influência axiológica na aplicação da norma penal o seguinte:

(...), serve o caráter axiológico da tipicidade para *restringir* a incidência da proibição penal aos atos que têm efetivamente, em si, um caráter negativo de valoração, e que se encerram no âmbito da tutela penal; obriga o juiz, assim, a analisar o fato não como uma unidade isolada, mas no contexto social em que é realizado, na realidade que o circunda.

Conclui-se, assim, que, antes de aplicar a norma penal, deve-se analisar o grau de repercussão social apresentado pela conduta praticada, isto é, se a mesma foi

tolerada ou eticamente aceita. Atingidos esses elementos, não há que se falar em enquadramento de conduta a tipo penal, pois ausente estará a finalidade de lesar um bem jurídico determinado.

3.3.2 Aumento do risco permitido

O risco permitido está diretamente relacionado com o princípio da confiança, o qual traz que não se pode esperar que um indivíduo preveja a prática de ações descuidadas por parte de terceiros. Diz Antônio Carlos Santoro Filho (2007, p. 81) que:

Aquele que age dentro da normalidade das relações sociais, nos limites do *risco permitido*, tem o direito de esperar que os demais também assim atuem, não podendo a ele ser imputada a *previsibilidade* de comportamento contrário ao dever de cautela praticado por outrem.

A prática de condutas perigosas, a exemplo do ato de conduzir-se um veículo automotor a uma velocidade de 100 Km/h em uma autopista, são consideradas perigosas, mas socialmente permitidas e normativamente autorizadas. Dessa forma, caso ocorra um resultado ilícito advindo da conduta de conduzir o veículo automotor o resultado provocado somente poderá ser atribuído a seu autor se tiver excedido na prática da conduta socialmente permitida.

Claus Roxin (2006, p. 110) diz que:

Sempre que, em virtude de sua preponderante utilidade social, ações perigosas forem permitidas pelo legislador – em certos casos, sob a condição de que se respeitem determinados preceitos de segurança – e, mesmo assim, ocorra um resultado de dano, esta causação não deve ser imputada ao tipo objetivo.

Vê-se então que só se falará em imputação objetiva quando a conduta de uma pessoa aumentar o risco já existente, ou seja, aumentar o risco juridicamente permitido.

Isto é, o resultado será imputado ao autor da conduta ainda que não exista a certeza

de sua ocorrência, bastando para justificar a imputação a tese de que, caso o autor agisse dentro das regras do direito, aquele não ocorrerá.

O princípio do aumento do risco, também conhecido como incremento do risco, foi criado por Claus Roxin no ano de 1962, e foi apresentado como sendo a situação quando a execução de uma conduta contrária a lei possibilitar um aumento na realização de um resultado em relação a execução do risco permitido, essa conduta será enquadrada no tipo penal, caso não haja aumento de risco nada se responsabilizará.

Vê-se que, para tratar da imputação nos casos de condutas que aumentam o risco, é necessário então que a conduta ocorra para, então, se analisar os seus efeitos no caso concreto. Como dito por Fernando Galvão (2002, p. 65):

O incremento do risco somente poderá ser avaliado *ex post*, ou seja, observando-se o fato já ocorrido. Nessa avaliação do aumento da situação do risco, sempre será necessária a consideração de todas as circunstâncias do fato que se tornem conhecidas.

Os tribunais brasileiros têm formado entendimento pacífico, no sentido de que deve-se aplicar o princípio do aumento do risco, conseqüentemente, afastando a imputação objetiva nos casos em que o nexo causal for de difícil demonstração³⁶.

A utilização desse princípio não deve ser confundida com o princípio *in dubio pro reo*, em que não se tendo certeza de que o resultado praticado tenha sido proveniente da realização da conduta perigosa não se imputará o fato ao autor.

André Luís Callegari (2001, p. 45), citando Claus Roxin defende como inviável a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, pois não há como, em uma conduta que acarrete um aumento do risco, fracionar-se o risco permitido do risco proibido:

³⁶ Veja o julgado: “Apelação-crime – Delito de Trânsito – Recurso defensivo deferido em parte – Em não havendo, na prova carreada para o bojo do caderno, prova segura que especifique ou explicito o fato de ter sido o acidente causa direta ou indireta do óbito sofrido pela vítima, a desclassificação para lesões corporais culposas se impõe. Apelo da Justiça Pública prejudicado, face às regras contidas nos artigos 88 e 89 da Lei n. 9.099/95, que exige representação e proposição de suspensão do processo. Decisão unânime” (TJRS, ApCr 70.001.059.054, Torres, 2ª Câm. Crim., j. 31/02/2000).

Se o autor ultrapassa o risco permitido e com isso segue incrementando o risco que precisamente ainda era tolerável, cria um risco em conjunto simplesmente proibido. E esse risco proibido em sua totalidade também se realiza se se produz o resultado; disso não cabe a menor dúvida, portanto não há campo de aplicação para o princípio *in dubio pro reo*.

3.3.3 Âmbito de proteção da norma

Para a teoria da imputação objetiva, o preenchimento do tipo objetivo não é decorrente apenas do nexos entre o resultado e o risco, juridicamente não permitido, criado pelo agente da ação. É necessário também que o resultado esteja abarcado pelo fim protetivo da norma penal. No dizer de Diego Manuel Luzón Pena, citado por André Luís Callegari (2001, p.58), para que ocorra a imputação objetiva é preciso que

o resultado concretamente causado encaixe no fim de proteção ou evitação da norma, é dizer, que coincida com o tipo de causação de resultados que precisamente pretende evitar a norma proibitiva direta ou a norma de cuidado infringida; trata-se, pois, de um critério de interpretação teleológica do tipo.

Vê-se então que o fim protetivo da norma encontra seu âmbito de aplicação na determinação do critério de imputação, bem como na determinação da existência ou não da relação de risco, ou seja, a função da norma protetiva está ligada aos critérios definidores de imputação, situação que é definida através da política criminal.

A fim de melhor compreensão, é interessante citar o célebre exemplo utilizado por Claus Roxin (2002, p. 335), o qual foi objeto de julgamento no Tribunal Superior Alemão:

Dois ciclistas dirigem no escuro, um atrás do outro, sem iluminar as bicicletas. Face à ausência de iluminação, "A", que trafega à frente, colide com outro ciclista, vindo do sentido oposto. O resultado teria sido evitado, se o ciclista "B", que trafegava atrás, tivesse iluminado a sua bicicleta.

A partir desse caso apresentado pelo autor, surgiu a afirmação de ser evidente que o primeiro ciclista deveria ser responsabilizado pelo delito de lesão corporal culposa,

visto que faltou com o dever objetivo de cuidado, ao deixar de acender os faróis durante a noite, para assim, evitar choques com terceiros. Nota-se que a conduta de não acender o farol causou o perigo proibido de uma colisão e esse perigo, efetivamente, ocorreu.

Claus Roxin, porém, questionou se o segundo ciclista, que conduzia sua bicicleta atrás do primeiro, poderia ser também responsabilizado pelo resultado praticado, uma vez que deixou de acender os faróis de sua bicicleta.

Vê-se, analisando friamente o caso, que o segundo ciclista criou um perigo de que o primeiro fosse albalroado por outro ciclista, faltando, em tese, com o dever objetivo de cuidado na condução de sua bicicleta.

Claus Roxin (2002, p. 336) responde a esse questionamento, defendendo que o fim da norma que exige a iluminação de bicicletas é evitar acidentes que decorram imediatamente da própria bicicleta, e não iluminar outras bicicletas, de forma que, não tendo se realizado o perigo que a norma de cuidado violada queria prevenir, inviável torna-se a imputação do resultado.

Nesse sentido, Antônio Carlos Santoro Filho (2007, p. 56) diz que:

O recurso ao fim de proteção da norma não nos parece desarrazoado. Ao contrário, é fruto de uma interpretação teleológica do direito penal, que, como vimos, constitui substrato indispensável ao juízo de adequação típica, uma vez que o modelo de conduta proibida (tipo) porta sempre um sentido axiológico, não bastando, para a sua configuração, um processo de subsunção objetivo e isento de valoração.

Do exposto, conclui-se que as condutas dos ciclistas não podem ser alcançadas pela norma penal incriminadora, visto que o comportamento praticado por ambos, principalmente pelo ciclista que deslocava à frente, não se encontra compreendido no fim protetivo da norma penal, sendo um abuso responsabilizar criminalmente o condutor da bicicleta pelo simples fato de trafegar com as luzes apagadas. Cabe ressaltar que não houve a produção de resultado naturalístico, fator preponderante para configurar a causalidade jurídica.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao analisar caso semelhante ao apresentado, em que um condutor de um caminhão, conduzindo o veículo sob efeito de álcool não foi responsabilizado, por ausência de nexo causal, pela morte dos passageiros que transitavam na carroceria³⁷.

Dessa forma, conclui-se, através de Antônio Carlos Santoro Filho (2007, p. 58), que

se o resultado, na normalidade das relações sociais, não pudesse ser evitado pelo agente, ainda que observadas todas as normas de prevenção ao bem jurídico, não há de se falar em culpa em sentido estrito e nem de omissão – ou ação – penalmente relevante simplesmente pelo fato de não terem sido observadas as diligências de cautela, pois nossa lei penal prevê, de forma expressa, que somente pode ser considerada causa a ação ou omissão sem qual o resultado não teria ocorrido (art. 13, *caput*), e que a omissão é penalmente relevante quando o omitente pudesse agir para evitar o resultado (art. 13, § 2º).

3.3.4 Atribuição ao âmbito de responsabilidade de terceiros

Outro ponto que pode ser considerado problemático no campo da imputação objetiva refere-se à intervenção de terceiras pessoas, mediante atos comissivos (ação) ou omissivos (omissão), no processo causal instaurado pelo agente.

Sabe-se, conforme defendido por Claus Roxin (2002, p. 376-377), que, nas situações de intervenção de terceiras pessoas, embora não seja possível excluir a causalidade – física,

o âmbito do tipo não compreende o que vier a acontecer após a intervenção do terceiro, pois a certos profissionais (policiais, bombeiros, médicos etc) incumbe a eliminação e vigilância das fontes de perigo, de forma que estranhos a estas atividades nada têm de se intrometer.

Como forma de clarear o entendimento e demonstrar que a atitude de terceira

³⁷ “Penal – Acidente de trânsito – Homicídio culposo – Embriaguez e transporte irregular de pessoas em compartimento de carga – Negligência e imprudência afastadas – Ausência de nexo causal entre a conduta do agente e a morte da vítima. Absolvição. A verificação da embriaguez e o transporte irregular de pessoas em compartimento de carga, por si só, não atribuem ao agente, de maneira objetiva, a responsabilidade pela ocorrência do fato delituoso. É necessário que se estabeleça um nexo causal entre a conduta e o evento danoso, conforme preceitua o art. 13, *caput*, do Código Penal que consagra a teoria da equivalência dos antecedentes no ordenamento jurídico-penal pátrio. Ausente relação de causalidade entre a conduta culposa e o resultado morte da vítima, impõe-se a absolvição” (TJRS, 3ª Câmara Criminal. AC 70.003.439.379 – São Leopoldo).

pessoa, à luz da teoria da imputação objetiva, impede que a ação encontre amparo ao tipo, por não estar ao seu alcance, imagine a situação citado por Claus Roxin (2006, p. 113): A bate seu carro contra uma árvore, por desatenção. Um passageiro fratura o quadril esquerdo. No hospital morre ele por causa de uma sepse (envenenamento do sangue), decorrente de desatenção médica.

Analisando o caso apresentado pelo autor, verifica-se ser inviável, à luz da teoria da imputação objetiva, atribuir o resultado morte àquele que deu início à marcha causal, visto que, somente após a intervenção de terceiro, motivado pela sua função perante a sociedade, é que assume o desenvolvimento dos acontecimentos e retira do agente a possibilidade de influenciar no resultado ocorrido.

Cabe ressaltar ainda que em fatos dessa natureza ocorre uma transferência de responsabilidade de cuidado, e o resultado é motivado por uma causa superveniente a primeira conduta. Sendo assim, não há que falar em imputação objetiva do condutor do veículo, pois sua conduta não foi suficiente para praticar o resultado atingido.

Inegável que o condutor do veículo, no sentido meramente físico, conforme art. 13 do Código Penal, deu causa ao resultado, visto que conduzia o veículo, desatento, ou seja, não observou o dever objetivo de cuidado que lhe é imposto. No entanto, à luz da teoria tradicional, essa situação da causa superveniente, em que ocorre uma interrupção no curso causal até então desenvolvido, provoca, por força do imperativo do art. 13, parágrafo primeiro do citado dispositivo legal, uma transferência de responsabilidade pela ocorrência do fato.

Não se pode confundir a responsabilização de terceira pessoa - excludente da imputação objetiva do agente – com a concorrência de culpas (se expressa por meio de crimes culposos paralelos ou recíprocos ou sucessivos) ou co-autoria colateral (quando várias pessoas executam o fato sem nenhum vínculo subjetivo entre elas), visto que nessas hipóteses, tanto o autor da primeira conduta, como o interveniente, por contribuírem para com o resultado, são considerados agentes. Ocorre, no caso da concorrência de culpas ou na co-autoria, uma atuação concomitante de dois ou mais indivíduos para a realização de um tipo penal, sem a ciência de estarem um

contribuindo para a conduta típica de outrem.

Dessa forma, a responsabilização de terceira pessoa somente ocorrerá, com conseqüente afastamento da imputação objetiva ao autor da primeira conduta, se no decorrer dos fatos existir a instauração de um desvio relevante do processo causal originariamente criado.

4 NOÇÕES ELEMENTARES E EVOLUÇÃO DO DIREITO FALIMENTAR

Analisando o instituto da falência, verifica-se uma proximidade com a evolução do significado de obrigação. J.C. Sampaio Lacerda (1961, p. 11) menciona que tal aproximação ocorre em razão de, na falência, “uma pessoa havendo recebido uma prestação a crédito, não tenha à disposição, para execução da contraprestação, um valor suficiente, realizável no momento da contraprestação”. Acrescenta-se que o rigor, no caso do descumprimento da obrigação, em tempos remotos era bastante severo.

Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 25) explica que a expressão falência tem sua origem no

(...) latim *fallere* e no grego *sphallein*, de que se formou *fallentia*, falência, palavra que possui, obrigatoriamente, o significado de falha, defeito, carência, engano ou omissão. Utilizava-se, ainda, a expressão *bancarotta*, de *banco rotto*, que significa banco quebrado, para definir falência fraudulenta.

Cita ainda o aludido autor (2005, p. 25) que a falência era também conhecida pela expressão “quebra”, empregada pelos portugueses para designar “quebrado”, “arruinado” e “sem dinheiro”.

Na verdade, o termo “falido” remete-nos a uma noção de fracasso, de insucesso na administração do negócio, ou seja, de incapacidade de gestão empresarial.

A análise doutrinária a respeito da evolução desse instituto e a constatação inevitável de que, modernamente, o sucesso da empresa é tão dependente de fatores macroeconômicos, quanto do esforço pessoal do empresário ou dos responsáveis pela sociedade empresária, reforçam a importância da análise da etimologia do termo “falência”, bem como de sua reavaliação quando aplicada à pessoa do falido.

Cabe salientar que o instituto da falência surgiu em tempos remotos, vinculado à

prática heterodoxa do comércio e ao estabelecimento dos deveres daqueles que executavam tal labor. A falência era tratada como uma falta do comerciante/devedor e que, segundo Amador Paes de Almeida (2001, p. 3): “o devedor respondia por suas obrigações com a liberdade e até mesmo com a própria vida”. Porém, o aludido instituto passou por inúmeras mutações, acompanhando alterações na legislação penal, privada e a transformação da execução pessoal em execução patrimonial. Daí a adoção do caráter que apresenta nos tempos modernos.

A análise histórica desse instituto nos permite vislumbrar sua ampla importância e auxilia-nos na busca de sua devida compreensão, já que é considerável a discordância entre autores, ao tentarem definir, com precisão, quando surgiram as primeiras manifestações jurídicas de natureza estritamente falimentar.

O Direito Falimentar, que teve suas origens históricas no Direito Romano, na sua essência é um produto social e histórico, que deve ser analisado sob o foco econômico, já que traduz um estado patrimonial e jurídico, tendo em vista ser a falência um processo de execução coletiva contra o devedor comerciante. J. X. Carvalho de Mendonça (2000, p. 59) explica que:

O direito não se inventa, não nasce do arbítrio, nem surge espontaneamente dos congressos legislativos. Desenvolve-se no terreno social, num ambiente histórico em relação ao grau de civilização, aos usos e costumes, à organização política dos Estados.

Nos primórdios, a intervenção do Estado não era exigida e os problemas eram, então, solucionados pelas próprias mãos dos credores. Estudos demonstram que a fase mais primitiva do Direito Falimentar foi a do Direito quiritário, uma vez que o devedor era adjudicado ao credor e reduzido a cárcere privado. Amador Paes de Almeida (1996, p. 3), sobre esse aspecto, afirma:

O Direito quiritário (período mais primitivo do Direito romano) admitia a adjudicação do devedor insolvente que, por 60 (sessenta) dias, permaneceria em estado de servidão para com o credor. Não solvido o débito, podia vendê-lo como escravo no estrangeiro (*Trans Tiberim*), e até mesmo matá-lo. No período do Direito antigo, as obrigações do devedor eram respondidas, com a sua liberdade e até mesmo com sua vida. A obrigação recaía sobre o indivíduo e não sobre seus bens. Desta forma, existia nesta época (Direito quiritário, fase mais primitiva do Direito romano), no instituto da falência, uma clara preocupação em punir o devedor que não saldasse suas dívidas para com os seus credores.

Cita ainda o autor (1996, p.3) que o Direito quiritário “perdurou até 428 a.C. e foi substituído com a promulgação da *Lex Poetelia Papiria*, que introduziu no Direito Romano a execução patrimonial”, ou seja, o direito de execução dos credores recairia sobre o patrimônio do devedor e, não mais, sobre a pessoa desse.

Amador Paes de Almeida (1996, p. 3) menciona que a *Lex Poetelia Papiria* foi substituída pela “*bonorum venditio* (instituída pelo pretor Rutilio Rufo), o desapossamento dos bens do devedor era feito por determinação do pretor, nomeado um curador (*curator bonorum*) para a administração dos bens”.

No entanto, Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 26) acrescenta que “foi a partir da Lei das XII Tábuas - primeiro direito escrito romano, elaborado em razão das secessões da plebe e surgido do imperativo de limitar o poder dos cônsules - que se delinearam a execução singular e a coletiva”. Essa fase, inclusive, contribuiu de maneira significativa para a evolução do Direito falimentar.

Em 643 a.C., José Cândido Sampaio de Lacerda (1961, p. 32) cita que o pretor Rutilio Rofo instituiu a *missio in bona* ou *missio in possessionem*, que compreendia o desapossamento dos bens do devedor, praticado por determinação do pretor, nomeando um curador para a administração dos bens. Nesse âmbito, acrescenta

(...) a *Lei Aebutia* (643) fez substituir o processo das *legis actiones*, pelo processo formular, o pretor Rutilio Roffo, à vista da *bonorum sectio*, instituiu a *missio in bona* ou *missio possessionem*, que consistia no desapossamento dos bens do devedor, a pedido do credor e por ordem do magistrado. Perdia então o devedor a administração de seus bens, que passavam ao curador, nomeado pelo magistrado. O credor dava, então, publicidade a *missio (bonorum praescriptio)* para que os outros credores pudessem vir a concorrer, dentro de trinta dias. Se passado esse prazo, o devedor não solvesse seus compromissos, o curador alienava (*bonorum venditio*) ao melhor ofertante (*bonorum emptor*) o patrimônio do devedor e que o sucedia a título universal, (...).

Já em 737 a.C., Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 28), explica que surgiu a *Lex Iulia Bonorum*, a qual criou a *cessio bonorum*, que facultava ao devedor a cessão de seus bens ao credor, que podia vendê-los separadamente. Diz o autor que “estaria aí a semente da falência”.

Avançando um pouco mais na linha do tempo, chega-se à Idade Média, fase que

teve o Direito romano e o Direito canônico como base para a formação de seu direito comum. Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 28) afirma que, nessa fase

o processo de execução se aperfeiçoou em decorrência do crescimento da autoridade estatal que procurou coibir os abusos de caráter privado, mas isso não fez abolir a repressão penal, sendo essa, traço característico do instituto falimentar daquela época.

Na Idade Média, o Estado assume o poder sancionador no lugar do credor, no entanto, nos procedimentos de execução coletiva, sérias e graves consequências ainda recaíam sobre o devedor. Caso ficasse provado que o mesmo estava agindo de maneira fraudulenta, poderia ser, então, aplicada uma pena de infâmia cominada com outras penas vexatórias.

A partir da citada fase, chega-se aos tempos modernos, período em que o Direito falimentar se mostra melhor estruturado para solucionar os atos de insolvência entre credor e devedor, visto que se cria o Código Napoleônico, o qual dá à falência um caráter econômico-social. Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 30) explica que:

Nos tempos chamados modernos tivemos um marco importante que foi a criação do Código Napoleônico. Pode-se notar também que nova mentalidade começou a influenciar o Direito Falimentar, em razão das idéias individualistas e utilitaristas sobre a economia liberal. Napoleão, criador do código vigente, demonstrou, através deste, que não compreendia as distinções que havia entre os falidos; achava que o falido deveria ser julgado independentemente de sua culpa ou dolo, pois a falência poderia ser usada para criar fortuna, sem fazer perder a honra. No entanto, tomou medidas para impedir que isso acontecesse, criando a pena de detenção com efeitos de correção. Foi relevante, nesse período, a distinção feita entre os devedores honestos e os desonestos, facultando aos que estavam de boa-fé os benefícios da moratória, com o aperfeiçoamento da concordata. Com o passar do tempo, foram surgindo novas leis, como as de 28.05.1838, 04.03.1889, 22.05.1955 e 10.07.1967, estabelecendo à falência um caráter econômico-social, até chegar aos dias atuais em que ela é reconhecida como uma instituição social.

Napoleão Bonaparte, com o Código Comercial Francês, de 1807, influenciou de maneira preponderante o Direito falimentar, visto que impõe severas restrições ao falido, além de voltar-se para o devedor comerciante. Amador Paes de Almeida (1996, p. 13) destaca que o Código Comercial francês abrandou

(...) os rigores da legislação, assumindo a falência um caráter econômico-social, refletindo no seu bojo as profundas alterações por que se passaria o direito comercial e que culminaria com a modificação do próprio conceito de empresa, vista hoje como uma instituição social.

O Direito falimentar no Brasil foi marcado por pelo menos cinco etapas. Declara Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 31) que “a primeira inicia-se à época do descobrimento do Brasil, em que as Ordenações Afonsinas regulavam, com um forte conteúdo jurídico romano, as relações de solvência; no particular, a falência era como parte do Direito Criminal”, já externado a umbilical ligação entre o Direito Falimentar e o Direito Penal.

Nessa época, o direito brasileiro também submetia o devedor a excessivo rigor, pois era diretamente influenciado pelo direito português, em razão de o Brasil ser colônia de Portugal, que, por sua vez, tinha o Direito romano como seu norteador.

Salienta Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 32) que o ordenamento jurídico da Ordenação previa que

(...), ocorrendo a falência, o devedor seria preso até pagar o que devia aos credores. Por outro lado, levando em consideração a influência do Direito italiano, poderia o devedor ceder seus bens aos credores, evitando assim sua prisão.

Nota-se que o ordenamento jurídico da época franqueava ao devedor a opção de evitar a prisão, bastando-lhe, para tanto, ceder seus bens como garantia ao credor. Com o surgimento das Ordenações Filipinas, em 1603, o devedor condenado teria seus bens automaticamente penhorados e executados, sendo que, caso o devedor não possuísse bens para quitar sua dívida, seria preso até conseguir fazê-lo.

Fato interessante nessa época é que a legislação diferenciava o devedor culposo, que era equiparado a um ladrão público por levantar riqueza com fortuna alheia, do não culposo. A pena aplicada ao primeiro variava do degredo à pena de morte e, para os últimos, as penas eram mais brandas.

Amador Paes de Almeida (2001, p. 5-6) demonstra o quanto se diferenciava o tratamento dado ao devedor não culpado:

E os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra em seus tratos e comércios lícitos, não constando de algum dolo, ou malícia, não incorrerão em pena alguma crime. E neste caso serão os autos remetidos ao Prior e Cônsules do Consulado, que os procurarão consertar e compor com seus credores, conforme a seu Regimento.

Vale ressaltar que a falência só adquiriu forma de processo, no período das Ordenações Filipinas, quando o Marquês de Pombal editou alvará que definia qual tratamento deveria ser dado ao devedor. Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 33) bem explica esse início de delineamento do Direito falimentar:

Na vigência das Ordenações Filipinas, inúmeros alvarás foram expedidos, sobressaindo-se o editado pelo Marquês de Pombal, pois foi desse alvará de 13.11.1756, que tivemos um originalíssimo e autêntico processo de falência, em face do comércio mercantil, considerado o ponto de partida da instituição falimentar do direito pátrio, pois não só regulava a punição penal do crime falimentar, como também a falência culposa e a inocente.

O processo de falência dessa época impunha ao devedor a obrigatoriedade de jurar, perante a Junta Comercial, o motivo causador da falência, além de ter que entregar as chaves, livros e o estoque do seu comércio. Salienta Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 33) que, com esse procedimento, “ficou mais fácil fazer a distinção entre os mercadores que davam causa à sua falência, daqueles que empobreciam sem sua culpa”.

Ressalta ainda o aludido autor (2005, p. 33) que os devedores que causavam a falência eram equiparados a ladrões e poderiam, como consequência, ter sua morte decretada. O procedimento que se adotava era o de, primeiramente, relacionar todo o patrimônio do devedor e, depois, realizar a publicação em edital, com o objetivo de convocar os credores. Após arrolar todo o patrimônio, destinava-se 10% (dez por cento) desse total para subsistência e o restante era destinado ao pagamento dos credores. Esclarece, nesse sentido, que, restando provado que a falência ocorreu dolosamente, instaurava-se o processo penal, provando que a quebra não ocorrera por má-fé. O devedor tinha, então, o direito de optar pela hipoteca ou pela cessão de bens e, nesse caso, não haveria nenhum tipo de pena severa em desfavor do devedor.

Outra fase importante na evolução do Direito falimentar foi o ano de 1850, já que foi

essa a época em que se promulgou o Código Comercial, legislação que vigorou até o advento do regime republicano.

Destaca José Cândido Sampaio de Lacerda (1961, p. 36), a respeito do citado período que:

Em 1850, promulgado o Código Comercial, (...), o que caracteriza a falência é a cessação de pagamentos (art. 797). Alegava-se, contra o sistema do Código, ser lento, complicado, dispendioso, prejudicando, há um tempo, credores e devedor; além disso, dava maior importância à apuração da responsabilidade comercial da falência, pois só com a ulatimação do processo da quebra e qualificação da falência é que se iniciava a liquidação da massa.

Do apresentado pelo citado autor, verifica-se que se consideraria falido todo comerciante que cessasse a sua obrigação de pagamento.

Com o passar do tempo, os sistemas de governo foram se alterando, chegando ao período republicano, que se iniciou com a Proclamação da República. Em meio a essa mudança de governo, surge também a necessidade de promover uma revisão da legislação falimentar, sendo que em 24/10/1890, o Governo Provisório, através do Decreto nº 917, revoga as disposições a respeito da falência no Código Comercial.

Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 35) aponta que, com o citado instrumento legal, a falência passa a ser caracterizada pela impontualidade e ressalta ainda que:

Tal decreto continha defeitos, porém abriu novos horizontes ao Direito comercial pátrio. Instituíra como meio preventivo da decretação da falência: a) moratória; b) cessão de bens; e c) acordo do preventivo.

Acrescenta ainda o autor (2005, p. 36) que “essa nova lei trouxe a esperança de conter a fraude, sendo considerada um marco para o andamento da matéria de falência”.

Com a evolução dos tempos, aliada à necessidade de adequação social e do processo falimentar, outras legislações foram surgindo: a Lei nº 859, de 16/08/1902, que trouxe significativas mudanças na nomeação de síndico; Lei nº 2024, de

17/12/1908, que objetivou impedir fraudes e procrastinações processuais; Decreto nº 5746, de 09/12/1929, que, influenciado pela Grande Guerra Mundial, objetivava fortalecer o processo falimentar que se encontrava fraco; Decreto-lei nº 7661, de 21/06/1945, que trouxe inovações como a abolição das Assembleias dos Credores, o que, conseqüentemente, aumentou os poderes dos magistrados; e, por fim, criou-se a concordata (preventiva e suspensiva). Vale lembrar que, no que tange à questão criminal falimentar, esse dispositivo legal tratou o caso com severidade.

Por fim, em 09/02/2005, foi publicada a Lei nº 11.101, que privilegiou a recuperação das empresas para garantir sua permanência no mercado; deu maior celeridade ao processo falimentar, a fim de evitar a depreciação dos ativos do devedor; e aperfeiçoou os mecanismos de responsabilização dos maus gestores. Houve uma revisão nos crimes falimentares, de forma que as penas foram aumentadas, tendo ocorrido, inclusive, a inserção da reclusão, que pode chegar a ultrapassar o período de 10 (dez) anos.

Pela rápida explanação a respeito da evolução do Direito falimentar, verifica-se um grande desenvolvimento na forma de conduzir o processo de falência, no que se refere ao tratamento dado ao devedor e ao credor e, principalmente, na forma de responsabilização penal dos devedores. Isso porque o legislador vislumbrou a necessidade de impor maior rigor no poder correccional, contando que a dignidade humana fosse sempre respeitada.

Como o foco deste trabalho é o estudo dos aspectos penais - aplicação da teoria da imputação objetiva - na Lei de Falência, torna-se necessária uma abordagem a respeito dos crimes falimentares, diz-se hoje falenciais, na medida em que não se aplicam apenas em caso de falência, mas também nos casos de recuperação de empresas. Trata-se de um tema pouco explorado, embora de suma importância para o Direito, devido às particularidades que marcam esse assunto.

Maximilianus Cláudio Américo Führer (1972, p. 5), em sua magnífica obra a respeito dos crimes falimentares, menciona que:

Na doutrina clássica, a própria falência constitui o delito, enquanto as teorias modernas procuram conceituar o crime falimentar como um ilícito penal cometido pelo falido, ou a violação dolosa ou culposa de obrigações impostas por lei ao comerciante, passando a falência a ser apenas uma condição de existência ou de punibilidade do crime falimentar.

O grande desafio do intérprete contemporâneo é a definição do conceito de crime falencial, visto que a influência da linguagem clássica foi muito marcante, situação que não possibilita uma sedimentação do conceito, como ocorre nos delitos em geral. Maximilianus Cláudio Américo Führer (1972, p. 5) observa que inúmeros são os pontos questionáveis para que se padronize o conceito de crime falencial. Assim, afirma que

(...), pela leitura dos tratadistas, chegamos à conclusão de que existem tantas opiniões quantos são os autores, fato que levou Punzo a proclamar que a única certeza que resta, após o estudo do crime falimentar, é a necessidade de uma total reformulação.

Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 35) demonstra que, mesmo transcorrida toda essa evolução legislativa, a dificuldade na compreensão de crime falencial ainda persiste. Como diz: “A conceituação do crime falimentar é objeto de funda controvérsia, o que se explica não apenas pelas dificuldades próprias da matéria, mas também pela diversidade de critérios utilizados no tratamento do assunto”.

Pode-se dizer, então, que o crime falencial é uma espécie do Direito, caracterizada pela singularidade, e totalmente resistente à aplicação de determinadas regras básicas do Direito Penal.

Ainda a respeito da dificuldade de compreensão de crime falimentar, Maximilianus Cláudio Américo Führer (1972, p. 6) demonstra o quão é complexo esse assunto, ao citar algumas divergências entre renomados doutrinadores:

Pontes de Miranda entende que para haver crime falencial não há necessidade de existir dolo ou culpa, enquanto Néelson Hungria afirma que só existem crimes falimentares dolosos (...). Para Delitala, certos crimes falimentares podem ser cometidos indiferentemente, tanto com dolo como com culpa.

Considerando os aspectos, até então salientados, é possível concluir que, mesmo ocorrendo essa divergência quanto ao momento e a forma da ocorrência do crime

falencial, a sua exegese deve estar voltada para as disposições criminais, as normas básicas e as conquistas do direito penal contemporâneo, ou melhor, deve-se responsabilizar o dirigente desonesto, mas sempre visando à preservação da empresa. Fábio Konder Comparato (1970, p. 122) já dizia que:

(...), o objetivo é impedir que o mau procedimento do empresário acarrete, por si só, a dissolução da empresa, separando-se nitidamente a sanção pessoal punitiva do procedimento de execução concursal e, se necessário, afastando-se completamente da empresa o antigo empresário desonesto ou incapaz.

Por fim, outro assunto complexo para se tratar, no que se refere ao crime falencial, diz respeito à sua conceituação. Trata-se de um assunto bastante controverso, na medida em que se diversificam bastante os critérios adotados para sua análise.

Não existe na doutrina um entendimento uníssono quanto à natureza do crime falencial. Sustentam alguns autores tratar-se de crime contra o patrimônio, a exemplo do entendimento de Carvalho de Mendonça. Outros, como Galdino Siqueira, entendem que se trata de um crime contra a fé pública, não faltando ainda aqueles, como Oscar Stevenson, que defendem que o crime falencial é contra o comércio.

Divergências surgem também entre os doutrinadores, no sentido de se definir qual ramo do Direito irá tratar do crime falencial. Trajano de Miranda Valverde o inclui no âmbito das legislações penais; outros, como Julio Fabbrini Mirabete, o enquadram nos domínios da Lei Falencial; e há ainda os autores, como José Cândido Sampaio Lacerda, que trata do assunto conjugando-o com o Direito Penal e o Direito Falimentar.

A partir da conveniência de o crime falimentar ficar sob os cuidados do direito penal, Maximilianus Cláudio Américo Führer (1972, p. 6), citando Gerado Landrove Díaz, menciona que:

(...), parece-nos que a inclusão da matéria no âmbito do Código Penal teria, no mínimo, a vantagem de coagir, de certa forma, o legislador a vincular mais estreitamente o crime falimentar aos moldes e aos princípios fundamentais do direito penal, considerando-se especialmente que o “legislador mercantil opera com um tecnicismo substancialmente diverso daquele que informa o direito penal.

Dessa forma, em meio a tantas divergências, o crime falencial pode ser conceituado como todo ato previsto na Lei de Falência – arts. 168 a 178 – que tenha como autor tanto o empresário falido como uma terceira pessoa e que tenha sido praticado antes ou depois da falência. Para tanto, a fim de se falar em caracterização do crime falencial é necessária a existência da sentença declaratória da falência, sem a qual não existirá crime.

5 A APLICABILIDADE DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL FALENCIAL

5.1 A transposição do direito penal liberal para o direito penal econômico

A evolução da sociedade tem provocado diversas quebras de paradigmas no comportamento e conhecimento humano. Dentre os pontos que têm sofrido mudanças, encontra-se o Direito Penal. Como exemplo, cita-se o surgimento do Direito Penal Econômico que é uma das mostras das transformações sociais dos tempos modernos.

Pode-se dizer que o surgimento do Direito Penal Econômico está diretamente relacionado aos efeitos da globalização, multiculturalismo e diversidades sociais que, juntos, influenciaram no comportamento humano e fizeram, por sua vez, surgir novas formas de delinquir, obrigando, dessa forma, o Direito Penal a se adequar as mudanças dos tempos. Nesse sentido, o Direito Penal que até então tinha suas atenções voltadas para as condutas que causavam lesão a um bem jurídico individual, começa a focar também os delitos de perigo (bens jurídicos supra-individuais), os quais, para sua consumação, não necessitam causar uma efetiva lesão ao bem jurídico.

Renato de Mello Jorge Silveira (2006, p. 14) menciona que, independentemente da linha de pensamento e ideologia do estudioso do direito penal, uma verdade é inquestionável: “O perigo é utilizado cada vez em maior profusão e isso requer certa consideração. Assim, (...), de se saber o quão imprescindível é o entendimento e a compreensão sobre a aplicação do perigo no Direito Penal”.

A fim de melhor contextualizar o surgimento do Direito Penal Econômico, torna-se necessário entender que o modelo socioeconômico atualmente conhecido originou-se do modelo liberal de Estado. Renato de Mello Jorge Silveira (2006, p. 20) menciona que o desenvolvimento da economia se assemelha ao do Direito Penal,

visto que, à medida que as exigências sociais iam mudando, mudava também a economia, de forma a atender as diversas partes interessadas. Diz assim o autor: “Com muitas adaptações ocorridas no século XIX, mantinha-se o mercado, ainda, sempre em constante evolução”.

Foi a partir da Primeira Grande Guerra, entretanto, que houve o real surgimento do Direito Penal Econômico. Renato de Mello Jorge Silveira (2006, p. 20) pontua que o citado conflito mundial “acaba por obrigar o Estado a intervir no mercado, passando a ser instrumento controlador da vida econômica”. Ocorre uma transição de um modelo liberal para um modelo em que o Estado se faz mais presente e atuante na fiscalização e coibição dos atos de comércio abusivos e lesivos a terceiros, utilizando para isso o Direito Penal como ferramenta de prevenção e repressão.

Édson Luís Baldan (2005, p. 40) ressalta que, com a deflagração da Primeira Grande Guerra, o Estado

(...) adotou verdadeiro arsenal de medidas econômico-jurídico-administrativas nas quais a sanção penal não se limitava aos casos mais graves. A organização de um adequado abastecimento coletivo levou a aprovação de cerca de quarenta mil disposições penais cujo núcleo era constituído por várias leis sobre a usura de guerra e que asseguraram a satisfação das necessidades vitais e, mediante a luta contra a elevação de preços, contiveram os abusos próprios de uma situação de necessidade.

Ainda no âmbito das relevantes alterações na economia mundial, vale destacar que, Pós-Primeira Grande Guerra, a crise de 1929 foi o acontecimento que mais gerou mudanças no mundo econômico, em decorrência da influência sofrida pelos aspectos da economia liberal, fato que contribuiu de maneira significativa para que o mundo, na década de 30, entrasse em profundo colapso econômico. E, como resultado, ocorreria a Segunda Grande Guerra, situação que obrigaria o Estado a novamente intervir para coibir os desvios de condutas de natureza econômica contra a coletividade.

Renato de Mello Jorge Silveira (2006, p. 21) a esse respeito pontua que

(...) a 2ª Grande Guerra é mais um período de profunda intervenção estatal, chega-se a segunda metade do século XX, onde novas outras considerações passam a fazer parte da realidade social. Novos riscos, enfim, vêm alterar o cotidiano, como até então se conhecia propiciando fraudes, falências e desvios, (...).

Em meio às crises mundiais - primeira e segunda grande guerra - a criminalidade, em momento algum, deixou de existir ou mesmo diminuiu seus índices. Acontece, porém, que, em decorrência da evolução econômica que o mundo sofreu, surgiu no mundo financeiro, e também na ordem econômica como um todo, um novo seguimento da criminalidade, cujos agentes são pessoas dotadas de elevado nível intelectual e financeiro, as quais visam a prática de ações que causam consideráveis prejuízos financeiros. A respeito dessa nova modalidade de crime surgida no início do século XX, Manoel Pedro Pimentel (1973, p. 4) menciona que se trata de “um novo tipo de criminalidade, fomentado por essa trama complicada que envolvia o mundo dos negócios, fazendo com que a violência cedesse passo a inteligência e a astúcia”.

No Brasil, a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, caracterizada pela política econômica liberal, não trouxe nenhuma vedação à prática de atos de abuso do poder econômico, ou mesmo de normas que protegessem o consumidor. No entanto, somente a partir de 1875, é que surge no Brasil uma norma de caráter penal econômico, cujo objetivo é coibir abusos econômicos. Édson Luís Baldan (2005, p. 43) menciona que, no citado ano, o legislador através do “Decreto 2.862, de 23 de outubro, cuidou-se da tipificação criminosa da concorrência desleal demonstrada pela adulteração de marca de manufatura e do comércio de produtos”.

Em contrapartida, a Constituição de 1891, caracterizada pelo regime republicano federativo, trazia em seu art. 72, parágrafo 24, a garantia do livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial, o que conservou, assim, a influência do liberalismo econômico, fato mantido no Código Penal da Primeira República, de 1890. Nesse sentido, Édson Luís Baldan (2005, p. 43) destacou: “(...), o Código Penal da Primeira República (1890) não criminalizou condutas que pudessem traduzir abuso de poder econômico, certamente em homenagem à fórmula “*laissez faire*”, então triunfante”.

Após o advento da Revolução de 1930 e levando-se em conta as consequências da crise de 1929, o Brasil, segundo René Ariel Dotti (1989, p. 17), vendo sua economia gravemente afetada

(...), passou a conviver com medidas estatais de intervenção. A União assumiu diretamente os interesses cafeeiros golpeados por grupos financeiros alemães, franceses e americanos que asseguraram grandes vantagens não somente em termos de pagamento do serviço da dívida, como também através do progressivo controle do comércio exterior.

Foi com a Constituição 16 de julho de 1934, que a ordem econômica se estruturou em âmbito constitucional, tendo aquela recebido forte influência do período pós-revolucionário - 1930 a 1934 -, em que houve uma mudança da postura liberalista para uma postura neoliberalista, predominando tendências estatizantes e regulamentadoras.

Baseando-se nesse intervencionismo, o Direito Penal Econômico surge como instrumento de repressão, por parte do Estado, contra todas as condutas atentatórias aos interesses da coletividade, os chamados bens supra-individuais, ou seja, o Direito Penal Econômico compreende um conjunto de normas jurídicas que objetiva proteger a ordem jurídica e, ao mesmo tempo, regulamentar o intervencionismo estatal na economia.

Nesse sentido, é importante salientar que o Direito Penal Econômico não deixa de proteger os bens jurídicos individuais (mas o faz apenas indiretamente). O fato é que a lesão a um bem jurídico individual é facilmente detectável, a exemplo da lesão ao patrimônio de uma pessoa. Assim, torna-se necessária a criminalização de condutas destinadas a proteger o correto funcionamento das atividades comerciais, além do mercado, uma vez que as condutas praticadas são de difícil identificação e percepção. Além disso, a sociedade não enxerga a criminalidade econômica como um fenômeno marginal.

Tendo o Direito Penal Econômico o escopo de proteger a política econômica do Estado, acaba sendo marcado por particularidades, até então não vistas no Direito Penal, tais como as condutas criminosas praticadas por pessoas de nível social mais elevado que atuam nos diversos segmentos econômicos. Renato de Mello Jorge

Silveira (2006, p. 29) menciona que: “Hoje, os delitos econômicos, utilizando-se de construções clássicas ou de nova geração, atuando em perspectiva sócio e macroeconômica, atuam em amplíssimo campo”.

Tal posicionamento é procedente, haja vista o mundo atual em que o homem vive, que é predominantemente marcado por relações econômicas, as quais, por um lado, geram desenvolvimento, se bem que, por outro, criem peculiaridades nas relações, que exigem um maior controle por parte do Estado.

Essa dinamização nas relações econômicas, ao invés de buscar uma isonomia na distribuição de riqueza, acaba por produzir um desequilíbrio na economia, o que acaba gerando riscos sociais.

A ideia atual de riscos sociais, como explica Renato de Mello Jorge Silveira (2006, p. 32-33), é originária do sociólogo alemão Ulrich Beck, que em 1986 publicou a obra *Risikogesellschaft*, que pode ser traduzida por *sociedade de risco*, a qual se propagou pelo mundo, e esclarece que a modernidade traz consigo uma perversidade muito grande.

À medida que a modernidade social promove um aumento de riqueza, proveniente de novas tecnologias e forças de produção, provoca também um aumento de riscos, visto que aquela gera uma maior distribuição de riquezas, que pelo fato de não ocorrer de maneira isonômica provoca conflitos que como dito por Renato de Mello Jorge Silveira (2006) constitui na chamada sociedade de riscos.

E é justamente esse fator que fundamenta a interferência do Direito Penal no campo econômico como forma de tentar colocar ordem nas relações econômicas, além de coibir a obtenção de vantagens indevidas.

Um fator que tem influenciado o aumento e a incidência dessas relações econômicas é a globalização. Acontece, todavia, que a tiracolo desse desenvolvimento econômico, têm surgido também novas formas de delinquir, até então ignoradas pelo Direito Penal. Esse fato tem obrigado o aludido ramo do Direito a trabalhar com uma conceituação penal sobre perspectivas econômicas, à medida

que a legislação dá nova roupagem aos delitos já existentes, bem como cria tipos novos que se adaptam aos novos fenômenos econômicos. Renato de Mello Jorge Silveira (2006, p. 51) menciona que, com a globalização, houve uma alteração das relações econômicas, as quais também refletiram no Direito Penal Econômico que passou a cuidar de “relações antes ignoradas, como um acentuado comércio internacional, acaba por transmutar outros conceitos, como, v.g., o de corrupção, (...)”.

A globalização, no que se refere a inovações, alavancou a atividade criminosa na mesma proporção que a economia, visto que aquela trouxe nova formatação para a atividade criminosa. E essa, por sua vez, passa a ser analisada como um fato supranacional, que transcende as fronteiras. O que faz com que os delitos passem a ter características macroeconômicas.

O fenômeno social da globalização faz surgir, nas palavras de Renato de Mello Jorge Silveira (2006, p. 57), a “multiplicação de uma criminalidade organizada através de redes densificadas”, situação que obriga o Direito Penal Econômico a ultrapassar as suas fronteiras de aplicabilidade e firmar acordos internacionais visando combater o avanço indiscriminado dessa modalidade criminosa, visto que a metodologia tradicional de punição penal não consegue alcançar este novo segmento da criminalidade.

5.2 A questão do bem jurídico no direito penal falimentar

Estando o Direito Penal inserido no chamado sistema de controle social e tendo o escopo de proteger os bens mais importantes e necessários, de forma a assegurar o bom convívio social, o aludido ramo do Direito desempenha um papel controlador, através da fixação de tipos penais, para que, assim, seja capaz de prevenir a prática de atos lesivos à paz social.

Visando alcançar esse objetivo do Direito Penal, torna-se necessário analisar que bens jurídicos serão protegidos pelo aludido ramo do Direito. É nesse momento,

então, que surge o questionamento a respeito da importância atribuída a determinados bens de uma sociedade, visto que os valores variam entre diversos grupos sociais e estão diretamente ligados à época em que são analisados.

A especificação de qual bem deve ser protegido é determinada pelo legislador, embora não possua plena liberdade para fazê-lo. Em função disso, o mesmo deve se submeter aos princípios informadores do Direito Penal, como por exemplo: o princípio da intervenção mínima, segundo o qual o legislador deve escolher os bens considerados de maior importância para a manutenção de um sadio convívio em sociedade. Do contrário, o legislador corre o risco de criar tipos penais que não atinjam sua finalidade, o que os tornaria, por sua vez, inválidos.

A indicação do bem jurídico a ser tutelado deve ser feita sob a ótica minimalista do Direito Penal. Nesse sentido, Rogério Greco (2008, p. 63) menciona que

(...), a finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, a primeira pesquisa a ser feita é a de, justamente, identificar a origem da teoria, bem como conceito de bem jurídico, para, em momento posterior, analisarmos os seus critérios de seleção para fins de proteção pelo Direito Penal.

O legislador, atuando a partir da visão minimalista, conseguirá inserir no campo de atuação do Direito Penal somente os bens que interessam à proteção pelo Estado.

A fim de sistematizar um conceito de bem jurídico, é importante traçar uma evolução conceitual do mesmo. Rogério Greco (2008, p. 64) explica que a discussão a respeito desse tema ocorreu

(...), a partir das idéias iluministas com que a teoria do bem jurídico se desenvolveu e se projetou no Direito Penal. A passagem de um Estado Absolutista para um Estado Liberal fez com que a teoria do bem jurídico-penal ganhasse a importância que merecia, visto ser uma garantia do cidadão aceitar a criação de tipos penais incriminadores pelo Estado somente quando um bem jurídico estivesse sendo por ele protegido.

Com base no trecho acima exposto, pode-se compreender como “bem jurídico” todo bem tutelado pelo Estado, necessário à preservação e manutenção do convívio social, o qual é protegido por um tipo penal.

Corroborando esse entendimento Maximilianus Cláudio Américo Führer (1972, p. 19), ao afirmar que atualmente predomina o posicionamento de que

(...) o objeto jurídico de um crime é um *bem* ou *interesse* protegido pela norma penal. *Bem* ou *interesse* de um homem ou grupo de homens, entendendo-se por *bem* tudo o que possa satisfazer a uma necessidade humana, seja de natureza material ou imaterial, e por *interesse*, a relação psicológica em torno desse bem.

Conclui o citado autor (1972, p. 19) adotando a definição de Heleno Cláudio Fragoso para bem jurídico, ou seja, concebe ser ele “um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica”.

Compõe também a temática do Direito o fato de que o entendimento entre os autores não é uníssono. E, nesse âmbito, Maximilianus Cláudio Américo Führer (1972, p. 20) explica que, para a melhor compreensão do tema objeto jurídico, é válido proceder a duas observações

(...) a primeira é a de que o conceito de *objeto jurídico*, ou *bem-interesse* protegido pela norma penal, deve ser um conceito amplo e genérico, abrangendo interesses gerais de uma determinada coletividade. A segunda observação, e a mais importante, é a de que o *objeto jurídico* deve estar sempre relacionado ao ser humano, titular do interesse protegido.

Nota-se, então, que a norma penal, a fim de atingir sua finalidade, deverá proteger não só o indivíduo, mas também a coletividade. O posicionamento de Maximilianus de que o bem jurídico deve estar relacionado ao ser humano, dá-se no sentido de que esses não são coisas distintas, no entanto, ressalta-se que a distinção surge da necessidade de se especificar a espécie e a modalidade de ofensa delituosa que possa atingir o ser humano.

Cabe esclarecer que o bem jurídico, na medida em que detém um caráter geral, pode recair sobre pessoas ou sobre coisas, ou seja, pode afetar bens pessoais - que compreendem bens materiais, corporais ou físicos - como pode, inclusive, afetar bens imateriais, incorpóreos ou morais.

Referente ao Direito Falimentar o objeto jurídico das normas penais falenciais, conforme dito Maximilianus Cláudio Américo Führer (1972, p. 21), é examinado primeiramente sob a ótica da chamada “opinião dos mestres”: Agostinho Ramella sustenta que objeto jurídico imediato dos crimes falimentares é o *direito dos credores*; Oscar Stevenson menciona *comércio e economia pública*; Bolaffo fala em *crédito social*; Azzolina refere-se à *administração da Justiça*; Luigi Conti salienta que

é delito *contra o patrimônio*; Pietro Nuvolone sustenta que se trata de *crimes contra a administração da Justiça (embora possam também atingir patrimônio, fé pública e economia pública)*; e Landrove Diaz e Massimo Punzo realçam o *patrimônio*.

No entanto, o mencionado autor (1972, p. 22-23) acaba por adotar o posicionamento de Antolisei e Ruy Junqueira de Freitas Camargo, que entendem que “o crime falimentar é um crime pluriofensivo que atinge mais de um bem ou interesse protegido pela lei”.

A partir desse posicionamento, verifica-se então que o bem jurídico afetado, quando da ocorrência de crime falencial, pode atingir, além do patrimônio, o crédito, a fé pública, o comércio, a economia pública, a economia popular, o interesse ao tratamento igualitário dos credores e, ainda, o interesse da administração da Justiça. Afirma-se assim ser supra-individual o bem jurídico visto que, quando da punição de um crime falencial, protege-se, consoante Antônio Paulo C. O. Silva (2005, p. 17), “não é o patrimônio dos credores, mas, sim, a saúde do sistema creditício, com o fim de prevenir a insegurança do mercado, que a cada quebra se vê abalado pela desconfiança gerada”.

A definição de que a lei penal falencial protege mais de um bem jurídico não chega a ser uma certeza entre os autores mencionados acima. Por outro lado, também não parece possível haver uma individualização rígida a respeito do bem jurídico protegido.

Sobre essa incerteza - de qual bem jurídico deve prevalecer - explica Maximilianus Cláudio Américo Führer (1972, p. 23) que:

Não é possível distinguir, com precisão, qual o interesse atingido por via direta e qual o atingido por via reflexa. O mais das vezes existe uma equivalência de posições. Embora, em linha teórica, se possa argumentar que a lei tenha dado importância maior a um dos interesses protegidos, o certo é que ninguém conseguiu demonstrar claramente que determinado interesse tenha merecido uma proteção exclusiva ou a menos suficientemente prevalente, de modo que os outros interesses envolvidos pareçam protegidos apenas por via reflexa.

Tal fato se confirma, uma vez que a Lei de Recuperação de Empresa e Falência -

Lei nº 11.101/05 - envolve vários ramos do Direito, dentre eles o Direito Penal Econômico. E, levando-se em conta que a legislação penal, via de regra, protege apenas um bem jurídico, deduz-se que o legislador viu-se obrigado a assim proceder, posto que, na análise da citada lei, não existe a possibilidade de se definir qual bem jurídico é mais importante para ser tutelado pelo Estado.

Dessa forma, no entendimento de Maximilianus Cláudio Américo Führer (1972, p. 24): “o objeto da tutela penal é o conjunto de interesses que se estabelece em torno da massa falida”.

Finaliza o autor (1972, p. 24), salientando que:

Os interesses protegidos pela lei são, portanto, aqueles que em determinado momento se encontram numa posição tangente à massa falida, e só enquanto se encontram nessa posição especial. Em outras, os interesses protegidos são os pertinentes à boa formação, a preservação e à distribuição equitativa e proporcional da massa ativa, com o menor prejuízo possível para a massa passiva. O que ocorre após a liquidação e rateio final do ativo entre os credores pertence a um segundo momento, contido apenas de forma remota nas cogitações da lei.

Não se pode conceber que o legislador, por livre arbítrio, baseando-se, muitas vezes, num critério de “eu não gosto”, defina qual bem jurídico será protegido. Quando da definição do bem jurídico, o legislador deve pautar a criminalização de um comportamento em fatos alheios a sua discricionariedade.

Não se deve esquecer ainda que, com a definição de um bem jurídico, está se permitindo uma intervenção jurídico-penal na sociedade; e, tendo o Direito Penal a função social de possibilitar a todos os cidadãos uma vida pacífica, livre e socialmente segura, infere-se que a definição de bens a serem tutelados pelo Estado demonstra que outras medidas político-sociais não conseguiram ser eficientes na proteção dos interesses individuais e coletivos.

Vale lembrar que o legislador deve promover essa intervenção com parcimônia, pois a ele é transferido o poder de intervenção. Tal mister deve ser realizado, almejando proporcionar uma vida livre e pacífica em sociedade, desde que esse objetivo não seja atingido por outros meios menos traumáticos, ou seja, a privação da liberdade

não deve ser a regra e, sim, uma das formas de se resolver um conflito social.

Claus Roxin (2009, p. 17) pontua que o legislador deve

(...) encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível.

Para tanto, deve-se partir da existência de um Estado Democrático de Direito, em que as normas jurídico-penais existam, além da função precípua de proteção de bens definidos como mais importantes para a sobrevivência e manutenção da sociedade, mas também para manutenção de uma vida pacífica e livre, que resulte na existência de instituições estatais adequadas à prevenção e repressão, as quais devem atuar sempre e quando esse objetivo não puder ser atingido de outra forma.

Defende Claus Roxin (2009, p. 20) um conceito de “bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima”, ou seja, legislador não pode regulamentar, sem que haja um critério de eficiência definido, aliado a mecanismos de reposta à prática de crime; deve analisar qual a finalidade e efeito da norma; talvez seja hora de oferecer ao legislador a diretriz do que pode e não pode penalizar, de forma legítima.

Espera-se, com essa abordagem, fomentar o nascimento de questões ligadas a ser ou não o momento de rever o conceito de bem jurídico, visto que a definição desse termo não pode ser sinônimo de punibilidade, mas sim um forma de se chegar a ela, quando necessário se fizer, desde que o legislador decida que a norma penal é o instrumento ideal para a proteção de um bem jurídico.

Como forma de buscar uma melhor compreensão do bem jurídico, no que tange ao que deve ser protegido ou não pelo Direito Penal, Claus Roxin (2009, p. 40) destaca que a teoria da imputação objetiva tem proporcionado renovação e desenvolvimento no princípio de proteção de bens jurídicos:

Querendo o Direito penal proteger bens jurídicos contra os ataques humanos, isto só será possível na medida em que o Direito penal proíba a criação de riscos não permitidos e, ademais, valore a infração na forma de uma lesão do bem jurídico, como injusto penal.

Verifica-se que o citado autor apresenta como condição para a aplicação da norma penal a definição de condutas que se enquadram como sendo de risco não permitido. Deixa implícito também que a intervenção do Estado deve acontecer na medida ideal, de forma a não comprometer os direitos civis da liberdade, fato que leva ao entendimento de que o Direito Penal não deve ter como regra a limitação da liberdade, podendo criar outros mecanismos de coerção.

Dessa forma, a indicação de qual conduta deve ser considerada como sendo risco não permitido obrigará o legislador a definir o âmbito do injusto e a escala de ponderação entre a intervenção estatal e a liberdade civil.

É preciso buscar um ponto de ponderação entre o legislador e a dogmática, de maneira que, conforme dito por Claus Roxin (2009, p. 41):

O legislador só deve proteger bens jurídicos e, em consequência, deixar intacta a liberdade de atuação do cidadão. Por sua parte, o aplicador do Direito tampouco deve proteger os bens jurídicos de uma maneira absoluta, senão unicamente frente às lesões produzidas mediante riscos não permitidos.

Vê-se, então, que a normatização não deve compreender apenas o ato de fixar valores de ponderação frente à prática de riscos não permitidos, mas também, estabelecer o fim de proteção da norma, frente ao risco permitido, mediante a ponderação dos interesses pela proteção da norma penal e pela liberdade.

5.3 O incremento do risco e o direito penal falimentar

Quando a conduta praticada provoca um risco socialmente permitido, é considerada como sendo tolerável. Diz-se da criação de risco proibido quando a um sujeito não é dado, sob quaisquer circunstâncias, produzir certo tipo de risco. Como exemplo, consideremos um empresário que, mesmo convicto de sua falta de capital e de condições de arcar com compromissos financeiros vultosos, resolve trocar toda a frota de seu estabelecimento empresarial, adquirindo, para tanto, 15 (quinze)

caminhões. Essa situação cria um risco proibido, visto que tal empresário – sem condições de cumprir com o compromisso assumido - estará ludibriando o vendedor a fim de fechar o negócio.

O incremento do risco efetiva-se, então, quando a conduta de um sujeito potencializa um risco que, embora permitido até certo grau, tenha sido intensificado para além dos limites de tolerância social. A título de exemplificação, pensemos num síndico que deixa de agilizar a falência, porque pessoas de seu convívio apoderaram-se de bens da massa falida, sem pagar aluguel à mesma, o que para a Lei nº 11.101/2005 é inadmissível e penalmente culpável.

Com a formulação da imputação objetiva permite-se a responsabilização penal somente quando o resultado típico tiver sido provocado por situação de risco não permitida juridicamente, conforme posicionamento de Claus Roxin (1997, p. 373). Falar-se-á em imputação objetiva, apenas nas circunstâncias em que se verificar que a conduta do agente tenha gerado um aumento de risco de lesão ao bem jurídico protegido. Dessa forma, a imputação será excluída quando a conduta praticada não ultrapassar o campo do risco permitido.

Cabe ressaltar também que a análise do incremento do risco será feita após a realização da conduta, ou seja, é preciso que se observe o fato já praticado. Para tanto, são indispensáveis o conhecimento e a análise de todas as circunstâncias motivadoras da conduta. Voltando ao exemplo do síndico, constata-se, então, a necessidade de se conhecer as intenções e vantagens almejadas pelo mesmo, ao autorizar que um terceiro usufrua de bens da massa falida, sem o devido pagamento de uma contraprestação (aluguel). Diante dessas informações, o julgador é que analisará se o síndico, agindo em conformidade com a lei, teria diminuído o perigo de dano para a massa falida e, conseqüentemente, não se falaria em punibilidade.

Claus Roxin (1997, p. 381-382) explica que a avaliação da conduta geradora do incremento do risco deve ser realizada com base em critérios normativos, nos quais a norma proibitiva deve anteceder a prática da conduta. Dessa forma, reduzir-se-ia a probabilidade de ocorrência do resultado e, como houve uma conduta contrária á norma, falar-se-á em imputação do resultado. Em contrapartida, nas situações em

que a norma é posterior à conduta ou ao mesmo impraticável, não haverá imputação do resultado.

Quando não é possível comprovar que a conduta do agente criou um perigo que extrapola os limites do risco permitido, uma dúvida surge. Fernando Galvão (2002, p. 66) menciona que essa situação, para a maioria dos doutrinadores, é resolvida com base “no princípio do *in dubio pro reo*”, o que exclui assim a imputação. Para o referido autor, trata-se de uma situação por demais simplista e cita, ainda, que as proibições impostas por normas devem ser cumpridas, pois visam diminuir o risco da produção de resultados lesivos; e o não atendimento de tais proibições pode, portanto, acarretar imputação.

Ainda envolvendo essa temática: a simples alteração do risco existente - como por exemplo, numa situação em que um empresário, por motivo de óbito na família, esquece de pagar um título na data do vencimento, tendo por esse motivo, decretada a sua falência - não pode constituir um comportamento penalmente relevante, que justifique a imputação objetiva. Declara Fernando Galvão (2002, p. 67) que, se “a modificação das circunstâncias que envolvem o bem jurídico em situação de risco tolerado não faz ultrapassar os limites da tolerância, não há de se falar em relevância jurídico-penal do fato”.

Para que se possa autorizar a imputação objetiva, é necessário que ocorra uma mudança de risco em substituição ao anterior. As condutas que provocam simples variações do já existente perigo ao bem jurídico devem ser consideradas irrelevantes para o Direito Penal.

5.4 Os fins protetivos da norma penal falimentar

Com o advento da Lei nº 11.101/2005, a falência e a recuperação extrajudicial do empresário e da sociedade empresária foram concebidas, por inspiração da teoria da importância social da empresa. Esse fator introduziu no Direito brasileiro o Instituto da Recuperação da Empresa.

Com a nova lei de falência, o processo judicial destina-se a solucionar a situação de crise econômico-financeira das empresas devedoras que, considerados o volume do seu passivo, a mão-de-obra e a tecnologia empregada, além da importância social e econômica que exerce no contexto social, demonstre a conveniência da sua recuperação.

Pontua-se, inclusive, que, com a lei de falência, ampliaram-se os institutos falimentares, cujas regras passaram a incidir, não apenas sobre as empresas devedoras, sujeitas à legislação empresarial, como também sobre as empresas de caráter civil que explorem atividade econômica e que, muitas vezes, deixavam de responsabilizar administrativa, civil e criminalmente os administradores faltosos da empresa devedora.

A função social que a atividade empresarial exerce é de extrema relevância, visto que é responsável pela geração de riquezas, criação de empregos e renda, além de contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país. Assim, torna-se necessária a existência de mecanismos legais de preservação e conservação da empresa, mesmo que se manifestem através do rigor do poder coercitivo do estado, através do *jus puniendi*.

Para que a função social da atividade empresarial seja atingida, existem princípios norteadores que propiciam o alcance de soluções rápidas para a crise e para a manutenção da atividade empresarial, que são: princípio da preservação da empresa; princípio da recuperação da empresa; princípio da proteção do trabalhador; princípio da celeridade e da eficiência dos processos judiciais; princípio da participação dos credores e princípio do rigor penal.

Vale focar esse último princípio - princípio do rigor penal - que, seguindo a mesma linha dos demais, quanto à preservação do empreendimento, prevê sanções elevadas no caso de práticas delituosas por parte de qualquer dos envolvidos no processo falimentar. Ressalta-se, nesse sentido, que dos onze tipos penais previstos entre os arts. 168 a 178, da lei de falência, nove sancionam a prática criminosa com pena de reclusão de dois a quatro anos para que, dessa forma, a utilização da empresa como instrumento de fraude e práticas criminosas seja evitada. Constata-

se, então, que esse princípio funciona como medida de contenção.

Para tanto, o Direito Penal Falimentar segue os pressupostos do princípio da intervenção mínima, como maneira de atingir o chamado Direito Penal do Equilíbrio, que é definido por Rogério Greco (2008, 155) como a posição intermediária do Direito Penal, a qual além de procurar resolver os conflitos sociais com serenidade, buscando somente a proteção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade; também visa identificar que bens serão tutelados penalmente.

Salienta Rogério Greco (2008, p. 62) que o princípio da intervenção mínima deve ser analisado sob dois enfoques diferentes, a saber

- a) *ab initio*, devendo ser entendido como um princípio de análise abstrata, que serve de orientação ao legislador quando da criação ou da revogação das figuras típicas;
- b) evidencia a chamada *natureza subsidiária do Direito Penal*, devendo ser encarado como a *ultima ratio* de intervenção do Estado.

Transpondo a citada análise para o campo do Direito Penal Falimentar, conclui-se que a finalidade do aludido ramo do Direito é proteger os bens mais importantes e necessários para a manutenção e a preservação da empresa, sendo que somente os bens de maior relevo, ou seja, aqueles que prejudiquem ou coloquem em risco os interesses envolvidos na massa falida, é que merecerão a atenção do legislador.

Na sequência e ainda à luz do princípio da intervenção mínima, o Direito Penal Falimentar é aplicado de maneira subsidiária, tendo em vista as consequências de sua aplicação. Esse será adotado, somente quando outros ramos do Direito não conseguirem defender os objetivos da Lei de Falência - atender a função social da empresa, bem como evitar a utilização indevida da empresa para a obtenção de vantagens ilícitas.

5.5 As consequências da adoção da imputação objetiva no direito penal falimentar: uma técnica de dimensões – o tamanho de intervenção penal na esfera falimentar

A teoria jurídica serve, principalmente, para operar o direito positivo. Através dela busca-se atingir o grau máximo de eficiência, que é a capacidade de minimizar o uso de recursos para atingir os objetivos do sistema, que são segurança da sociedade e a justiça material.

O Sistema jurídico se mostra ineficiente em relação a seus objetivos, quando operado, na atualidade, sob a influência das teorias tradicionais, daí surge a necessidade de que seja informado e operado sob foco diverso, como por exemplo com a adoção da teoria da imputação objetiva que pode servir como meio alternativo de exegese para o operador jurídico, com vistas à sua maior eficiência.

Importante ressaltar que, para se obter a eficiência do Direito, é necessária uma atualização das regras de política criminal e do sistema jurídico-penal, para tanto, tem que ser revisto a função social das teorias jurídicas, visto que revelam um caráter nitidamente político, por aferir o exercício do poder pelos agentes políticos.

Nesse sentido, a teoria da imputação objetiva exerce a função de garantia e limitadora da intervenção, visto que o tipo penal se apresenta para a sociedade como uma tabela de proibição. Pela aludida teoria o injusto penal deixa de ser um acontecimento causal ou final, para tornar-se a realização de um risco não permitido dentro do âmbito do respectivo tipo, ou seja, somente se imputará objetivamente um resultado a um agente quando esse tiver incrementado, indevidamente, um risco para o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, e apenas se este incremento do risco, com alto grau de probabilidade, implicar o resultado típico.

Como mencionado no terceiro capítulo um resultado não será objetivamente imputável quando: a) o agente tiver diminuído o risco para o bem jurídico; b) o risco estiver nos limites do socialmente permitido; c) o incremento do risco for considerado

insignificante; d) não houver a materialização do risco no resultado típico: e) a finalidade do tipo penal não alcançar o resultado do modo como ocorrido.

Com a teoria da imputação objetiva reduz-se, de modo político-criminalmente razoável, a extensão ilimitada do tipo penal, de forma a restringir a punibilidade ao que seja realmente indispensável sobre o ponto de vista preventivo-geral. Conseqüentemente, evitar-se-iam, em inúmeras ocasiões, a ocorrência de desfechos injustos, como por exemplo, a condenação do falido em decorrência de resultados casuais ou indomináveis, ou mesmo injustos.

A imputação objetiva serve para limitar a responsabilidade penal, constituindo-se, assim, um mecanismo para delimitar o comportamento proibido. Ancorada em um sistema coerente de interpretação, que se infere a partir da função desempenhada pelo direito penal na sociedade, sua finalidade é analisar o sentido social de um comportamento, verificando se o mesmo se encontra (ou não) socialmente proibido e, se for o caso, constatando se tal proibição é relevante para o direito penal. É, portanto, nesse sentido de interdependência entre ação desvalorada e resultado provocado, que a aplicação da teoria da imputação objetiva nos crimes falenciais será analisada.

O tema direito penal falimentar é um assunto ainda pouco discutido no campo jurídico nacional. Talvez isso se deva às particularidades que a legislação lhe impõe, como por exemplo, a condição objetiva de punibilidade das infrações penais, conforme previsto no art. 180 da Lei 11.101/2005. Não basta, nesse sentido, a mera realização do tipo penal, razão pela qual a teoria da imputação objetiva surge como instrumento dogmático, plenamente compatível com os fundamentos constitucionais. Além disso, a referida teoria resolve algumas restrições que a lei penal falimentar proíbe, mostrando-se, assim, bastante útil para o Direito Penal Falimentar.

A título de exemplo, imagine uma situação em que o falido se apropria de bens pertencentes à massa falida, mas apresenta uma conduta que não gera um perigo concreto de dano aos interesses dos credores, que têm todas as suas pretensões creditícias satisfeitas. Essa situação não pode ser penalizada criminalmente à luz do art. 173 da Lei 11.101/2005, uma vez que não houve a prática de uma conduta penalmente relevante, capaz de provocar dano ao bem jurídico tutelado.

Estando os crimes falenciais inseridos no objeto de estudo do Direito Penal Econômico, esse ramo do Direito não pode ser utilizado para punir pessoas que, no exercício de suas atividades empresariais, pratiquem condutas que, mesmo encontrando enquadramento na Lei de Falência, não sejam capazes de provocar qualquer prejuízo efetivo ao patrimônio de terceiros.

Para o juiz que analisaria o caso do exemplo citado acima, não lhe é concedida a possibilidade de exaurir o caso, baseando-se no seu ofício cognitivo, à conta de seus próprios conhecimentos. O mesmo sempre terá de recorrer a alguma medida prevista na lei, situação que nem sempre proporcionará uma solução absolutamente segura. Situações dessa natureza fazem com que surjam lacunas no arcabouço dogmático em vigor e revelam as restrições de uma teoria penal insuficiente para atender a litigiosidade dos riscos da atividade empresarial.

A necessidade contemporânea de intervenção penal na tutela dos interesses difusos e coletivos tem feito com que o Direito Penal passe por um processo de revisão crítica. Tal reavaliação faz com que ele deixe de centralizar suas atenções no bem jurídico individual e consiga, inclusive, explicar as demandas coletivas. Entretanto, vale lembrar que, para que essa revisão crítica seja eficiente, torna-se necessária ainda a realização de um trabalho científico capaz de fornecer os instrumentos necessários à perfeita compreensão e à aplicação do ordenamento jurídico, já que a legislação foi feita para a generalidade e não para o caso concreto.

Ressalta-se que a labuta empresarial tem merecido um novo matiz paradigmático para o Direito Penal e, nesse sentido, a teoria da imputação objetiva apresenta soluções adequadas para os problemas afetos a esse tipo de criminalidade econômica.

Não se procura, com a adoção da teoria da imputação objetiva na esfera falimentar, desconsiderar os ensinamentos das teorias do crime. A estrutura do crime falencial é mantida à maneira da teoria finalista, apenas se acrescenta algum elemento e reorganiza outro. Convém ressaltar, ainda, que não se está aqui defendendo uma fusão entre finalismo e funcionalismo, até porque possuem paradigmas diferentes, o primeiro ontológico e o segundo normativista. Como nos dizeres de Guilherme

Guimarães Feliciano (2005, p. 188), os postulados da teoria da imputação objetiva constituem o processo que:

dá conteúdo ético e sentido sociológico ao fato típico e, por outro lado, o Direito Penal prossegue qualificando as condutas humanas em vista de suas finalidades (tipos dolosos), ou da forma desvaliosa com que se programa a obtenção de uma certa finalidade (tipo culposos), ou ainda da decisão de não se realizar uma conduta devida (tipos omissivos).

Compatibilizar a teoria da imputação objetiva com a legislação falimentar - considerando sua utilidade e conveniência na dogmática jurídico-penal - pode proporcionar aos operadores jurídicos mecanismos hábeis para a superação dos clássicos entraves. Dessa forma, o modelo dogmático atual poderia ser revitalizado e, então, adaptado às novas demandas que surgem em decorrência da atividade empresarial.

Nesse sentido, algumas condutas praticadas pelo falido receberiam soluções mais coerentes, de maneira a corrigir e aprimorar a legislação falimentar nos seus pontos de restrição e, ao mesmo tempo, assegurar a tutela penal de bens jurídicos difusos e coletivos.

Com a teoria da imputação objetiva, o Direito Penal Falimentar, que segue a conceituação do Direito Penal Clássico, adotaria conceitos – notadamente, o de risco -, como uma forma de prevenir a utilização da legislação em casos que não necessitassem da intervenção penal na esfera falimentar.

Sendo a atividade empresarial marcada, dentre vários outros fatores, pela disputa de mercado, imagine a situação em que o concorrente de um devedor divulgue que determinado produto fabricado por esse devedor é de pior qualidade em relação à produção do concorrente. Com essa estratégia, obteria uma vantagem no mercado, o que poderia, inclusive, levar o devedor à falência, visto que seu produto deixaria de ser comercializado. Tal conduta, à luz do que fora abordado no parágrafo anterior, não pode culminar com a condenação do concorrente do devedor, conforme art. 169 da Lei 11.101/2005, uma vez que a divulgação de informação, até então considerada sigilosa, não fora suficiente para provocar prejuízo ao devedor.

Na verdade, a adoção da teoria da imputação objetiva no direito penal falimentar funciona como um gargalo para a intervenção penal na esfera falimentar, atuando como um meio mais adequado para a solução de condutas que não geram um risco proibido para o falido. A otimização desse gargalo representa o aprimoramento de todo o sistema jurídico penal, de forma a proporcionar instrumentos dogmáticos hábeis a limitar a citada intervenção penal.

O risco é inerente à atividade empresarial, sendo aceito desde que não cause prejuízo a terceiros. Para o falido, essa situação não será diferente, já que objetiva arcar com seus compromissos e manter seu empreendimento - sua forma de sustento. Assim, a ideia de risco proibido não pode ser compreendida como uma regra que sempre provocará um resultado juridicamente desaprovado. É importante que se analise caso a caso, bem como o fim pretendido de sua conduta. Já quando a prática do risco proibido tem o escopo de prejudicar relações negociais lícitas, deve haver a intervenção penal, mas somente em caráter subsidiário, ou seja, como *ultima ratio*.

6 CONCLUSÃO

Findada a análise a respeito da teoria da imputação objetiva, resulta indubitável que, embora não tenha recepção legislativa, a aludida teoria pode e deve ser aplicada pelos operadores jurídicos, principalmente pelas instâncias judiciais, quando da análise de condutas que aparentemente provocam um perigo proibido, mas que, em sua essência, apresentam-se como um risco permitido, já que não ocasionaram prejuízo a ninguém.

Para tanto, basta que os operadores jurídicos se convençam de sua vocação científica e da oportunidade social que lhes fora concedida e, dessa forma, ajustem a teoria da imputação objetiva ao sistema positivo vigente.

Nesse sentido, constata-se a plausibilidade da aplicação da teoria da imputação objetiva no Direito Penal Falimentar, tendo em vista que o simples ato de ser empresário já seja um risco neste país marcado por uma inflação legislativa, cuja situação impossibilita, não só a obtenção de lucro, como também o pleno atendimento, e com certa tranquilidade, da função social da empresa. Assim, a prática de condutas perigosas por parte do empresário, seja em estado de recuperação judicial ou no de falência declarada, é comum e precisa ser aceita, desde que o mesmo esteja procurando sanar suas dívidas, proporcionar-lhe uma vida digna e manter o emprego de seus funcionários.

O Direito Penal Falimentar não deve ser utilizado em toda conduta arriscada - que não gere um resultado danoso - praticada pelo empresário. O benefício da recuperação judicial de fazer com que aquele se recupere e volte a produzir riquezas na sociedade é marcado por riscos que dispensam a apreciação por parte do Direito Penal. Sua intervenção seria, entretanto, cabível, a partir do momento em que o resultado provocado fosse relevante e prejudicial.

Cada vez mais, as exigências da sociedade de risco, analisadas sob a ótica econômica, têm aceitado um uso mais amplo do risco e do perigo. No entanto, impõe-se um limite nesta aceitação caso haja prejuízo a terceiro. Vale ressaltar que

o escopo deste trabalho não é pregar a impunidade para o empresário em estado de recuperação judicial, ou já na situação de falido. Defende-se que os princípios do Direito Penal só devem ser utilizados quando nenhum outro ramo do Direito conseguir fazê-lo. Em contrapartida, a incriminação de condutas que se revelem agressivas à ordem econômica só se mostrará legitimada se, de fato, elas tiverem o objetivo de lesar terceiro.

Dessa forma, espera-se que, em decorrência da prática de condutas perigosas, o operador jurídico não aplique friamente a lei com base no princípio da lesividade, mas que analise qual o nível de afetação ao bem jurídico. Para tanto, a teoria da imputação objetiva se mostra um excelente instrumento ao operador jurídico que, baseando-se em seus preceitos, terá capacidade de checar a danosidade da conduta. A mesma deve ser comprovada, em princípio, de modo empírico e, ainda, mediante uma valoração ético-social. O nível de valoração social, a fim de verificar se há um ajuste com a ordem legal penal existente. E, finalmente, faz-se necessário vincular a decisão do caso ao princípio da proporcionalidade.

Ainda a respeito desse posicionamento, é importante salientar que não é prudente a aplicação do Direito Penal, de maneira desregrada, em toda conduta praticada pelo empresário que se encontre em situação de recuperação judicial ou estado de falência e gere um risco proibido. Deve o aludido ramo do Direito, além de respeitar o princípio da *lesividade*, seguir também o princípio da *necessidade*, que defende a incidência do Direito Penal em extrema necessidade e para proteger os bens jurídicos considerados fundamentais para a coexistência pacífica na sociedade. Além desses, igualmente relevante é considerar o princípio da *fragmentariedade*, através do qual se entende que só se deve recorrer ao sistema penal quando isso for imprescindível.

Por fim, devem-se destinar os rigores da Lei nº 11.101/2005 a todo empresário que, maliciosamente, objective lesar a massa falida e a comunidade de credores. E, quanto às condutas que não atentem contra os fins mencionados, sejam elas analisadas à luz da teoria da imputação objetiva. Conseqüentemente, elas não serão tipificadas e o Direito, finalmente, aproximar-se-á de sua máxima: a busca pela justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. 19 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009.

BALDAN, Édson Luís. *Fundamentos do direito penal econômico*. Curitiba: Juruá, 2005.

BELING, Ernest Von. *Esquema de derecho penal: La doctrina del delicto-tipo*. Trad. Sebastian Soler da 11 ed. alemã de 1930. Buenos Aires: Depalma, 1944.

_____. *A ação punível e a pena*. Tradução de Maria Garbajal. São Paulo: Rideel, 2007.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco da 6ª ed. italiana de 1966. São Paulo: RT, 1966. vol. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – parte geral*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 1.

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

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, v. I.

CARVALHO DE MEDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000. v. I.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 1970.

DOTTI, René Ariel. *Direito penal dos negócios*. São Paulo: AASP, 1989.

DURANT, Will. *A história da filosofia*. Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005.

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

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*. Buenos Aires: Arayú, 1953.

FUHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Crimes falimentares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

_____. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, nº 32, out-dez. 2000.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, vol. I.

_____. *Direito penal de equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. 3ª. ed. Barcelona: Bosch, 1981. vol. 1.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.

JAKOBS, Gunther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Derecho penal – Fundamentos y teoría de la imputación. Parte general*. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. t. II. Buenos Aires: Losada, 1950.

LACERDA, José Cândido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 10 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2006.

LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte genera*. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson da 7ª ed. alemã. Buenos Aires: ástrea, 1994. vol 1.

MUNÕZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à nova lei de falência*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 1973.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, vol 1: parte geral, arts. 1º a 120. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____, *Teoria da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____, *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. São Paulo: RT, 1999.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6ª. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

REALE JR., Miguel. *Parte geral do código penal: nova interpretação*. São Paulo: Ed. RT, 1988.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal. Curso completo. Parte Geral*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____, *Imputação objetiva*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____, GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito: elementos de delito em la base a la política criminal*. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992.

_____. *Tratado de derecho penal – parte general. Tomo I*, Madrid, Civitas, 1.997.

_____. *Derecho penal – parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Madrid, Civitas, 2007.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tradução de Carmem Gómez Rivero e Maria del Carmem García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SANTIAGO, Mir Puig. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SAUER, Wilhelm. *Derecho penal – parte general*. Trad. Juan del Rosa y José Cerezo Mir da 3ª. ed. alemã, de 1955. Barcelona: Bosch, 1956.

SILVA, Antônio Paulo C. O. Silva. *Comentários às disposições penais da lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

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

VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Colex, 1994.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de derecho penal común vigente em Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer da 14 ed. alemã, de 1847. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1899, t. I.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. de Juan Bustos Ramízes e Sergio Yañes Pérez. Chile: Editora Jurídica de Chile, 1987.

_____. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vicén da 4ª. ed. alemã. 2ª ed. Madrid: Aguilar, 1971.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: aspectos fundamentais. Parte geral*. Trad. Juarez Tavares da 5ª. ed. alemã de 1975. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, v. I a V. 1981.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. volume 1: parte geral. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal –parte general*. Buenos Aires: Editar, 2000