

# **A FUNÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL DO DIREITO PENAL COMO IDEIA FUNDANTE DO SISTEMA ANALÍTICO DE CRIME E O IMPACTO NOS CRIMES CULPOSOS**

## **THE POLITICAL CRIMINAL FUNCTION OF CRIMINAL LAW AS FOUNDING IDEA OF ANALYTICAL CRIME SYSTEM AND THE IMPACT ON NEGLIGENT CRIME**

Michelle Gironda Cabrera<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente artigo busca empreender o paradigma funcionalista introduzido pelas teorias pós-finalistas, trazendo a lume o novo contexto do qual não é dado ao cientista jurídico-penal da alvorada do milênio se esquivar: a necessidade da interdisciplinaridade em matéria jurídica e, ademais, da multidimensionalidade das categorias dogmáticas de direito penal, em especial, o delito culposos.

Palavras-chave: Direito Penal. Interdisciplinaridade. Imputação Objetiva. Crime culposos. Complexidade.

### **ABSTRACT**

This article analyzes the functionalist paradigm introduced by post-finalists theories, exploring the new context that should not be abandoned by the criminal scientist: the need of interdisciplinarity in legal matters and, moreover, the multidimensionality of criminal dogmatic categories, in particular the negligent crimes.

Keywords: Criminal Law. Interdisciplinarity. Objective imputation. Negligent crime. Complexity.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestra em Direito Empresarial e Cidadania, na linha de pesquisa Direito Penal Econômico, pelo Centro Universitário Curitiba. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Penal Econômico do Centro Universitário Curitiba e do Grupo Modernas Tendências do Sistema Criminal. Professora universitária e advogada.

## INTRODUÇÃO

Por não raras vezes, a ciência do direito penal, afeita a referibilidades empíricas, não se deixou falsear e, ao contrário, refugiou-se em abstrações que, fundadas no universo ôntico, fecha-se em uma metafísica conceitual. Ocorre que, deixando de enfrentar problemas concretos, ainda que apegada à ontologia das coisas, a ciência do direito penal afasta-se do que deva ser, incorrendo, assim, em um reducionismo epistemológico que, neste artigo, refutar-se-á. No caminho da complexidade, que, aqui é considerado como imposição contemporânea, abre-se um leque de novas dimensões sociais e políticas que, por meio do contributo da interdisciplinaridade e da afeição a critérios axiológicos é capaz de lidar com o novo que se apresenta. O presente artigo visa tratar do ajuste axiológico-normativo, imposto com a contribuição da política criminal à dogmática penal atual por meio da adoção de critérios de imputação objetiva.

### 1 O DIREITO PENAL ENQUANTO CIÊNCIA COMPLEXA E A NECESSIDADE DA INTERDISCIPLINARIDADE NO ATUAL DISCURSO EPISTEMOLÓGICO

Que maravilhosa adequação ‘científica’ entre a lógica, o determinismo, os objetos isolados e recortados! Então, o pensamento simplificador não conhece nem ambiguidade, nem equívocos. O real tornou-se uma ideia lógica, isto é, ideológica, e é essa ideologia que pretende apropriar-se do conceito de ciência. [sic] (MORIN, 2005).

A reflexão de Morin bem serve para ilustrar o momento histórico havido no último quarto do século passado, que trouxe consequências e uma nova abordagem nos estudos de direito penal.

Desde a Revolução Francesa e os ganhos do Iluminismo, considerados marcos na evolução social humana e na formação do Estado de Direito que até hoje conhecemos, o homem tratou de elevar e preservar seus direitos contra o Estado “Leviatã” e obteve êxito, a partir da criação das bases que iriam formular toda a estrutura do Direito, e consequentemente, do direito penal. Essas bases estariam sustentadas e expressas em seu último (e primeiro grau) pelo princípio de legalidade.

Passava o direito penal a expressar-se através de um sistema de imputação formulado a partir do que exigisse a norma. O Iluminismo implicou em uma valorização do indivíduo, própria de sua época, e ilustrada pela fórmula cartesiana clássica do “penso, logo existo” ou *cogito, ergo sum* (DESCARTES, 1638). O princípio de legalidade torna-se o instrumento máximo do direito penal, desmistificando a ideia segundo a qual devesse constituir um instrumento a favor do Estado.

Tem-se, na esfera do direito público brasileiro, a introdução, realizada por Lourival Vilanova, das categorias fenomenológicas de Edmund Husserl, que por meio da percepção da essência, busca compreender que as coisas, os conceitos e as ideias são cada uma delas um todo acabado (VILANOVA, 2003). Essa influência do procedimento analítico vilanoviano elege o caminho que será percorrido fenomenologicamente pela norma jurídica: “O processo de decompor analiticamente uma realidade em objeto de várias ciências é um princípio de divisão do trabalho científico, exigido pela complexidade dos problemas que a realidade oferece” (VILANOVA, 2003). O resultado é que a ciência do direito tenha por objeto apenas normas jurídicas e cada ciência específica do direito volta-se a normas de conteúdo bem específico, como as normas de direito penal. Obtém-se, assim, mediante expediente redutor, o objeto de estudo: as normas jurídicas que integram determinada especialização do direito positivo. Para Vilanova (2003), o direito, abstraídas as contingências, é, fenomenologicamente, essencialmente normativo.

Descobertas as formas lógicas, é possível compreender como o direito funciona, funcionou e funcionará, em qualquer espaço-tempo onde o fenômeno jurídico se verifique. A quem cria o direito positivo não lhe cabe evitar essa estrutura estática, constante e independente de sua origem empírica.

A dogmática jurídico-penal, então, passou a se traduzir em uma estruturação normativa, produto do pensamento ilustrado do Século das Luzes. E o sistema da teoria geral do delito, impregnado que estava pelo racionalismo positivista, intentava produzir um estudo do crime a partir de sua subdivisão em substratos analíticos objetivos. O sistema jurídico-penal elege a conduta humana como ideia fundante, cambiando seu conteúdo, conforme estivesse impregnado pelo paradigma ontológico ou axiológico.

Ocorre que, este modelo não mais dava conta dos anseios e problemas que enfrentava o direito penal em fins do século passado. As *novas formas de criminalidade, organizada, onipresente, de alcance global e de consequências pouco palpáveis* incentivaram o surgimento de um direito penal diferenciado, que deixaria para trás a simplificação epistemológica.

Uma ciência complexa é aquela que se dirige à compreensão cada vez mais adequada da realidade. E essa afirmação não leva a crer que se esteja vinculando a ciência ao universo ôntico das coisas, pelo contrário, está-se evitando reduzi-la a esquemas simplificados que, fruto da vontade de racionalização, substitui a realidade a ser valorada pela realidade idealizada. Por certo, superar esses limites não significa ignorá-los, mas agregar-lhes *telos*, aplicando alguns critérios a determinados grupos de casos,

cuja solução não esteja necessariamente contida em lei. Irrepreensível a lição de Roxin (1997), a este respeito:

“Apesar das vantagens, a interpretação do direito a partir de um sistema que abarque toda a matéria jurídica não é um procedimento em si mesmo evidente, nem necessariamente satisfatório em todos os casos”. Prossegue o penalista alemão: “Constantemente surge a ideia de que a sistematização pode acabar por violentar a matéria jurídica e que, por isso, o método de decisão mais adequado para a ciência do direito seja a discussão dos problemas no caso concreto”.

E, assim, Roxin (1997) analisa e elucida quatro desvantagens que, no mínimo, o pensamento sistemático oferece: (i) o esquecimento ou padecimento da justiça no caso concreto, pelo fato de se obterem soluções de deduções do contexto sistemático; (ii) a redução das possibilidades de resolução dos problemas, uma vez que a utilização de uma dogmática sistemática simplifica a aplicação do direito, restringindo o campo de visão do julgador; (iii) a falta de legitimidade político-criminal na resolução de conflitos por meio de deduções sistemáticas e (iv) o emprego de conceitos demasiado abstratos.

A partir da análise de que o real pode ser cambiável, e assim o é, a sociedade global da virada do século, as regras definidas pela teoria podem ser objeto de transformação, sem que com isso se comprometam as bases das categorias dogmáticas de delito. Daí é que se conclui que fazer ciência complexa consiste, exatamente, em compreender essas particularidades, essas mutabilidades, essas diferenças. A renúncia ao sistema “perfeito” e racional é um trabalho árduo, mas necessário à ciência do direito penal.

Por esse motivo, refuta-se a referência a “doutrinas”, a “dogmas”, que, por si só, devam ser considerados definitivos, autoverificáveis, como num sistema “autopoietico”<sup>2</sup>. A consequência deste método simplificador não seria outra, senão, a incompreensão do todo no qual o direito penal está submerso. Dizer que a ideia fundante do sistema gire em torno do conceito de conduta humana, embora tenha tido sua destacada importância, parece insuficiente, apenas um início de como deva ser o direito penal.

Mais do que nunca, do cientista jurídico do novo século, exige-se a compreensão de outros saberes que lhe agregarão – suficientemente a ponto de se verificar o conhecimento como um todo. Não se trata do abandono de raízes, nem da ultrapassagem de fronteiras

---

<sup>2</sup> O termo *autopoiesis*, originado na década de 1970 pelos estudos de Biologia e Filosofia, possui origem grega e significa autocriação, ou seja, a capacidade de determinados seres vivos reproduzirem-se e manterem-se por si só. O termo foi introduzido na linguagem sociológica contemporânea a partir do construtivismo radical, que tem Niklas Luhmann como exemplo. E, pode-se dizer, introduzido na literatura jurídica com a obra de Gunther Teubner, que refuta a transformação do direito positivo em um sistema autopoietico. TEUBNER, G. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Caloste Gulbenkian, 1999.

inócuas, mas de uma interdisciplinaridade necessária. Em especial, a Filosofia e a Sociologia contribuirão sobremaneira na formulação complexa do direito penal. Importa ressaltar a lição de Höffe (2004), para quem “somente na sua fase inicial, a Filosofia se circunscrevia de temas que se encontravam muito distantes do direito penal: a cosmologia e a ontologia de Parmênides”.

Prossegue o filósofo alemão:

Desde o interesse dos sofistas e de Sócrates pelo ser humano, desde esta inflexão antropológica, os grandes filósofos tornaram-se, ao mesmo tempo, grandes pensadores do Direito e da teoria do Estado; e desde seus fundadores, Platão e Aristóteles, também se ocupam do direito penal (t.n.) (HÖFFE, 2004).

As exigências que se depositam sobre o direito penal cambiam a todo tempo e, por isso mesmo, por ser um dos ramos da ciência jurídica que mais influem (senão o que mais) na vida cotidiana social e, por ser o instrumento mais invasivo de controle social, suas bases devem estar fincadas em um ambiente sólido e eficaz. O direito penal, quando amparado, por perseverança e acuidade, pelas outras ciências do saber, faz destes inter-relacionamentos, algo realmente produtivo. Hassemer (2004), em artigo escrito sobre a autocompreensão da ciência penal frente às exigências de seu tempo, acertadamente conduz o direito penal a um pensamento complexo:

Proibir e sancionar são também um ato político, um meio público para a compreensão normativa sobre nossos interesses, assim como são a fronteira da liberdade. A fascinação privada e política que a ciência do direito penal desperta supõe uma carga e reduz a ênfase de sua função de chamada e garantia da liberdade científica (HASSEMER, 2004, p. 24-25).

E prossegue: “O objeto de nossa ciência não só é fundamental, como também cambiante e determinado pela época. [...] é dizer, a cada certo tempo – também com as exigências científicas – devemos perguntar que estamos fazendo e que podemos esperar” (t.n).

O resultado do esforço simplificador é a incompreensão do todo no qual o direito penal está imerso. Inviabiliza-se o conhecimento daquilo que, de fora, condiciona o direito penal, mas, tampouco, devolve a seu entorno. E não se está referindo a um direito penal simbólico, que devolva à sociedade as expectativas que lhe são inferidas, é necessário afastar o equívoco que compreende a complexidade como mistura de saberes, como coquetel de ciências, ou como sincretismo metodológico. O interdisciplinar, afinal, pressupõe as disciplinas. É este o princípio: o mero conhecimento individualizado das partes de uma realidade complexa é incapaz de fazer subsistir o conhecimento do todo (PASCAL, 1979).

Assim é que é dada, ao direito penal, enquanto ciência, a missão de trabalhar em conjunto com outras ciências, na busca de soluções para problemas que já não mais admitam resoluções incompatíveis com as próprias multidimensionalidades dos próprios

problemas. Dogmas, são afinal, refutáveis a um discurso jurídico-penal (FOUCAULT, 1999). Salutar a lição de Foucault (1999) que, por meio de uma interpretação nietzschiana, afirma que, para bem compreender o conhecimento, deve-se debruçar, para além de sobre ele, sobre a política:

Ora, se quisermos saber o que é o conhecimento, não é preciso nos aproximarmos da forma de vida, de existência, de ascetismo. Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar [...] dos políticos (FOUCAULT, 1999, p.23).

E completa: “É somente nas relações de luta e poder – na maneira como as coisas entre si, os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros [...] – que compreendemos em que consiste o conhecimento” (FOUCAULT, 1999).

A barreira imposta por Liszt (2011), para quem o direito penal deveria se afastar da realidade político-social para que o edifício de intrincados conceitos do direito penal não fosse depreciado, era própria de um positivismo racionalista e que finalmente foi derrubada por Roxin, quando este em palestra proferida em maio de 1970, em Berlim (palestra que deu origem a memorável obra “Política criminal e sistema jurídico-penal”), o professor da Universidade de Munique, ancorado por ideias metodológicas antissimplificadoras e de alcance global, viu na relação entre o direito penal e a política criminal consequências práticas fundamentais.

Assim é que se iniciou uma nova fase na contramão da dicotomia lisztiana entre direito penal e política criminal, quiçá inaugurada com a obra de Roxin (2002), que busca a resolução dos conflitos para além do positivado, mas que, político-criminalmente seja mais acertado. “Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável no sistema?” Há de se responder afirmativamente à indagação proposta pelo jurista alemão.

A partir de sua obra, diversos outros jusfilósofos filiaram-se à adoção do método axiológico proposto pela política criminal para a correção de algumas problemáticas existentes na dogmática penal. Por óbvio, Roxin (2002) adverte sobre os riscos da adoção, unicamente, de critérios valorativos individuais, expostos que estariam ao arbítrio do julgador, e, mais uma vez, ressalta a importância do equilíbrio e da dialética entre o racionalismo e o axiológico.

A lição de Roxin (2002) demonstra que o pensamento complexo, como já salientado, tem muito mais a oferecer à ciência do que ela por si só, separada, distante, poderia traduzir-se. O pensamento sistemático restrito ao direito positivo possui um caráter fortemente simplificador, e se outrora contribuía, de forma decisiva, para o desenvolvimento e construção das bases do direito penal, sem as quais hoje não sealaria sequer em teoria do delito, frente às complexidades das relações sociais impostas pelo

desenvolvimento tecnológico global, há que se compreendê-lo (o pensamento sistemático positivo) a partir das injunções que o extranormativo lhe impõe.

Quando se compreende a complexidade do *real* é que se consegue estabelecer aquilo que *deva ser* o melhor e mais justo na aplicação do direito penal. Ademais, não se deve olvidar que a salvaguarda da liberdade, de cariz liberal e tão apregoada por Liszt (2011), conduz, de igual forma, as decisões político criminais.

E não deve ser de outra maneira. Afinal, o postulado *nullum crimen nulla poena sine lege* proíbe punições ou o agravamento de punições pelo direito consuetudinário e constitui direito fundamental do indivíduo. Este princípio penal limitador do poder punitivo estatal não pode (e não deve) ser suprimido, pois que o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal possui eficácia e efetividade, irradiando seu conteúdo para dentro de todas as normas, constitucionais ou infraconstitucionais, do ordenamento jurídico.

Nesta seara, e buscando romper as diferenças e a barreira que a afirmação de que a dogmática penal traduz-se no direito tal como ele é e a política criminal no direito como ele deve ser, Roxin (1997) adverte sobre a *necessidade de a política criminal estar revestida do manto da dogmática*. Essa afirmação vem explicar a importância da *reflexividade*, que deve exteriorizar-se no âmbito da epistemologia e do ensino. Afinal, toda e qualquer área da vida com pretensão de cientificidade deve, em certo sentido, demonstrar complexidade e exteriorização da reflexividade. Boaventura de Sousa Santos (1989) distingue duas formas de reflexividade: a primeira, denominada “*subjetivista*” refere-se à relação existente entre o cientista e o social (assim, por exemplo, o cientista do direito que, reflexivamente, percebe-se, também, como advogado, magistrado, membro do Ministério Público, professor etc., estará mais apto a lidar com seu papel social no meio em que está inserido, ou seja, o confronto de ideias em qualquer setor, ou em qualquer ciência, traz retornos positivos louváveis); a segunda forma de reflexividade, denominada “*objetivista*”, volta-se à própria prática científica, ou seja, aos limites e possibilidades de suas atividades (SANTOS, 1989).

Em qualquer uma das hipóteses, o fundamental é a percepção de que em um pensamento complexo deve haver uma reintegração do observador na observação, a ponto que se chegue à melhor forma de criação e aplicação do direito penal.

O dogmático deve ser analisado à luz do político-criminalmente mais justo e vice-versa, ou seja, não deve, a política criminal, olvidar-se dos direitos do cidadão e dos princípios seculares que constituem a base de um direito penal democrático. Leite (2012), doutorando sob a orientação de Roxin, a respeito do método, bem adverte que “há algum tempo ecoam lamúrias a respeito do afastamento entre teoria e prática. [...] A caneta do

cientista, diferentemente daquela do magistrado, não assina”; e prossegue, concluindo que não deve, a ciência, se permitir divagações desgarradas dos reais problemas jurídicos.

Mais do que nunca, o momento histórico atual (que inclui sociedade, política, cultura e outras tantas áreas da vida) é ambientado por milhares e ininterruptos *contatos sociais*, muitas vezes *anônimos*<sup>3</sup>, por uma vasta e complexa rede de relações<sup>4</sup> e comportamentos, o que implica, sob o ponto de vista prático, na tomada de diversas decisões, dentre elas, a que gira em torno dos riscos destes comportamentos e atividades introduzidas “a toque de caixa” pela sociedade moderna.

É certo que, conforme salientado por Jakobs (2000), “numa sociedade em que vários elementos estão vinculados a outras muitas circunstâncias, a causalidade carece de contornos determináveis”, o que traduz, sem embargo, a insuficiência do sistema ontológico de atribuição objetiva do resultado (o que não deixava de ser uma “imputação objetiva”, vez que se tenha o verbo imputar como atribuir algo a alguém como obra sua).

A doutrina alemã das últimas décadas do século passado, buscando corrigir este problema, então, tratou de introduzir e reforçar a aplicação de critérios axiológicos de imputação, calcada que estava num pensamento complexo superior, tendente a utilizar, em prol do sistema de direito penal, os parâmetros de política criminal.

Desta feita, “a unidade sistemática entre política criminal e direito penal”, no entender de Roxin (2002), “deve ser realizada na construção da teoria do delito, é somente o cumprimento de uma tarefa que é colocada a todas as esferas da nossa ordem jurídica”.

---

<sup>3</sup> O termo “contratos sociais” é utilizado, com frequência e *a priori* por Jakobs, quando esclarece que, desde sempre (desde Adão e Eva) a humanidade deve ter em conta todas as consequências desses possíveis “contatos”. JAKOBS, G. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 14.

<sup>4</sup> O sociólogo Manuel Castells refere-se à chamada “sociedade em rede” para definir a sociedade do novo século, econômica e socialmente dinâmica e interligada pela nova era da informação. Segundo ele, “a economia global se caracteriza hoje pelo fluxo e troca quase instantânea de informação, capital e comunicação cultural”, o que se reflete na aceleração, cada vez maior, do ritmo das descobertas e de suas aplicações. CASTELLS, M. **A sociedade em rede**: v. 1 - A era da informação: economia, sociedade e cultura. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

## 2 A MODERNA ADOÇÃO DE CRITÉRIOS *FUNCIONAIS* NO CONTEXTO DE DEFINIÇÃO DE PATAMARES DE RISCOS: A REPERCUSSÃO NOS CRIMES CULPOSOS

Da análise da legislação penal extravagante pós mil e novecentos, repercute uma expansão da modalidade culposa de crime, na tentativa de solucionar, ou menos apaziguar, os problemas e anseios sociais decorrentes do ininterrupto desenvolvimento técnico-científico: são novas máquinas, novas formas de energia, delicadas cirurgias, transplantes etc., exigindo deveres especiais em relação a atividades perigosas (JUNIOR, 1988).

A ação violadora dos limites do risco permitido traduz-se em conduta perigosa, repudiada pelo sistema jurídico. Ainda que o fato culposos constitua modalidade especial e excepcional de delito, é certo que, da análise da legislação penal extravagante, nota-se maior recorrência a essa modalidade, reconhecendo-se, para além de uma expansão de delitos culposos comissivos, delitos culposos omissivos, e também, de mera atividade, e de perigo (TAVARES, 2009).

O tipo culposos, não obstante,

não individualiza a conduta pela finalidade e sim porque, na forma em que se obtém essa finalidade, viola-se um dever de cuidado, ou seja, como dita a própria lei penal, a pessoa, por sua conduta, dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (ZAFFARONI, 2007).

É certo, porém, que, após muita discussão acadêmica, chegou-se a um mais ou menos consenso de que a locução “quebra de dever de cuidado”, herança welzeliana – faz remeter, desarrazoadamente, no campo dos crimes culposos, à ideia de omissão, no que todo crime culposos seria omissivo, pois não observar um dever é omiti-lo. Mas a lógica não se aplica. A inobservância do dever de cuidado remete a uma falsa posição de garantia, falha que merece ser corrigida e assim o faz a moderna doutrina funcionalista que, em seu lugar, utiliza a referência, em crimes culposos, a “criação de riscos proibidos” para se imputar um resultado concreto ao agente, de dano ou perigo de dano ao bem jurídico.

Com a intensificação dos riscos advindos das atividades sociais – riscos, estes, cujo alcance não se pode, muitas vezes, prever ou definir – decorre consequência fundamental para o estudo atual da teoria do crime culposos: a busca pelo controle de riscos advindos de tomadas de decisões humanas passa pela adoção de critérios *funcionais* na tentativa de se definir se determinada conduta deva ser tolerada ou proibida pela legislação penal, o que ocorre por meio da definição de patamares de riscos.

O critério do risco, assim, traduz, em matéria de crime culposos, tendência substitutiva à “quebra de dever de cuidado”. Desloca-se o eixo da imputação: a causação

física de uma modificação no mundo exterior perde força; ganha força, ao contrário, a vinculação do comportamento com a exposição do bem jurídico a dano ou perigo de dano (GUARAGNI; GIRONDA CABRERA, 2012). O eixo central da imputação desloca-se, então, do resultado naturalístico ao resultado jurídico.

Superadas, assim, as bases ontológicas na construção de uma dogmática penal (que se fez, durante certo tempo, estéril), a política criminal ganha força e integra o sistema como protagonista na atribuição de funções ou tarefas ao direito, enquanto conjunto normativo. De um sistema cuja ideia fundante girava em torno do conceito de conduta humana – quer em sua concepção causalista ou finalista – chega-se a um sistema, reconhecedor de sua complexidade, cujo ponto de equilíbrio dá-se no estabelecimento e atendimento às funções do direito penal.

Ora, não há ambientação melhor para um sistema dogmático construído com “ares” político-criminais que a atual, em que a “matematização do mundo” perde sentido e a desconfiança social generalizada traz o direito penal ao palco – embora figurante como *ultima ratio* – da controlabilidade de riscos provenientes de novas tecnologias. Oportuna a lição de Tavares, ao anunciar a que vieram as chamadas teorias funcionais pós-finalistas:

O termo funcional tem suscitado muitas controvérsias. [...] A investigação científica das atividades sociais se deslocou da simples constatação (cognição) para um procedimento no qual os elementos singulares, como por exemplo, a conduta, deveriam ser vistos como engrenagens de uma estrutura global (TAVARES, 2009).

Essa estrutura global deve ser representada exatamente pela função do direito penal que, a depender da posição que se adote, variará. Isso porque, do estabelecimento de missões<sup>5</sup> ao sistema jurídico-penal, a proposta do funcionalismo é, conforme as palavras de Guaragni (2009), “fazer os conceitos renderem de forma otimizada quanto ao cumprimento de suas finalidades sistêmicas”, isto é, à luz dos critérios político-criminais sempre preocupados com os ideais de justiça, revisitam-se alguns conceitos clássicos da teoria do delito, como por exemplo, o da tipicidade (e, conseqüentemente, a culpa *stricto sensu*), com vistas à melhor solução dos problemas práticos vislumbrados. Vale a transcrição da lição de Luís Greco (1997), para quem o funcionalismo nada mais é que a remodulação

---

<sup>5</sup> Conforme salientado por Busato, o emprego do termo “missão” é mais vantajoso que o termo “função” para refletir o plano do dever ser. Segundo o autor, “no campo do direito penal, o termo ‘função’ corresponde aos efeitos objetivamente reais, ainda que não desejados, da aplicação concreta do sistema jurídico-penal. Por isso, parece mais adequada a utilização do termo ‘missões’ para denominar as conseqüências desejadas e buscadas pelo sistema penal.” BUSATO, P. C. O risco e a imputação objetiva. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Teoria do delito**. Curitiba: Juruá, 2012. (Série Direito penal baseado em casos). p. 64.

das categorias dogmáticas de crime para que “sejam capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas”. O discurso aqui pretendido, é de se frisar, não compactua, ademais, com a superação dos princípios clássicos garantistas, estes indispensáveis e atuantes como um eixo a legitimarem soluções justas e coerentes. Calha a lição de Roxin (1997), segundo a qual, o ponto de partida consiste em reconhecer que a única restrição se encontra nos princípios da Constituição.

Fato é que verificada a insuficiência e a imperfeição da causalidade natural (evidenciadas no art. 13 do Código Penal Brasileiro) como determinante da imputação, criaram-se critérios de análise do tipo objetivo, critérios estes, teleológico-normativos, complementares do tipo, por um lado, e restritivos da causalidade, por outro.

Os critérios de imputação objetiva<sup>6</sup> ficaram, durante muito tempo, adstritos à aplicação no âmbito do delito culposos. E ainda que hoje se vislumbre necessária importância da avaliação destes critérios, também, quanto ao delito comissivo doloso, como pretendido por Jakobs (2000), é certo que a maioria arrasadora de casos em que se discute a aplicação dos critérios de imputação objetiva dá-se no âmbito da tipicidade culposa<sup>7</sup>, já que se o

---

<sup>6</sup> Sabe-se que o tema da imputação objetiva não é, necessariamente, novo no ambiente jurídico-penal, vez que criada por Larenz para o direito civil e trazida por Hönl para o direito penal, porém restava abandonado diante o sistema jurídico racionalista antecedente às teorias pós-finalistas. A este respeito, Busato adverte que “ao contrário do que eventualmente se pode pensar, o tema da imputação objetiva não é exatamente um assunto novo, nem muito menos fruto de concepções modernas sobre a teoria do delito, ainda que tenha lugar nelas, o que enseja que alguns autores comentem a existência de uma ‘moderna teoria da imputação objetiva’, em oposição a uma formulação ‘antiga’, para qualificá-la de algum modo. Não nos parece existir, com efeito uma ‘nova teoria da imputação objetiva’, mas sim novas concepções sobre as categorias delitivas, o que conduz à releitura de vários tópicos, entre eles, a parte objetiva da imputação”. BUSATO, P. C. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 4. Retrocedendo ainda mais no tempo, Jakobs relembra que “desde o primeiro episódio conhecido na história da humanidade sobre a violação de uma norma (que remonta a Adão e Eva), se transluz – ainda que de maneira não muito intensa – um problema de imputação objetiva”. JAKOBS, G. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 13. A respeito, ainda, do tema da imputação objetiva, é bastante considerável a doutrina brasileira que trate, com cautela, do tema: BUSATO, P. C. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 (autor, é realmente necessário repetir esta referência na nota de rodapé); GALVÃO, F. **Imputação objetiva**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; PREUSSLER, G. de S. **Aplicação da teoria da imputação objetiva no injusto negligente**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006; CAMARGO, A. L. C. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Livraria Paulista, 2002. E, sob a organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli: PEÑARANDA RAMOS, E.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; CANCIO MELIÁ, M. A fundamentação normativa da tipicidade no novo sistema de direito penal. In: **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

<sup>7</sup> Na contramão do preconizado por Jakobs, tem-se Kaufmann, que nega que a imputação objetiva e também se aplique como “teoria do tipo aos delitos dolosos, alegando, dentre outras razões, que ‘está estampado na testa que provêm do crime culposos’”. KAUFMANN, A. (1977) apud FEIJÓO SÁNCHEZ, B. **Teoria da imputação objetiva**. Estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a teoria da imputação objetiva. Trad. Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 5.

cerne da teoria de imputação é, hoje, a criação de riscos proibidos – o que caracteriza a essência do crime culposo, quando adicionada ao critério da contrariedade a um dever normativo. Não por outro motivo, essa modalidade de delito ganha protagonismo mister nos últimos 30 anos.

Decerto, traduz-se a expansão da modalidade culposa de delito na causa mais necessária de ponderação de riscos permitidos – no sentido de não incomodativos de bens jurídicos (ROXIN, 1997) ou no sentido de não desestabilizadores de expectativas em relação às normas e aos modos de comportamento (JAKOBS, 2000). Imputação objetiva não traduz, assim, concorrência à teoria da causalidade, vez que parte do pressuposto de que há causa, mas traduz-se, isso sim, em medida de restrição do tipo objetivo a critérios provenientes do universo do dever ser.

Os exemplos fornecidos pela doutrina se repetem. Tratam, a menudo, do caminhoneiro que, ultrapassando em 10% a velocidade máxima prevista na rodovia, abate sujeito que se jogara da ponte em ato suicida. Na hipótese, ainda que o caminhoneiro mantivesse a velocidade de segurança, o resultado letal teria ocorrido.

A respeito da importância em se adotarem critérios de imputação objetiva frente à inflação de novos riscos e atividades merecedoras de atenção por parte do legislador e do julgador, tem-se a lição quase profética de Honig, ainda em 1930:

Ainda que o juízo não se baseie no saber e no querer atuais do autor, [...] é determinante a questão de se saber se o autor, mediante sua conduta, em concorrência com outros fatores dados fora de seu controle, pôde incidir na produção do resultado ou na sua evitação (SANCINETTI, 2009).

Prosegue Honig: “ O conteúdo desta questão, o alcance de um fim determinado, faz com que todo fator da situação de fato seja essencial, com o qual o centro de gravidade da decisão não se traduza em generalização – como a teoria da causalidade, mas singularizada em cada caso” (t.n.) (SANCINETTI, 2009).

De tudo isso, conclui-se que a depender da missão escolhida no emprego e remanejamento dos conceitos de direito penal, ou seja, a depender da finalidade político-criminal eleita, cambiará a orientação do direito penal, podendo, ora orientar-se à proteção de bens jurídicos, ora “fixar os objetivos preventivo-gerais da pena no afã de imprimir um certo conteúdo ético nas condutas das pessoas, imposto verticalmente, de cima para baixo, pelo Estado” (GUARAGNI, 2009)”.

Há, ainda, outras tantas correntes funcionalistas sendo desenvolvidas<sup>8</sup>, o que confirma a existência de uma gama de missões político-criminalmente impostas no âmbito da dogmática e, por conseguinte, diferentes repercussões a serem sentidas em sede de crime culposo. A depender da ordem de orientação dada à conduta realizada, haverá injusto culposo, ou não. Isto porque, a conduta humana não mais se traduz em mera manifestação externa individual e passa a ter sentido como elemento dentro de um sistema orientado pelas finalidades (ou missões) eleitas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vontade de verdade pode ser enganadora. É capaz de distorcer a realidade para adaptá-la às categorias do conhecimento, das ciências, do que se pretende que seja real. Faz da vida, complexa que é, um argumento simples. E, sabe-se, já desde Nietzsche (2001), que a vida não é um argumento. Os esquemas verificáveis em qualquer espaço-tempo, dos quais o direito encontra-se repleto, surgem, na alvorada do terceiro milênio, como questão de debate entre as mais diversas áreas da ciência jurídica. O presente artigo buscou contextualizar o novo universo em que o direito penal se encontra inserido, a partir de meados dos anos setenta do século passado, o que tornou necessário e imprescindível à ciência complexa que é, a interdisciplinaridade para o discurso jurídico-penal. A dogmática penal evidencia seu caráter instrumental e a política-criminal ganha força, optando, aquela, por uma estruturação teleológica do sistema penal, funcionalizada pela proteção subsidiária de bens jurídicos do indivíduo e da coletividade contra riscos socialmente intoleráveis, vinculando as categorias do delito ao postulado do *nullum crimen*, sobressaltando, o direito penal, como *ultima ratio* do sistema. Todas as categorias do delito, assim, deveriam ser analisadas segundo este critério, inclusive a tipicidade culposa. Deveriam, afinal, ser funcionalizadas, para uma melhor repercussão de si mesmas, dando lugar a decisões mais condizentes ao universo do que deva ser, mas não menos ligados à realidade das coisas.

---

<sup>8</sup> Há várias conceituações funcionais na literatura atual, a destacar, além de Roxin, Jakobs e Frisch: Enrique Bacigalupo (1984), Francisco Muñoz Conde (2002) e Tomás Salvador Vives Antón (1996).

## REFERÊNCIAS

- BORGES, J. S. M. **Ciência feliz**. 2. ed. São Paulo: M. Limonad, 2000.
- BUSATO, P. C. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- \_\_\_\_\_; PEREIRA, Gabriela X. O risco e a imputação objetiva. In: BUSATO, P. C. (Org). **Teoria do delito**. Curitiba: Juruá, 2012. (Série Direito penal baseado em casos). p. 41-55.
- CAMARGO, A. L. C. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Livraria Paulista, 2002.
- CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. v. 1, A era da informação: economia, sociedade e cultura. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, M. **El delito imprudente**: criterios de imputación del resultado. Barcelona: 1989.
- COSTA JUNIOR, H. **Teoria dos delitos culposos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. **Teoria da imputação objetiva**: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Trad. Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.
- FEUERBACH, P. J. A. R. von. **Tratado de derecho penal**. 14. ed. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
- GALVÃO, F. **Imputação objetiva**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GRECO, L. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.
- GUARAGNI, F. A. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. GIRONDA CABRERA, M. Imprudência. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Teoria do delito**. Curitiba: Juruá, 2012. (Série Direito penal baseado em casos). p. 107-125.
- HASSEMER, W. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. In: ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. MUÑOZ CONDE, F. (Coord. da versión española). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 21-118.
- HÖFFE, O. Proto-derecho penal: programa y cuestiones de un filósofo. In: ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. MUÑOZ CONDE, F. (Coord. da versión española). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 327-366.
- HONIG, R. Causalidad e imputación objetiva. In: SANCINETTI, M. (Org.). **Causalidad, riesgo e imputación**: 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

- JAKOBS, G. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LEITE, A.; ASSIS, A. O erro: especial foco no erro de proibição. In: BUSATO P. C. (Org.). **Teoria do delito**. Curitiba: Juruá, 2012. (Série Direito penal baseado em casos). p. 297-312.
- MORIN, E. **O método**. v. 2. A vida da vida. Trad. Marina Lobo. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- MUÑOZ CONDE, F. La herencia de Franz Von Liszt. **Justiça e sistema criminal**: modernas tendências do sistema criminal, Curitiba, v. 3, n. 5, p. 23-52, jul./dez. 2011.
- NIETZSCHE, F. **A gaia ciência**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- PASCAL, B. **Pensamentos**. 2. ed. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores).
- PEÑARANDA RAMOS, E; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; CANCIO MELIÁ, M. **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003.
- ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general; v. 1: Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesa. Madrid: Civitas, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SANTOS, B. de S. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TAVARES, J. **Teoria do crime culposo**. Prefácio de Claus Roxin. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TEUBNER, G. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- VILANOVA, L. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi, IBET, 2003. v. 1.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: v. 1: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

