

ANÁLISES SOBRE O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E SUA APLICABILIDADE AOS CRIMES DOLOSOS E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

ANALYSIS ABOUT THE PRINCIPLE OF TRUST AND
ITS APPLICABILITY TO INTENTIONAL CRIMES AND
BRAZILIAN PENAL LAW

ANALISIS ACERCA DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA Y
SU APLICABILIDAD A LOS DELITOS INTENCIONAIS EN
LA LEY PENAL BRASILEÑA

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Da teoria dos princípios e o surgimento do princípio da confiança; 2.1. Da teoria dos princípios; 2.2. Histórico internacional de aplicação do princípio da confiança; 3. A teoria da imputação objetiva; 3.1. Breves análises quanto ao tipo penal e o paralelo entre as teorias causalista, finalista e da imputação objetiva; 3.2. Teoria da imputação objetiva por Claus Roxin; a) Da criação do risco não permitido ou agravo deste pelo indivíduo; b) Da necessária influência no resultado gravoso ou realização do risco não permitido; c) Do afastamento da imputação objetiva; 3.3. Teoria da imputação objetiva por Günther Jakobs; 3.4. O princípio da confiança, a teoria da imputação objetiva: análise sob a ótica de Claus Roxin e Günther Jakobs; 4. Elemento subjetivo do dolo e o princípio da confiança; 4.1. O princípio da confiança, o dolo do agente e as condutas dolosas de terceiros; 4.2. Análise sobre a aplicação do princípio da confiança e o direito penal brasileiro; 5. O princípio da confiança e a teoria da cegueira deliberada; Considerações finais; Referências.

Como citar este artigo:

CATELLI, Thales,
SANTOS, José.
Análises sobre o
princípio da confiança
e sua aplicabilidade
aos crimes dolosos e o
direito penal brasileiro.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 33, 2020,
p. 225-257.

Data da submissão:
17/12/2018

Data da aprovação:
22/06/2020

1. Centro Universitário
Eurípides de Marília –
UNIVEM - Brasil
2. Centro Universitário
Eurípides de Marília –
UNIVEM - Brasil

RESUMO:

Desenvolvido sob a forma de consulta bibliográfica, pautando-se no método dedutivo, a presente investigação científica busca discorrer acerca do princípio da confiança, partindo-se da análise dos princípios em geral, conforme Robert Alexy, e, posteriormente, o breve estudo referente às teorias causalista (destacando-se os modelos de Ernest Von Beling e Franz Von Liszt) e finalista da ação (segundo as diretrizes de Hans Welzel), bem assim a teoria da imputação objetiva, evidenciando-se, sobre essa, os mistérios de Claus Roxin e Günther Jakobs. Após, analisa-se a aplicação do princípio aos delitos dolosos, analisando-o paralelamente à teoria da cegueira deliberada.

ABSTRACT:

Developed on bibliographical consultation, based on the deductive method, the present scientific investigation seeks to discuss about the principle of trust, starting from the analysis of principles in general, according to Robert Alexy, and, later, the brief study concerning the causalist theories (notably the models of Ernest Von Beling and Franz Von Liszt) and finalist of action (according to the guidelines of Hans Welzel), as well as the theory of objective imputation, evidencing, on this, the mysteries of Claus Roxin and Günther Jakobs. Afterwards, the application of the principle to intentional crimes is analyzed, analyzing it in parallel with the theory of deliberate blindness.

RESUMEN:

A partir de consultas bibliográficas, pautándose en el método deductivo, la presente investigación científica busca discurrir acerca del principio de la confianza, partiendo del análisis de los principios en general, según Robert Alexy, y posteriormente el breve estudio referente a las teorías causalista (destacando los modelos de Ernest Von Beling y Franz Von Liszt) y finalista de la acción (según las directrices de Hans Welzel), así como la teoría de la imputación objetiva, evidenciándose sobre ella los misterios de Claus Roxin y Günther Jakobs. Después, se analiza la aplicación del principio a los delitos dolosos, analizándolo paralelamente a la teoría de la ceguera deliberada.

PALAVRAS-CHAVE:

Princípio da confiança; Cegueira deliberada; Direito penal.

KEYWORDS:

Principle of trust; Willful crimes; Criminal law.

PALABRAS CLAVE:

Principio de la confianza; Ceguera deliberada; Derecho penal.

1. INTRODUÇÃO

O direito, compreendido, por óbvio, como fenômeno em que se percebe a primordial necessidade de concomitâncias às evoluções socioambientais, restando, portanto, o referido status modificativo intrínseco a este, revela-se em constante e elementar aprimoramento.

Não obstante a reflexão introdutória, em observância à respectiva demanda contínua, como consequência, constatam-se os desdobramentos teóricos elaborados pela doutrina ao acompanhamento interpretativo da norma ante as modificações sociais, partindo-se de estudos junto à seara acadêmica, com extremo compromisso ao rigor científico; e, por ângulo diverso, a formação de entendimentos jurisprudenciais a partir de determinadas óticas empíricas e aplicações normativas à prática, que, por vezes, destoam dos caminhos trilhados pelos doutrinadores.

Resulta-se, destarte, discrepâncias entre ambas as áreas, motivadas, em regra, por seus excessos, bem assim pela inobservância de fatores determinantes, sejam em virtude da abstração da análise prática (como, por vezes, vista junto às concepções doutrinárias) ou relativo afastamento das reflexões teóricas e requintes de discricionariedade (como percebido em parte da jurisprudência).

O mesmo ocorre quando se trata da aplicação e fixação delimites à incidência do princípio da confiança no direito penal, destacando-se, à exemplificação, o enfoque de parte da doutrina no que concerne ao afastamento entre a teoria e a prática deste ramo e a contemporânea necessidade de aproximação destes vieses.

Insta salientar que o respectivo princípio se perfaz de origem recente junto ao ordenamento jurídico pátrio, o que, de certa forma, justifica as

controvérsias em âmbito nacional, restando analisado de formas diversas e com certa generalização conceitual, fato que, conseqüentemente, destaca incongruências entre acadêmicos e demais aplicadores do direito.

O que se percebe, portanto, é a necessidade de elaboração de concepções corretas e, sobretudo a delimitação efetivada do princípio da confiança, em sua essência, no ordenamento penal brasileiro, sendo imprescindível, para tanto, o desenvolvimento de estudos pautados no referido rigor científico sob os mais diversos aspectos, inclusive a observância da apreciação prática do valor.

Destaca-se, todavia, que, no âmbito acadêmico-jurídico nacional, constata-se a escassez de estudos com enfoque e análises concernentes, especificamente, à amplitude do princípio da confiança no direito penal, principalmente quando na apreciação ao elemento subjetivo do dolo.

Ponto importante a ressaltar é que os autores que discorrem de forma aprofundada sobre a correlação do princípio da confiança e o dolo são, em sua maioria, doutrinadores internacionais, opondo suas análises aos ordenamentos jurídicos de suas origens, evidenciando peculiaridades regionalizadas, motivo pelo qual, obviamente, por mais que se encontre elaborada prolixamente a teoria desenvolvida àquelas realidades jurídicas, quedam à inaplicabilidade efetiva no Brasil quando ausente o profundo estudo de compatibilidade ante as singularidades dos arcabouços normativos diversos.

Destarte, emerge a problemática proposta à pesquisa: a possibilidade de incidência do princípio da confiança aos delitos com elemento subjetivo do dolo, no sistema penal brasileiro; sendo este, portanto, o objeto específico de estudo do presente artigo, desenvolvido na forma de pesquisa bibliográfica, conforme análise embasada no método dedutivo.

2. DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS E O SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

2.1. Da teoria dos princípios

Ao início dos estudos concernentes ao tema propriamente dito, relevante elaborar breve reflexão quanto às conceituações e características intrínsecas aos princípios em geral, ao fim de elucidação de seus conceitos.

Referida tarefa, porém, mostra-se de certa complexidade, haja vista, em exemplo, os dizeres de Robert Alexy que, quando no discorrer acerca

da distinção entre princípios e regras, alerta às incongruências e pluralidade relativas às conceituações do tema (ALEXY, 2015, p. 85-87).

Preliminarmente a discussão, contudo, atentando-se às considerações anteriores e seguindo as diretrizes do referido doutrinador, de se ressaltar que princípios são regras, como são as normas, e ambos figuram-se “razões para juízos concretos do dever-ser” (ALEXY, 2015, p. 87).

Ante a necessidade de entender suas diferenças ao fim de fixação de parâmetros elucidativos, Robert Alexy discorre sobre critérios que embasam teses diversas as quais objetivam a apreciação destas diferenciações.

Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. [...] Segundo o critério de generalidade, seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio a segunda como regra. Outros critérios discutidos são “a determinabilidade dos casos de aplicação” forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” -, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. (ALEXY, 2015, p. 87-88).

Salienta que, dentre estas teses, há aquela na qual se entende que sendo as normas gênero de espécies distintas de norteamentos legais, quais sejam as regras e os princípios, não haveria, entre estas, apenas uma diferença gradual, mas sim uma diferença qualitativa, corrente teórica que, em sua concepção, vislumbra maior coerência (ALEXY, 2015, p. 90).

Para a tese descrita, os critérios comuns, destacados anteriormente, não são observados como definição, mas são elementos típicos presentes em um terceiro e diverso critério, para o qual os princípios seriam espécies de normas as quais ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, (ALEXY, 1979, p. 79 e ss. apud ALEXY, 2015, p. 90), figurando-se, portanto, mandamentos de otimização. As regras, por sua vez, seriam normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas (ALEXY, 2015, p. 91), com certo caráter de objetividade.

“Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela

exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2015, p. 91).

Importante ressaltar que a teoria dos princípios mostra-se de extensão significativamente elevada, e, não obstante a inegável importância do tema, não se faz razoável o discorrer prolixo neste estudo.

Assim, ao prosseguimento, fixam-se as breves concepções relativas aos princípios em geral conforme o mister de Robert Alexy, entendendo-se, os princípios, como mandamentos de otimização, partindo-se, então, à explanação acerca das preliminares aplicações do princípio da confiança junto ao arcabouço jurisprudencial internacional.

2.2. Histórico internacional de aplicação do princípio da confiança

Ao princípio da confiança, conforme dissertado anteriormente, se pode relacionar certa contemporaneidade.

Sua nascente remonta ao início da expansão da produção e uso dos automóveis, percebida na Europa por volta do século XX, bem como a necessária atenção dos entes jurisdicionais daquele Estado à formação de normativas dedicadas às especificidades do ordenamento jurídico relacionado ao trânsito (MARAVEZ GÓMEZ, 2007, 7).

A Alemanha, então, que se via sob o referido ensejo, considerando, principalmente, o crescente número de incidentes automobilísticos entre pedestres e condutores, de modo pioneiro e como resposta às demandas daquele período, iniciava, em sede de julgamentos recursais, a consolidação de entendimento quanto às responsabilidades dos indivíduos que se inter-relacionavam no trânsito (MARAVÉR GÓMEZ, 2007, p. 7-8), podendo-se evidenciar a nítida exaltação dos pedestres como entes de vulnerabilidade consideravelmente maior, opondo, aos motoristas, um dever de proteção constante, tanto em relação aos demais condutores, quanto aos transeuntes (SIQUEIRA, 2016, p. 41-42).

Compreendia-se, como formação de concepções dos Tribunais da época, a jurisprudência do Reichsgericht¹, o qual detinha, como entendimento fixado, a previsão de uma espécie de dever geral de controle de riscos no trânsito, dando origem ao chamado princípio da desconfiança, cuja essência se via na necessária previsibilidade do motorista aos eventuais incidentes e possíveis riscos inerentes ao trânsito (SIQUEIRA, 2016,

p. 41-42).

En Alemania, a principios de siglo XX, cuando se empezaba a desarrollarse el tráfico motorizado y se consideraba que el automóvil era ante todo un instrumento peligroso para la seguridad del tráfico, los tribunales se mostraban particularmente exigentes con respecto a las medidas de cuidado que debían adoptar los conductores de automóviles. Según el Reichsgericht, no sólo debían estar pendientes en todo momento de los obstáculos de la carretera, sino que además debían contar con las posibles conductas incorrectas de los demás participantes del tráfico, incluidas, por ejemplo, las extrañas maniobras que pudieran realizar los otros conductores al ser adelantados o las invasiones repentinas de la calzada que pudieran llevar a cabo los peatones despistados. (MARAVÉR GÓMEZ, 2007, p. 8).

Em certo lapso temporal posterior, foram concretizadas normativas objetivas (positivas), as quais regulamentavam as condutas dos entes relacionados ao trânsito. Assim, ante as diretrizes criadas (regras) o referido tribunal restringiu a aplicação prática daquele princípio, mantendo, porém, seu entendimento concernente à necessária previsibilidade de condutas incorretas de terceiros que pudessem ocasionar riscos (SIQUEIRA, 2016, p. 43).

Em uma decisão de fevereiro de 1931, nomeada de “Julgamento do Jardim da Frente” (Vorgarten-Urteil), o Reichsgericht condenou um motorista que conduzia seu veículo em uma velocidade de 20 a 25 km/h por atropelar uma menina de 13 anos que saiu repentinamente de trás de uma casa, cujos jardins da frente se estendiam até muito perto da estrada, o que fez com que o motorista não enxergasse a menina até o momento em que ela estivesse muito próxima de alcançar a rua. O Reichsgericht decidiu que quando o condutor observa que existem casas ao lado das ruas e que os jardins à frente delas dificultam a visibilidade de eventuais pessoas que venham a cruzar a rua, deve contar a todo o momento com a possibilidade de que alguém saia das mesmas e cruze a rua de maneira precipitada. (SIQUEIRA, 2016, p. 43/44).

O trecho citado se mostra elementar à elucidação essencial do princípio à época, destacando-se que, mesmo agindo conforme a normatização objetiva, o motorista poderia ser processado e condenado em obser-

vância ao embasamento principiológico (SIQUEIRA, 2016, p. 44), ao teor do entendimento do Tribunal.

Insta salientar que após íterim de modificações políticas e discussões doutrinárias², por volta de 1935, em concepção diversa e transitória daquela pioneira, o Reichsgericht firma entendimento tendente à modulação de novo conceito, partindo-se da concepção da confiança (SIQUEIRA, 2016, p. 49/50), entendendo-se a terminologia, em síntese, como: “o participante que cumpre com as regras do trânsito pode confiar que os demais participantes se comportem de maneira correta, sempre que não se depreenda outra coisa das circunstâncias do caso concreto” (MARAVÉR GÓMEZ, 2007, p. 15-21); posicionamento que se concretizou com jurisprudência formulada por volta de 1938 (SIQUEIRA, 2016, p. 51).

O arcaico princípio percebido junto ao arcabouço jurisprudencial alemão, principalmente nos julgados do Reichsgericht, teve sua aplicação ampliada no decorrer do tempo, como quando, por volta de 1980, o Bundesgerichtshof³ reconheceu expressamente a previsão de aplicação do princípio da confiança ao julgamento de demanda referente ao âmbito do direito penal médico da época (SIQUEIRA, 2016, p. 60).

Desde então, a aplicabilidade do princípio passou por grande amplificação, estendendo-se às mais diversas áreas das ciências jurídicas e avançando os limites fronteiriços percebendo sua incidência por outros ordenamentos de Estados diversos.

Interessante destacar que, tempos mais tarde, discorrendo acerca da teoria dos delitos, autores passaram a efetivamente definir a localização do referido princípio junto às análises do crime e, à elucidação da incidência contemporânea do valor, imprescindível adentrar à explanação acerca da teoria da imputação objetiva, conforme se passa a dispor.

3. A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Insta salientar, por primeiro, que a temática deste título é de certa complexidade e amplitude, restando, assim, incogitável o esgotamento das correntes teóricas em observância, novamente, à extensão desta investigação científica, motivo pelo qual se pretende a elaboração de breve revisão dos temas gerais, ao fim de que seja possível a explanação acerca do essencial ao embasamento teórico, bem assim ao desenvolvimento do raciocínio, sem prejuízos à compreensão das reflexões como um todo,

iniciando-se pela análise da teoria causalista, as definições teóricas das concepções finalísticas para, enfim, adentrar as especificidades da teoria da imputação objetiva.

3.1. Breves análises quanto ao tipo penal e o paralelo entre as teorias causalista, finalista e da imputação objetiva

Conforme Zaffaroni (2011, p. 387), o chamado tipo penal é “um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas)”.

Destarte, por óbvio, em observância aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, as condutas as quais se deseja a proibição ou regulamentação são descritas no tipo penal, que colaciona, também, a previsão de sanção em resposta por sua prática (STIVANELLO, 2003, p. 71).

Por volta do século XIX, conforme o sistema clássico da teoria causal da ação, baseado no modelo de Ernest Von Beling e Franz Von Liszt (SOUZA, 2006, 26), pautado junto às raízes positivistas e as relações de causa e efeito (ZAFFANORI, 2011, p. 369), as referidas condutas proibidas ou regulamentadas, definidas como ações⁴ do agente, seriam configuradas pela manifestação da vontade, o resultado e a relação de causalidade (BITENCOURT, 2014, p. 287), destacando-se GRECO (2002, apud STIVANELLO, 2003, p. 71), cujo mister sobre esta corrente exalta a necessária composição da ação por elementos de natureza objetiva⁵, os quais, preenchidos, resultariam na imputação do ato delituoso ao agente, restando não observada a culpa em latu sensu junto à ação em si, haja vista que esta se percebia deslocada à culpabilidade⁶.

Segundo Mezger, “a teoria jurídico-penal da ação limita-se a perguntar o que foi causado pelo querer do agente, qual é o efeito produzido por dito querer. Todos os efeitos do querer do sujeito que atua são partes integrantes da ação. Para a teoria jurídico-penal da ação é irrelevante se estes efeitos são também conteúdo da consciência e do querer do agente, e até que ponto o são”. Dizia Mezger, citando Belling, que “para se afirmar que existe uma ação basta a certeza de que o sujeito atuou voluntariamente”. O que quis a (ou seja, o conteúdo de sua vontade) é por ora irrelevante: o conteúdo do ato de vontade somente tem importância no problema da culpabi-

lidade (MEZGER, 1935, p. 220-1 apud BITENCOURT, 2014, p. 288).

Assim, o indivíduo que praticasse determinada conduta (ação), sendo esta a manifestação de sua vontade (independentemente dos motivos ou finalidades que tivessem o conduzido e este animus) resultando (relação de causalidade) em estado gravoso proibido, se perceberia, unicamente por esta ação, elemento suficiente à imputação do agente.

“De acordo com este conceito, haveria uma ‘ação’ homicida se um sujeito disparasse sobre outro com vontade de pressionar o gatilho, sem que fosse necessário levar em conta a finalidade a que se propunha ao fazê-lo, porque essa finalidade não pertencia à conduta” (ZAFARONNI, 2011, p. 369).

Nos dizeres de Roxin (2002, p. 12), o tipo considerava-se realizado toda vez que alguém constituía uma condição para o resultado nele previsto, ou seja, toda vez que alguém o causava, no sentido da teoria da equivalência dos antecedentes.

Destacava-se como problemática enfrentada pela referida teoria a exacerbada extensão do tipo penal, pois, sob aquela perspectiva, todos aqueles que tivessem contribuído ao resultado tipificado com uma *condictio sine qua non*, deveriam responder pelo delito (ROXIN, 2002, p. 12).

Como exemplo à teoria causalista, em determinado homicídio praticado por meio de emprego de arma de fogo, seriam responsáveis o fabricante e o vendedor do revólver e da munição, aqueles que ocasionaram a desavença da qual resultou o disparo e todos os demais que interferiram, direta ou indiretamente, à possibilidade da prática do delito (ROXIN, 2002, p. 12).

Lapso temporal mais tarde, após as concepções transitórias do sistema neoclássico (influenciado pela filosofia neokantiana, com destaque as expressões de Baden e Mezger), bem assim em virtude das falhas percebidas junto ao anterior sistema clássico (SOUZA, 2006, p. 26 – 29), Hans Welzel, em oposição ao conceito causal de ação⁷, assim como a então insustentável separação entre vontade e o conteúdo desta, elaborou o chamado conceito finalista da ação⁸ (BITENCOURT, 2014, p. 288).

Para a referida corrente a essência da ação humana não se via estritamente ligada ao puro fenômeno natural da causação, mas sim no direcionamento desta, guiada pela vontade de um curso causal no sentido de um

determinado fim, ou seja, uma ação com intuito de atingir determinado objetivo (ROXIN, 2002, p. 12).

Para Welzel, considerando a capacidade do indivíduo de percepção das consequências de suas atitudes, a ação humana seria definida como exercício de uma conduta a uma atividade fim, ou seja, a prática de uma ação a qual se percebe conduzida conscientemente em função de seu objeto, respeitando-se, por óbvio, os limites intrínsecos a referida “consciência” do indivíduo (WELZEL, 2004, p. 41-42).

La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer “final” y no solamente ‘causal’. La ‘finalidad’, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, a signarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente. [...] Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, este, conforme a un plan, a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo coriervierte, portanto, en una acción dirigida finalmente; sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final, como factor que configura objetivamente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción. (WELZEL, 2004, p. 41).

Neste sentido, dentre mudanças propostas por àquele autor, destacou-se o deslocamento do dolo e da culpa da culpabilidade para o tipo, momento que, com a referida modificação, este último passou a conter não somente os elementos objetivos, como visto, mas os elementos subjetivos, junto à sua essência (STIVANELLO, 2003, p. 71).

Esta concepção welzeliana de ação traz consigo algumas consequências transcendentais, dentre as quais destacamos: a) a inclusão do dolo (sem a consciência da ilicitude) e da culpa nos tipos de injustos (doloso ou culposos); b) o conceito pessoal de injusto – leva em consideração os elementos

personais (relativos ao autor): o desvalor pessoal da ação do agente, que se manifesta pelo dolo de tipo (desvalor doloso; tipo de injusto doloso), ou pela culpa (desvalor culposos; tipo de injusto culposos). E ao desvalor da ação corresponde um desvalor do resultado, consistente na lesão ou perigo de lesão do bem jurídico tutelado; c) a culpabilidade puramente normativa.(PRADO et. BITENCOURT, 1995, p. 71-2 apud BITENCOURT, 2014, p. 291).

O progresso da teoria finalista, segundo Stivanello (2003, p. 71), caracterizou-se pela criação do tipo subjetivo e pela inclusão do dolo e da culpa no conceito amplo de tipo, uma vez que este passou a abranger, os elementos objetivos e subjetivos, denominando-se, então, tipo complexo.

“Em decorrência deste novo conceito de tipo, que apenas se perfaz mediante a conjugação de seus elementos objetivos e subjetivos, a ausência de qualquer deles passou a implicar em atipicidade”. (STIVANELLO, 2003, p. 71).

Assim, o tipo penal não previa apenas as condutas como simples manifestação da vontade do indivíduo, mas sim a conjugação dos elementos que conduziram o agente a esta prática (a finalidade) à imputação.

Evidencia Roxin, entretanto, que a inovação da teoria limitou-se justamente a este surgimento do elemento subjetivo à configuração do delito o que, de certa forma, evitava, consideravelmente, o regressus ad infinitum, mas ainda mantinha demasiadamente extenso o tipo penal (ROXIN, 2002, p. 12) e, destarte, muito embora a teoria finalista tivesse suprido determinadas lacunas contidas na teoria causalista, sob aquela se mostravam, também, pontuais controvérsias.

Ensejava-se, desta forma, a elaboração de teoria diversa, capaz de atender às contrariedades percebidas junto às correntes anteriores, fato que motivou a elaboração das concepções da imputação objetiva com fim de resolução dos problemas decorrentes da teoria finalista ante suas aplicações práticas (ROXIN, 2002, p. 13).

Conforme a visão naturalista do tipo, a norma violada pelo autor limitava-se a valorar resultados, tendo em vista que o injusto neles se esgotava, sendo que a análise deste dava-se justamente quanto à alteração de estados, o que levava a uma perspectiva exclusivamente ex post. Somente com o finalis-

mo é que isto pôde ser alterado, o que é de enorme valia para a Imputação Objetiva, a qual, contudo, deixou de lado seus exageros, aproveitando-se de tais componentes com o equilíbrio necessário. Deste modo, não abstém de complementação – à medida que se faz relevante – das normas de valoração, bem como de uma perspectiva ex post e do próprio desvalor do resultado. Isso se dá no tocante à realização do risco no resultado, em virtude do favorecimento à constatação da previsibilidade, indispensável para que se possa afirmar tal realização. Se a vítima for portadora de uma doença que anteriormente se desconhecia, como a diabetes, que influenciou diretamente na ocorrência do resultado, tal dado fático mostra-se saliente, com reflexos diretos na análise da tipicidade da conduta. (SOUZA, 2006, p. 36 – 37).

Hegel, então, pioneiro no desenvolvimento das novas concepções, propiciou as primeiras conceituações do tema, seguido pelas revisões de Richard Hömig (STIVANELLO, 2003, p. 71).

Entretanto, foi por volta de 1970 que Claus Roxin aprimorou os contornos da teoria da imputação objetiva que perduram contemporaneamente (STIVANELLO, 2003, p. 71) e que, considerando o enfoque deste estudo, pretende-se discorrer adiante.

3.2. Teoria da imputação objetiva por Claus Roxin

Como visto, a referida teoria foi desenvolvida com a finalidade de resolução das problemáticas constatadas junto às anteriores correntes. Para tanto, utilizava-se de nova metodologia de análise e delimitação do alcance do tipo objetivo.

Ao se empregar tal teoria, deixa-se de analisar, quanto ao tipo objetivo, uma relação de causalidade puramente material. Torna-se esta mera condição mínima, a ela se agregando outra, de natureza jurídica, que consiste em verificar se o resultado previsto pode ou não ser imputado ao autor. Não basta apenas que o resultado tenha sido praticado pelo agente para que se possa afirmar a sua relação de causalidade. Passa a ser necessário também que ele possa lhe ser imputado juridicamente. (STIVANELLO, 2003, p. 71).

Claus Roxin, implementando inovadoras diretrizes à temática, apontou hipóteses normativas que autorizavam a imputação do resultado ao autor, modificando, assim, o tipo objetivo, de forma que este compre-

deria tanto a causalidade material quanto a causalidade normativa (STIVANELLO, 2003, p. 71).

Segundo Roxin (2002, p. 13), em síntese, um resultado causado pelo agente só deveria ser imputado como sua obra e, conseqüentemente, somente preencheria o tipo objetivo, unicamente quando o comportamento do autor criasse um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realizasse no resultado concreto e este resultado se encontrasse dentro do alcance do tipo, ou, em outras palavras, a caracterização de um “conjunto de pressupostos jurídicos que condicionavam a relação de imputação (atribuição) de um resultado jurídico (ou normativo) a um determinado comportamento (penalmente relevante)” (ESTEFAM et. GONÇALVES, 2016, p. 335).

Sob os aspectos destacados, de se compreender que à imputação objetiva do agente fazia-se necessário o preenchimento de determinados requisitos e, à elucidação de forma plena, de se dedicar breves reflexões a estes.

a) Da criação do risco não permitido ou agravo deste pelo indivíduo

Conforme visto, para que houvesse a imputação objetiva do agente, em suma, se fazia necessário que este tivesse criado um risco não permitido⁹ ou, quando na existência prévia desse, tivesse colaborado ao agravo, seja de forma dolosa ou culposa, e, destarte, o critério da criação do risco serviria à seleção de grupos de casos nos quais a imputação do agente deveria ser procedida ou, do contrário, poderia ser afastada (SOUZA, 2006, p. 65).

Em exemplo, destaca-se que embora em determinadas ocasiões fosse invidiosa a criação de um risco não permitido por um determinado agente, bem assim que houvesse a subsequente materialização em um resultado, a imputação restaria excluída em função da eventual imprevisibilidade do alcance do tipo ou diverso fim de proteção da norma, quanto às características que se percebem no referido resultado concreto, concluindo-se que o tipo não estaria destinado a evitar condutas como àqueles vistas nos acontecimentos. (CANCIO MELIÁ, 2000, p. 61 apud SOUZA, 2006, p. 66).

b) Da necessária influência no resultado gravoso ou realização do risco não permitido

De se destacar que se fazia elementar para a imputação objetiva ao

agente que o risco proibido, criado ou agravado, tivesse reflexo (influência direta) no resultado, considerando que, caso contrário, o alcance da norma se daria apenas aos atos em que se encontrasse a correlação direta entre conduta e o agravo decorrente deste, podendo-se salientar, também, a configuração como a possibilidade de imputação àquele que incrementasse o risco pré-existente, fosse ele proibido ou não, de forma a aumentá-lo ou fazê-lo ultrapassar os limites para os quais tal risco seria juridicamente tolerado (STIVANELLO, 2003, p. 72).

Além destes aspectos, o risco produzido ou agravado deve ter sido a causa do resultado. No clássico exemplo do indivíduo que é baleado, mas vem a falecer em razão de acidente envolvendo a ambulância que o transportava para o hospital, pode-se afirmar que o autor do disparo criou risco não permitido que, entretanto, não se realizou, eis que a vítima não faleceu em decorrência do tiro, mas sim do acidente. Desta forma o autor do disparo apenas poderia ser punido pela tentativa, jamais pela consumação, pois, apesar de haver criado um risco não-permitido, este não chegou a se realizar. (STIVANELLO, 2003, p. 72 – 73).

De forma exemplificativa, destaca-se o sujeito que ferido por outrem com dolo ao homicídio vem a morrer por conta de um acidente com a ambulância que o transportava. Neste caso, o risco não permitido não se realizou, haja vista causa diversa que causara o resultado morte. Assim, permite-se a imputação pela tentativa de homicídio (criação do risco), mas não pela consumação (realização) (ROXIN, 2002, p. 15).

c) Do afastamento da imputação objetiva

Claus Roxin apresentava causas de afastamento da imputação objetiva, como a ausência de domínio do resultado pelo agente que praticava a conduta ou nas hipóteses em que este, quando agisse, ainda que criando um risco não-permitido, assim o fizesse ao fim de evitar prejuízo mais grave.

O mesmo se via junto a não imputação objetiva nas ações que procedessem à diminuição do agravo, apesar de, no caso concreto, terem influenciado o resultado gravoso como o exemplo: quem convence o ladrão a furtar não mil, mas somente cem marcos alemães, não é punível por participação no furto pois sua conduta não elevou, mas diminuiu o risco de lesão (ROXIN, 2002, p. 17).

Como um terceiro fator mostra-se justamente o princípio da confiança o qual, incidente sobre o âmbito da criação ou agravamento de um risco não permitido (ROXIN, 2002, p. 14), serviria como limitador desta apreciação. Contudo, de se prosseguir às demais explicações acerca da teoria da imputação objetiva sem maiores elucidações acerca do referido valor por ora, haja vista título dedicado ao respectivo princípio adiante.

3.3. Teoria da imputação objetiva por Günther Jakobs

Partindo-se de determinados pressupostos fixados por Claus Roxin (como a imputação objetiva do resultado), a teoria na ótica de Günther Jakobs ganhou elementos inovadores, a exemplo da imputação objetiva do comportamento.

“No primeiro nível da imputação objetiva, o autor constata que a relevância jurídica da relação causal entre ação e resultado é necessária para completar a causalidade, entendida como o mínimo da imputação objetiva do resultado.” (PEREIRA et. NASCIMENTO, 2014, p. 38).

Entretanto, preliminarmente ao discorrer da teoria em si, de se destacar que, para Jakobs, o ser humano, por tratar-se de um ser social, mantém constante inter-relacionamento com demais indivíduos, cada qual com seu papel social, sendo que, a violação (ou má administração) destes papéis através de suas condutas (comportamentos) resultaria na responsabilização daquele que assim ocasionou o desvio (resultado previsto).

Destarte, se um terceiro agisse com desvio da conduta em face de outro, o terceiro responderia. Se a vítima se comportasse de maneira diversa e desse causa a dano a si mesma, somente esta arcaria com os prejuízos. Se houvesse comportamento coerente de todos os indivíduos segundo seus papéis, ou ato culposo destes, e ainda assim ocorresse fato danoso, este seria mera fatalidade, portanto, não punível. (STIVANELLO, 2003, p. 73).

Formulando de modo mais geral: as garantias normativas que o direito estabelece não tem como conteúdo que todos tentem evitar todos os danos possíveis – se assim fosse, produzir-se-ia uma paralisação imediata da vida social. Por isso é que se atribuem a determinadas pessoas – e não a todas – que ocupam determinadas posições no contexto de interação, determinados encargos. É dizer, asseguram padrões pessoais, papéis que devem ser cumpridos. Deste modo, possibilitam uma orientação com base em padrões gerais, sem

necessidade de conhecer as características individuais da pessoa que atua. (JAKOBS, 2014, p. 19).

Tais papéis teriam a função classificada pelo autor como desindividualização ao fim de possibilitar os contatos sociais corriqueiros e cotidianos, ou, em suas palavras, contatos anônimos (JAKOBS, 2014, p. 21) de forma a afastar o regresso indefinido na imputação das condutas.

Destarte, como visto, se percebiam destacados elementos (instituições) que possibilitariam o afastamento ou delimitação da imputação objetiva, sendo estes critérios gerais de exclusão de imputação (PEREIRA et. NASCIMENTO, 2014, p. 38), a saber: o risco permitido, a proibição de regresso, a competência ou capacidade da vítima e, por derradeiro, o princípio da confiança.

Tratando-se do primeiro aspecto, de se evidenciar que, para Jakobs, são determinados riscos não permitidos como condutas evidentemente proibidas por seus perigos concretos ou abstratos, sendo passíveis, inclusive, de imposição de pena ou multa àqueles que, eventualmente, venham a causá-las (JAKOBS, 2014, p. 41).

Contudo, conforme visto anteriormente, qualquer contato social poderia ser capaz de gerar um risco, ainda que seus entes detivessem de boa-fé em suas atitudes, como, por exemplo, um aperto de mãos que possibilitasse a transmissão de determinado vírus; um alimento que, em mal estado de conservação, servido a outrem viesse a causar, a esse, problemas decorrentes da ingestão, dentre outras infinitas hipóteses (JAKOBS, 2014, p. 35).

Tais riscos, não sendo possíveis de serem evitados por se mostrarem intrínsecos às relações sociais e, portanto, inerentes às relações sociais pautadas boa-fé, seriam classificados como riscos permitidos e considerados socialmente normais. (JAKOBS, 2014, p. 35 – 36).

Assim, o comportamento do agente, conforme seu papel social e enquadrado aos limites aceitos pela sociedade, ainda que causasse danos, teria a imputabilidade afastada sob a ótica do risco permitido (STIVANELLO, 2003, p. 73 – 74).

Configurar-se-iam, da mesma forma, as condutas essenciais às atividades que, por sua natureza, poderiam potencialmente empreender riscos a terceiros, como o tráfego viário, manipulação de substâncias perigosas, construção de edifícios, etc. (JAKOBS, 2014, p. 41 – 42).

Conceitua a proibição de regresso a impossibilidade de imputação daquele indivíduo cuja conduta tenha sido externada conforme os ditames de seu papel social, ainda que esta tenha contribuído para o êxito de uma infração penal (STIVANELLO, 2003, p. 74).

Acerca da competência ou capacidade da vítima, Jakobs salienta situações diversas que explicitam os dizeres da teoria, a saber: a) a posição da vítima; e b) as ações a próprio risco. (STIVANELLO, 2003, p. 74).

No que tange a posição da vítima, por vezes o infortúnio pode ser a única explicação. “Um comportamento do agente, do qual se saiba que decorrerão lesões, segue conforme seu papel na medida em que a vítima não tenha direito a que não se produza o resultado”. Jakobs apresenta como o caso provavelmente mais relevante neste campo o da eutanásia. Expõe que, no âmbito dos cuidados intensivos, é lícito suspenderem-se determinadas prestações que se realizam por meio de aparelhos que conservam a vida do paciente quando ditas prestações não estejam indicadas medicamente. Nessas hipóteses, ainda que a desconexão dos aparelhos, é dizer, um atuar positivo, tenha efeitos causais a respeito da morte do paciente, o médico se mantém dentro do seu papel e não se atribui uma atividade alheia: pelo contrário, constitui uma fatalidade do paciente o fato de estar posicionado de maneira propensa a sofrer dano. (STIVANELLO, 2003, p. 74).

Quanto às ações a próprio risco, seriam as ocasiões em que a vítima se submete as circunstâncias sob plena consciência do risco, violando, portanto, o dever de auto-proteção de forma voluntária, praticando o ato em aceite às eventuais possibilidades de danos decorrentes deste, em exemplo, segundo Jakobs, dos praticantes de esportes radicais os quais, cientes dos riscos inerentes à atividade, os assumem.

Um quarto instituto que segundo o autor afastaria a imputabilidade penal seria o princípio da confiança, o qual pretende a exposição no título seguinte.

3.4. O princípio da confiança, a teoria da imputação objetiva: análise sob a ótica de Claus Roxin e Günther Jakobs

Para Roxin, conforme visto, o princípio da confiança estaria figurado como limitador do risco permitido (ROXIN, 2002, p. 14-15), estando relacionado diretamente ao plano da criação ou agravo de um risco

relevante e proibido, destacando-se a teoria de que “não se pune quem pratica o fato na confiança de que terceiros, de quem se espera uma atitude subseqüente, realizarão um ato conforme o Direito” (ESTEFAM et. GONÇALVES, 2016, p. 338).

Em exemplo, destaca-se a conexão do princípio da confiança à análise dos crimes cometidos por terceiros em decorrência de ação culposa do agente, ou seja, quando, por um ato culposo, torna-se possível que outrem cometa um ilícito doloso (ROXIN, 1997, 1006 apud SANTOS, 2013, p.8).

Podemos aplicar o princípio da confiança, p.e., quando A, com a intenção de cometer suicídio, deixa, por descuido, veneno na mesa de sua sala, com o qual B utiliza para matar dolosamente C. [...] O fundamento de aplicação desse princípio consiste na chamada proibição de regresso, “según la cual la cooperación no dolosa em delitos dolosos es impune. (ROXIN, 1997, p. 1006 apud SANTOS, 2013, p. 8).

Extraí-se, a partir deste raciocínio, a impossibilidade da responsabilização jurídico-penal “passar dos limites impostos pela atuação em conjunto dolosa de outrem para também responsabilizar terceiro que age culposamente” (DIAS, 2007, p. 886 apud SANTOS, 2013, p. 8).

Para Roxin, ainda, a aplicabilidade do princípio da confiança somente seria afastada, ou seja, o agente somente poderia ser punido, quando constatado, no indivíduo que pratica a conduta, uma reconhecível inclinação para o fato criminoso (*erkennbare Tatgeneigtheit*) (ROXIN, 2002, p. 14), ou a reconhecível disposição para o fato, a luz das concepções de Juarez Cirino dos Santos, conforme destaca Luis Greco (ROXIN, 2002, p. 14).

Ou ainda quando na (I) impossibilidade de se confiar em alguém que evidentemente não é digno de confiança, em face da sua incapacidade de autodeterminação diante de situações específicas; (II) quando há indícios concretos de que o terceiro praticará uma conduta em desacordo com o direito, por exprimir uma conduta incompatível com o cumprimento dos seus deveres; (III) se um comportamento antijurídico fosse tão esperado e comum na sociedade de tal modo que não se pudesse mais contar com a observância da norma jurídica naquela circunstância; e, (IV) as pessoas que fossem dotadas de deveres especiais de cuidado, poderiam eximir-se de suas obrigações com fundamento no princípio. (ROXIN, 1997, p. 1005 apud PEREIRA et. NASCIMENTO, 2014, p. 40).

De se atentar que Claus Roxin discorre acerca do referido valor apenas nos fundamentos teóricos dos crimes culposos (SIQUEIRA, 2016, p. 196), citando-se, também, sua aplicabilidade aos casos em que haja cooperação com divisão de trabalhos (PEREIRA et. NASCIMENTO, 2014, p. 42), abstendo-se à análise quando nos crimes dolosos.

O autor, ainda, refuta a limitação do princípio da confiança apenas àqueles que atuassem de acordo com as normas, afirmando que o mesmo poderia ser suscitado por quem se comportou de modo contrário ao direito, mesmo que violando um dever de cuidado (PEREIRA et. NASCIMENTO, 2014, p. 41), entendimento seguido por Günther Jakobs, havendo casos, inclusive, nos quais o princípio da confiança se perceberia atrelado a proteção da norma para impedir a imputação de resultados nos casos em que o autor realmente agiu em desacordo com a norma de cuidado, como, por exemplo, quando o motorista conduziu seu veículo em velocidade acima da permitida e um transeunte, ao fim de suicídio, resolvesse se jogar em frente ao veículo. Nesse caso, a norma que estipula o limite de velocidade não tem como fundamento evitar suicídios, oportunidade em que a responsabilização do motorista restaria afastada. (PEREIRA et. NASCIMENTO, 2014, p. 41 – 42).

Sobre o princípio da confiança, Jakobs versa de forma diversa, concebendo este como critério geral de imputação (PEREIRA et. NASCIMENTO, 2014, p. 38), não havendo imputação àquele que atuou confiando que os outros indivíduos manter-se-iam dentro dos limites do perigo permitido (STIVANELLO, 2003, p. 74).

Na vida em sociedade, conforme narra o autor, as pessoas não poderiam ser obrigadas a sempre desconfiar dos outros, supondo constantemente que as demais pessoas não cumprirão seu papel social, motivo pelo qual haverá exclusão da responsabilidade penal quando alguém agir confiando que outrem cumprirá o seu papel (ESTEFAM et. GONÇALVES, 2016, p. 343).

Superadas as conceituações acerca das teorias do delito, principalmente no que concerne a incidência do princípio da confiança junto à teoria da imputação objetiva, de se dissertar, adiante, as conceituações concernentes à aplicação do princípio da confiança nos delitos com elemento subjetivo do dolo.

4. ELEMENTO SUBJETIVO DO DOLO E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

4.1. O princípio da confiança, o dolo do agente e as condutas dolosas de terceiros

Quando se trata dos delitos com elemento subjetivo do dolo, determinados autores entendem a inaplicabilidade do princípio da confiança, haja vista, principalmente segundo aqueles que discorrem seus conceitos pautados na teoria finalista, o fato de que o referido valor seria relacionado à determinação do dever objetivo de cuidado dos crimes culposos, partindo-se, portanto, da inexistência daquela previsão (SIQUEIRA, 2016, p. 195 – 196).

À Roxin não se percebe concepção diversa, haja vista que, como visto anteriormente, quando no discorrer acerca da teoria do delito em sua obra (Strafrecht), o doutrinador trata do princípio apenas no capítulo tangente ao elemento da culpa, evidenciando tacitamente que, sob sua perspectiva, o princípio da confiança seria apreciado apenas nos crimes culposos (SIQUEIRA, 2016, p. 196), destacando-se, bem assim, que a aplicabilidade do valor estaria estrita ao tráfego viário, a cooperação na divisão do trabalho e, veja, aos delitos dolosos de terceiros (PEREIRA e NASCIMENTO, 2014, p. 38), sendo esta última a maior proximidade da temática ao referido elemento subjetivo.

Entretanto, conforme destacado preliminarmente, na apreciação de delitos dolosos praticados por terceiros com certa participação de agente diverso, faz-se elementar aplicação do princípio da confiança como delimitador da apreciação da conduta, observando-se, ainda, o critério citado anteriormente como a “reconhecível inclinação para o fato criminoso” ou *erkennbare Tatgeneigtheit* (ROXIN, 2002, p. 14).

Em observância à conceituação de Roxin, Luís Greco afirma que, à aplicação do princípio sob esta premissa, “diante de indícios concretos de que o terceiro atuará incorretamente, implica em se considerar a cumplicidade através de ações neutras, ‘proibidas em sua quase totalidade’” (GRECO, 2004, p. 29 apud SIQUEIRA, 2016, p. 195).

Entende-se atualmente que o princípio da confiança pode ser invocado para diversos outros aspectos da vida social. O seu fundamento material consiste no “princípio da auto-responsabilidade de terceiros”, i.e., os outros indivíduos na

sociedade também são responsáveis por suas próprias ações – caso se comportem com descuido, tal conduta é de responsabilidade única, em princípio, a sua pessoa. (SANTOS, 2013, p.11).

Observa-se, portanto, o princípio da confiança relacionado, justamente, ao caráter de delimitação da responsabilidade penal.

De se atentar, porém, as concepções de Jakobs, para o qual, diferentemente de Roxin, o princípio da confiança não seria apenas passível de aplicação nos crimes dolosos, mas sim de elementar necessidade (SIQUEIRA, 2014, p. 196).

Entende o autor, a primordial observância do princípio da confiança aos crimes dolosos como princípio geral de imputação – conforme narrado anteriormente –, (SIQUEIRA, 2016, p. 196), atentando-se à exclusão da responsabilidade penal quando alguém agir em confiança de que a atuação de outrem será procedida em conformidade ao Direito (ESTEFAM e GONÇALVES, 2016, p. 343), ainda que esta venha gerar resultado gravoso proibido ou regulamentado de forma diversa pela norma penal, não sendo possível a constante desconfiança de que os indivíduos sempre agirão em desconformidade com as normativas, costumes e princípios.

Em suma, seria analisado, em termos práticos aos casos dolosos, como critério delimitador de garante.

4.2. Análise sobre a aplicação do princípio da confiança e o direito penal brasileiro

Segundo Pereira et. Nascimento (2014, p. 38) a teoria da imputação objetiva, onde se percebeu mais prolixamente dissertado o princípio, mostra-se louvável em seu propósito, considerando a capacidade de atribuição de uma maior coerência e sistematicidade ao direito penal, coadunando o conceito de tipo com a sociedade, conforme, evidentemente, as perspectivas do funcionalismo teleológico de Claus Roxin, propiciando o que os autores descrevem como uma base mais realista à norma penal, de forma a delimitar corretamente, por exemplo, a tipicidade, elementar do conceito analítico de delito, fator essencial para a limitação do jus puniendi do Estado, possuindo, destarte, função democrática, revelando-se tendência atual e propensa a uma resposta mais justa e uniforme do Estado.

Ocorre que, a teoria da imputação objetiva não se mostra adotada

pela codificação penal pátria, restando, inclusive, a ausência de pacificação doutrinária sobre a temática, haja vista, por exemplo, os argumentos acerca das possibilidades de solução das demandas sob vieses teóricos diversos (STIVANELLO, 2003, p. 75), destacando-se que por se tratar de uma concepção doutrinária estrangeira, reconstruída e reformulada por algumas décadas, sua recepção no âmbito do Direito Penal brasileiro não se mostra tão simples, até porque se percebem, no contexto pátrio, diversas questões atinentes à teoria de forma ainda confusa (PEREIRA et. NASCIMENTO, 2014, p. 3), atentando-se que, ao direito penal brasileiro, relacionam-se as nuances da teoria finalista.

Contudo, não obstante a ausência de disposição técnico-normativa a respeito, bem assim certa incompatibilidade, é exemplo de observância da aplicação expandida do princípio da confiança, na prática, junto à seara jurídica brasileira, quando na análise do elemento subjetivo aos tipos penais concernentes aos fatos típicos descritos na codificação de trânsito, como na origem no direito alemão.

Dentro da esfera do cuidado objetivo devido situa-se o princípio da confiança, consagrado na Alemanha pelo Tribunal Supremo. Consiste esse princípio na ideia de consciência que um condutor de um veículo automotor pode ter com relação à atuação dos outros indivíduos inseridos naquele contexto, referente à observância do cuidado objetivo devido, desde que ausente alguma circunstância que, no caso concreto, possibilite pensar o contrário. (SANTOS, 2013, p. 5).

Sobre este aspecto, de forma exemplificativa à referida incidência, percebe-se o princípio da confiança intrínseco ao chamado cuidado objetivo, cuja origem, contemporaneamente, servia de grande valia principalmente à apreciação das chamadas culpa consciente e inconsciente, indicadas à apreciação e configuração do dolo eventual e a culpa consciente aos crimes de trânsito, evidenciando a inter-relação do valor da confiança ao princípio da auto-responsabilidade de terceiros (SANTOS, 2013, p. 6).

Destaca-se, diante desta reflexão, que a incidência do referido valor, em regra, tem sua usabilidade na apreciação dos atos delituosos com elemento subjetivo da culpa, relacionado à análise determinativa do dever objetivo de cuidado (SIQUEIRA, 2016, p. 195 – 196); e, a partir das concepções dos doutrinadores adotantes da corrente finalista, sendo o critério da infração de dever de cuidado uma valoração exclusiva do tipo penal

culposo, sua análise junto ao sistema penal brasileiro aos crimes dolosos não faria coerente, tampouco possível (SIQUEIRA, 2014, p. 196).

É fato, porém, que no Brasil, muito embora se perceba a tendência contemporânea da observação do referido valor, sua incidência plena mostra-se maculada, haja vista, principalmente, as concepções teóricas adotadas pelo arcabouço penal brasileiro.

Destarte, destacando-se as perspectivas dos autores neste artigo citados, bem assim a evidente relevância do princípio da confiança à apreciação dos delitos, seria necessária e possível a adequação do direito penal brasileiro à apreciação do valor?

5. O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

De origem relacionada às jurisprudências formadas junto ao direito inglês, por óbvio de natureza intrínseca da *commom law*, a teoria da cegueira deliberada, ou *willful blindness*, originou-se no julgamento do celebre caso *Regina vs. Sleep* (DANIEL, 2013, p. 06), por volta do ano de 1861.

À época, *Sleep* via-se sobre a acusação de malversação de bens públicos por ter embarcado, em um navio, com um barril de cobre no qual se percebia a marca real do Império Britânico (SILVEIRA, 2016, p. 5).

Processado, alegou o acusado, em sede de sua defesa, que desconhecia a propriedade dos referidos objetos, fato que foi capaz de convencer os jurados, mas não o magistrado, o qual aduziu a necessidade de revisão da decisão, haja vista a abstenção intencionada do réu na obtenção de efetivo conhecimento da origem dos materiais (VALLÈS, 2013, p. 13). Surgia, então, o conceito da teoria.

La primera vez que en el common law se sostuvo la necesidad de equiparar penalmente el efectivo conocimiento y los casos de “ceguera intencionada” (*willful blindness*) fue en la sentencia inglesa de 1861 sobre el caso *Regina v. Sleep*. El jurado que en juicio en primera instancia a Mr. Sleep le condenó como autor de un delito de malversación por haberse apropiado de tornillos de cobre marcados como de titularidad pública. Ante su alegación afirmando no haber sido consciente de que los bienes eran públicos, el juez Willes concluyó que la condena debía revocarse porque “el jurado

no ha [bía] considerado acreditado que el individuo conociera que los bienes estaban marcados [como propiedad estatal] ni tampoco que se abstuviera intencionadamente de adquirir tal conocimiento”. Según parece desprenderse de este pasaje –ciertamente poco elocuente– la abstención intencionada de obtener conocimientos, en caso de haberse probado, habría debido merecer la misma respuesta punitiva que el conocimiento efectivo”.(VALLÈS, 2013, p. 13).

Difundida a aplicabilidade da corrente teórica junto àquele ordenamento, constatou-se, posteriormente, certa a extensão de sua incidência para outros arcabouços jurídicos, a exemplo dos Estados Unidos quando, em 1899, a priori no caso *Spurr vs. United States* viu-se fixado o entendimento de que o réu poderia ser condenado se tivesse fechado os olhos para algum fato criminalmente relevante na prática de sua conduta (SILVEIRA, 2016, p. 5).

Não obstante ao narrado, a teoria também passou a ser observada, posteriormente, por sistemas da civil law (SILVEIRA, 2016, p. 5).

[...] caso *Spurr vs. United States*. Naquela realidade, a Suprema Corte estadunidense, espelhando uma situação bancária, pela qual o Presidente do Commercial National Bank of Nashville teria vistado cheques de uma pessoa jurídica sem a devida verificação da existência de fundos para tanto, foi-se além daquela noção, para entender-se que o se colocar em ignorância equivaleria ao conhecimento em si. (SILVEIRA, 2016, p. 5).

Tempos mais tarde, em realidade que externava a necessidade de padronização de conceitos e definições de diretrizes junto ao ordenamento jurídico estadunidense, aquele Estado buscou, a partir do American Law Institute, a elaboração do Model Penal Code, que se figurava espécie de norteador à aplicação normativa e este, tratando-se do instituto da cegueira deliberada, fixava noções do que poderia se ter como dimensão subjetiva de avaliação (*mens rea*), ao exemplo da concretização de distintos e crescentes graus de subjetividade, a saber: 1) como uma noção de intencionalidade – *purposely*; 2) como o conhecimento certo – *knowingling* – de um resultado delitivo; 3) como irresponsabilidade frente aos efeitos do risco criado – *recklessly*; ou, ainda, 4) como negligência – *negligently*. (SILVEIRA, 2016, p. 5).

Tais definições foram preliminarmente utilizadas no julgamento do caso *Leary vs. United States*, quando as Cortes de Justiça passaram a adotar as premissas do Model Penal Code.

Essa seria, pois, a noção mais próxima de cegueira deliberada. Assim, quando o conhecimento da existência de um fato particular é elementar de um crime, tal conhecimento se perfaz quando o agente está ciente de uma alta probabilidade de sua existência, a menos que ele efetivamente acredite que essa probabilidade não exista. Apesar de entendimentos diversos, de vários Tribunais diferentes, passou-se a adotar, genericamente, um equivalente à necessidade de conhecimento baseada em uma condicional relativa à alta probabilidade de ocorrência criminosa. (SILVEIRA, 2016, p. 06).

Entretanto, afirma-se que a construção mais firme e reconhecida da cegueira deliberada é encontrada somente a partir do caso *United States v. Jewell*. Dele, que correu perante o 9.º Circuito Federal, restou evidente a equiparação de um conhecimento esperado com a noção de escolhas que impliquem em alta probabilidade de sua ocorrência. (SILVEIRA, 2016, p. 6).

Tratou-se do evento de um acusado – Jewell que havia sido condenado, em primeiro grau, por ter cruzado a fronteira do México com os Estados Unidos transportando 110 libras de marijuana em um compartimento secreto de seu carro. Sua alegação foi de que não sabia exatamente o que transportava, apesar de reconhecer saber que deveria ser algo ilegal. Isso modificou o entendimento sobre o que seria visto como cegueira deliberada. A partir daí, tudo passa a se centrar nas noções de probabilidade, consoante a regra do Model Penal Code, 2.02. (SILVEIRA, 2016, p. 6).

Sobre o instituto, destaca GRECO (2013, p. 68) que na maioria dos casos em que se vê reconhecida a cegueira deliberada percebe-se a presença do dolo, a exemplo de que, quando na configuração, o próprio comportamento que imediatamente causa o resultado já irá acompanhado, por vezes, de certa consciência acerca da existência de algum risco para um bem penalmente protegido, o que se mostra suficiente para justificar, ao menos, um dolo eventual.

A menudo, el propio comportamiento que inmediatamente causa el resultado ya irá acompañado de la conciencia

de que algo puede terminar mal, de que posiblemente existe algún riesgo para un bien penalmente protegido. Esa conciencia será, en la mayoría de los casos, suficiente para justificar un dolo eventual.(GRECO, 2013, p. 68).

Interessante destacar, em observância à temática do presente estudo, a diferenciação que determinados autores aduzem quanto à teoria da cegueira deliberada, principalmente no que concerne à conduta do agente ante outros elementos possíveis de apreciação.

A teoria em sentido estrito, exemplificativamente, denotaria casos em que se mostra de extrema dificuldade a justificação da imputação do agente por conduta delitativa dolosa, como mostra o referido caso Jewellvs. United States, no qual se percebeu a explanação: quem recebe dinheiro para cruzar, comum automóvel, a fronteira do México com os Estados Unidos, consciente de que o veículo possui um compartimento onde há determinada carga para ser transportada, deveria cogitar que poderia haver a prática de ilícito a partir da conduta (GRECO, 2013, p. 70-71).

Nesse caso, resta impossibilitada a configuração do dolo. Entretanto, a resposta penal ao ato apenas por imprudência do agente também se mostra discrepante (GRECO, 2013, p. 71).

Não obstante ao exposto, de se destacar que há incongruências percebidas na teoria da cegueira deliberada ensejam discussões no que concerne à aplicação do instituto, principalmente quando se trata da ausência de definição procedimental legal à referida aplicabilidade, ou, tampouco, requisitos pré-definidos à configuração, haja vista, conforme SILVEIRA (2016, p. 9), por exemplo o discorrer de determinadas decisões que fundamentam a incidência da cegueira deliberada a partir do mero conceito de “fechar dos olhos pelo agente” que, segundo o autor, figuraria definição já superada; bem assim a discordância acerca da natureza jurídica, observando-se o afastamento da equiparação da willful blindness ao elemento subjetivo do dolo.

Destarte, muito embora se possa discorrer de forma extensa sobre o tema, não sendo este o objeto principal do presente enfrentamento, de se evidenciar apenas que a cegueira deliberada, aparentemente, relaciona-se diretamente ao princípio da confiança, haja vista, o que parece ser, o antagonismo percebido entre eles, pois, enquanto aquela aduz a possibili-

dade de responsabilização do agente por sua conduta configurada penalmente – ainda que este aduza que não detinha conhecimento da ilicitude de sua ação –, o princípio da confiança aponta o contrário, considerando que, conforme visto anteriormente, se aquele age na confiança de que outrem atua por si conforme o direito, não havendo a consciência de criação ou agravamento do risco proibido, tampouco atua de forma contrária ao seu papel social, o agente não deveria ser responsabilizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo-se da sequência lógica disposta no presente enfrentamento, preliminarmente, de se destacar que se aparentam coerentes as concepções de Robert Alexy no que concerne ao entendimento de princípio como mandamento de otimização, ou norteamento a ser seguido com a maior observância possível aos preceitos valorativos e normativos fixados.

Ante tais disposições, resta simplificada a elucidação quanto às origens do princípio da confiança, considerando-se as raízes relacionadas às formações jurisprudenciais dos tribunais alemães segundo o dissertado neste artigo, haja vista a essência do valor à época, que poderia afastar ou ratificar a configuração do delito ou a possibilidade de responsabilização do agente, ainda que a taxatividade disposta no tipo penal previsse o contrário.

Quando em sua nascente, o princípio da confiança, que já detinha o referido caráter delimitativo, parecia exercer também a função técnica de meio (forma) à constatação e apreciação da conduta delitativa, quer dizer, embora o tipo penal previsse os elementos constituintes do delito, o valor da confiança indicava a possível observância às falhas ou à essência intrínseca às ações do indivíduo ou de terceiros que afastariam a imputação criminal.

Como melhor elucidação da referida reflexão de se extrair, subjetivamente, as concepções de Claus Roxin e Günther Jakobs quando no discorrer da teoria da imputação objetiva, os quais destacavam, de acordo com a interpretação de suas dissertações, o princípio com o referido caráter balizador jurisdicional.

Roxin, por exemplo, quando tratou do instituto da criação ou agravamento do risco proibido, elementar da teoria da imputação objetiva, dissertou, também, a possibilidade de afastamento da imputação quando

o indivíduo agisse, sem inclinação ao resultado delitivo, na confiança de que terceiro, de quem se espera determinada atitude, assim a praticasse conforme os ditames do direito.

O que, aparentemente, não se mostra distante das idealizações de Jakobs, segundo seu entendimento de que não se puniria aquele que atuasse conforme seu papel social, conceituando-se o critério geral de imputação vinculado ao princípio da confiança pelo respectivo autor.

Embora de extrema relevância o estudo do referido princípio, o presente artigo evidencia a refutação técnica da aplicabilidade desse ao direito penal brasileiro por determinados doutrinadores que consideram, principalmente, a adoção de teoria diversa ao ordenamento jurídico pátrio a qual seria capaz de solucionar os entraves penais sob ótica diversa, mas, da mesma forma, eficaz.

Arguição que, data máxima vênua, talvez demonstre certa precariedade, haja vista fatores que conduzem a entendimento contrário, como corrente distinta que aduz a necessidade de reformulação da teoria finalista adotada pelo Código Penal ao fim de acompanhamento das evoluções socioambientais percebidas.

Abstendo-se do mérito concernente às breves concepções trazidas, aparenta-se, de forma subjetiva, certa irrelevância nas referidas reflexões, argumento que se fundamenta nas contemporâneas aplicações do princípio da confiança no direito penal brasileiro, embora tenha sido este prolixamente relacionado a teoria diversa.

Exemplo se dá nas apreciações dos crimes de trânsito (vinculado à culpa do agente, aparentando-se relação do princípio nas concepções de Claus Roxin), conforme visto, ou nos julgamento de crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e contra o sistema financeiro nacional, delitos com elemento subjetivo elementar do dolo, o que remete aos critérios de imputação de Günther Jakobs.

Destarte, embora não reconhecido ou previsto objetivamente no direito penal brasileiro, o princípio da confiança é percebido em plena aplicabilidade, ora tendente às concepções de Roxin, ora em observância às diretrizes de Jakobs, mas, em regra, sobre a luz de embasamento principiológico.

Tais nebulosidades também são percebidas quando se tratando de estudo comparativo entre a teoria da cegueira deliberada e o princípio da

confiança.

A referida teoria se mostra em plenamente aplicada junto aos julgados pátrios, a priori na apreciação de delitos relacionados às organizações criminosas (em que se percebe a divisão de trabalho e certa hierarquia na atividade criminosa), como, em exemplo, também, nos crimes de corrupção, evasão de divisas, lavagem de dinheiro, dentre outros.

Ocorre que, aparenta-se gravosa a incidência de uma corrente teórica que, além de não perceber-se regulamentada no ordenamento jurídico pátrio, possui como escopo a busca pela punição do acusado partindo-se de interpretação in malam partem, o que destoia, por completo, do arcabouço normativo brasileiro.

O que se extrai, portanto, conforme visto no decorrer do artigo, é o relativo antagonismo entre as disposições de ambas correntes teóricas o que, ante a ausência de previsão expressa de ambas no ordenamento jurídico pátrio, bem assim escassez de estudos ou doutrina pacificada sobre o tema, tende a, de certa forma, ocasionar complexidade e obscuridade na aplicação e apreciação de ambas.

Vê-se bem, não se diz aqui que tais disposições são errôneas, mas sim nebulosas, que podem causar relativa insegurança ao meio judicial e extrajudicial.

Reitera-se que tal nebulosidade se vincula à ausência de normatização do tema, à omissão e às incongruências na aplicabilidade e interpretação das teorias.

Evidente que regulamentação, adequação ou revisão teórica junto à codificação penal poderia equilibrar tais divergências, mas, ante a aparente profundidade do tema e a complexidade que resultaria na respectiva pretensão, provavelmente não se mostraria razoável ao elaborador da norma proceder à referida atualização.

Sob ótica subjetiva, mostra-se justificável a intenção do aplicador do direito às interpretações de institutos bem elaborados em âmbito externo às fronteiras pátrias junto ao arcabouço nacional.

Contudo, evidencia-se, concomitantemente, a necessária ponderação coerente à referida aplicação da justiça, respeitando-se, indubitavelmente, às especificidades do ordenamento brasileiro, bem assim a busca invariável de manutenção da justiça em seu conceito pleno, refutando-se, essencialmente, às interpretações maculadas por animus diverso desse.

Conclui-se, destarte, que as teorias dispostas ensejam a aplicação do direito de forma a suprir certas lacunas percebidas na norma brasileira, mas denota, indubitavelmente, a necessária observância do Estado-judiciário aos limites originários da corrente teórica, bem assim as características intrínsecas ao ordenamento socioambiental brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo – Malheiros Editores, 2015.

DANIEL, A. **Willful Blindness: The Hazards of an Evolving Standard of Knowledge**. Disponível em: <[http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article="1347&context=student_scholarship](http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=)>” Acessado em 06/11/2018.

ESTEFAM, A; GONÇALVES, V. E. R.. **Direito penal esquematizado***: parte geral /; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, L. **Comentario al artículo de Ramon Ragués. Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y derecho penal**, 2014.

JAKOBS, G. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. – 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARAVÉZ GÓMEZ, Mario. **El principio de confianza en derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva**. Tese para obtenção de grau de Doutor em Direito. Universidad Autónoma de Madrid - Facultad de Derecho. Madrid, 2007. Disponível em <<https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/4398>>. Acessado em 08/10/2018.

PEREIRA, F. S. C.; NASCIMENTO, A. de O. **A teoria da imputação objetiva e o princípio da confiança no direito penal: considerações à luz do funcionalismo de Claus Roxin**. Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.13, n.23, p.47-100, jul./dez., 2014. Disponível em <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1217>>. Acessado em 20/08/2018.

ROXIN, Claus. **A teoria da imputação objetiva**. Trad. Luís Greco. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 38, 2002B.

SANTOS D. L. dos. **Breves considerações acerca dos elementos estru-**

turantes do ilícito-típico nos crimes culposos: o princípio da confiança. 2013. Disponível em <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/02.pdf>>. Acessado em 19 de junho de 2018.

SIQUEIRA, F. **O princípio da confiança no direito penal.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SOUZA, V. P. **A imputação objetiva na obra de Claus Roxin e sua aplicação no direito penal brasileiro.** 2006. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Setor de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná.

STIVANELLO, G. U. **Teoria da imputação objetiva.** Revista CEJ, v.7, n.22, p.70-75, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/566/746>>. Acesso em: 31/08/2018.

VALLÈS, Ramon Ragués i. **Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em derecho penal.** Discusiones XIII, nº 13, p. 11 a 38, 2013.

WELZEL, H. **El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista.** Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004.

SILVEIRA, R. de M. J. **A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 122, 2016.

GRECO, L. **Comentario al artículo de Ramón Ragués.** Discusiones XIII, nº 13, 2013, p. 67-78. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/comentario-al-articulo-de-ramon-ragues/>>. Acessado em 06/11/2018.

'Notas de fim'

1 Tribunal Supremo alemão que, há época, por volta de 1879 a 1945, possuía competência ao julgamento das causas cíveis e criminais. (KÖBER, 200, p. 121 apud SIQUEIRA, 2016, p. 41).

2 “Con la implantación del régimen nacional socialista y la promulgación, em 1934, de una nueva ordenanza del tráfico viario –la Reichsstraßenverkehrsordnung (RStVO)–, algunos autores quisieron ver la llegada de una nueva época para el Derecho de la circulación y se mostraron especialmente críticos con las tesis jurisprudenciales basadas en la desconfianza. Ese fue, sobre todo, el caso de GÜLDE, quien entendía que la RStVO debía suponer una revolución del Derecho del tráfico viario y el comienzo de um Derecho del tráfico motorizado basado en el nuevo paradigma nacionalsocialista.” (MARAVÉZ GÓMEZ, 2007, p. 10-11).

3 Corte Federal de Justiça, criada em 1950, com competência ao julgamento de causas cíveis e criminais após a extinção do Reichsgericht (SIQUEIRA, 2016, p. 52).

4 Sob a ótica de Von Liszt, interpretada por BITENCOURT (2014, p. 287): “Ação é movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior”.

5 “Tais elementos de natureza objetiva descrevem a ação e seu objeto, e, quando necessário, o resultado, a pessoa do autor, circunstâncias externas do fato, o sujeito passivo etc.” (STIVANELLO, 2003, p. 71).

6 Culpabilidade: “No direito penal primitivo, caracterizou-se pela responsabilidade objetiva, isto é, pela simples produção do resultado. Porém, esta forma de responsabilidade está praticamente erradicada do Direito Penal contemporâneo, vigendo o princípio *nullum crimen sine culpa*” (BITENCOURT, 2014, p. 64).

7 Como visto, elaborado por Franz Von Liszt no final do século XIX, consistindo na “volição que caracteriza a manifestação da vontade e, por conseguinte, a ação significa, simplesmente, no sentido desta concepção, o impulso da vontade. Pode-se defini-la fisiologicamente como inervação, e pode-se concebê-la psicologicamente como aquele fenômeno da consciência pelo qual estabelecemos as causas” (VON LISZT, 1927/29, p. 285-6 apud BITENCOURT, 2014, p. 286 – 287).

8 “A teoria finalista buscou suas bases no ontologismo, construindo um sistema lógico-real, com conceitos pré-jurídicos e antropológicos.” (SOUZA, 2006, p. 26).

9 Sob esta ótica destacam-se três elementos: a utilidade social, inevitabilidade do risco ou necessidade de certas empresas. O risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como risco permitido. Desta forma, o risco será considerado permitido nas ações perigosas que sejam autorizadas pelo legislador, em virtude de sua preponderante utilidade social, mesmo que porventura delas venha a decorrer um resultado de dano. O mesmo valerá quando se tratar de risco inevitável ou realmente necessário para o avanço tecnológico das empresas que integram nossa sociedade industrializada. (STIVANELLO, 2003, p. 72).

