

A TEORIA DO DOMÍNIO FINAL DO FATO COMO CRITÉRIO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Autor: Luciano Filizola da Silva

Mestre em Criminologia e Direito Penal pela Universidade Cândido Mendes.

Advogado atuante no Estado do Rio de Janeiro.

Professor de Direito Penal e Criminologia na Graduação e Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá.

Endereço: R. Alcides Lima, 103/104, Freguesia – Jacarepaguá, Rio de Janeiro/ RJ, CEP. 22750-320.

Tel: (21) 2436-8302/ 9792-3296

e-mail: lucf@ig.com.br

A TEORIA DO DOMÍNIO FINAL DO FATO COMO CRITÉRIO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA.

Durante todo o desenvolvimento da teoria do delito a definição de um critério que solucionasse as questões da causalidade sempre foi um problema, tendo em vista sua natureza extra-jurídica, dificuldade esta que também se encontra em vários outros institutos presentes nos elementos constitutivos do crime, como o conceito de ação, dolo, culpa e de culpabilidade.

As principais teorias edificadas pela doutrina, a da equivalência das condições e a da causalidade adequada, mostraram-se insatisfatórias para alcançar seu principal objetivo: o de apontar a produção de um evento a um determinado indivíduo como seu responsável e, com isto, sujeitá-lo à uma sanção penal quando presente os demais requisitos exigidos pela lei. Uma vez que a primeira teoria adotada, inclusive pelo art. 13 de nosso Código Penal, gera uma análise ao infinito e a segunda ser por demais relativa, torna-se necessária a criação de um instrumento que limite a imputação do fato ao agente.

No Direito penal pátrio, sobre a influência do finalismo de Welzel, adotou-se, por força da presença do dolo e da culpa do tipo penal, o critério subjetivo referente à análise da previsibilidade objetiva do resultado, ou seja, não basta que se demonstre que o agente deu causa ao resultado, este só poderá responder criminalmente pelo evento caso se verifique que no momento do fato era possível a um homem prudente prever a sua ocorrência.

Todavia, a doutrina alemã vem utilizando um outro critério de limitação da causalidade, visando antecipar o seu estudo, através de um paradigma objetivo de imputação, o qual vem ganhando uma maior atenção de estudos pela doutrina pátria, apesar de sua pouca utilização na prática forense, talvez pela ainda pouca compreensão sobre o tema, como se verificou através de uma pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entre 2000 e 2006 onde só foram encontradas quatro citações a tal teoria e todas referentes a crimes culposos.

Seguindo o modelo definido por um de seus principais representantes, Claus Roxin, tendo em vista o atual conceito referente à função do direito penal que é a de proteger bens jurídicos, pode se dizer que “a imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um

perigo criado pelo autor não coberto por um risco permitido dentro do alcance do tipo”¹, ou seja, antes de se analisar o dolo ou a culpa do agente deve se verificar se a conduta realizada por este criou ou aumentou uma situação de perigo desaprovada pelo direito apta a produção de um resulta lesivo ao bem jurídico protegida pela norma.

Com isto, a fim de ser possível imputar de forma objetiva um determinado evento como produto penalmente relevante de uma dada conduta devem estar presentes, segundo Luís Greco, três requisitos, os quais serão analisados de forma sucinta e seleta, tendo em vista a objetividade do presente trabalho: a criação de um risco, que este risco seja juridicamente desaprovado e a realização deste risco num resultado lesivo.²

A verificação se o risco produzido foi causado pelo agente será feita através do uso de uma prognose póstuma objetiva, sendo considerada perigosa uma conduta que, não mais sobre a perspectiva do homem médio, mas sim de um observador prudente dotado dos conhecimentos especiais do autor no momento do fato, gere a possibilidade (ou, conforme entendemos, a probabilidade) de dano ao bem jurídico, sendo afastada, assim, a imputação quando o risco for irrelevante (como enviar o tio para uma floresta torcendo para que um raio caia em sua cabeça) ou quando for diminuído pela intervenção do sujeito (ao desviar um objeto lançado contra a vítima, diminuindo o efeito da lesão que seria produzido).

A desaprovação jurídica do risco será definida pela ponderação entre o interesse de proteção de determinados valores e o interesse geral de liberdade, tendo em vista que, face à dinâmica e à complexidade da vida moderna e seus avanços tecnológicos, principalmente nos centros urbanos, tornou-se inevitável o incremento de uma série de atividades com níveis distintos de riscos, tais como o sistema de produção industrial, o trânsito viário e a construção de prédios, ou seja, nem tudo que gera situações de perigo pode ser proibido face ao necessário desenvolvimento do homem em sua coletividade. Os principais critérios para a sua delimitação se referem à identificação da existência de normas de segurança que regulem a prática analisada definindo os deveres de cuidado a serem observados pelo agente e à observância do princípio da confiança, o qual identifica situações em que, face determinadas convenções, o sujeito, apesar de agir sem a atenção devida exigida pelas normas de cuidado, confia fielmente na ação de um terceiro, que compensará o risco

¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General – Tomo I.. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997. P. 364.

² GRECO, Luís. Um panorama da teoria da imputação objetiva. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2005.

produzido, afastando a possibilidade da ocorrência da produção do evento, como na hipótese do médico durante uma cirurgia que confia em seu instrumentista quando este lhe entrega um determinado instrumental como sendo aquele o requerido e necessário para aquela manobra específica.

Com isto, não haverá imputação quando o risco for permitido, como dirigir um veículo em uma auto-estrada observando o cuidado devido, na hipótese de autocolocação em perigo pela própria vítima ou na proibição de regresso, ou seja, contribuições culposas para a prática de um crime doloso por terceiro.

E, por fim, deve ocorrer a realização do risco não permitido através da produção do resultado como fruto direto da conduta do autor, o que deverá ser verificado através da constatação empírica do evento bem como o seu nexos com o fim de proteção na norma, ou seja, com a produção da lesão ao bem jurídico que a norma visava proteger através da conduta que ela visava coibir.

Será excluída a imputação quando, apesar do agente ter criado uma situação de perigo, o resultado se produz não como um produto direto deste, mas por uma conexão casual com o mesmo (como na hipótese do sujeito ter sido esfaqueado, mas vem a morrer no hospital devido a um incêndio), quando ocorre os chamados “danos tardios”, como na situação do sujeito que por causa de uma lesão sofrida anos atrás, perde estabilidade em seu joelho e, ao se desequilibrar, cai de uma certa altura e morre. O autor da primeira lesão não poderá responder pelo resultado ocorrido anos depois, uma vez que ultrapassa o fim de proteção da norma, a qual visa proibir agressões para evitar, tão somente, a ocorrência de lesões no momento do fato.

Como é possível observar grande parte do raciocínio elaborado através de uma imputação objetiva visa solucionar problemas que, em sua maioria, já eram resolvidos por meio de outros institutos. Todavia, ainda é possível ampliar o número de opções que possam contribuir para a limitação da imputação do resultado ao agente pelo tipo objetivo. Para tanto, deve-se fazer um pequeno parêntese a fim de se esclarecer sobre um outro instituto do direito penal: o domínio final do fato.

Ao se estudar o concurso de agentes, outro tema deveras divergente se dá na distinção entre autor e partícipe, o que já rendeu a elaboração de várias teorias que visavam definir o conceito de autor, as quais, dentre as mais utilizadas, ficaram conhecidas aqui no

Brasil como teoria extensiva, que o define como aquele que de qualquer forma contribui para a produção do resultado, solidária à teoria da *conditio sine qua non*, a teoria subjetiva, que identifica as partes distinguindo-as pela vontade de autor e pela vontade de partícipe, a teoria restritiva que o define como aquele que pratica a conduta típica, distinguindo do partícipe, o qual apenas contribui para a prática do ilícito penal, que ainda é a mais utilizada no país e, mais recentemente, a teoria do domínio final do fato onde, segundo Nilo Batista, “autor será aquele que, na concreta realização do fato típico, conscientemente o domina mediante o poder de determinar o seu modo, e inclusive, quando possível, de interrompê-lo”.³

Com este novo conceito é possível responsabilizar como autor aquelas contribuições fundamentais para o delito, mas que não se adequavam de forma exata ao tipo, como nas hipóteses do mandante ou do piloto da moto que a dirige enquanto seu comparsa que está na garupa pratica disparos contra a vítima, ambos na intenção de matá-la. Nas duas situações a conduta realizada não é aquela que se encontra descrita no tipo, mas é indiscutível que ambos possuem completo controle do fato, no sentido de que sem sua contribuição o resultado não ocorreria na forma como ocorreu.

No entanto, o que se verifica, é que a ampla maioria dos autores brasileiros trabalham com a referida teoria tão somente no âmbito do concurso de agentes desperdiçando, assim, um precioso instrumento de imputação objetiva. Uma das exceções na doutrina pátria encontra-se o professor Juarez Tavares que prefere se referir à *capacidade de domínio do processo causal*⁴,

Com isto, quando diante de um resultado produzido, ainda que seja possível identificar uma relevância causal entre ele e o agente, caso se verifique que o curso causal desenvolvido encontra-se livre do domínio do sujeito, o qual não possui o controle do “se” ou “como” do evento, não poderá ser-lhe imputado o mesmo. No momento de se analisar o risco produzido pelo indivíduo, bem como sua relevância, deve-se coexistir para a imputação do fato o domínio sobre o processo causal iniciado pelo perigo produzido o qual deverá levar a um resultado “esperado” como desdobramento natural do evento, pois, se este resultar de um caso fortuito e, logicamente, alheio ao domínio do sujeito, não haverá

³ BATISTA, Nilo. Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Editora *Lúmen Júris*, 2004. p. 69.

⁴ TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 226.

imputação objetiva, o que torna mais plausível a não responsabilização do sobrinho pela morte do tio enviado a uma floresta e lá eletrocutado por um raio, uma vez que o sobrinho, em nenhum momento teve qualquer domínio sobre os elementos da natureza para dirigir a produção daquele resultado, diversamente do que entendem alguns autores, como Rogério Greco⁵, que buscam fundamentar tal hipótese distinguindo vontade de desejo, no sentido de que seriam institutos distintos e que haveria tão somente a presença de um desejo, faltando o elemento volitivo do dolo afastando sua responsabilidade penal. Ocorre que, desta forma, estaria se conflitando com o próprio vernáculo pátrio que trata as duas expressões como sinônimas, não havendo qualquer fundamento dogmático que possa sustentar tal teoria.

Da mesma forma é possível solucionar o seguinte problema: A querendo produzir uma lesão corporal em B, contando com sua falta de atenção, notando que B está em pé muito próximo da quina de uma mesa, lhe informa que seu cadarço está desamarrado. B, sendo, de fato, muito distraído, ao se abaixar para amarrar o cadarço bate com a cabeça na mesa sofrendo uma lesão corporal. A responderá pela lesão? Sem dúvida que era seu desejo que esta ocorresse e contribuiu causalmente para a sua produção, porém é certo afirma que em nenhum momento possuiu o domínio desta causa, não havia como afirmar que B realmente faltaria com sua atenção, o que estará sempre fora do controle do sujeito ativo, o que afasta a imputação objetiva. Outra questão refere-se à ação perigosa do agente que, por choque, gera uma deficiência cardíaca na vítima em decorrência do susto a qual vem a morrer, como na hipótese de um assalto. O agente possui o domínio referente ao uso da arma e da violência empregada para efetuar a subtração dos bens da vítima, mas não sobre sua saúde interna, o que impossibilitaria a imputação do resultado ao agente salvo quando este se utiliza conscientemente do estado de saúde da vítima buscando o resultado morte através de atos de tortura psicológica a fim de lhe gerar um ataque cardíaco.

Sem dúvida que o conceito de domínio da causa é tão relativo e pantanoso quanto o conceito de risco ou de previsibilidade, o que deve ser entendido é que todos esses instrumentos são ferramentas que devem ser utilizadas como instrumentos de limitação do poder punitivo do Estado, a fim de resguardar a liberdade do indivíduo afastando intervenções penais que se demonstrem abusivas e incoerentes, em sintonia com uma direito penal garantista e democrático.

⁵ GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. Niterói: Editora Impetus, 2005. P. 206.

