

RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

RODOLFO KRONENBERG HARTMANN

Juiz Federal da 2ª Região

A partir do momento em que se tentou delimitar a abrangência do conceito de crime surgiu, concomitantemente, uma indagação: seria este um conceito certo e estável?¹ Esta resposta, embora ainda seja discutível para muitos, aparenta sinalizar de forma negativa, pois há uma dificuldade muito grande de se estabelecer uma única definição de crime que abrangesse todas as manifestações de comportamento humano.

No Brasil, de um modo geral, adota-se o conceito que define crime como fato típico e ilícito, sendo a culpabilidade considerada como pressuposto de aplicação da pena.² Mas há, porém, um número cada vez maior de doutrinadores que defendem que a culpabilidade integra a definição de crime.³ De qualquer modo, entre ambas as correntes doutrinárias há o consenso de que somente poderá ser aplicada a sanção se o autor tiver atuado, ao menos, com culpa no evento, o que dá margem ao surgimento do princípio da culpabilidade, que deriva da expressão latina *nullum crimen sine culpa*.⁴

¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 24.

² Dentre muitos podemos citar JESUS, Damásio E. de. **Direito penal, parte geral**, 1º volume. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 133; LIMA, Marcellus Polastri. **Temas controvertidos de direito penal**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000, p. 145; DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 13.

³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições, a nova parte geral**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.144; BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 24. Ressalva-se que o Prof. Muñoz Conde, na p. 5 do suplemento em espanhol que integra a presente obra, esclarece que a Espanha adota o conceito quadripartido de crime, ao defini-lo como “*la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible*”.

⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general**, tomo 1. Trad. em espanhol Diego-Manuel Lazón Peña. 2ª Ed. Madrid: Editorial Civitas S/A, 1997, p. 793, faz a ressalva de que: “*ningua necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad*”.

Este princípio da culpabilidade atua em dois níveis distintos. No primeiro ao exigir, em relação à tipicidade, que a conduta típica realizada seja pelo menos culposa. Já no segundo, que se refere à culpabilidade, ao determinar que não há delito se o injusto não for reprovável ao autor.⁵ Em consequência, verifica-se a preocupação em se evitar o retorno da temida “responsabilidade objetiva”, tão comum nos dias atuais, sobretudo nas relações jurídicas regidas pelo direito privado, onde é possível se imputar a produção de um resultado fundada na mera causação dele, sem exigir-se que esta causação tenha ocorrido culposa ou dolosamente.

A responsabilidade objetiva teve os seus primórdios na seara penal no século XIII, quando a Igreja passou a punir os indignos diante da mera comprovação de que eles houveram contribuído para a produção de um resultado indesejável.⁶ Embora a primeira vista seja criticável este comportamento, há quem defenda a Igreja da rudeza e dos excessos de crueldade praticados, ante a constatação de que este procedimento, apesar de ser extremamente rigoroso, terminou por contribuir para a disciplina da repressão anticriminal e o fortalecimento da autoridade pública, pelo combate à prática da vingança privada.⁷

Hodiernamente, entretanto, a possibilidade de se punir alguém com base na responsabilidade penal objetiva deve ser evitada, salvo em situações extremíssimas, como, por exemplo, naquela hipótese em que o agente voluntariamente se coloca em estágio de inconsciência para praticar o crime, através da adoção da teoria da *actio libera in causa*.⁸ O que se busca, assim, é preservar a dignidade da pessoa humana, que foi erigida à condição de princípio fundamental⁹ representando o atual epicentro axiológico da ordem constitucional,¹⁰ de onde decorrem o direito da liberdade

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1999, pp. 522/523

⁶ TAVARES, Juarez. *Ob. cit.* p. 196.

⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral**, tomo nº 1. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 86.

⁸ Não é objeto deste estudo se aprofundar na teoria da *actio libera in causa*. Sobre o tema recomenda-se a leitura de BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Ob. cit.* p. 364, onde consta: “*La actio libera in causa constituye, sin embargo, una excepción a este principio. En este caso se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer sus actos no lo era, pero sí en el momento em que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó em la acción típica*”.

⁹ Art. 1º, inciso III, da Constituição do Brasil.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 59.

e o princípio da culpabilidade.¹¹ Por esta razão é que existem aqueles que formulam severas críticas contra os denominados crimes qualificados pelo resultado, já que estes delitos estariam, em última análise, “dando sopro de vida a esqueletos tradicionais”, ou, em outras palavras, fazendo ressurgir a malfadada responsabilidade objetiva, ao permitirem a punição do agente em decorrência da mera causação de um resultado mais grave, sem que ele tenha intervindo com dolo ou culpa.¹²

Esta questão, envolvendo os crimes qualificados pelo resultado, não é totalmente pacífica, já que existem opositores da tese acima que pugnam pela validade destes delitos, face a argumentação de que não há impedimentos para que a lei penalize, de forma mais rigorosa, àquele que, culposamente, realizou resultado mais grave do que o inicialmente previsto.¹³ Contudo, este discurso criminalizador, arraigado no velho princípio do *versari in re illicita*, de onde se extrai a máxima “aquele que quis a causa quis o efeito”,¹⁴ nada mais é do que uma tentativa de reviver a responsabilidade penal objetiva, que, como já visto, não se coaduna mais com o texto constitucional do Brasil.

Outrossim, é importante frisar que se verifica, na prática forense, uma tendência a se confundir a responsabilidade penal objetiva com a presunção de violência nos crimes contra os costumes praticados contra menor de 14 anos. É com o que se depara, por exemplo, na ementa do Recurso Especial nº 46.424-2 RO, em que foi Relator o Prof. Luiz Vicente Cernicchiaro, até então Ministro integrante da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de onde constou:

RESP – PENAL – ESTUPRO – PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA – O direito penal moderno é o direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. [...] Fato não se presume. Existe

¹¹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. “Princípio da legalidade penal”. 1ª Ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1994, p. 139.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Ob. cit.* p. 525, esclarecem que esta questão não tem relevância para o Direito Penal brasileiro, ante a verificação de que, em nossa legislação, não há qualquer hipótese típica em que a produção do resultado não seja alcançada ao menos por culpa.

¹³ É a posição, dentre outros, do Prof. Gunther Jakobs, conforme se verifica em TAVARES, Juarez. *Ob. cit.* p. 195.

¹⁴ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 335, esclarece que: “*historicamente, los delitos cualificados por el resultado proceden de la teoría, elaborada en el Derecho canónico, del llamado versari in re illicita (= encontrarse dentro de un asunto ilícito), conforme a la cual cualquier persona responderá, aunque no tenga culpa, de todas las consecuencias que se deriven de su acción prohibida*”.

*ou não existe. O direito penal da culpa é inconciliável com presunções de fato. [...] Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. [...] Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva.*¹⁵

Este raciocínio parte de uma premissa equivocada pois, em nenhum momento no julgado acima descrito, houve a dispensa da comprovação de que o agente tivesse contribuído para o evento ao menos de forma culposa. Em realidade, o que surgiu foi somente uma presunção de violência do ato, decorrente da incapacidade do menor em consentir a prática de atos sexuais, e não uma presunção da culpabilidade do autor, como é sustentado por estes doutrinadores. Vale dizer que este segundo entendimento é endossado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se pode depreender da ementa abaixo transcrita:

*Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF - após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário - conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74286, 1ª T., 22.10.96, Sanches, RTJ 163/291; HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir.*¹⁶ (grifos nossos).

Desta forma, demonstrando o agente que não é culpável, em decorrência da existência de alguma excludente de culpabilidade, não poderá ele ser punido, pois, do contrário, haveria violação ao princípio da culpabilidade, ao se admitir na seara penal esta hipótese de responsabilidade objetiva.¹⁷ Contudo, o grande questionamento que permanece sem resposta é: seria

¹⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões Penais**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 269/270.

¹⁶ *Habeas Corpus* nº 1268 / DF, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 16/10/2001 - Primeira Turma, STF.

¹⁷ É importante frisar que, quando o autor do fato se equivocar em relação a idade da vítima, não estaremos diante de uma excludente de culpabilidade, mas sim de uma causa que exclui a própria tipicidade do ato, se ficar demonstrado que o agente atuou sob erro de tipo invencível (art. 20, do Código Penal

compatível com a atual ordem constitucional o surgimento de uma presunção *iure et de iure* de violência desfavorável ao acusado? A resposta só pode ser negativa, em razão dos seguintes argumentos:

*A sanção penal surge como a medida repressiva mais rigorosa como resposta do Estado àqueles que praticaram atos cuja magnitude colocam em risco a convivência social. Esta punição, no entanto, por importar muitas vezes em restrição ao direito fundamental de liberdade, assegurado no art. 5º, caput, da Constituição brasileira, somente poderá ser determinada quando existirem provas cabais de que o agente tenha, de fato, contribuído para o evento danoso, pois, do contrário, se torna imperiosa a sua absolvição, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, que também possui previsão constitucional (art. 5º, inciso LVII). Em conseqüência, se verifica que o valor contido nesta norma da Constituição foi a proteção do status natural do homem, desta sua faculdade de agir e decidir de acordo com a sua própria determinação, que muitos denominam simplesmente de “liberdade”.*¹⁸

Por outro lado, também se verifica que a norma contida no art. 224, alínea *a*, do Código Penal brasileiro, procura preservar um determinado valor, que é a proteção aos menores de 14 anos, o que dá ensejo ao surgimento de um conflito entre estes dois valores protegidos. A doutrina, visando solucionar esta situação, vem entendendo que o intérprete deverá se valer de um critério de ponderação de bens, uma vez que não é possível a aplicação dos mesmos critérios para a superação de antinomias entre as regras jurídicas.¹⁹ Sobre esta técnica de ponderação, assim se manifestou o Prof. Luis Roberto Barroso:

“... a Constituição revela diversos pontos de tensão normativa, isto é, de proposições que consagram valores e bens jurídicos que

brasileiro), que elimina o dolo da conduta. Idem em relação ao erro de tipo vencível, onde também não haverá punição, em razão do princípio da excepcionalidade do crime culposos, por não ser possível a prática de crime contra os costumes na modalidade culposa.

¹⁸ Dicionário Aurélio Eletrônico, v. 2.0.

¹⁹ No tocante às regras, utilizam-se os critérios da hierarquia, cronologia e da especialidade, que implicam na completa exclusão de uma delas. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1996, p. 92 e seguintes.

*se contrapõem e que devem ser harmonizados pelo intérprete (...) a doutrina mais tradicional divulga como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas a chamada ponderação de bens ou de valores. Trata-se de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico por cada uma delas, associá-lo a um determinado valor; isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma. Os conflitos somente se podem resolver na medida em que se chega à conclusão de que dispositivo constitucional é a que tem mais peso para a questão que vai se decidir em concreto.*²⁰

Diante disto, se constata que é somente a análise dos valores protegidos que determinará qual o bem jurídico tutelado que deverá ser o prevalente no caso concreto.²¹ Logo, a conclusão a que se chega é a de que é até mesmo recomendável que exista esta presunção de violência nos crimes contra os costumes praticados contra menores de 14 anos. No entanto, esta mesma suposição deve ser relativizada, devendo se admitir que o acusado possa demonstrar que não submeteu a vítima a nenhum constrangimento físico ou moral, pois, do contrário, haveria um risco muito grave a sua liberdade em decorrência da impossibilidade de defesa desta presunção absoluta, o que não se coaduna com a atual diretriz da Constituição brasileira.

Em conseqüência, o que se verifica é que a responsabilidade penal objetiva não se confunde jamais com a presunção de violência em determinados crimes, por não decorrer necessariamente da existência desta última. Desta forma, é correto considerar que a responsabilidade objetiva é terminantemente coibida, ao passo em que a presunção de violência pode ou não existir, dependendo da análise das circunstâncias fáticas envolvidas no evento.

Com esta afirmação se encerra o presente estudo, que muito embora seja extremamente sucinto, tem o escopo de tentar contribuir para o debate sobre estas intrincadas questões do Direito Penal brasileiro. ◆

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 190.

²¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação, uma contribuição ao estudo do Direito**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 270, ressalva a importância da teoria da argumentação na fixação destes valores, ao mencionar em sua obra, de forma absolutamente correta, que este “ajuste de valores [...] depende de uma instância argumentativa que tem sido negligenciada”.