

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

RODRIGO FRANCISCONI COSTA PARDAL

Dolo: entre o conhecimento e a vontade

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2016**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

RODRIGO FRANCISCONI COSTA PARDAL

Dolo: entre o conhecimento e a vontade

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, linha de pesquisa Tutela penal e efetividade processual das liberdades – Núcleo Direito Penal.
Orientador: Prof. Dr. Guilherme de Souza Nucci.

**SÃO PAULO
2016**

Nome: PARDAL, Rodrigo Francisconi Costa
Título: Dolo: entre o conhecimento e a vontade

Aprovado em:

Banca examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Julgamento _____

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Julgamento _____

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Julgamento _____

Assinatura _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, prof. Dr. Guilherme de Souza Nucci, inicialmente, por ter me agraciado com a vaga no Mestrado e, posteriormente, por ter despendido seu já escasso tempo para me auxiliar com o desenvolvimento do tema a que me dedico, tendo, inclusive, aberto as portas de sua residência para uma agradabilíssima e profícua tarde de domingo na qual foi discutido o trabalho. Suas observações de cunho jurídico foram indispensáveis e extremamente valiosas.

Contudo, o maior agradecimento a meu orientador se direciona não às orientações jurídico-penais, mas às voltadas ao meu amadurecimento de vida. Chamou-me a atenção quando necessário e sempre se atentou para a minha postura em diversos momentos, desde as aulas no Mestrado, bem como ao longo do processo de orientação. Sou extremamente agradecido por isso e, tenha certeza, todos os ensinamentos, mormente estes, levarei comigo para toda a vida. Não se esforçou para melhorar um pretenso penalista, mas agiu com acerto para melhorar um ser humano. Muito obrigado, mestre!

“Somos todos iguais perante a lei. Perante que lei? Perante a lei divina? Perante a lei terrena, a igualdade se desiguala o tempo todo e em todas as partes, porque o poder tem o costume de sentar-se num dos pratos da balança da justiça.”

Eduardo Galeano

RESUMO

PARDAL, Rodrigo Francisconi Costa. **Dolo:** entre o conhecimento e a vontade. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

No dia a dia, tem-se notado a ausência de critérios seguros e dogmaticamente racionais para se aferir o dolo em um dado caso. Desse modo, muitas vezes, ele acaba sendo presumido, sem lastro probatório no processo, o que leva o agente a receber uma pena muito maior do que a da modalidade culposa ou até ser punido quando não deveria sê-lo, nos casos em que a culpa não está expressa. Isso se dá não somente em consequência de uma pressão punitiva não justificada dogmaticamente e frequentemente exercida pela mídia para se atribuir dolo à ação do agente, mas, também, porque as teorias não são estudadas com o devido aprofundamento, carecendo também de sistematização. Por consequência, a análise sobre a existência ou não do dolo acaba sendo casuística, sem parâmetros razoáveis. Diante disso, o objetivo deste estudo é sistematizar as teorias do dolo a partir de sua exposição, apontando equívocos quanto à sua aplicação e analisando a polêmica envolvendo os aspectos volitivo e cognitivo. Tal sistematização foi realizada por meio de estudo bibliográfico que envolveu autores como Busato (2013), Díaz Pita (1994), Jorio (2012), Copello (1999), Nucci (2015), Puppe (2004), Casabona (2009), Roxin (2006), Köster (1998) e Vives Antón (2011). Por óbvio, esferas do dolo e culpa devem ter parâmetros mais seguros, porque, ainda que não existissem problemas estruturais (por exemplo, presunção do dolo em casos em que ele não está comprovado de maneira satisfatória, inversão do ônus da prova, o que viola a presunção de inocência), a importância do assunto justifica a realização do trabalho, pois a insegurança sobre a existência ou não de dolo afeta diretamente a pena imputada ao agente, que, se não dimensionada adequadamente, acaba por trazer prejuízos ao Estado democrático de direito, pois dá margem a arbitrariedades. Dito isso, a sistematização aqui apresentada facilita o estudo do tema e as comparações entre as diversas teorias do dolo. Analisar pontos fracos de cada teoria, na prática, fornece instrumentos para que os profissionais que lidam com Direito Penal possam combater tratamentos casuísticos, facilitando a identificação de excessos punitivos.

Palavras-chave: Dogmática. Efetividade. Dolo. Conhecimento. Vontade.

ABSTRACT

PARDAL, Rodrigo Francisconi Costa. **Fraud:** between knowledge and volition. Dissertation (Master of Law) – University of Law, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

On a daily basis, it has been noticed the lack of safe and dogmatically rational criteria to gauge the fraud in a given case. Thus, often, it ends up being assumed without evidence ballast in the process, which leads the agent to receive a greater punishment than the guilty modality or even be punished when it should not be, in cases where the guilt is not expressed. This is true not only as a result of a punitive pressure unjustified dogmatically and often exerted by the media to attribute malice to the agent's action, but also because theories are not investigated with due deepening also lacking systematization. Consequently, the analysis of the existence or not of deceit turns out to be case by case, without reasonable parameters. Thus, the aim of this study is to systematize the intent of theories from his presentation, pointing misconceptions about its application and analyzing the controversy involving volitional and cognitive aspects. Such systematization was conducted through bibliographical study of authors such as Busato (2013), Díaz Pita (1994), Jorio (2012), Copello (1999) Nucci (2015), Puppe (2004), Casabona (2009), Roxin (2006), Köster (1998) and Vives Antón (2011). Obviously, the deceit balls and guilt must be safer parameter because, although there were no structural problems (eg, deceit the presumption in cases where it is not proved satisfactorily, reversing the burden of proof, which violates the presumption of innocence), the importance of the subject justifies the completion of the work, because the uncertainty about the existence of fraud directly affects the penalty imputed to the agent, which, if not properly sized, ultimately harm the democratic rule of law as it gives rise to arbitrariness. That said, the systematization presented here facilitates the subject of study and comparisons between the various theories of deceit. Analyze weaknesses of each theory, in practice, it provides tools for professionals who deal with criminal law can fight casuistical treatments, facilitating the identification of punitive excesses.

Key-words: Dogmatic. Effectiveness. Fraud. Knowledge. Volition.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE.....	13
3 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DOLO.....	28
4 O DOLO NAS CORRENTES EPISTEMOLÓGICAS DO CRIME.....	37
4.1 SISTEMA CLÁSSICO, CAUSALISTA OU POSITIVISMO-NATURALISTA	37
4.2 SISTEMA NEOCLÁSSICO.....	42
4.3 SISTEMA FINALISTA	48
4.4 SISTEMAS FUNCIONALISTAS	56
4.4.1 Funcionalismo teleológico-racional ou moderado	57
4.4.2 Funcionalismo sistêmico ou radical.....	63
4.5 SISTEMA SIGNIFICATIVO DE IMPUTAÇÃO	70
5 TEORIAS DO DOLO.....	77
5.1 TEORIAS VOLITIVAS	78
5.1.1 Teoria da vontade	78
5.1.2 Teoria do consentimento ou da anuênci.....	79
5.1.3 Teoria da decisão contrária a bens jurídicos	79
5.1.4 Teoria dos indicadores externos	80
5.2 TEORIAS COGNITIVAS.....	81
5.2.1 Teoria da representação ou da possibilidade	81
5.2.2 Teoria da probabilidade.....	82
6 TRATAMENTO DO DOLO NO CÓDIGO PENAL.....	84
7 CRÍTICAS ÀS TEORIAS DO DOLO.....	90
7.1 CRÍTICAS ÀS TEORIAS VOLITIVAS DO DOLO	90
7.1.1 Impossibilidade de comprovação empírica.....	90
7.1.2 Ambiguidade do termo <i>vontade</i>	92
7.1.3 A ausência de fundamento idôneo para a punição mais gravosa	93
7.2 CRÍTICAS ÀS TEORIAS COGNITIVAS DO DOLO.....	94
7.2.1 Objetivação do dolo.....	94
7.2.2 Incremento exacerbado de condutas tidas como dolosas	95
7.2.3 Normativismo exagerado e consequente ausência de segurança	95

8 REGIME JURÍDICO DA CULPA.....	96
9 DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE.....	103
10 CONCLUSÕES	110
REFERÊNCIAS.....	113

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 18, I, traz o conceito de dolo, inclusive tratando de suas espécies, a saber, dolo direto e dolo eventual, as quais a doutrina costuma reconhecer de forma majoritária. Geralmente, se reconhece o dolo de forma abrangente, como conhecimento e vontade da prática das elementares do fato típico. Destarte, o referido elemento subjetivo traria consigo dois caracteres: um primeiro, de cunho cognitivo, e um segundo, de cunho volitivo. Esse conceito, extraído de uma concepção que se pode denominar dualista, é o prevalente na doutrina e na jurisprudência nacionais, de modo que não costuma ser contestado no Brasil, ao menos em grande parte das obras encontradas.

Portanto, a princípio, não haveria o que se discutir sobre o conceito de dolo, já que a lei tratou de defini-lo. No entanto, a aparente tranquilidade em relação ao tema não esconde a problemática dele decorrente. A forma como é tratado na praxe forense e costumeiramente analisado demonstra que os aspectos do dolo exigem um maior cuidado e um estudo mais aprofundado, pois a todo momento premissas relacionadas ao Direito Penal são violadas quando da análise do referido elemento subjetivo.

A doutrina estrangeira, em obras específicas, dá grande importância ao assunto e tece as devidas críticas. Isso ocorre principalmente na Espanha e na Alemanha, de modo que tais obras estão na base da pesquisa aqui empreendida e servirão para ilustrar a discussão acerca do substrato do dolo, que, tradicionalmente, é formado por conhecimento e vontade, o que não significa que tal concepção seja pacífica nesses países.

Ao se utilizar da concepção tradicionalmente adotada, por vezes se intui o elemento subjetivo sem que tal análise esteja calcada em dados concretos. De certo modo, isso se dá em razão da complexidade de se provar um dado volitivo, que está na mente do agente e, via de regra, não é exteriorizado ou aferível de maneira direta. Ocorre que embora seja difícil provar esse elemento subjetivo em algumas situações isso não justifica que a acusação se desincumba de fazê-lo, tampouco o presuma.

Em certas situações, a aferição do dolo, em que pese a ausência de elementos concretos nesse sentido, acaba por ensejar indevida inversão do ônus da prova, impondo-se à defesa provas de sua inexistência, o que parece, *data máxima venia*, mostrar-se indevido. Presume-se o elemento subjetivo e se impõe ao acusado demonstrar sua não ocorrência.

Eventual presunção do elemento subjetivo ou sua ilação sem bases probatórias racionais acaba por ensejar uma punição sem a efetiva existência do dolo, o que viola o princípio da culpabilidade, impondo a fixação de critérios racionais para que se evitem arbitrariedades. Tais casos de abusiva inversão do ônus da prova e ilações que presumem o dolo, normalmente, decorrem de uma ânsia punitiva não justificada racionalmente sob um ponto de vista dogmático.

Diante do cenário em tela, tem-se que o objetivo deste trabalho é, a partir da problemática existente, adotando-se uma visão de dolo como vontade e conhecimento e analisando-se as bases constitucionais do Direito Penal, sistematizar as teorias e os argumentos de cada uma em relação aos elementos do dolo. Embora possa parecer à primeira vista, esta dissertação não se trata de uma discussão eminentemente processual, de caráter probatório. Trata-se, em verdade, de uma discussão acerca do conceito de dolo e seus caracteres. Evidente que o conteúdo que se dá ao dolo acaba por influenciar o objeto da prova e, portanto, o processo penal. Contudo, a discussão é, antes de tudo, de direito material, vez que é o conceito de dolo adotado que delimita o objeto da prova. Assim, não se trata de uma mera discussão acerca da análise de provas, como poderia parecer.

O trabalho busca tratar do tema a partir de pesquisa bibliográfica realizada com autores como Busato (2013), Díaz Pita (1994), Jorio (2012), Copello (1999), Nucci (2015), Puppe (2004), Casabona (2009), Roxin (2006), Köster (1998) e Vives Antón (2011), sublinhando a polêmica existente na construção do dolo e analisando as diversas concepções que, por mais variegadas que sejam, grosso modo, podem ser divididas em duas vertentes.

Em uma primeira concepção, relacionada às teorias cognitivas, enfoca-se apenas o elemento cognitivo e prescinde-se do elemento volitivo, sendo que ao primeiro grupo pode-se dar o nome de teorias monistas. Tais teorias, grosso modo, criticam o

elemento volitivo por ser insuscetível de prova, bem como criticam a ambiguidade do termo *querer*, quando utilizado para as diversas formas de dolo.

Por uma segunda concepção, denominada dualista – que se assemelha mais com a construção teórica majoritária, por não prescindir do elemento volitivo –, mantêm-se os aspectos cognitivos e volitivos, de maneira que, desde já, nesta concepção, há uma variante acerca da natureza do elemento volitivo, segundo a qual se discute se basta o aspecto ontológico ou se deve o aspecto volitivo ser extraído de forma axiológica, valorativa.

Certamente, a discussão aqui empreendida tangenciará a problemática atinente ao dolo eventual e à culpa consciente, apontando as críticas, acertos e desacertos das mais diversas posições. Por óbvio, isso se faz a partir dos fundamentos do Direito Penal, mormente, o princípio da culpabilidade, que impõe a responsabilidade subjetiva. No mais, o trabalho se guia pela necessidade de dar efetividade ao Direito Penal, ou seja, aplicabilidade racional a seus institutos, vez que a presunção de um elemento subjetivo ou sua aplicação sem critérios racionais fatalmente coloca o sujeito a serviço de um poder punitivo desmensurado e arbitrário.

Dessa forma, é de grande valia a discussão acerca dos elementos do dolo, volitivo e cognitivo, para que, assim, sejam analisadas as diversas propostas existentes. A dificuldade trazida pelo elemento volitivo é demonstrada desde a Idade Média, de modo que tanto as concepções dualistas quanto as monistas apresentam inconvenientes e não há até o momento teoria que tenha resolvido o problema satisfatoriamente.

A apreciação dessas correntes é feita de modo a demonstrar os pontos frágeis de todas, pois nenhuma teoria é imune a críticas, realizando-se uma sistematização que facilita o estudo do tema e as comparações entre as diversas teorias no que diz respeito ao dolo. Analisar pontos fracos de cada teoria, na prática, fornece instrumentos para que os profissionais do Direito Penal consigam combater tratamentos casuísticos, sem justificativa razoável, facilitando a identificação de excessos punitivos.

No que diz respeito à estrutura, o trabalho assim se organiza. No Capítulo 2, discorre-se sobre o princípio da culpabilidade, analisando-se casos polêmicos de suposta responsabilidade objetiva. O Capítulo 3 apresenta os aspectos históricos relacionados ao dolo desde a Antiguidade até aproximadamente o século XIX. A abordagem do Capítulo 4 relaciona-se à forma como o dolo aparece nas correntes epistemológicas, enquanto o Capítulo 5 apresenta a sistematização das teorias do dolo, divididas em volitivas e cognitivas. O Capítulo 6, por sua vez, analisa como o dolo é tratado no Código Penal brasileiro, pontuando as teorias nele utilizadas. No Capítulo 7, as teorias do dolo são retomadas, objetivando-se apresentar críticas que a elas têm sido direcionadas. Uma vez que a temática do trabalho tangencia a diferença entre dolo e culpa, uma análise desse último elemento se faz necessária, sendo realizada no Capítulo 8. O Capítulo 9 trata da diferença entre dolo eventual e culpa consciente, de grande relevância e enorme consequência prática. Por fim, apresentam-se as conclusões no Capítulo 10.

2 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Atualmente, o termo culpabilidade aparece no Direito Penal em três sentidos e cada um deles será apreciado neste capítulo, sendo que o foco será posto no que interessa a este trabalho, a saber, a necessidade de responsabilidade subjetiva.

Como princípio, a culpabilidade, traduzida no brocardo *nulla poena sine culpa*, deve ser entendida como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade objetiva, de maneira que só se justifica a punição quando o resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico resultar de dolo ou culpa. Nessa primeira visão, a culpabilidade age como instrumento de exclusão do acaso (ROXIN, 2008). Nesse sentido, impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em Direito Penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão somente de uma associação causal entre a conduta e um resultado (BATISTA, 2011). Aqui, tem o princípio da culpabilidade especial relação com o tema tratado.

Em sua segunda concepção, a culpabilidade atua tradicionalmente como fundamento e limite da imposição da pena, impedindo que ela seja dimensionada além do referencial da própria culpabilidade. Essa segunda concepção de culpabilidade se assemelha com seu sentido de reprovabilidade para fins de dosimetria da pena, ao se aplicar a circunstância disposta no artigo 59 do Código Penal brasileiro.

Contra esta visão de culpabilidade insurge-se Roxin (1981). A ideia de culpabilidade como fundamento da pena, para ele, se baseia na retribuição, pois pressupõe a imposição de um mal adequado como forma de compensar (anular, expiar) a culpabilidade existente. Dessa forma, a culpabilidade como fundamento da retribuição seria insuficiente, indesejável e deve ser abandonada. Destarte, para tal autor, deve permanecer a concepção unitária de culpabilidade, que a trata apenas como limite da pena, pois não prejudica o delinquente, mas o protege, impedindo-se que se limite sua liberdade por mais tempo que o correspondente à culpabilidade¹.

¹ Vale lembrar que tal raciocínio vem acompanhado de uma modificação na dogmática proposta por Roxin (1981), segundo a qual a culpabilidade é substituída pela responsabilidade e, como pressuposto desta, acrescenta-se a finalidade preventiva da pena.

Contudo, não parece que se deva ou que seja possível abandonar a retribuição como uma das consequências da sanção penal. Ela traz consigo, de maneira intrínseca, o caráter punitivo, retributivo. Assim, não há como negá-lo. Apenas não se pode fundamentar a pena tão somente com base nesse aspecto, mas tal é da essência da pena e essa característica foge ao legislador ou ao controle do estudioso. Deve se evitar, em verdade, que a sanção tenha apenas essa função e se transforme em vingança irracional. No mais, não se vê problema em se fundamentar a culpabilidade na retribuição, desde que não seja esse o norte precípua da pena.

Já a terceira face da culpabilidade está mais atrelada a seu aspecto analítico na teoria do crime e consiste na punição condicionada à reprovação² do sujeito que podia agir de outro modo, mas não o fez³. Ou seja, a pena estatal unicamente pode fundamentar-se na comprovação de que o autor pode ser reprovado pessoalmente pelo fato que praticou (JESCHECK; WEIGEND, 2002).

Neste trabalho, o foco será na primeira faceta da culpabilidade, como vedação da responsabilidade objetiva, cujos aspectos históricos passam a ser apresentados a seguir.

O Direito Penal, em sua origem, apresentava e ainda o faz assim, de certa forma, um cunho eminentemente intimidativo. As comunidades humanas, desde tempos remotos, procuraram intimidar seus membros, para que não realizassem fatos que pusessem em risco a paz e a ordem, mediante a ameaça de infilção de uma dor ou sofrimento ao eventual agente desses mesmos fatos. A palavra latina *poena*, da qual se derivou o termo pena, entre inúmeros sentidos, tinha também o significado de dor, sofrimento, de modo que, nesses tempos remotos, mesmo em razão do acaso, punia-se o sujeito. Segundo Francisco de Assis Toledo (2008), a pena, como instrumento de prevenção, quando de seu aspecto intimidatório (prevenção geral negativa), apenas tem algum sentido se relacionada com a noção de evitabilidade do fato praticado, ou seja, está ao alcance do indivíduo fazer ou não fazer algo.

² A ideia de reprovação surge com a concepção normativa da culpabilidade, que tem como precursores R. Frank, Freudenthal, Goldschmidt e, posteriormente, Mezger.

³ Roxin (1981) também critica tal conceito, por ele presumir uma capacidade de autodeterminação não comprovável empiricamente.

Assim, segundo o referido autor, a responsabilidade objetiva seria evitada. Nesse ponto, *data máxima venia*, a crítica do autor não parece prosperar.

Enquanto aborda a existência de responsabilidade objetiva, relacionando-a com a prevenção geral negativa, Toledo (2008) estatui que esta apenas tem razão de ser se o sujeito pudesse evitar o fato praticado, fazendo algo diverso do que foi feito. Ora, refere-se o autor à necessidade de se estabelecer uma responsabilidade subjetiva como instrumento de exclusão do acaso com a necessidade de poder agir de outro modo atinente à culpabilidade. No entanto, trata-se de situações diversas, estudadas em momentos diferentes da teoria do delito. Uma primeira situação é a atinente à responsabilidade subjetiva por meio da exigência de dolo ou, ao menos, culpa. Outra situação é a impossibilidade de se reprovar o sujeito por não ter podido ele agir de outro modo. No segundo caso, tem-se o pressuposto, de comprovação empírica discutível, do livre arbítrio. Assim, acredita-se que a noção de evitabilidade que o autor vincula a *poder agir de outra forma* diz respeito à culpabilidade, e não à vedação da responsabilidade objetiva.

De todo modo, é importante pontuar que a necessidade de a responsabilidade ser subjetiva apenas aparece em uma fase evoluída da história da espécie humana. Nos primórdios das civilizações, a responsabilidade pela prática de um fato ilícito tinha caráter rigorosamente objetivo, ou seja, bastaria o agente ter causado o evento danoso. Não se indagava se o dano fora ou não querido pelo seu autor, ou seja, produto de sua vontade (LUISI, 2003).

A título de exemplo, Batista (2011) lembra que em uma antiga legislação da Babilônia, editada pelo Rei Hammurabi (1728-1686 a.C.), havia previsão de que se um pedreiro construísse uma casa sem fortificá-la e a mesma, desabando, matasse o morador, o pedreiro seria morto; mas se também morresse o filho do morador, também o filho do pedreiro seria morto. Ou seja, de nada lhe adiantaria ter observado as regras usuais na construção de uma casa, ou pretender associar o desabamento a um fenômeno sísmico natural (uma acomodação do terreno, por exemplo), fortuito e imprevisível. A casa desabou e matou o morador: segue-se sua responsabilidade penal. Com relação ao filho do pedreiro, a situação é semelhante. A casa construída por seu pai desabou e matou o morador e o filho: segue-se sua

responsabilidade penal. Esta, pois, estava associada tão só a um fato objetivo, não se concentrando nem sequer em quem havia determinado o fato objetivo. Era, desse modo, uma responsabilidade objetiva e difusa.

Na Grécia – cujos documentos jurídicos mais antigos, como as leis espartanas de Licurgo e as leis atenienses de Dracon e Solon, não perduraram integralmente até o presente –, filósofos e dramaturgos legaram um somatório de princípios relativos aos fundamentos e fins da pena, além do reconhecimento da importância da vontade no embasamento e na graduação das sanções penais (LUISI, 2003).

Em Roma, já em seus primórdios, estava presente a vontade do agente como fundamento da medida da pena. A chamada *Lex Numa*, dos tempos do Rei Numa Pompílio, no século IX a.C., previa duas formas de homicídio, o que equivaleria atualmente às formas dolosa e culposa.

De outra banda, o direito germânico começou a admitir a importância da vontade do agente para a aferição da responsabilidade penal apenas no fim da Idade Média. Embora alguns autores tenham sustentado que aos tempos da monarquia franca, no século VIII, já era possível encontrar alguns de seus resquícios, a responsabilidade subjetiva só veio a se configurar nas Ordenações Brabugensis e Carolina, nos primeiros decênios do século XVI.

De todo modo, na Idade Média, o direito canônico e o direito comum mantêm a exigência da presença do dolo e a ideia da culpa como imprudência ou negligência. Não obstante isso, ao direito medieval se deve uma forte presença da responsabilidade objetiva, com o advento do *versari in re illicita*. Contudo, os avanços históricos nunca são lineares, sempre passando por retrocessos. Assim é que na segunda década do século XIX, procura-se construir um direito penal à margem da culpabilidade por meio da Escola Positiva Italiana (LUISI, 2003).

De todo modo, é importante ressaltar que a violação da culpabilidade não se deu apenas nos ordenamentos penais primitivos, mas em todas as épocas, particularmente, durante regimes totalitários, quando se vinculava automaticamente um pretenso mal social ao mero pertencimento a um grupo, organização, religião, etnia, ideologia etc. A violação mais grosseira ao princípio de que qualquer resultado

que não corresponda a uma vontade racional de concretizar uma finalidade típica não pode ser juridicamente atrelado ao sujeito está expressa na máxima *versanti in re illicita etiam casus imputatur*, passível de ser assim enunciada: quem quis a causa quis o efeito. Por meio do *versari in re illicita*, conceitua-se como autor aquele que, fazendo algo não permitido, por puro acidente, causa um resultado ilícito, que não pode ser considerado causado culposamente, de acordo com o direito atual. Trata-se de uma fórmula anacrônica, que, a seu tempo, obteve um singular êxito, mas que, ainda hoje, continua infiltrada na praxe forense (ZAFFARONI; BATISTA, 2010).

Atualmente, ao tratar da existência desse princípio nas constituições, Luisi (2003) diz ser ele extraído de dois dispositivos da Constituição brasileira, a saber, o artigo 5º, XVII, que trata da presunção de inocência, e o artigo 5º, XLVI, que trata da individualização da pena. Ao final, o autor aponta como fundamento de tal princípio a dignidade da pessoa humana, relação mais bem explicada por Zaffaroni e Batista (2010), para os quais a violação da culpabilidade implica o desconhecimento da essência do conceito de pessoa.

Para esses dois autores, imputar um dano ou um perigo ao bem jurídico sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor equivale a rebaixá-lo à condição de coisa causante. Nesse sentido, é válida a distinção entre um modelo de direito penal autoritário e outro que, na verdade, é um direito penal irracional, que imputa sem pressupor delito nem lei. Em geral, as irracionais teses contrárias ao princípio da culpabilidade são criticadas, atribuindo-se sua origem a superstições ou sugerindo-se que a imputação pela causação de um resultado não pode ser remetida aos mistérios do destino (ZAFFARONI; BATISTA, 2010). Assim, a culpabilidade, como dito, impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Decorre disso que, na seara do processo penal, vige o aforisma segundo o qual “a culpabilidade não se presume”. Destarte, a responsabilidade penal é sempre subjetiva, como observa Batista (2011).

Em que pese a existência de dispositivo expresso no Código Penal tratando da necessidade da responsabilidade subjetiva, que é o artigo 19 do referido diploma, ao menos três situações trazem polêmica, pois suscitam hipóteses de responsabilidade objetiva. São elas: hipótese de rixa qualificada (artigo 137, parágrafo único do

Código Penal), as hipóteses de aplicação da *actio libera in causa* e, por fim, a hipótese de *aberratio ictus*, conforme dispõe Nucci (2015).

No dispositivo mencionado, é tratada a situação pela qual se discute se pena maior deve ser aplicada por participação em contexto de rixa em que ocorre lesão corporal de natureza grave ou morte. Trata-se, portanto, de uma hipótese qualificada de rixa pelo resultado de maior gravidade. Nesse caso, ainda que o sujeito não tenha causado ou colaborado para os resultados mais graves, responde pela forma qualificada, tão somente por ter participado da rixa. É esse, tradicionalmente, o entendimento que se tem em razão da redação do parágrafo⁴.

Reafirmando esse entendimento, Mirabete (2015) entende que esses resultados mais graves são condições de maior punibilidade e todos os participantes da rixa respondem pelo crime qualificado. Assim, não haveria que se cogitar dolo ou culpa de cada agente com relação ao resultado mais grave, estabelecendo-se na lei, de modo explícito, que a pena se aplica “pelo fato da participação na rixa”, conforme destaca Mirabete (2015).

O entendimento pelo qual se permite a responsabilidade objetiva não parece ser o mais acertado, pelos seguintes motivos. De início, tem-se que, por vezes, a doutrina costuma amparar-se em autores mais antigos, que, portanto, escreveram em momento histórico diverso, sem apreciá-los, porém, de maneira crítica ou não tratando de contextualizar suas posições e submetê-las ao regime constitucional atual.

No mais, a doutrina da Itália, que costuma ser citada no que diz respeito à forma qualificada, também deve ser vista de maneira contextualizada, pois lá havia peculiaridades que permitiam interpretação diversa, que, no Brasil, não parece ser sustentável. Na Itália, uma previsão de seu Código Penal, mais especificamente de seu artigo 43, permitia que parte da doutrina admitisse a responsabilidade objetiva, consoante nos traz a lição de Mantovani (2007, p. 541): “a doutrina majoritária é favorável à tese de que em sendo mais grave o evento, o agente responde, ainda

⁴ Nesse sentido, ver Noronha (1994).

que objetivamente, o que se dá baseado na causalidade material” (tradução livre)⁵. Assim, consoante assinala o próprio autor ao explanar a posição majoritária, a responsabilidade objetiva, a esse título, derivaria da mera inobservância da lei, de modo a ter causado uma lesão. Ao final, conclui o autor que o delito preterintencional resulta de dois fatos: um primeiro, doloso, e outro, fundado na responsabilidade objetiva. Da mesma forma, estatui Antolisei (1994), ao reconhecer que o evento preterintencional no direito italiano vem imputado a título de responsabilidade objetiva.

Em razão do conteúdo do artigo 27⁶ da Constituição italiana, passou-se a discutir se permitia ele ou não a responsabilidade objetiva. A discussão perdurou até 24 de março de 1988, quando o Tribunal Constitucional entendeu que o artigo em apreço deve ser interpretado como o princípio da culpabilidade, não tendo, no entanto, o condão de proibir de forma absoluta a responsabilidade objetiva.

Portanto, nota-se que, na Itália, o mencionado entendimento pelo qual se admite a responsabilidade objetiva no delito de rixa tem sua razão de ser, pois lá há dispositivo expresso que permite a punição a esse título. Dessa forma, de antemão, observa-se que o mesmo arcabouço jurídico que permitia a conclusão pela admissibilidade da responsabilidade objetiva na Itália não existe aqui, o que já torna difícil a aplicação do mesmo raciocínio ao contexto brasileiro. Pelo contrário, o disposto no artigo 19 do Código Penal pátrio impede qualquer hipótese de responsabilidade objetiva. Ademais, não se vislumbra nenhuma circunstância ou peculiaridade que justifique a mitigação do princípio da culpabilidade no presente caso. Portanto, é necessária a presença de algum elemento subjetivo em relação a qualquer dos resultados mais graves.

Igualmente, não merece acolhida a sugestão de Mirabete (2015), quando trata tais resultados como condições objetivas de punibilidade. Sabe-se que a discussão envolvendo essas categorias, ocorrida principalmente na seara do delito de

⁵ No original: “La maggioranza della doutrina è orientata a favore di quest'ultima tesi, ritenendo che del più grave evento si risponda, appunto oggettivamente, sulla base del solo nesso di causalità materiale”.

⁶ “Art. 27 - La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità devono tendere allá rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra”.

participação em suicídio, é um tanto tormentosa. Assim, não se tem a pretensão de esgotá-la aqui. Contudo, não parece adequada a construção da *condição objetiva de punibilidade*, pelo simples fato de que sua admissibilidade implica punição por um resultado a título objetivo, o que é rechaçado pelo ordenamento. Assim, tais resultados apenas podem ser vistos como elementares, pois, assim, recai sobre eles a necessidade de algum elemento subjetivo.

Afastando-se, portanto, a responsabilidade objetiva, algumas soluções hipotéticas se impõem. A primeira delas seria a de punir o resultado a título de dolo ou culpa, indiferentemente. No entanto, tal não pode merecer guarida. Tratar de maneira igual dolo e culpa viola toda a sistemática de desvalor de cada elemento subjetivo. Assim, mostra-se inaceitável que a doutrina equipare elementos subjetivos diversos, algo que nem sequer o legislador ousou fazer. Cediço que em crimes qualificados pelo resultado essa solução é tomada, ela, contudo, não pode, com o devido respeito, ser aceita.

Adotada essa posição, que por si só é inaceitável, seria possível sugerir que o juiz, na etapa da dosimetria da pena, fizesse a diferenciação cabível entre as espécies de elemento subjetivo. Contudo, tal estratégia também não merece guarida. O ordenamento jurídico penal é formado de modo que o próprio preceito normativo primário do tipo penal incriminador já delimita o elemento subjetivo que o cerca; quando não diz nada, presume-se que o tipo é doloso e, em se tratando de tipo culposo, deve assim expressamente constar.

Ademais, é indispensável que se distinga entre delito doloso e culposo, para que se atenda ao princípio da proporcionalidade. A lei não pode cominar a mesma pena para delitos dolosos e culposos, assim como não autoriza que a doutrina chegue ao mesmo resultado por força de uma interpretação protetiva do bem jurídico. Portanto, não pode ser admitida a solução segundo a qual seriam aceitos ambos os elementos subjetivos.

Há outra posição, segundo a qual o resultado agravador apenas pode ser imputado a título de culpa, que, com o devido respeito, também não pode ser aceita. A forma culposa não está expressamente prevista no tipo em tela, o que fere o princípio da excepcionalidade do crime culposo. O legislador, por meio da ameaça de pena,

persegue essencialmente motivar as pessoas contra a prática de crimes dolosos, já que a culpa se encontra limitada aos casos excepcionais (*numerus clausus*) e hipóteses precisamente tipificadas. A solução de incriminação fechada que o legislador assume está de acordo com os princípios de legalidade e *ultima ratio* que informam o moderno Direito Penal. Ademais, essa técnica permite conhecer de forma precisa quando a modalidade culposa será punível, evitando-se, desse modo, os inconvenientes proporcionados por certas discussões, por exemplo, se os tipos que contêm elementos subjetivos são ou não compatíveis com a culpa.

Ademais, o próprio tipo traz estrutura incompatível com a forma culposa, ao menos em um dos resultados agravadores, qual seja, a lesão corporal de natureza grave. Cediço que as lesões qualificadas pelo resultado são modalidades dolosas, de modo que não se mensura a lesão culposa como leve, grave ou gravíssima. Destarte, caso se adote o elemento subjetivo culpa, haveria outro problema de aplicabilidade quando da tentativa de compatibilizar o artigo com a opção doutrinária, o que não parece adequado.

Portanto, na hipótese de rixa qualificada, havendo resultado agravador, entende-se que este apenas pode ser imputado ao agente a título de dolo, sendo inviável sua punição a título de culpa. É a única solução adequada com a sistemática que não fere a vedação da responsabilidade objetiva e tampouco viola a proporcionalidade.

Ao se discutir supostas hipóteses de responsabilidade objetiva, uma das questões que surgem é a relacionada à *actio libera in causa*. Conforme relata Assis Toledo (2008), desde a Antiguidade, já se nota o que seria o embrião dessa teoria a partir de Aristóteles, que dizia poder ser alguém punido por sua própria ignorância quando fosse o responsável por ela, por exemplo, nos casos de embriaguez, em que as penas eram dobradas para os delinquentes, porque o princípio do ato reside no próprio agente, que tinha o poder de não se embriagar e, que por isso, tornava-se responsável por sua ignorância.

Primitivamente, tratava-se do referido instituto nos casos em que o agente se embriagava propositadamente para cometer um crime mais facilmente ou quando buscava se beneficiar de alguma atenuante. Segundo parcela da doutrina, a origem da *actio libera in causa* também remontaria ao brocado romano *versari in re illicita*,

de utilização farta no direito canônico, que propõe uma espécie de responsabilidade objetiva, pois relaciona como obra do sujeito, atribuível a ele, tudo o que ele realiza a partir de uma conduta prévia ilícita (QUEIROZ, 1936).

Em que pese a semelhança entre as duas situações, há algumas diferenças entre a *actio libera in causa* e a *versari in re illicita*. A primeira não cria uma ficção presumindo que no momento da prática delitiva o sujeito pode ser responsabilizado, mas analisa tais requisitos previamente e, ademais, aplica-se a situações que podem ser divididas em dois atos: quando o sujeito se embriaga e quando comete o crime. Já a *versari* não antecipa o momento de verificação dos requisitos para a responsabilidade penal e se aplica a resultados agravadores ocorridos a partir de condutas criminosas anteriores, mesmo que tais resultados mais graves não encontrem amparo em nenhum elemento subjetivo.

Em uma concepção tradicional, pode-se conceituar a teoria *actio libera in causa* como situação na qual alguém em estado de inimputabilidade causa, por ação ou omissão, um resultado punível, tendo se colocado nesse estado propositadamente com a intenção de produzir o evento lesivo ou sem essa intenção, mas tendo previsto ou tendo podido prever a possibilidade do resultado.

Dessa feita, no início, o estudo da matéria versava sobre os delitos cometidos em estado de embriaguez para fixação dos conceitos jurídicos a respeito do grau de responsabilidade dos agentes, quer se tratasse propriamente de embriaguez preordenada, voluntária ou acidental. Cada uma dessas modalidades era objeto de estudos dos criminalistas italianos da Idade Média, que foram os primeiros a estabelecer os pontos teóricos sobre o tema. A noção foi ampliada, de modo que passou a abranger outras situações além da intoxicação por bebidas alcóolicas (hipnose, intoxicação por morfina, cocaína, ópio, entre outros), contudo, ainda de maneira preordenada (QUEIROZ, 1936).

Posteriormente, a teoria evolui, de modo que, hoje, quanto à sua classificação, temos que, nos casos de embriaguez preordenada (o sujeito se embriaga para cometer um crime), voluntária (o sujeito se embriaga propositadamente, mas não para cometer crime) e culposa (o sujeito se embriaga por descuido), ainda que completas, o agente tem, segundo a teoria da *actio libera in causa*, responsabilidade

penal total. Assim, usa-se este artifício, que pode ser traduzido como ação livre na causa, cujo conteúdo é o seguinte: a causa do evento delitivo é a conduta do agente que está embriagado, mas a causa dessa embriaguez implica seu conhecimento e sua vontade. Portanto, o agente foi livre na causa da embriaguez que, ao final, foi causa do resultado (BUSATO, 2013). Ou, então, aplica-se o raciocínio da seguinte expressão latina: *causa causae est causa causati* (a causa da causa é também causa do que foi causado).

Acerca dos fundamentos de tal teoria, a discussão é antiga e remonta, segundo Roxin (2006), a São Tomás de Aquino e Pufendorf. Desse modo, há duas possíveis explicações para sua adoção: a primeira delas, chamada de teoria da exceção, e a segunda, denominada teoria do tipo.

Segundo a teoria da exceção, cujo maior entusiasta foi Hruschka, a *actio libera in causa* seria simplesmente uma exceção ao princípio da capacidade de culpabilidade no momento do fato, que se justificaria com base no direito costumeiro (SANTOS, 2008). Contudo, essa justificativa mostra-se claramente incompatível com o princípio da legalidade, que exclui a possibilidade de o costume atuar para punir situações que não seriam puníveis.

Já a teoria do tipo, defendida por Roxin (2006), fundamenta a atribuição do resultado típico ao autor no momento de capacidade de culpabilidade anterior ao fato, e não no momento posterior, como determinação de resultado típico doloso ou imprudente. Assim, não há exceção, conforme observa Santos (2008). Fundamenta-se a punição no ato de embriagar-se ou com qualquer outra conduta que provoque a situação de inimputabilidade. Referida conduta prévia é interpretada como causação dolosa ou culposa, motivo pelo qual o agente é punível pelo resultado típico (COSTA, 2009).

A teoria do tipo se adequa melhor à estrutura dos delitos culposos, uma vez que em diversos desses casos a quebra de dever de cuidado pode preexistir à prática da conduta, sempre que repercutir na posterior realização do tipo. Nas situações em que há dolo, o modelo do tipo se aplica desde que o sujeito tenha se colocado dolosamente em estado de inimputabilidade, pois nesse caso o sujeito já iniciou o ato executório. Caso a embriaguez tenha se dado por descuido, não iniciou o sujeito

a execução e, portanto, não pode ser responsabilizado. Assim, já se nota que Roxin (2006), mesmo aceitando a teoria *actio libera in causa*, limita sua incidência.

Liszt (2003), ao tratar do tema, explica que a imputabilidade deve existir no momento em que o ato é praticado, pois nele é regulada. Em certos casos, aplicam-se as *actiones liberae in causa seu ad libertatem relataoe*. Tais situações se dão quando o agente, em estado de não imputabilidade, produz um resultado por comissão ou omissão, mas ao seu procedimento deu causa uma ação (ou omissão) dolosa ou culposa praticada em estado de imputabilidade. Há dois exemplos bem famosos sobre o tema: o do guarda da via férrea que se embriaga no intuito de deixar de dispor as agulhas por ocasião da aproximação do trem, causando um acidente, e o da mãe que, pretendendo matar seu filho recém-nascido, coloca-o junto a si no leito, certa de que, ao dormir, virá, com algum movimento, a esmagá-lo.

Se nos casos citados há nexo causal e culpa em relação ao resultado, a apreciação jurídica não encontra nenhuma dificuldade. No momento decisivo – e esse não é o da realização do resultado, mas o do impulso dado para o desdobramento da cadeia causal –, existia a imputabilidade. O guarda achava-se no gozo de suas faculdades, bem como a mãe. Nada se opõe a tais imputações. Nesses exemplos, seguindo-se Liszt (2003), sem imputabilidade não há culpa e, portanto, não pode haver crime.

De todo modo, a doutrina, como dito, trata das situações fáticas envolvendo a *actio* em duas fases, dois grãos ou dois atos. Em um primeiro ato o sujeito se coloca em estado de inimputabilidade; posteriormente, em um segundo ato, já em estado de imputabilidade, comete o injusto. Haveria, portanto, uma dualidade de graus na execução (dois atos ligados por um nexo, de modo que, no primeiro, há imputabilidade e, no segundo, não).

Independentemente da teoria adotada, do tipo ou da exceção, critica-se a construção pela equiparação realizada entre os momentos da embriaguez e da conduta delitiva, vez que se transportaria o elemento subjetivo do primeiro para o segundo ato. O momento da ação não seria coincidente com o momento da consciência. Busato (2013) considera que se trata de uma construção artificial, pois despreza diversas motivações e circunstâncias do caso concreto. Bitencourt (2014) também menciona a indevida equiparação e diz que se trata de medida de política-

criminal incompatível com um Estado democrático de direito e para a qual a doutrina deve dar a devida adaptação. Basileu Garcia (1954), por sua vez, entende que aplicar a *actio* para os casos em que vem sido majoritariamente aceita enseja desmedido alargamento das razoáveis possibilidades de punição do embriagado, pois fugiria por demais da hipótese característica de embriaguez preordenada. Não se notaria o nexo causal entre a simples deliberação de ingerir bebida alcóolica e um crime superveniente. Assim, entende tal autor que, com exceção dos casos de embriaguez preordenada, concluir pelo dolo seria autêntica responsabilidade objetiva.

De todo modo, parece que qualquer crítica à *actio libera in causa* deve dar-se levando em conta que se está na seara da imputabilidade, e não do fato típico. Assim, a priori, é na culpabilidade que reside o maior problema, de modo que não há que se falar em responsabilidade objetiva, ao menos quando se pensa na imputabilidade, vez que, a partir do finalismo, dolo e culpa não mais se encontram neste elemento da teoria do crime.

Entende-se que a crítica pela qual haveria responsabilidade objetiva é fruto de uma análise que se faz hoje a partir da leitura da doutrina mais antiga, notadamente a causalista. Basileu Garcia (1954), ao comentar o instituto e afirmar que a doutrina majoritária aceita o dolo e reconhece a imputabilidade em razão disso, sustenta que haveria dolo, que, embora não contemporâneo à ação, o é em relação ao início da série causal de eventos. Assim, nesse contexto, de fato seria possível cogitar a responsabilidade objetiva, pois, sob uma matriz clássica, a ausência de imputabilidade teria ligação direta com o dolo.

Contudo, a partir de uma orientação finalista, tal crítica, ao menos nesses termos, não mais é possível. Assim, um autor causalista pode falar em responsabilidade objetiva de pronto, sem perder a coerência com seu sistema. Já um autor finalista não pode fazê-lo, sob pena de ser totalmente incoerente. Portanto, a crítica de Basileu Garcia (1954) é totalmente válida, desde que lida em seu contexto e lembrando-se da corrente adotada pelo autor.

De todo modo, seria possível pensar em responsabilidade objetiva quando se acolhe a crítica mencionada, no sentido de que se transporta o elemento subjetivo de

quando o sujeito se embriagou para o momento da conduta. No entanto, referida crítica parece não prosperar. Não há qualquer transporte dos requisitos para responsabilização, mas apenas sua análise antecipada. Tanto é que se denomina esse exercício mental de culpabilidade prévia.

O caminho mais adequado para a aplicação da teoria *actio libera in causa* consiste não em extirpá-la, mas limitar sua atuação, justamente para se evitar um alargamento exagerado na imputação. Assim, se quando da embriaguez o agente não quis o resultado ou não era este nem sequer previsível, não é possível puni-lo, não sendo possível apenas punir o sujeito como se fosse imputável, a exemplo do que fez o Código italiano certa feita (BRUNO, 2005).

Outra polêmica envolve a questão da *aberratio ictus*, que se analisa a partir deste ponto. Pontua Nucci (2015) que, não obstante a impossibilidade de se responsabilizar sem dolo ou culpa, não tem sido essa a aplicação dada a referido instituto. Assim, para responsabilizar o agente, bastaria a existência de nexo causal, tratando-se de autêntico caso de responsabilidade objetiva que decorre da previsão legal e da jurisprudência. De fato, bem observa o autor que, em tese, não se deveria admitir a responsabilidade objetiva. No entanto, ela tem sido aplicada, ignorando tal premissa.

É importante lembrar que para reger tal instituto existem duas teorias, a da concretização e a da equivalência. Conforme aponta Stratenwerth (2005), na primeira, o dolo pressupõe a concretização de um determinado objeto e se, por consequência do desvio, atinge outro objeto (não querido), falta dolo em relação a este. Já pela teoria da equivalência, o dolo abarca o resultado típico nos elementos determinantes de sua espécie, de modo que se o sujeito quis matar alguém e de fato o fez, pouco importa que outra pessoa, e não o alvo que ele tinha em mente, tenha sido assassinada; o bem jurídico *vida* foi violado e, portanto, há dolo. Em que pese a existência das duas teorias na doutrina, a redação do Código Penal brasileiro se adequa melhor à teoria da equivalência.

A teoria da concretização parece evitar com mais êxito situações de responsabilidade objetiva, vez que não traz consigo qualquer ficção, ao contrário da teoria da equivalência, que equipara situações e causa, de certo modo, um

transporte da imputação para o que o autor almejava, mas não conseguiu. Dessa forma, melhor seria se o legislador tivesse adotado a teoria da concretização, sob pena de se violar a culpabilidade com a adoção desmensurada da teoria da equivalência. No entanto, não foi esse o caminho e ignorar o dispositivo legal não parece ser a solução que trará mais segurança jurídica, de modo que o dispositivo deve ser interpretado à luz do princípio da culpabilidade e da regra do artigo 19 do Código Penal. O fato de seu artigo 73 não ter expressamente mencionado qualquer elemento subjetivo não implica que dele tenha prescindido. Em verdade, a necessidade de o dolo estar presente é de cunho sistêmico e não precisa ser lembrada a todo momento em qualquer dispositivo.

Criticando-se a posição segundo a qual se admite a responsabilidade objetiva, Rogério Greco (2015) dá o seguinte exemplo: um matador profissional leva a vítima para um lugar isolado da cidade, próprio para o extermínio de pessoas. Ninguém trabalha ali por perto, o vilarejo mais próximo fica a quilômetros de distância e o lugar é completamente cercado, impedindo o ingresso de pessoas estranhas. Ao levar a vítima para o local, que serve de cemitério clandestino, o agente aponta-lhe seu fuzil e puxa o gatilho. Erra o alvo e, ao fundo, escuta o grito de uma outra pessoa que por ele havia sido atingida. Essa outra pessoa era um mendigo que havia pulado a cerca ao redor da propriedade e, supondo-a abandonada, resolveu por ali dormir. Indaga-se: da forma como o problema foi colocado, era possível que o agente, errando o alvo, pudesse acertar uma outra pessoa? Nessa hipótese, sob pena de existir responsabilidade objetiva, a única solução adequada é a responsabilização do agente por homicídio consumado em relação à vítima que almejava acertar, desprezando-se o resultado morte, vez que totalmente imprevisível. Portanto, dessa forma, se compatibiliza o dispositivo com a necessidade de responsabilidade subjetiva.

Neste capítulo, abordou-se a culpabilidade como princípio, bem como suas facetas, dando-se ênfase à vedação da responsabilidade objetiva e analisando-se polêmicas envolvendo duas situações: o delito de rixa qualificado e a *actio libera in causa*, tentando compatibilizá-las com o princípio da culpabilidade. No capítulo a seguir são apresentados os aspectos históricos relacionados ao dolo desde a Antiguidade até aproximadamente o século XIX.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DOLO

Antes de se analisar o tratamento dado ao dolo atualmente, de rigor, passa-se, neste capítulo, a se apreciar sua construção ao longo da história e pelas diversas correntes epistemológicas, verificando-se que o embate entre as teorias volitivas e cognitivas vem de longa data.

O questionamento acerca do papel que se dá à vontade na atribuição da responsabilidade foi tratado por Aristóteles de forma genérica, ou seja, com alcance também para outras esferas que não a jurídica. Conforme relata Köster (1998), para Aristóteles, uma pessoa poderia ser responsável somente por aquelas ações que surgissem em seu foro íntimo, ou seja, ações atribuíveis à sua vontade. Já as ações involuntárias, cuja condução se dá fora do controle do indivíduo, não lhe poderiam ser atribuídas.

Desde a Grécia, das leis espartanas de Licurgo e das leis atenienses de Dracon e Solon constaram alguns princípios relacionados à pena, bem como o reconhecimento da importância da vontade no embasamento e na graduação das sanções penais. As leis de Solon previam diversas formas de homicídio: o voluntário era punido com pena de morte; o involuntário, com exílio temporário, se não tivesse havido transação em que todos os parentes próximos da vítima estivessem de acordo quanto ao valor da indenização.

Em Roma, já em seus primórdios, está presente a vontade do agente como fundamento da medida da pena. A chamada *Lex Numa*, no século IX a.C., previa duas formas de homicídio. Se alguém matasse um homem com intenção parricida, seria punido com a morte. Mas se alguém matasse um homem imprudentemente, aos parentes da vítima seria oferecido, em compensação, um carneiro perante a assembleia. Na Lei das XII Tábuas aparece em várias espécies delitivas a exigência do dolo, como nos crimes de magia, infidelidade do patrono, infidelidade do tutor, injúria e outros (LUISI, 2003).

De maneira sistemática, o dolo aparece pela primeira vez como pressuposto do delito no direito romano, no qual foi concebido com limites bem nítidos e definidos, identificando-se com a má intenção ou malícia voltada para a realização do fato

ilícito. Assim, ficou superada, ao menos por ora, a primitiva concepção de ilícito penal como mera causação objetiva de resultados, exigindo-se a intenção imoral dirigida a um fim antijurídico, o *dolus malus*, como fundamento para a aplicação da pena pública.

Essa alteração substancial na estrutura do delito apenas pode ser concebida compreendendo-se os sentidos que os romanos imprimiram ao Direito Penal. Entendia-se que a lei penal nada mais era que a concreção jurídica da lei moral, de maneira que, antes de tudo, quem violasse uma norma penal infringiria uma obrigação ética. Consequência disso é o fundamento ético da pena, pois se trata da resposta do Estado a uma voluntária violação da lei moral. Assim, a sanção tinha função meramente retributiva, como salienta Copello (1999). Exigia-se, portanto, um vínculo anímico especialmente intenso entre o fato e o autor, vez que somente por meio desse pressuposto o sujeito estava em condições de captar em sua consciência a imoralidade em que consistia o delito.

É importante acentuar que os romanos distinguiam o *dolus bonus* do *dolus malus*. O primeiro seria astúcia usada para enganar o ladrão, defender-se de um inimigo e outras situações similares. Já o *dolus malus* consistiria na astúcia, engano, maquinção com o fim de prejudicar. O crime seria, destarte, um ato voluntário em que está presente a consciência da injustiça (LUISI, 2003).

Como se vê, em sua etapa inicial, o dolo se encontrava estritamente vinculado a uma determinada concepção de direito penal. Em um ordenamento punitivo fundado na lei moral, apenas a vontade podia resultar suficiente para estabelecer o nexo subjetivo entre o fato e o autor, porque era precisamente essa intenção imoral que recebia a reprovação na qual se baseava a pena. Dolo, culpabilidade e pena apareciam, assim, como elementos incindíveis.

Com o passar do tempo, a concepção romana de dolo se viu, sem dúvidas, profundamente alterada. Isso se deu não apenas por uma mudança nas ideias sobre o fundamento do Direito Penal, mas também por motivos de ordem prática, quais sejam, as grandes dificuldades probatórias que originavam um elemento anímico tão fortemente arraigado em uma atitude interna do autor do delito. Ademais, havia a necessidade de dar uma resposta adequada às condutas voluntárias cujos efeitos

superavam o inicialmente perseguido pelo autor. Assim, inúmeras fórmulas diminuíram a aplicabilidade daquele conceito inicial de dolo puramente intencional (COPELLO, 1999).

Tais necessidades práticas pressionaram os juristas, especialmente os pós-glosadores e os práticos italianos, a tal ponto que se produziu um retorno à responsabilidade objetiva de origem germânica. Contudo, a forte influência do ideal romano sobre a necessária culpabilidade pelo fato, que em momento algum perdeu vigência como fundamento teórico da pena estatal, impediu que se prescindisse das referências subjetivas do delito. Essa influência explica o processo de progressiva ampliação do conceito de dolo que se observa na etapa seguinte ao período romano, uma extensão que provavelmente alcançou sua maior amplitude na época medieval, conforme observa Copello (1999).

Os juristas italianos da Idade Média tomaram do direito romano o conceito de dolo, convertendo-o em pressuposto de todos os delitos graves. Ainda que a práxis, por motivos probatórios, retorne sempre a uma imputação orientada aos elementos objetivos, sem dúvida, o conceito de dolo permaneceu em sua integridade como ponto comum dos ordenamentos punitivos da Europa Continental (JESCHECK; WEIGEND, 2002).

É de ressaltar, a essa altura da história, a inexistência de um conceito comum abrangendo dolo e culpa. São, a rigor, duas formas, duas espécies diversas. De todo modo, a tentativa de se encontrar um conceito genérico e comum, abrangendo dolo e culpa, vai aparecer historicamente, com os pós-glosadores e os práticos italianos do fim da Idade Média. Baldo de Perúgia ensinou que a culpa é um conceito geral, abrangendo dolo e culpa em sentido estrito, e que, em seu sentido mais amplo e abrangente, a culpa representa tudo que é repreensível. Do mesmo teor é um texto de um dos maiores penalistas do século XVI, Tibério Deciani, que sustenta ser a culpa um nome genérico que contém a negligência e também o dolo (LUISI, 2003).

Já o direito germânico constituiu, nessa época, uma terceira frente (ao lado do restante do direito comum e do direito canônico), cujo ponto de partida não estava constituído pela vontade do sujeito atuante, mas pelo efeito externo do fato, sua

causação externa. A concepção germânica de direito não conheceu algo semelhante ao que hoje se denomina tipo subjetivo, pois os conhecimentos do autor e seus propósitos não eram considerados. Tratava-se de uma época em que reinava um severo direito penal de resultado, cujo desenvolvimento se deu por duas razões: pelo estágio de vingança privada, desmedida, que reinava à época, e pela dificuldade de se provar a atitude interna do autor.

Especificamente, no direito medieval, observa-se uma forte presença da responsabilidade objetiva, com o advento do princípio do *versari in re illicita*, ou seja, uma responsabilidade por fatos causados por uma conduta ilícita, mas que não foram previstos e queridos nem eram previsíveis, uma responsabilidade penal por fatos em que há ausência de dolo ou culpa.

É interessante notar que o direito canônico, intimamente ligado ao cristianismo, trouxe duas orientações antagônicas no que tange a responsabilidade objetiva. De um lado, trouxe grande contribuição à necessidade da culpa como requisito do crime. Valorizou a intimidade da consciência e estabeleceu o princípio de que onde não há vontade não há pecado, norma em que veio se alicerçar o direito eclesiástico, o qual, além disso, começou a desenvolver a teoria da culpa em sentido estrito, diversificando a pena, conforme o dano fosse determinado pela vontade ou somente pela imprudência ou negligência.

Ao lado dessa contribuição inestimável, porém, o direito canônico veio a adotar o pensamento da *versari in re illicita*, que, no fundo, representava a persistência da responsabilidade objetiva. Entendia-se por culpabilidade nem só o dolo e a culpa, como também a produção de um resultado delituoso involuntário e fortuito por quem se dispunha a realizar algo não permitido: *versanti in re illicita imputatur omnia que sequuntur ex delicto*. Assim, consideravam-se merecedoras de pena não apenas as condutas diretamente dirigidas a produzir um resultado ilícito, mas também aquelas que, sendo por si imorais, lesionavam algum bem jurídico, ainda que a vontade não fosse dirigida de modo imediato a conseguir esse efeito. Para dar solução a tais casos e limitar o extremo objetivismo da *versari in re illicita*, no século XVI, foi criada a teoria do dolo indireto, cuja fórmula mais acabada se atribui ao espanhol Diego de Covarrubias (COPELLO, 1999).

Conforme Köster (1998), partindo do pensamento tomista, segundo o qual somente se pode atribuir ao sujeito aquilo que está em seu poder, Covarrubias estabeleceu a relação entre a vontade do autor e os resultados derivados de sua ação, ao menos em uma primeira observação, a partir da ideia de previsibilidade. A tese do dolo indireto consistia em considerar queridos, ainda que indiretamente, todos aqueles resultados que, sem constituir o fim do autor, derivam normalmente de sua ação. Ficavam à margem da vontade, por outro lado, os resultados que sobrevinham por mero acidente, ou seja, aqueles não previsíveis (COPELLO, 1999).

Apesar da notável importância que teve essa teoria durante um longo período histórico, com o tempo, ficou demonstrada sua incapacidade para estabelecer um autêntico nexo volitivo entre a ação e seus efeitos não intencionais. Os argumentos críticos focavam em dois aspectos. Sob o aspecto psicológico, falta algo mais que a mera previsibilidade para que se possa conceber o evento como querido. Também se alegou que a previsibilidade do resultado não implica que o agente o tenha efetivamente previsto, de modo que haveria, nesse caso, uma inaceitável “objetivação” do dolo. Tais problemas, que serão analisados mais detidamente, demonstram que os inconvenientes que tangenciam o tema do dolo, mormente seu conceito e limites, são uma constante na história da teoria do delito, conforme sublinha Copello (1999).

No que tange a primeira crítica, talvez os próprios idealizadores do dolo indireto dela não discordariam. Contudo, mesmo tal aceitação não faz com que a teoria deixe de ser coerente ou enseje a quebra de suas premissas, porque referida tese não buscava estabelecer um nexo psicológico de caráter volitivo entre o sujeito e o resultado, mas apenas assentar as bases de uma responsabilidade penal e jurídica. Para que essa responsabilidade se dê, basta que o resultado apareça de alguma forma vinculado a um defeito da vontade do agente, ainda que seja alheio à sua finalidade. Por isso, dizia Santo Tomás que os resultados previsíveis apenas podem ser imputados a quem tem a obrigação de evitá-los. Resultado não intencional e vontade se relacionavam, pois, por meio de um critério que hoje pode ser qualificado como normativo, era o dever de evitar o resultado o que permitia a responsabilidade a título de dolo a quem voluntariamente não se abstinha de realizar a ação produtora do resultado.

Isso significa que a responsabilidade dirigida ao autor não se baseava no fato de querer um resultado ilícito, mas no fato de não ter evitado um resultado – e, sobretudo, no dever de fazê-lo – quando existia tal possibilidade. Por isso, era indiferente que o resultado estivesse ou não nos fins do autor. Desde o ponto de vista psicológico, apenas importava o conhecimento. Conforme Copello (1999), se o autor conhecia a aptidão da conduta para produzir o resultado proibido, adquiria consciência também do dever de omitir tal ação, o que permitiria torná-lo responsável caso agisse de forma perigosa, causando o efeito desvalorado.

Diante disso, não é de se estranhar que se considere o dolo indireto o precedente da teoria da probabilidade, que adquiriu grande importância para definir o âmbito do dolo eventual. Na verdade, o raciocínio que serviu de base a essa teoria não se distancia muito do que foi dito neste capítulo quanto ao dolo indireto. Quando da análise da teoria da probabilidade, o referencial se limitava ao aspecto cognitivo, mas sem que esse dado constituísse o ponto final da argumentação. O fundamento da punição a título de dolo não residia no conhecimento da probabilidade do resultado em si, mas no efeito que esse conhecimento tinha sobre a vontade do autor no momento de sua conduta. Concretamente, o autor era responsabilizado a título de dolo porque, apesar de representar esse efeito como muito provável, não permitiu que essa probabilidade atuasse como contra motivo de sua ação.

Vê-se, diante do exposto, que a teoria do dolo indireto constitui um dos primeiros e mais claros precedentes de uma polêmica que ainda hoje é viva quando se fala de dolo, qual seja, o contraste entre as teses psicológicas e as teorias normativas da vontade. Contudo, mesmo no aspecto cognitivo, a teoria do dolo indireto apresentava uma séria debilidade, pois, nela, responsabiliza-se o sujeito baseando-se na mera previsibilidade objetiva do resultado, sem se exigir que o autor efetivamente conheça a probabilidade do dano.

De fato, essa crítica se mostra correta, não apenas porque, conforme aponta Copello (1999), na prática, enseja a adoção de uma responsabilidade objetiva, mas, sobretudo, porque, ao não exigir o autêntico conhecimento do perigo, a teoria do dolo indireto criava uma armadilha para si mesma, eliminando a ponte que deveria unir o resultado antijurídico e a vontade. Sem o conhecimento da probabilidade do

resultado, faltaria a consciência do dever jurídico de evitá-lo e, com isso, a base para se responsabilizar o sujeito por ter atuado de forma ilícita.

Assim, a exagerada redução operada pela teoria do dolo indireto quanto ao seu aspecto volitivo acabava por esvaziar a possibilidade de exigir o dever de evitar o resultado, pois, se não há conhecimento da probabilidade real de dano, também não há como se exigir que seja evitado algo sobre o qual não se formou qualquer conhecimento prévio. É interessante analisar nessa crítica que os aspectos volitivo e cognitivo do dolo, embora aparentem ser categorias estanques e de fato tenham autonomia dogmática, se entrelaçam, vez que o desprezo quanto ao aspecto volitivo esvazia a imputação derivada do plano cognitivo.

Lembrando-se que a teoria do dolo indireto surgiu, em parte, das dificuldades probatórias que trazia esse elemento subjetivo, costuma-se dizer que os canonistas, ao exigir a mera previsibilidade no lugar da autêntica previsão, o fizeram mais por uma confusão de planos do que pela convicção de que o conhecimento não era necessário para qualificar uma conduta como dolosa. Assim, dá-se a impressão de que as referências à previsibilidade estão mais ligadas à prova do dolo do que a seu fundamento. Nota-se isso ao se apreciar a posição de Covarrubias sobre o limite entre *animus necandi* e *animus laedandi*.

Conforme aponta Copello (1999), esse canonista sustentava que para provar a vontade de matar era essencial observar o modo como se feria e o instrumento de que se serviu o sujeito. Dessa forma, concluía que, como os delitos não podem ser cometidos sem vontade, deve-se conjecturar bem quando da sua análise para se aferir o grau da vontade e como se dá a responsabilidade do criminoso. Diante disso, nota-se que a previsibilidade objetiva do resultado não aparecia como fundamentadora da conduta dolosa, mas como meio para provar o conhecimento do perigo por parte do autor, conhecimento esse do qual se deduzia a vontade do resultado. É importante notar que, conforme salienta Copello (1999), na teoria do dolo indireto já se encontrava a raiz de um dos problemas que ainda hoje preocupa os juristas, a adequada distinção entre o fundamento e a prova do dolo.

Paralelamente, no direito germânico houve ulterior desenvolvimento acerca dos conhecimentos e vontade do sujeito atuante, o que se deu com a teoria da ação, de

Pufendorf (1632-1694), de modo que seus fundamentos foram posteriormente adotados por Welzel quando do desenvolvimento de sua teoria final da ação. A teoria de Pufendorf teve influência de Aristóteles, de quem não se diferenciou na essência, segundo as considerações de Köster (1998). De acordo com esta autora, pela teoria de Pufendorf, o objeto da imputação não era todo movimento humano causal, mas apenas a ação oriunda da vontade livre do indivíduo. Imputar significava, para Pufendorf, reconhecer o efeito de uma ação voluntária como pertencente ao sujeito atuante. Por um lado, em sua concepção, a natureza física tem uma determinação causal: ação e efeito se correspondem necessária e legalmente; por outro lado, há uma relação entre lei e liberdade, pois a lei estabelece diretrizes, a razão as reconhece, mas a vontade é livre na decisão.

O idealismo alemão desenvolvido por Kant, Fichte, Schelling e Hegel constituiu também uma base essencial, por um lado, para a ulterior formulação do conceito de ação penalmente relevante e, por outro, para a determinação do significado do subjetivo no Direito Penal. O denominador comum a todos esses autores foi a consideração do homem não apenas como um ser da natureza, que realiza ações desencadeadas por impulsos materiais, mas como um ser espiritual, que pode se elevar sobre sua determinação natural.

Conforme Köster (1998), em que pese o fato de que Kant tenha partido dos mesmos princípios, esse pensador não logrou resolver a contrariedade entre a liberdade do homem como ser intelectual e sua submissão às leis da natureza. Para ele, a vontade do homem como sujeito empírico não era livre, mas estava submetida às leis da causalidade. No pensamento kantiano existiam dois mundos, o mundo natural, regido pelo princípio da causalidade, e o mundo espiritual, regido pelo homem como sujeito transcendental. Por isso, Kant pressupunha a liberdade como um axioma impossível de se provar, tratando-se, portanto, de uma ideia transcendental.

Posteriormente, Beccaria, inclusive, chegou a dar mais ênfase à significação do dano causado pelo crime que à vontade do agente. Asseverou esse autor que a verdadeira medida do delito não deve ser a intenção do agente, visto que, certas vezes, com a melhor das intenções, o homem pode fazer grande mal à sociedade,

enquanto em outras ocasiões, com a mais torpe das intenções, pode fazer o bem. A verdade do delito está no dano causado à sociedade (BONESANA, 2013). De todo modo, conforme lembra Luisi (2003), outros iluministas, como Gaetano Filangieri e Pascoal de Melo Freire, enfatizaram a importância da vontade do agente na configuração do crime.

Neste capítulo, foram apresentados os aspectos históricos do dolo precedentes às teorias do crime, sobre as quais o capítulo a seguir discorre.

4 O DOLO NAS CORRENTES EPISTEMOLÓGICAS DO CRIME

Antes de se tratar efetivamente do regime jurídico do dolo em cada corrente do Direito Penal, será apresentado um breve introito acerca de cada uma das concepções, para que sejam lembradas suas premissas teóricas. Cediço que não existe apenas um autor causalista, finalista, funcionalista etc., contudo, para que o trabalho não se torne enfadonho, serão analisadas as construções teóricas sob a perspectiva dos principais nomes de cada uma das correntes.

4.1 SISTEMA CLÁSSICO, CAUSALISTA OU POSITIVISMO-NATURALISTA

Essa teoria se desenvolveu basicamente de 1880 em diante, sendo a dominante durante aproximadamente três décadas e tendo como matriz filosófica o positivismo naturalista que dominava o pensamento científico no fim daquele século, conforme relata Guaragni (2009).

Segundo esse autor, nesta perspectiva, o status científico de qualquer ramo do conhecimento humano dependia da possibilidade de uma demonstração da veracidade de seus conceitos orientada pelos critérios das ciências exatas e naturais⁷. Dessa forma, a ciência, concebida nos moldes dessas áreas do saber, seria o único meio de conhecimento possível e válido, vez que a metafísica não teria qualquer valor.

A demonstração da validade científica dos conceitos de qualquer ramo do conhecimento, portanto, estaria calcada em método empírico, consistente em repetir uma experiência por inúmeras vezes e, observada a comunhão de resultados, extrair uma lei geral, mediante a descrição do fenômeno e sua resultante. Basicamente, os passos metodológicos são dois: observar e descrever o fenômeno. Esse método é próprio da física mecanicista newtoniana, que antecedeu a física quântica, podendo-se formular como exemplo de sua utilização a ilação que produz a lei da gravidade, extraída da repetição de experiências demonstrativas de que os

⁷ Segundo Guaragni (2009), citando Abbagnano, o termo naturalismo designa, entre outros significados, a negação de qualquer distinção entre natureza e supranatureza e a tese de que o homem pode e deve ser compreendido, em todas as suas manifestações, mesmo nas consideradas superiores, apenas em relação com as coisas e os seres do mundo natural, com base nos mesmos conceitos que à época as ciências utilizavam para explicá-los.

objetos de menor massa são atraídos pelo de maior massa. Também é apropriado para a medicina e a biologia. Enfim, tal método está voltado às ciências do ser, aquelas que apreendem o mundo sob forma de natureza, buscando considerá-lo como é na realidade. Os fenômenos são descritos a partir de uma relação de causa e efeito, de modo que se tal liame não for empiricamente demonstrável não é possível considerá-lo como fenômeno científico (GUARAGNI, 2009).

Essa forma de pensar acaba por colocar em xeque a seriedade científica de todas as ciências culturais⁸, entre as quais o Direito Penal, que propõem como algo deve ser, daí a expressão *ciências do dever-ser*. Essas ciências são essencialmente ideais, vez que quando o Código Penal, por exemplo, diz que algo deve ser de determinada forma, fixa proposições no mundo das ideias. Nesse ponto específico é que haveria a diferença para com as ciências positivo-naturalistas, já que não há como se demonstrar a validade científica de proposições de uma ciência do dever-ser, cultural (GUARAGNI, 2009). Contudo, o direito penal, para não perder o status de científico sob a matriz reinante da época, teve que pagar o preço por e adaptar-se às regras do jogo. Assim, reduziu-se o pensamento jurídico penal de forma sistemática a tudo que pudesse ser aferido a partir de uma relação de causa e efeito, sob pena de se considerar perdido seu status de ciência.

Os principais expoentes desse sistema são Franz von Liszt (1851-1919) e Ernst von Beling (1866-1932), de modo que é trazido aqui um conceito natural de ação que desempenhava uma função básica na teoria do delito, constituindo-se em elemento geral e comum a qualquer espécie de delito. Diante disso, ocorre que, quando da análise da conduta, não se perquirirá sobre seu conteúdo, tampouco seus aspectos normativos, pois caso isso ocorresse, como visto, a teoria deixaria de ser ciência. A ação é valorativamente neutra e identificada como um movimento corpóreo voluntário que produz modificação no mundo exterior. Dessa feita, o conceito de ação traz os seguintes componentes: voluntariedade, expressão externa dessa voluntariedade por meio de um movimento corporal e o resultado (TAVARES, 1980).

Dada a influência das ciências naturais na época, tem-se que a busca de classificações, sistematização e identificação de elementos é preocupação básica da

⁸ Segundo Guaragni (2009), citando Abbagnano, ciências culturais são vistas como sinônimos de ciências normativas.

doutrina penal positivista-naturalista, de modo que, inicialmente, entendia-se crime como conduta antijurídica, culpável e punível, e, posteriormente, com a noção de tipo de forma autônoma trazida por Beling. Em 1906, o tipo foi incorporado a este conceito.

Já o abandono da punibilidade como requisito do crime se deu como consequência da evolução mencionada em relação ao tipo, já que a função de identificar a ilicitude penal deixou de ser afeta à punibilidade e passou a ser realizada pela tipicidade. Assim, o conceito analítico de crime passou a ser a conduta humana típica, antijurídica e culpável. Conforme salienta Guaragni (2009), havia uma dicotomia estrutural objetivo-subjetiva, de maneira que enquanto a tipicidade e a ilicitude eram objetivas (ao menos na primeira fase da teoria, essencialmente positivista) e faziam referência ao externo, a culpabilidade tinha cunho subjetivo, interno, sendo entendida como o nexo entre o agente e o resultado (teoria psicológica da culpabilidade).

O fato de a vontade, aqui entendida de maneira superficial como dolo, não ser mencionada na conduta não significa que ela é desprovida de importância para a existência do crime. Nesse sistema, o aspecto subjetivo pertencia à culpabilidade. Assim, tanto o dolo quanto a culpa pertenciam a este elemento do crime.

Segundo o sistema de Liszt (2003), não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpabilidade a ligação subjetiva que permita a responsabilidade pelo resultado produzido. Dessa forma, a culpabilidade supõe a imputabilidade do agente e a imputação do resultado quando houver dolo ou culpa. Portanto, o resultado é imputável quando o ato é doloso, ou seja, quando o agente o pratica, apesar de prever o resultado. Dolo é, pois, a representação da importância do ato voluntário como causa. A expressão dolo (*Vorsatz*), para o autor, não é gramaticalmente bem escolhida, vez que na Alemanha medieval *Vorsatz* significava um delito especial, difícil de definir. Já na Alemanha meridional, *Fürstaz* seria sinônimo de ânimo deliberado e, portanto, de premeditação. O *dolus malus* do direito romano consiste na intenção antijurídica e, segundo Liszt, nada tem de comum com o dolo de seu sistema.

Pontua Liszt (2003) que, quanto ao dolo, foi adotada a teoria da representação pela jurisprudência do Tribunal do Império. Contudo, majoritariamente, prevalecia à época a teoria da vontade. No entanto, essa teoria tem um inconveniente, qual seja, a falta de clareza da ideia de vontade, que acaba por confundir dolo e intenção. De todo modo, vontade seria a tensão dos músculos, pois o que se quer é sempre o movimento corpóreo, nunca o resultado. Destarte, a ideia de dolo para Liszt (2003, p. 17) comprehende

a representação do ato voluntário mesmo, quando este corresponde à ideia de um crime determinado, quer sob a sua forma ordinária, quer sob uma forma mais grave; a previsão do resultado, quando este é necessário para a ideia do crime; a representação de que o resultado será efeito do ato voluntário e este, causa do resultado, portanto, a representação da causalidade mesma.

Nisso se diferencia dolo de desejo. Este supõe a representação de mudanças futuras, mas não a representação da relação causal entre a ação empreendida e tais mudanças. É possível, por exemplo, desejar (sem se propor a fazer) que um inimigo pereça em uma viagem por via férrea ou às montanhas da maneira como foi determinado, ou que o raio fulmine a árvore sob a qual ele se colocou por conselho dado; bem como é desejo, e não dolo tirar a sorte grande por meio do bilhete comprado (LISZT, 2003).

Em suma, para Liszt (2003), de maneira menos expressiva, dolo seria a consciente realização de todas as circunstâncias⁹ que caracterizam o crime. Assim, dá-se o dolo quando o agente tem em vista o resultado, isto é, quando a previsão do resultado é o motivo do ato, quando o agente empreende o ato por causa das mudanças que ele operará no mundo exterior, quando essas mudanças são o fito e a sua produção, o fim do ato, quando o resultado é proposto.

Dá-se o dolo também quando o agente prevê o resultado, embora essa previsão não seja o motivo do seu ato. Quem toma parte em um empréstimo levantado por um Estado em guerra com a Alemanha, sabendo que desse modo concorrerá para aumentar a forma de resistência do inimigo, comete dolosamente uma traição contra o país, conquanto o motivo seja somente o lucro resultado da operação; a meretriz

⁹ Aqui, embora Liszt (2003) se refira ao termo *circunstâncias*, deve-se entender como englobadas também as elementares, em que pese ambas não se confundirem. Circunstância, termo oriundo da expressão *circum stare*, diz respeito aos dados que circundam o tipo penal, este, por sua vez, formado por elementares, que, se retiradas, afetam a própria tipificação, alterando o delito em si.

que, sabendo estar acometida de sífilis, se entrega para obter lucro, faz-se culpada de ofensa dolosa à saúde de seu cliente (LISZT, 2003).

É curioso anotar que esse segundo rol de situações dolosas prescinde do elemento volitivo e parece se contentar apenas com o aspecto cognitivo. Embora à época não se analisasse o dolo valendo-se dessa bipartição, aqui, parece-se prescindir de um dos elementos.

Posteriormente, Liszt (2003) distingue o dolo direto do eventual. No primeiro, chamado incondicionado, o agente tem por certo o resultado. No dolo eventual, denominado condicionado, o agente considera o resultado apenas possível, contanto que a convicção de sua produção não o demova da prática do ato, de modo que ele anui ao resultado. O autor ainda pontua que a representação do resultado da ação pode ser mais ou menos determinada, quanto não deva ser completamente indeterminada nem possa compreender todas as particularidades. O agente deve conhecer em geral os anéis da cadeia causal a que por um ato de vontade deu impulso. A representação do resultado deve ser determinada nos traços característicos para que, como tal, se distinga do desejo e da esperança. Mas essa determinação, cujo grau inferior não é suscetível de ser fixado de modo invariável mediante uma fórmula geral, pode ser mais ou menos precisa.

Da mesma forma que no erro de proibição atualmente se fala em valoração paralela na esfera do profano para se designar a exigência no que tange a amplitude da noção acerca do comando proibitivo que emana da norma, pode-se usar esse mesmo termo no que tange a representação ou conhecimento das elementares do fato típico em relação ao dolo. Não é necessário que o agente conheça detalhadamente cada elementar e cada significação do dado típico, bastando que ele tenha uma noção, ainda que superficial, do que compõe a conduta. Isso é suficiente para que se possa dizer que há conhecimento da prática dos dados típicos para a finalidade de se aferir o dolo.

Ademais, sustenta Liszt (2003) que a hipótese de um dolo indireto deve ser abandonada. Segundo sua concepção, este se dá na hipótese em que o agente, com a prática do crime, dá causa a outras consequências que não previu, mas que resultaram do fato e que talvez poderiam facilmente dele resultar. Tal construção

converte em resultado representado algo que assim não foi. A origem do dolo indireto tem relação com as insuficiências da teoria da vontade, como dito.

Liszt (2003) critica também o denominado *dolus generalis*, que se dá na hipótese em que o agente supõe erroneamente ter consumado o crime, pratica uma outra ação para encobrir os vestígios do fato e só então produz o resultado inicialmente representado. Sustenta que em casos como esse, se todos os atos parciais podem ser concebidos como uma única ação, cujo curso se desvia da representação do agente apenas em pontos que para ele não são essenciais, não se faz necessária uma modalidade especial de dolo.

Ademais, o dolo, para o autor em estudo, não comprehende a consciência da ilegalidade, que deve ser apreciada de um modo inteiramente objetivo. Isso se torna evidente quando se verifica que o dolo aparece não apenas no campo do ilegal, mas também no que é juridicamente indiferente. Assim, o ladrão que mata a caça atua com dolo, ainda que esteja investido no direito de caçar. Ademais, exigir-se a consciência da ilegalidade paralisaria a administração da justiça, pois se deveria provar, em cada caso, que o agente conhecia o preceito violado. Portanto, é importante ressaltar aqui que Liszt (2003) não adota o dolo normativo, denominado *dolus malus*, que tradicionalmente se alia à consciência da ilicitude. Pelo contrário, o autor é firme em não adotá-lo.

4.2 SISTEMA NEOCLÁSSICO

Grandes linhas do sistema anterior foram mantidas, fazendo com que se dissesse que esta fase representou um segundo momento do causalismo, sendo comum falar em sistema Liszt-Beling-Radbruch. Contudo, tais etapas não devem ser confundidas, pois enquanto o paradigma naturalista situava-se no mundo do ser, o modelo neoclássico se encontrava no âmbito das valorações (LISZT, 2003).

A fase neokantiana representou um rompimento com a pretensão de reduzir a análise do crime à constatação de um fenômeno natural, físico, centrado na relação de causa e efeito. Expurgou-se do Direito Penal a ideia de crime como fenômeno cuja explicação seria adequada às ciências do ser, tentativa da doutrina jurídico-

penal positivista-naturalista, que se justificava sobretudo pelo absoluto desprestígio ocupado pelas ciências do espírito na segunda metade do século XIX.

O neokantismo, nesse ponto, representou um resgate do valor científico das ciências do espírito. Reintroduziu a noção de que o Direito Penal, bem como os demais ramos do direito, não está entre as ciências do ser, mas são ciências culturais, do dever-ser, sem que isso implicasse degeneração ou perda da qualidade científica. Resgatava-se a possibilidade de lidar com um método adequado às ciências do espírito, consistente em compreender e valorar as condutas ilícitas, ao invés do método empírico consistente em observar e descrever, próprio das ciências naturais, como a biologia.

A realidade adquire relevância para as ciências do espírito sempre que posta em relação com valores, que não são perceptíveis como os objetos da natureza, mas comprehensíveis por meio da interpretação. A realidade, para as ciências do espírito, tem um viés axiológico. O ideal científico das ciências do espírito é o de compreender o fenômeno em sua própria concreção única e histórica (LISZT, 2003).

Conforme Liszt (2003), o termo neokantismo ou neocriticismo encontra aqui sua razão de ser. Abstrai-se tudo o que é perceptível sensorialmente pela experiência (método empírico) para obter a razão pura (verdade na sua essência). A partir disso, funda-se no pensamento kantiano uma dualidade de método absolutamente fundamental para a filosofia: a distinção entre ser e dever-ser. De fato, evidencia-se que o método empírico serve às ciências da natureza, enquanto que a compreensão do objeto segundo um sentido valorativo que se lhe imprima serve às ciências culturais.

A linha neokantiana de pensamento, ao revalorizar essa distinção metodológica, promoveu verdadeiro “racha” entre os universos do ser, referido a fenômenos da natureza e, do dever-ser, referido a valores. Ambos deveriam permanecer separados e incomunicáveis, porquanto cada qual era guiado por métodos sem qualquer traço comum, compreendendo a realidade a partir de enfoques distintos. Tratava-se de uma reação clara, a redução naturalista de todo o conhecimento humano ao campo da causalidade, para ser conhecido e explicado com valor científico.

Assim, a conduta humana deixou de ser um fenômeno naturalístico. Ora, se o Direito Penal pertence ao campo das ciências culturais, devem seus institutos se orientar pelo método nelas utilizado, divorciando-se das ciências do ser. Como dito, nesta corrente, que tem como maior nome Edmund Mezger, abandonou-se o naturalismo que marcava o pensamento anterior. Nesse ponto, aliás, fizeram-se sentir fortemente os efeitos da mudança de paradigma filosófico, de um naturalismo mecanicista para outro estruturado axiologicamente, prezando os valores com que trabalhava (e até hoje trabalha) o Direito Penal (LISZT, 2003).

No campo da tipicidade, não obstante a manutenção do seu caráter objetivo, passam a ser aceitos elementos subjetivos, o que, diga-se de passagem, não se deu com Mezger, mas com Feuerbach, autor que pode ser situado entre a escola clássica e a neokantista. Assim, Köster (1998) lembra que, para Feuerbach, em algumas situações, a ação traz certos aspectos subjetivos, propósitos determinados, uma certa determinação da vontade. Com essa construção, Feuerbach reconhece elementos subjetivos já no tipo penal, mas apenas quando eles são requeridos em tipos específicos, ou seja, naquelas ações nas quais é necessária uma modalidade especial da vontade para praticar determinado delito.

Curiosa construção encontrada na obra de Mezger relaciona-se exatamente ao dolo. Nos crimes tentados, ele era considerado elemento do injusto e da culpabilidade, de modo simultâneo, ao passo que nos crimes consumados era situado apenas na culpabilidade. Guaragni (2009) observa que, com isso, buscava Mezger contornar uma crítica insuperável do sistema causalista, qual seja, a dificuldade na diferenciação entre o homicídio tentado e a lesão corporal, pois inseria-se desde já na conduta humana a intenção do agente. A culpabilidade, aqui, era composta por elementos psicológicos e normativos. O dolo, concebido como *dolus malus*, era um elemento psicológico-normativo composto por cognição da conduta, vontade de realizá-la e cognição da ilicitude da conduta. Como marco do pensamento neokantista, surgiu na culpabilidade a exigibilidade de conduta diversa, introduzida por Reinhart Frank em 1907.

Segundo a conceituação de Mezger (1958), dolo consiste na comissão com conhecimento e vontade. Para essa forma básica de culpabilidade, é necessário um

conhecimento determinado do tipo e das partes que o integram. O conhecimento do fato leva em conta as distintas circunstâncias que o rodeiam e o conhecimento de sua ilicitude. Não obstante isso, o dolo requer também a vontade de praticar o fato. Para se analisar a questão relacionada à vontade, Mezger (1958) lança a seguinte pergunta: o que é querido pelo autor de um fato?

A partir de diversas teorias, três podem ser as respostas, segundo ele. Segundo uma primeira concepção, querido é o que o agente se propôs com sua conduta. Esse critério constitui o ponto de arranque e trata do dolo direto de primeiro grau ou dolo imediato. Por uma segunda concepção, querido é o que o autor representou em sua intenção como consequência necessária ou efeito necessário inevitável do fato. Aqui, se fala em dolo indireto ou dolo direto de segundo grau. Por fim, querido é também o que o autor se encarrega e admite como sua intenção. Este seria o dolo condicionado ou dolo eventual.

Pela primeira concepção há uma intenção determinada, uma finalidade que se encontra na essência do próprio querer do agente. Não é preciso que a intenção seja um fim último. A intenção é considerada atingida ainda que como caminho para outras finalidades. Contudo, acautela Mezger (1958), o que é apenas desejado não é querido. Se o autor apenas deseja a produção do resultado, não agiu dolosamente. Aquele que envia seu rival a um bosque para que um raio o atinja não atua dolosamente se o resultado desejado se produz, simplesmente porque o autor não exerce qualquer influência para a ocorrência do dano, tampouco é possível puni-lo pela forma tentada.

Na segunda acepção, atinente ao dolo indireto ou dolo de segundo grau, Mezger (1958) pontua preliminarmente que evita a primeira expressão, preferindo a segunda, uma vez que, historicamente, dolo indireto teve diversas manifestações teóricas. Na segunda construção, encontram-se representações ligadas necessariamente ao que o agente efetivamente quer. O autor tem plena consciência de que à realização de sua intenção estão ligados inevitavelmente outros resultados. Se alguém sabe que esses resultados são inevitáveis e, mesmo assim, age, então, *quis* tais resultados. Assim, já se nota de antemão como o termo *querer*, aqui, é

entendido nos mais diversos sentidos, não relacionados necessariamente a seu aspecto ontológico¹⁰.

Por fim, consoante a terceira acepção, relacionada ao dolo condicionado ou dolo eventual, representa-se o querido como possível. Esse elemento não pode faltar, de modo que se algo não é representado ao menos como possível não há ação dolosa. O limite entre o representado como necessário no dolo indireto e o representado como possível no dolo eventual não é estático, mas elástico, vez que em uma situação de alta probabilidade pode-se entender havido o dolo indireto, e não o dolo eventual (MEZGER, 1958).

Assim, acerca do elemento volitivo, são essas as acepções apontadas por Mezger (1958). Nota-se que sua construção já se assemelha com o que é trazido hoje nos manuais. Por sua vez, no que tange o conhecimento, a questão, para Mezger (1958), é até que ponto é necessário o conhecimento das distintas circunstâncias que estão contidas na descrição do fato. Assim, é evidente que o dolo deve estar presente em relação aos dados que estabelecem punição ou aumentam a pena, havendo que se analisar tal necessidade nos dados que excluem ou diminuem a intensidade da responsabilidade penal. De todo modo, o autor adota a ideia de que para todas essas situações se faz necessário o dolo. A ação dolosa exige o conhecimento e a previsão das circunstâncias do fato que fundamentam a pena. Não é necessário o conhecimento das circunstâncias do fato que fundamentam a imputabilidade do agente, tampouco o conhecimento das condições objetivas da punibilidade. Além da vontade e do conhecimento, o dolo também contém a consciência da ilicitude, entendida como o conhecimento acerca da injustiça do fato em conjunto. Assim, aquele que desconhece agir injustamente não comete um delito doloso.

É importante aqui tratar de uma construção bem peculiar de Mezger (1958), relacionada à consciência da ilicitude. Percorrendo várias edições de sua obra, observa o autor que na edição de 1948, ele sustentava que, nos casos em que falta ao autor a consciência da ilicitude, subsiste o dolo se a falta do elemento mencionado dependeu de uma concepção equivocada acerca do que é injusto.

¹⁰ Nesse sentido se dá a crítica de Puppe (2004).

Assim, apenas o autor que observa fundamentalmente uma atitude jurídica seria isento.

Posteriormente, na terceira edição da mesma obra, em 1951, ele relata que manteve tal ponto de vista, sendo mencionado, contudo, que a hostilidade ao direito é equiparável ao dolo em suas consequências jurídicas, mas não no conceito. Caso falte a consciência da ilicitude, o dolo não pode existir. No entanto, nos casos de hostilidade ao direito, os efeitos jurídicos se equiparam às condutas em que há dolo, sendo devida a mesma pena. Essa noção tem por fundamento a chamada culpabilidade pela conduta de vida e também o princípio de que não se pode invocar em seu benefício o sujeito que atuou de acordo com um critério incompatível com uma concepção sã do que é o direito e do que é o injusto.

Na quarta edição da obra, em 1952, essa posição foi mantida por Mezger (1958), entendendo que outros requisitos podem existir no lugar do dolo, em certas situações rigorosamente circunscritas. Assim, em suma, no que tange as circunstâncias do fato, será sempre exigido o dolo. Contudo, no que diz respeito à consciência da ilicitude do fato, exige-se o dolo ou uma atitude incompatível com uma concepção do que é justo. Atualmente, essa concepção, denominada *culpabilidade pela conduta da vida*, é rechaçada pela doutrina. Roxin (2006), por exemplo, sustenta que não mais se pode recorrer a essa construção, vez que uma condução culpável da vida não é uma realização culpável do tipo e apenas este é punível.

A expressiva valoração imposta pelo sistema neokantista enfrentou duras críticas, em parte, direcionadas ao fato de tal sistema ter se encaixado de maneira dogmaticamente coerente com o Direito Penal nacional-socialista, especificamente em relação à contribuição de Mezger para o regime nazista. Aqui, não se faz referência à obra de Mezger citada, editada após a Segunda Guerra Mundial, mas, sim, à sua obra anterior ao fim do conflito. Mezger, que pode ter seu pensamento dividido em duas fases, antes e após a Segunda Guerra Mundial, em um primeiro momento aderiu ao regime nazista e a seus fundamentos ideológicos. Segundo Muñoz Conde (2005), provavelmente desde que chegou a Munique, em 1933, recém-nomeado chanceler do governo alemão de Adolf Hitler, esse pensador foi

cativado pelo novo regime e nomeado membro da Comissão de Reforma do Direito Penal. O programa político-criminal estabelecido por Mezger durou até 1945, quando a situação passou a ser totalmente desfavorável, motivo pelo qual ele voltou às suas propostas dogmáticas anteriores a 1933, como se nada tivesse acontecido.

4.3 SISTEMA FINALISTA

As origens do finalismo, como forma de ser no mundo, sem prejuízo de outras construções teóricas, remontam, segundo Platão, a Anaxágoras, que foi o primeiro a afirmar que a causalidade é obra da inteligência humana. Não obstante isso, concepção que efetivamente marcou a filosofia do finalismo deve ser atribuída a Aristóteles, reproduzida por São Tomás de Aquino em Tavares (1980, p. 54): “tudo que existe na natureza, existe para um fim, que é a substância ou a forma ou a razão de ser de cada coisa”.

Conforme Tavares (1980), a filosofia de Hartmann trata fundamentalmente das chamadas categorias do ser: a causalidade dos mortos e a finalidade dos vivos. A ação humana apenas pode ser compreendida como algo final, algo que necessariamente persegue, desde sua aparição, um determinado objetivo, estranho à própria conduta. O desdobramento dessa atividade se dá em três fases: inicialmente, o homem antecipa seus objetivos; imediatamente, atua e põe em movimento os meios adequados para obtê-los e alcançá-los; finalmente, como terceiro momento, realiza o que almejou.

Na teoria jurídico-penal, Tavares (1980) recorda que, inicialmente, Von Weber e Graf zu Dohna distinguiam em alguns delitos ações causais e finais, destacando que elas são, desde sua aparição, reciprocamente independentes, tal como ocorre com os delitos dolosos e culposos. Conforme o referido autor, Von Weber mostra que, na realização de algumas ações previstas no tipo, se descreve não apenas um processo causal, mas condutas dirigidas de acordo com um sentido subjetivo. Isso determina que se inclua no tipo o próprio dolo. Assim, ao lado do tipo objetivo, surge um tipo subjetivo, que se constrói basicamente sobre o dolo.

A teoria finalista da ação aparece como clara reação ao normativismo projetado pela linha neokantiana de pensamento, que elaborou sobre uma base idealista a manutenção do sistema clássico objetivo-subjetivo, denominado sistema neoclássico. Assim, a teoria finalista da conduta é parte de uma pretensão maior, qual seja, desafiar o paradigma neokantiano e desalojá-lo da condição de eixo do Direito Penal. Enquanto o neokantismo havia determinado um absoluto divórcio entre os universos do ser e do dever-ser, propondo que este resolvesse as questões atinentes ao Direito Penal, dando, assim, plena liberdade ao legislador, Welzel buscou limitar a atividade legiferante (GUARAGNI, 2009).

Conforme Guaragni (2009), Welzel parte de um princípio oriundo do jusnaturalismo segundo o qual o direito é pressuposto da existência humana, a qual, dotada de sentido, dependeria também de estruturas diversas igualmente dotadas de sentido e limites. Esses seriam traçados a partir da própria consciência do dever-ser e também das estruturas ônticas a interpretar. Tais estruturas são preliminares a toda interpretação de seu sentido, que se acha a elas vinculada. Há casos de verdadeira limitação de dever imposto pela norma por questões de impossibilidade física. Assim, por exemplo, uma norma, moral ou tampouco jurídica, nunca poderá preceituar às mulheres que deem à luz filhos viáveis aos seis meses, em lugar de nove.

Conforme Guaragni (2009, p. 129-130), baseia-se Welzel na teoria realista do conhecimento, segundo a qual

o objeto, enquanto matéria do mundo, existe fora de nós e antes de nosso conhecimento. O homem, desta forma, não determina a realidade, mas encontra-se em uma ordem objetiva da realidade que lhe é anterior, composta de estruturas lógico-objetivas prévias a toda regulação jurídica, às quais necessariamente hão de se vincular o legislador. De maneira sumária, dentro de um modelo realista de conhecimento, os objetos preexistem às ideias, ao contrário das teorias idealistas do conhecimento. No idealismo, há uma inversão da ordem de existência, implicando ideias que existem antes dos objetos e os criam, a exemplo do conceito de ação como comportamento humano, vazio de conteúdo, artificialmente criado pela dogmática jurídico-penal neokantiana para justificar a preservação do sistema objetivo-subjetivo de análise do crime. Se após uma ideia ser lançada em relação a um objeto qualquer este se modificar, ocorre um ato de vontade. Se, ao revés, o objeto mantiver-se em sua forma real, prévia à ideia, tratar-se-á de um ato de conhecimento. Os atos de conhecimento podem limitar-se a descrever os objetos ou, de outro lado, julgá-los, atribuindo-lhes valores positivos ou negativos (desvalorar é o verbo comum na terminologia jurídico-penal para designar esta situação).

Dessa forma, o ato de conhecimento é aquele que se limita a prover de dados o observador, sem alterar o objeto como matéria do mundo. Assim, partindo-se dessa premissa a ser levada para o Direito Penal, tem-se a conduta humana como a primeira das estruturas lógico-objetivas a ser considerada pelo legislador. A conduta humana pertence ao grupo das estruturas ônticas que funcionam como preliminares a toda interpretação de seu sentido. Diante disso, todas as normas morais e jurídicas apenas podem referir-se a atos, os quais são algo distinto de meros processos naturais causais, distinguindo-se destes pelo momento da finalidade. A estrutura da ação humana é o pressuposto de possibilidade para valorações, as quais, se hão de ter sentido, só podem ser valorações de uma ação, tais como, por exemplo, a ilicitude e a culpa.

Fincou-se o entendimento de que o legislador está vinculado a estruturas ônticas que delimitam sua atividade, denominadas por Welzel estruturas lógico-objetivas, conforme relata Guaragni (2009). A conduta humana, como pedra de toque do conceito analítico de crime, é a mais importante dessas estruturas, de maneira que o modo de pensar realista demandou sua reelaboração conceitual. Estruturas como a conduta humana são analisadas pelo Direito Penal por meio de valores negativos (desvalores), atribuindo-os a todas aquelas condutas que refogem a sua proposta de como deveriam ser. Esse fenômeno ocorre na hipótese de a conduta ser considerada criminosa.

Assim, segundo o finalismo, quando há a prática de um crime, não se está alterando a conduta, mas apenas lhe atribuindo valores negativos, permanecendo a conduta idêntica ao que era antes de o Direito Penal operar a tríplice valoração (fato típico, ilicitude e culpabilidade). Na ótica finalista, o Direito Penal, em relação a seu objeto, que é a conduta, realiza, em sentido figurado, um ato de conhecimento valorativo negativo, porquanto não altera o objeto conduta humana, porém fornece dados ao intérprete para compreendê-la como criminosa. Por essa razão é que se costuma dizer que o conceito finalista de conduta humana é o apreendido ontologicamente, uma vez que ela permanece, para o Direito Penal, tal qual é na realidade. Não há, neste diapasão, um conceito jurídico-penal de conduta. Esta preexiste ao Direito Penal e este apenas a valora negativamente, porém não a modifica.

Assim, diz-se no finalismo que a conduta humana é o exercício da atividade final. A ação é, portanto, um acontecer final, e não puramente causal. A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua vontade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada momento. A finalidade é, por isso, vidente, enquanto que a causalidade é cega (WELZEL, 2001).

Essa finalidade baseia-se na capacidade da vontade de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e de dirigi-lo, por conseguinte, conforme um plano, à consecução de um fim; a espinha dorsal da ação finalista é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal. Ela é o fator de direção que configura o suceder causal externo e o converte, portanto, em uma ação dirigida finalisticamente.

Dessa forma, inspirado em Hartmann, Welzel, citado por Guaragni (2009), divide a ação em algumas fases. A primeira transcorre completamente na esfera do pensamento e se inicia com a antecipação do fim que o autor quer realizar, a seleção dos meios necessários para sua realização a partir do saber causal do autor, a consideração dos efeitos concomitantes que se encontram unidos aos fatores causais escolhidos e, por fim, o autor leva a cabo sua ação no mundo real. A partir dessa construção, é inegável que Welzel teria, por uma questão de coerência teórica, de admitir os elementos subjetivos no próprio injusto.

Não obstante essa construção, é importante asseverar que, especificamente em relação aos elementos subjetivos, sua descoberta no próprio injusto deu-se no neokantismo e produziu profunda ruptura na rígida separação imposta pelo modelo objetivo-subjetivo, externo-interno. Observou-se que em muitos tipos o injusto não pode ser concebido de um modo puramente objetivo. Com essa descoberta, abriu-se uma brecha profunda no sistema anterior. Contudo, isso não ensejou a

reavaliação da doutrina dominante à época acerca do lugar do dolo. Verificou-se que na tentativa o elemento subjetivo estaria no injusto, vez que, nesses casos, sob um aspecto meramente objetivo, ou seja, sem analisar a vontade do autor, não é possível saber que tipo é realizado.

Dito isso, se alguém efetua um disparo que passa próximo a outrem, esse processo causal externo pode ser uma tentativa de homicídio, uma tentativa de lesões corporais ou um disparo em local proibido. Como poderia depender de que o disparo acerte ou não o alvo o fato de o dolo ser um elemento do injusto ou da culpabilidade? Em verdade, em todos os casos o dolo é um elemento constitutivo do tipo.

Assim, verifica-se desde já que ao menos dois fatores ensejaram a inserção do elemento subjetivo no injusto. Inicialmente, a premissa finalista, amparada em dados ônticos, e a análise do comportamento humano como algo necessariamente orientado a uma finalidade tornam imperiosa tal necessidade. Assim, por questão de coerência com as premissas do modelo finalista, impõe-se a alteração.

Outro fator foi a necessidade de se admitir em certos tipos elementos subjetivos. Tal situação, de certa forma, quebrou parte das premissas e construções do modelo clássico e mesmo do modelo neokantista. Além disso, gerou uma situação não sistêmica, pois ora o elemento subjetivo estaria no tipo, ora na culpabilidade. A única forma de sistematizar novamente o aspecto topográfico do elemento subjetivo na estrutura analítica do crime seria recolocá-lo em apenas um estrato, o que, conforme Guaragni (2009), fez Welzel.

Com isso, o sistema da concepção puramente objetiva do injusto ficou abandonado; em todos os delitos dolosos o dolo é um elemento essencial do injusto. Daí se deduz que somente o conceito de ação finalista, e não o conceito de ação causal, pode sustentar a base ôntica da doutrina do injusto. O dolo, cujo caráter de elemento configurador objetivo da ação tinha sido destacado pela doutrina da ação finalista, é um elemento essencial do conceito de injusto (GUARAGNI, 2009).

Dessa forma, conforme Guaragni (2009), o injusto (conduta humana típica e antijurídica), que nos sistemas clássico e neokantiano era o lado objetivo do crime,

passou a ser também composto por elementos subjetivos ou pessoais. Fundava-se a teoria do injusto pessoal, em que ele é composto por elementos de ordem objetiva e subjetiva. O dolo foi transportado da culpabilidade para ser analisado no tipo somente com suas cargas psicológicas – elementos cognitivo e volitivo. O transporte do dolo da culpabilidade para o tipo resolveu o problema da tentativa, não solucionado no pensamento neokantiano.

Ainda em matéria de erro, a dicotomia passa a operar-se entre erro de tipo, calcado na inexistência do elemento cognitivo do dolo (já que todo querer pressupõe um conhecer), e erro de proibição, que implica impossibilidade de o agente compreender a ilicitude da conduta. Assim, conforme destaca Tavares (1980), o tipo subjetivo é composto pelo dolo, como elemento subjetivo geral e das intenções ou tendências, que são os elementos subjetivos especiais, presentes em determinados delitos (por exemplo, o furto).

O dolo, como mera decisão por um fato, é penalmente irrelevante. Adquire relevância somente quando o sujeito conduz o fato e o domina. Tem sempre duas dimensões, pois não é apenas a vontade tendente a obter um resultado, mas também a vontade apta a obtê-lo. Assim, o dolo pertence à ação, porque distingue a estrutura finalista das ações típicas dolosas, a estrutura somente causal da produção das ações típicas culposas¹¹. Em suma, dolo consiste no conhecimento e no querer da concreção do tipo penal.

O dolo, como vontade do fato, significa vontade de concretizá-lo. Assim, em Direito Penal, querer não significa querer ter ou alcançar, no sentido de aspirar, mas querer concretizar. Quem quer incendiar sua casa para obter seguro apenas quer ter o dinheiro. No complexo total de coisas que realiza o autor para alcançar sua meta, no mais das vezes, aspira somente a uma parte do que praticou. As demais circunstâncias são tidas como colaterais necessárias, também sujeitas à vontade de concretude. Por isso, o dolo do fato comprehende tudo que se estende à vontade de

¹¹ Aqui, já se demonstra um calcanhar de Aquiles da teoria finalista. Ao menos neste momento de sua obra, Welzel (1956) trata a conduta culposa como causal. Ainda que depois altere o entendimento e passe a sustentar que nesta também há finalidade, a culpa não se encaixa perfeitamente com o modelo finalista, ao menos a priori.

concretizá-lo, ou seja, não apenas o que foi diretamente almejado, mas também os meios necessários e as consequências secundárias.

Tradicionalmente, se distingue o dolo entre dolo direto, que compreende o que o autor previu como consequência necessária de seu fazer, tendo sido desejado ou não, e dolo condicionado (dolo eventual), cujo nome induz a erro, vez que não se trata, segundo Welzel (1956), de uma vontade sobre um fato eventual (condicionado), mas de uma vontade não condicionada que se estende a fatos que possivelmente (eventualmente) se produzirão. O querer condicionado, ou seja, indeciso em absoluto, não representa, em verdade, dolo algum.

Assim, quanto ao dolo eventual, Welzel (1956) defende a teoria do assentimento, opondo a ela a teoria da probabilidade, que distingue o dolo eventual da culpa consciente em razão da maior ou menor probabilidade de produção do resultado. Critica-se, de todo modo, essa última teoria, por deixar de lado o aspecto volitivo, em favor do intelectual.

Assim, pela teoria do assentimento, atesta Welzel (1956) que seria resolvido o caso Lacmann, segundo o qual, em um salão de tiro ao alvo, um homem apostava com outro que conseguirá acertar a bola de cristal que uma menina tem na mão, apesar de ter consciência de sua regular pontaria; o tiro acerta na garota. Se o sujeito acreditava evitar o resultado por sua pontaria, então atuou culposamente; por outro lado, se deixou liberada sua mente, agiu com dolo eventual, pois quis o fato incondicionalmente. De todo modo, quando a lei permite um atuar doloso, abarca normalmente também o dolo eventual. Não obstante isso, a lei emprega a expressão *sabendo que* em diversos sentidos. Nas leis mais antigas (até 1925), nela estaria incluído o dolo eventual, já nas leis recentes, significa somente o dolo direto.

Não obstante a abrangência mencionada, certo é que Welzel (1956) deixou claro que o dolo de um delito exige o conhecimento de todas as características que pertencem ao tipo objetivo do injusto. Ademais, o dolo exige também o conhecimento das circunstâncias de fato existentes, a previsão do resultado e a previsão do curso causal da ação. Assim, o acontecer exterior é somente um fato da vontade finalista quando é idealizado pela vontade consciente para um fim, ou seja, quando o delito está submetido ao domínio da vontade. Por isso, o resultado típico

não é tido como doloso quando é consequência causal da concorrência das circunstâncias imprevistas, mas apenas quando estava proposto finalisticamente pela vontade em sua produção concreta.

A partir dessa construção, Welzel (1956) discute o clássico exemplo do sujeito A que atira contra B com dolo de matar, mas apenas o fere. B perde a vida em consequência de um incêndio no hospital para o qual foi levado. O resultado está, por certo, causalmente relacionado com a conduta praticada por A, mas não foi finalisticamente por ele proposto. Justamente por isso, A apenas responde pela tentativa.

É curioso observar que o raciocínio de Welzel descreve a situação contemplada no artigo 13, § 1º do Código Penal brasileiro. Cediço que segundo essa legislação a questão posta se resolve a partir da própria causalidade e valendo-se da teoria da causalidade adequada, que excepciona a teoria da equivalência dos antecedentes – *conditio sine qua non* –, adotada em regra segundo doutrina dominante. Contudo, Welzel soluciona tal questão a partir do dolo e do controle que o agente deveria ter sobre o curso de sua ação. Tal análise torna discutível a premissa segundo a qual o Código Penal do Brasil teria se alinhado a um viés finalista. Em verdade, analisando-se a questão da causalidade, entende-se que há uma aproximação maior com o causalismo do que com o finalismo propriamente dito.

Ainda, em relação à direção do curso causal, Welzel (1956) pontua, de maneira correta, que, para o homem, nunca é possível que a direção do curso causal chegue aos mínimos detalhes. Decisivo é apenas que o suceder causal tenha sido previsto e querido, ao menos em suas linhas essenciais. Assim, permite-se, por óbvio, certa maleabilidade na causalidade, que não impede que esteja abarcada pelo dolo. Importa é que exista certo controle sobre o desdobramento essencial da conduta. Entende-se aqui o “essencial” como aquela diferença causal que não é excepcional e que não está fora da experiência diária, do que normalmente acontece consoante as máximas de experiência, segundo o brocardo *id quod plerumque accidit*. Desta forma, existe, por exemplo, homicídio doloso consumado quando os golpes de faca não foram mortais, mas a morte se produz por infecção das feridas causadas. Esse desvio do curso causal está dentro do marco da experiência diária. É distinto, o caso

em que a infecção resulta de um tratamento inadequado seguido no hospital. Tampouco existe desvio essencial quando A joga B da ponte para afogá-lo, mas B morre por fratura da base do crânio.

Nota-se, curiosamente, que, enquanto nos casos de concausa relativamente independente que por si só causou o resultado, Welzel (1956) aliou-se à finalidade do agente. Em casos de desvio do curso causal, esse pensador, de certa forma e ainda que de maneira sutil, deixa de lado suas próprias premissas, pois, ao falar em desvio essencial ou não essencial, emite um forte juízo de valor, deixando de lado a análise da finalidade, passando a adotar as máximas da experiência para a aferição do curso causal. Por si só, isso já mostra que as premissas welzenianas não são suficientes para resolver as situações complexas envolvendo nexo causal, por exemplo.

Por fim, Welzel (1956) trata do modo como se dá o conhecimento das circunstâncias do fato que pertencem ao tipo. Preceitua que a maioria das características do tipo são conceitos da vida diária correntes para o agente, de cunho descritivo ou valorativo. No entanto, alguns tipos empregam termos de índole técnica, médica, como “documento”, “enfermidade mental”.

Como já analisado, também não é obrigatório que o autor identifique tais características com exatidão jurídica. Basta ter somente um conhecimento de qual o significado e função especial elas têm na vida social. A estimação social das circunstâncias do fato pelo autor se dá de maneira paralela à jurídica, ao que se denomina valoração paralela na esfera do leigo ou do profano, da qual fala Mezger (1956) ao tratar do erro de proibição, mas que, *mutatis mutandis*, se aplica aqui. Assim, por exemplo, não é preciso que o autor conheça o conceito jurídico de documento, mas deve saber que determinados documentos na seara jurídica gozam de uma credibilidade especial no meio social.

4.4 SISTEMAS FUNCIONALISTAS

Cediço que há mais de uma vertente funcionalista, de modo que neste trabalho serão apresentadas as duas com maior destaque. Inicialmente, será tratado o

funcionalismo teleológico-racional, também chamado de moderado, de Claus Roxin, e, em seguida, o funcionalismo sistêmico, também chamado de radical, de Günther Jakobs.

4.4.1 Funcionalismo teleológico-racional ou moderado

Desde meados da década de 1960, alguns doutrinadores passaram a criticar as premissas do modelo finalista, que parte de conceitos, organismos ontológicos previamente dados e, a priori, imutáveis. Assim, passou-se a sustentar que a formação de um sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas desde já concebidas, devendo guiar-se exclusivamente pelas finalidades do Direito Penal.

Referida tendência buscou desenvolver um novo sistema, retomando certos postulados neokantianos, que tiveram um desenvolvimento insuficiente e ainda restaram ofuscados pelo advento do nacional-socialismo. Assim, justamente para evitar a tragédia histórica que a dogmática penal não conseguiu evitar, pelo contrário, foi dela cúmplice, a lacônica orientação neokantiana seria substituída por um modelo sistematizado, amparado nas premissas político-criminais da moderna teoria dos fins da pena (ROXIN, 2006).

Assim, são retomados alguns valores: os conceitos são orientados teleologicamente, as categorias do delito passam a se materializar, de modo que a tais conceitos acrescentam-se vertentes valorativas. Parte-se da missão constitucional do Direito Penal, que é proteger bens jurídicos por meio da prevenção da pena. Há uma verdadeira funcionalização dos conceitos, ou seja, eles passam a desempenhar um papel no sistema a serviço do Direito Penal, buscando consequências justas e adequadas (GRECO, acesso em 15 jul. 2015).

Ademais, a teoria dos fins da pena, antes discutida à margem da dogmática da teoria do crime, passa a ser nela inserida, adquirindo valor basilar no sistema funcionalista. Ora, se o delito, em sua concepção analítica, traz em si os pressupostos para que se aplique a pena, o modelo deve ser construído tendo em vista exatamente seus fins. Rechaça-se a pena retributiva em nome de uma sanção

somente preventiva que busca proteger bens jurídicos ou que opera efeitos sobre a sociedade (prevenção geral) ou sobre o autor do delito. Enquanto outras concepções de prevenção geral se preocupavam inicialmente em intimidar potenciais criminosos, por meio da prevenção geral negativa, hoje, em primeiro lugar, sob a matriz funcionalista, pensa-se nos efeitos da pena sobre a população que normalmente cumpre as normas jurídicas a partir da denominada prevenção geral de integração ou prevenção geral positiva (GRECO, acesso em 15 jul. 2015). Ao lado dessa finalidade, há também a prevenção especial, que incide sobre os criminosos para torná-los aptos à vida em sociedade, segundo a prevenção especial positiva, ou que ao menos os impeça de cometer novos crimes, por meio da prevenção especial negativa.

Reforçando-se a necessidade de valoração na dogmática jurídico-penal, Roxin (2000) apenas oriental tal premissa, crendo haver a necessidade de uma correção valorativa na dogmática a partir de elementos de cunho político-criminal que atuarão no próprio sistema. A ideia de que as teorias se movimentam como um pêndulo é reforçada também aqui. Isso não é assim no direito, apenas, mas também na música e nas ciências em geral. Ao se criar uma teoria nova, busca-se ir para o outro lado do pêndulo, mas sempre se digere algo da teoria anterior. Nesse ponto, o funcionalismo de Roxin se vale, em parte, da estrutura da culpabilidade objeto da concepção normativa pura oriunda do finalismo, mas retoma as valorações neokantianas, orientando-as.

Pode-se estabelecer, para fins de entendimento, uma analogia: se, no que tange a finalidade, o causalismo é cego e o finalismo é vidente. De outra banda, no que diz respeito ao normativismo ou à valoração, enquanto o neokantismo é cego, o funcionalismo moderado é vidente, porque orienta a valoração a partir de um vetor de cunho político-criminal. Dessa forma, dá-se uma simbiose, uma inter-relação envolvendo dogmática e as valorações político-criminais, de modo que ambas não podem se confrontar, já que uma alimenta a outra; devem elas formar uma síntese, em um processo de “fagocitose” mútua. São analisadas sob o mesmo enfoque, sob o mesmo manto. Essa unidade obtida é inserida na própria estrutura dogmática da teoria do delito e isso tem repercussão na bipolaridade, na consideração dos aspectos formais e materiais dos elementos do crime (ROXIN, 2000).

Destarte, diante desse panorama teórico, Greco (acesso em 15 jul. 2015) considera que o trabalho do dogmático passa a ser identificar a que valoração político-criminal corresponde determinado modelo de Estado e, assim, funcionalizá-lo, isto é, construí-lo e desenvolvê-lo, de modo que atenda a essa função da melhor maneira possível.

Essa substituição das lacônicas valorações neokantianas por orientações político-criminais impede, em tese, que o sistema caia no normativismo extremo. Ademais, neste sistema, os valores não provêm de qualquer política-criminal, mas, sim, daquela acolhida pelo Estado social de direito. Aqui, desde já, é possível adiantar uma crítica ao sistema de Roxin. A orientação político-criminal, em seu sistema, de fato, tem o condão de fornecer as balizas da dogmática. Ocorre, contudo, que tal premissa deixa a dogmática a serviço da política-criminal de um determinado Estado. Isso se mostra adequado, desde que o Estado esteja em um estágio democrático evoluído o bastante e tenha as instituições já devidamente fortificadas, o que pode ocorrer na Alemanha, mas não no Brasil. Ademais, para que a teoria se aplique, parte-se de um pressuposto de que o Estado tem, de fato, uma determinada política-criminal organizada e uma linha coerente de tratamento à criminalidade, o que também não parece ser o caso do Brasil.

De todo modo, aplicar a teoria de Roxin irrestritamente em um país como o Brasil pode equivaler a não dar qualquer orientação racional à dogmática, pois, em verdade, sua rationalidade depende da política-criminal que lhe serve, o que parece tornar sua estrutura, ao menos nesse ponto, tão vulnerável quanto a de Mezger, a depender do país em que é aplicada, se não houver uma política-criminal adequada, organizada e condizente com os direitos estabelecidos na Constituição. Não obstante essa crítica, Roxin (2000) ainda fornece mais balizas, dizendo que são necessários três requisitos para um sistema: clareza e ordenação conceitual, referência à realidade e, finalmente, orientação com base em finalidades político-criminais.

No sistema de Roxin, surgiram duas grandes pilastras, sendo a primeira a teoria da imputação objetiva. O tipo objetivo, para os clássicos e especificamente Beling, na primeira fase de sua obra, se esgotava no conteúdo do tipo, mas posteriormente

veio a ser enriquecido com caracteres normativos e, por fim, subjetivos, o que se deu, como visto, mesmo antes do finalismo. De outra banda, a construção teleológica faz a imputação depender da ocorrência de um perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma, substituindo-se, destarte, a categoria científico-natural ou lógica da causalidade por um conjunto de regras orientadas por valorações jurídicas (ROXIN, 2006). Não se prescinde ou se deixa de analisar o dolo, mas se analisa outro filtro antes da tipicidade subjetiva.

A segunda pilastra do sistema racional-final ou teleológico, ainda no conceito analítico de crime, constitui a ampliação da culpabilidade à categoria da responsabilidade. Àquela, como condição de toda a pena, deve-se acrescentar sempre a necessidade preventiva (geral ou especial), de tal modo que a culpabilidade e as necessidades de prevenção da pena se limitam reciprocamente e só conjuntamente dão lugar à responsabilidade pessoal do sujeito, que enseja a imposição da pena.

Expostas as linhas do pensamento de Roxin, passemos à sua análise acerca do dolo. Comumente, esse autor reconhece três formas distintas de dolo: a intenção ou propósito, que consiste no dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual. De maneira genérica, há em comum dois elementos envolvendo o dolo, o elemento volitivo e o elemento cognitivo (querer e saber). Contudo, Roxin (2006) entende que deve haver algum aspecto em comum além desses elementos. O autor defende que a chamada *realização de plano* consiste na essência do dolo, segundo a qual um resultado é considerado dolosamente produzido quando corresponde ao plano do sujeito em uma valoração objetiva. Assim, por exemplo, se alguém atropela outro intencionalmente com o carro e se dá conta de que possivelmente lesionará um terceiro também, admite em seu plano a eventual lesão do terceiro e em caso de tal resultado ocorrer haverá dolo, ainda que tal não lhe agrade. De outra banda, quando alguém, em que pese as advertências de sua namorada, segue fumando na cama e provoca um incêndio, apenas é responsável a título de culpa, porque ainda quando o sujeito tenha sido omissivo quanto às advertências, não se pode interpretar o resultado como realização de um plano de incêndio.

Em um primeiro plano, Roxin (2006) assevera que importa, para fins de caracterizar a intenção do agente, que ele persiga um determinado resultado, ainda quando sua produção não se represente como segura, mas apenas como possível. De todo modo, os resultados conscientemente causados e desejados são sempre intencionais, ainda quando sua produção não seja segura ou não seja a finalidade última ou única de quem atua. Por outro lado, os resultados indesejados, cuja produção o sujeito não havia considerado segura, mas apenas possíveis ou prováveis, consideram-se produzidos por dolo eventual. Assim, fica a polêmica para um grupo de casos nos quais o agente deve produzir com segurança o resultado, mas não o deseja e o vê com indiferença.

Ao final, Roxin (2006) diferencia o tratamento dado ao vocábulo intenção comum a todas as espécies de dolo, a partir da estrutura de cada figura típica, aduzindo que, nos casos em que a intenção não possui um significado caracterizador da figura do delito, ela abarca o dolo direto de segundo grau, pois, quando a intenção não possui caráter constitutivo para a figura do delito ou não é necessária para a realização do tipo, ela atua como finalidade secundária. O dolo direto de segundo grau representa também um querer a realização do tipo, ainda quando o resultado seja desagradável para o sujeito. As consequências da ação que se reconhecem como necessárias são assumidas pela vontade do agente, ainda quando ele nelas não tenha interesse (ROXIN, 2006).

Posteriormente, o referido autor passa a traçar as linhas acerca do dolo eventual e da culpa consciente, aduzindo que tal possui uma extraordinária importância prática e que é considerada uma das questões mais difíceis e discutidas do Direito Penal. Para abordar esse aspecto, Roxin (2006) se baseia no seguinte exemplo: K e Y queriam roubar M. Decidiram estrangulá-lo com uma correia de couro até que perdesse a consciência, para que pudessem, então, subtrair seus pertences. Como notaram que o estrangulamento poderia, em determinadas circunstâncias, ocasionar a morte, a qual preferiram evitar, resolveram golpeá-lo com um saco de areia na cabeça e, dessa forma, fazê-lo perder a consciência. Durante a execução do fato, o saco de areia se arrebentou e os dois deram início a uma luta com M. Então, K e Y recorreram à correia de couro que tinham levado. Fizeram um laço em torno do pescoço de M e puxaram de ambos os lados, até que ele deixou de se mover. Em

seguida, se apoderaram de seus pertences. Por fim, houve dúvidas se M estaria vivo, de modo que tentaram a reanimação, mas sem sucesso.

Ao se responder à questão acerca da responsabilidade penal de K e Y, recorre-se à diferença material entre o dolo que caracteriza a realização de plano e a culpa consciente que significa, para Roxin (2006), negligência ou comportamento leviano. Trata-se de um caso limítrofe, mas que pende para o dolo eventual, pois os sujeitos não atuaram de maneira descuidada e irreflexiva, pois se deram conta de que sua atuação poderia conduzir facilmente à morte de M e, precisamente por isso, renunciaram ao plano inicial. Quando, após fracassar o plano substitutivo, voltaram ao projeto original, arriscaram-se conscientemente à morte de M, por mais desagradável que lhes parecesse essa consequência. Contabilizaram a morte de M, fazendo-a parte do plano, e, por essa razão, a quiseram. Diante disso, quem inclui em seus cálculos a realização de um tipo reconhecido como possível, em atitude contrária ao bem jurídico que corresponde à descrição criminosa, incorre em dolo eventual. Destarte, essa decisão pela possível lesão de bens jurídicos é o que diferencia o conteúdo de desvalor de dolo eventual e culpa consciente e que justifica a punição diferenciada.

Segundo Roxin (2006), se alguém que, por exemplo, apesar da advertência de sua acompanhante, dirige de maneira arriscada e provoca um acidente, tal não se dá necessariamente com dolo. Isso porque o agente conhecia as possíveis consequências e foi advertido sobre elas, de modo que poderia confiar em sua habilidade ao volante, pois, do contrário, desistiria de sua atuação, até por ser a primeira vítima de sua conduta. Essa confiança em um desenrolar irrelevante não permite chegar à conclusão de que a atitude é contrária ao bem jurídico. Esse exemplo relacionado à condução de veículo automotor se encaixa perfeitamente nas eternas e calorosas discussões acerca do elemento subjetivo quando da prática de delitos dispostos no Código de Trânsito Brasileiro, diploma objeto das mais temidas e draconianas presunções de dolo quando de sua aplicação.

Ademais, Roxin (2006) critica explicitamente a expressão *dolo eventual* ou *dolo condicionado*, pois o dolo, como vontade da ação realizadora de um plano, precisamente, não é eventual ou condicionado, mas, ao contrário, é incondicional,

vez que o sujeito quer executar seu projeto, pagando por isso o preço de se realizar o tipo, sob qualquer eventualidade ou condição. Unicamente, a produção do resultado depende de eventualidades ou condições incertas. Seria mais adequado, portanto, falar de um dolo baseado em fatos cuja insegurança é consciente. Contudo, por razões de tradição, Roxin mantém o nome dolo eventual ou condicionado.

Quando se tenta perfilar sob quais pressupostos pode-se afirmar que o sujeito atuou pela possível lesão de bens jurídicos e isso é parte do plano do fato, é preciso estar ciente da dificuldade de reproduzir linguisticamente, de maneira adequada, um fenômeno psicologicamente muito sutil e frequentemente guiado por tendências irracionais e relativamente conscientes. Observando-se essa reserva, pode-se dizer que há dolo eventual na hipótese em que o sujeito conta seriamente com a possibilidade da realização do tipo, apesar de atuar para alcançar o fim perseguido e se conformar com a prática delitiva. De outra banda, atua com culpa consciente quem admite a possibilidade de produção do resultado, mas não o leva a sério e confia na não realização do tipo.

Assim, deve-se diferenciar a confiança da mera esperança. Quem confia por uma sobrevaloração da própria capacidade de dominar a situação não atua dolosamente. Sem dúvida, quem leva a sério a possibilidade de um resultado e tem a esperança de que a sorte está ao seu lado e que nada acontecerá não está necessariamente excluindo a possibilidade de dolo. Essa mera esperança não exclui o dolo quando, simultaneamente, o sujeito deixa que as coisas sigam seu curso (ROXIN, 2006).

4.4.2 Funcionalismo sistêmico ou radical

No funcionalismo sistêmico ou radical, busca-se auxílio da sociologia sistêmica, de modo que Jakobs se apoia na teoria sistêmica de Luhmann, mormente para definir a missão atribuída à pena. Conforme relata Guaragni (2009), Jakobs justifica o apoio na teoria de Luhmann porque nela se encontra o que atualmente se avalia ser a exposição mais clara da distinção entre sistemas sociais e psíquicos, com consequências para o sistema jurídico, embora geralmente a muita distância do Direito Penal.

Diferenciando-se da postura de Parsons e da sociologia tradicional, que trabalha com métodos empíricos e os leva ao direito, Luhmann entende que o sistema jurídico é um subsistema do sistema social global (TAVARES, 2010). A ideia básica dessa concepção, conforme Guaragni (2009), é a de que a vigência segura e estável das normas é imprescindível para manter os contratos sociais no âmbito de um sistema social, como o Direito Penal.

Em Luhmann, dividem-se sistema e ambiente, de maneira que são duas partes de uma forma, podendo existir separadamente, mas um não pode existir sem o outro. O direito, nesse contexto, é um sistema de função, como a economia, a ciência, a política e a educação, havendo em todos esses sistemas um operar comunicativo (GUARAGNI, 2009). O papel funcional do direito, relacionado ao futuro de suas comunicações, explica a necessidade da simbolização de toda a ordem jurídica, cujas normas podem ser compreendidas como uma estrutura de expectativas simbolicamente generalizadas. Isso quer dizer que a simbolização desempenha a função de condição estabilizadora do sistema.

Uma vez que a norma jurídica tem como seu objeto material a conduta humana projetada no espaço e no tempo, o que se tem em vista é a expectativa dessa conduta e sua regulação em um futuro ainda desconhecido e incerto. A função da norma jurídica, desse modo, está orientada à redução das complexidades das relações vitais da sociedade, mediante uma formulação abstrata e indeterminada (TAVARES, 2010). Conforme observa Guaragni (2009), a sociedade é, dessa forma, o ambiente do sistema jurídico, seu entorno, de modo que todas as operações no sistema jurídico são sempre, igualmente, operações na sociedade.

Em suma, conforme Guarani (2009), o sistema penal é um subsistema do sistema social, operando dentro dele e dele diferenciando-se por força de seu agir comunicativo, calcado no binômio lícito/ilícito. Essa linguagem serve como símbolo da maneira de agir do direito. Sua função é reduzir o volume de expectativas entre os seres humanos. A linguagem uniformiza as expectativas dos seres humanos nos contatos sociais e, por meio do sistema jurídico, leva à estabilidade do sistema social. Assim, os sistemas sociais estabilizam expectativas objetivas e válidas, pelas

quais é possível se orientar, fornecendo ao homem modelos de conduta, indicando-lhes que expectativas podem ter em face dos outros.

Partindo dessa premissa, Jakobs (2009) foca seu sistema na teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, estatuindo que a pena tem função preventiva, devendo servir para validar a confiança na norma. Essa validação não tem por conteúdo a afirmação de que ninguém mais voltará a violar a norma, pois a pena intimidaria potenciais delinquentes; tampouco se trata de um prognóstico especial acerca do comportamento futuro do agente. Os destinatários da pena não são, primariamente, apenas algumas pessoas consideradas como agentes potenciais, mas todas as pessoas, pois, visto que ninguém pode prescindir das interações sociais, todos precisam saber o que podem esperar de tais interações.

Nesse sentido, a pena é aplicada no intuito de exercitar a confiança normativa. Além disso, ela faz pesar sobre o comportamento violador da norma consequências dispendiosas, aumentando, assim, as chances de que esse último seja aprendido, em geral, como uma alternativa incabível. Nesse sentido, aplica-se a pena para se exercitar a fidelidade jurídica.

É importante ressaltar que Jakobs (2009) nega expressamente a prevenção geral negativa como função da pena, aduzindo que ela até pode impressionar o indivíduo, de tal forma que se abstenha de praticar crimes no futuro. Tais efeitos são causados, não pelo reconhecimento da norma, mas pelo temor, sendo complementares da pena, podendo ser desejados, mas não é função da pena provocá-los.

Jakobs (2009) direciona a função do Direito Penal para as normas e prescinde do conceito de bem jurídico como tradicionalmente concebido para legitimá-lo materialmente. Estatui que a legitimação material consiste no fato de que as leis penais são necessárias para a manutenção da configuração da sociedade e do Estado. Não existe, dessa forma, um conteúdo genuíno das normas penais; os conteúdos possíveis orientam-se segundo o contexto da regulação em questão. A contribuição que o Direito Penal presta para a manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia das normas. Esta reside no fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e na forma exigida

legalmente, não precisarem ser abandonadas em caso de decepção. Assim, define-se como bem a ser protegido pelo Direito Penal a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção – solidez essa que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática –; na sequência, esse bem será denominado *bem jurídico penal* (JAKOBS, 2009).

Assim, expostas as linhas gerais da teoria de Jakobs, passa-se a analisar o tratamento dado ao dolo em seu sistema. Preceitua Jakobs (2009) que o tipo subjetivo deve estar presente no momento da realização da conduta executória. Assim, não basta que o tipo subjetivo exista apenas antes da conduta executória (*dolus antecedens*), tampouco um dolo subsequente não é capaz de completar tal conduta (*dolo subsequens*). No entanto, em caso de dolo subsequente, pode-se associar a uma conduta executória não dolosa uma conduta executória dolosa na forma de uma omissão. Assim, no último exemplo citado, se o agente atua dolosamente, não afasta as consequências iminentes de seu comportamento negligente que ameaçam produzir-se sob os pressupostos do artigo 13 do Código Penal.

Posteriormente, o autor trata da diferença de desvalor entre o dolo e a culpa, criticando que falta às explicações comuns de cunho psicologizante ou eticizante uma referência suficientemente sólida à função do Direito Penal. A argumentação de uma maior periculosidade do atuar doloso não convence, pois um agente culposo também condiciona uma lesão suficiente do bem, ou seja, de um modo que não se pode graduar (JAKOBS, 2009).

Em verdade, Jakobs (2009) entende que os fatos culposos afetam menos intensamente a eficácia normativa que os fatos dolosos, uma vez que a culpa dá testemunho da incompetência do agente, inclusive para a administração de seus próprios assuntos. O motivo é o seguinte: as consequências de uma inadvertência ou de uma desatenção também não foram avaliadas pelo agente culposo, pois, na altura, eram-lhe desconhecidas; não existe, pois, para ele, certeza alguma de que o resultado de seu comportamento lhe será agradável ou mesmo aceitável, e, na maioria das vezes, quando o resultado se produz, diferentemente do que acontece nos fatos dolosos, ele tampouco poderá aceitá-lo.

Logo, a situação na culpa não se distingue da situação no dolo somente pela ausência do conhecimento das consequências, mas, também, pela aceitabilidade não esclarecida das consequências: as consequências do dolo são aceitáveis, caso contrário, o agente não atuaria; inversamente, a aceitabilidade das consequências dos fatos culposos não está decidida no momento do fato. Na culpa, o agente suporta um risco natural que não é característico do dolo, mais precisamente, o risco de que ele mesmo possa ser o prejudicado ou, então, um outro, cujo prejuízo o agente padece como se fosse dele mesmo. Na medida em que a culpa não se nutre de um desinteresse específico, mas de uma desatenção geral, difusa em suas consequências, não dirigida, ela é onerada com o perigo de uma *poena naturalis*, e esse risco do auto prejuízo minora a importância do agente culposo em comparação com o agente doloso.

Ao tratar do conceito de dolo, Jakobs (2009) destaca que o Código Penal alemão estabelece no artigo 16, § 1º que em caso de desconhecimento da realização do tipo o dolo está excluído, não importando o motivo do desconhecimento. Com isso, o limite do dolo está rigidamente determinado, ao menos em um ponto, o conhecimento ou desconhecimento do agente, mas não se opera, a princípio, uma avaliação desses fatos. Dessa forma, se a atuação injusta é cognoscível e o conhecimento falta por motivos que, segundo a sistemática geral, oneram o agente (indiferença), mesmo assim falta o dolo; se o conhecimento existe por razões que, segundo a sistemática geral, desoneram o agente (uma escrupulosidade que excede a incumbência), não se exclui o dolo. Essa última situação, Jakobs (2009) corrige com a imputação objetiva. Já a primeira situação seria incorrigível, de modo que quem não reflete sobre as consequências de sua atuação – porque, em caso de atuação injusta cognoscível, o âmbito em que se situam as consequências não lhe parece digno de constatação – atuará, no máximo, culposamente.

No âmbito do conhecimento do tipo existente para o dolo, são possíveis as seguintes distinções: o agente pode atuar devido ao conhecimento da realização do tipo, queira ele tal realização por si mesma ou por suas consequências. Em todo caso, nesse âmbito, antecipar a realização do tipo é condição suficiente da conduta. Esse é o âmbito das consequências principais. Ademais, o agente pode atuar com conhecimento da realização do tipo, sem que aquilo que ele conhece torne-se

conteúdo da vontade; o que ele conhece é percebido como dependente da vontade, mas sua realização não é o motivo da atuação. Esse é o âmbito das consequências acessórias (JAKOBS, 2009).

Assim, sendo, as consequências principais são conteúdo tanto do conhecimento, quanto da vontade; as consequências acessórias são conteúdo do conhecimento e são reconhecidas como dependentes da vontade. Em relação à finalidade da norma consistente em evitar o comportamento frustrante, isso quer dizer que, no âmbito das consequências principais, o agente se desvinculou volitiva e intelectualmente da evitação das consequências, e, no âmbito das consequências acessórias, apenas intelectualmente, enquanto o aspecto volitivo não tem função.

Assim, a fórmula comum que concebe o dolo como o conhecimento e a vontade da realização do tipo mostra-se inadequada de antemão: se a vontade deve designar algo positivamente existente no aspecto dos impulsos do comportamento – e qualquer outro uso linguístico mais confunde do que esclarece –, então, falta a vontade nas consequências acessórias. Corretamente, a fórmula deve dizer: o dolo é o conhecimento de que a realização do tipo depende da execução *querida* da conduta, ainda que ela não seja querida por si mesma. Resumindo: o dolo é o conhecimento da conduta junto com suas consequências (JAKOBS, 2009).

Nota-se que Jakobs (2009) reformula o conceito tradicional de dolo, dualista, prescindindo do elemento volitivo, justamente por não abranger todas as hipóteses de dolo e não ter utilidade em parcela delas. Assim, define-o como conhecimento, mas o limita à conduta e às suas consequências, defendendo uma concepção unitária de dolo, calcada unicamente no conhecimento¹². Ao tratar da intensidade do conhecimento, assevera o autor que um conhecimento meramente potencial não é suficiente para o dolo, o que se depreende do dispositivo legal contido no artigo 17 do Código Penal alemão. Contudo, ele critica isso, partindo da premissa acerca da cegueira que, diante dos fatos, se contentaria com o conhecimento potencial.

A relação do agente com as consequências principais chama-se intenção e é representada pelo dolo de primeiro grau ou dolo direto. O agente, nessa situação, atua por causa das consequências principais e, nesse sentido, as quer. Segundo a

¹² Proposta trazida também por Puppe (2004), guardadas as devidas proporções.

avaliação de Jakobs (2009), se essas consequências não se produzirem, ele terá atuado em vão. Ademais, também podem ser consequências principais aquelas que o agente quer “a contragosto”, mas sem as quais, segundo sua representação, ele não pode alcançar seu objetivo. Todavia, não são consequências principais aqueles eventos que, segundo a representação do agente, não são necessários para a consecução do objetivo da conduta, ainda que sejam inevitáveis pela forma como o agente atua. A produção de uma consequência secundária pode até se vincular ao agente; enquanto ele não atuar por sua causa, ela continuará sendo consequência secundária.

Exemplo: quem, em uma viagem oficial, deve viajar de avião por medidas de segurança, mas, contrariamente às instruções, viaja de automóvel e, ao apresentar as despesas de viagem, indica os custos mais altos da viagem de avião para não sofrer um processo disciplinar, não tem intenção de enriquecimento, pois não engana por causa da vantagem financeira, ainda que esta represente para ele um acréscimo muito bem-vindo. O agente também pode atuar por causa de várias consequências ao mesmo tempo; neste caso, todas elas são pretendidas.

Jakobs (2009) dá um exemplo de delimitação entre consequências principais e acessórias: para proporcionar a seus pais o montante segurado de uma casa antiga assegurada acima de seu valor (consequência principal), o agente – a contragosto, pois a casa lhe traz lembranças agradáveis da infância – ateia fogo no imóvel (consequência principal, que, por seus efeitos, é querida). Ao fazê-lo, dá-se conta de que o mobiliário dos pais – não segurado – também pegará fogo, o que lhe alegra, na medida em que fazia tempo que aquelas coisas lhe irritavam (consequência secundária que até é desejada, mas não constitui o motivo da conduta), mas, ao mesmo tempo, desagrada-lhe, pois são antiguidades valiosas (consequências acessórias). Se o mobiliário também estivesse segurado e se o agente tivesse atuado também por causa dessa soma, a destruição dos móveis também seria consequência principal.

Quanto ao dolo nas consequências acessórias, o agente prognostica que a realização do tipo acontecerá com toda certeza e, nessa hipótese, há consciência (dolo direto de segundo grau), segundo avalia Jakobs (2009). Esse dolo é

caracterizado pelo fato de o agente ter se desligado intelectualmente por completo de evitar a realização do fato. Ele não quer a realização do fato, mas reconhece que evitá-lo é incompatível com sua vontade. Algumas vezes, esse desligamento pode se dar porque o agente vê o resultado típico como algo necessariamente conectado com a execução da conduta querida: nesse caso, da forma como atua, o resultado será, para ele, totalmente certo.

Porém, o desligamento em relação à evitação do resultado também acontece quando o agente o considera como vinculado, com toda certeza, a uma consequência principal cuja produção pode não ser certa (consciência em sentido amplo). Nesse caso, com efeito, o resultado não é certo, mas, da forma como o agente atua, aquilo que ele pretende realiza-se. Assim, por exemplo, se o agente não sabe com certeza se o barril irá explodir, mas considera certa a morte das pessoas caso ele venha a explodir, apesar de tudo, haverá homicídio consciente em sentido amplo.

No que tange ao denominado dolo condicionado ou eventual, trata-se do conhecimento do agente de que uma consequência secundária somente se realizará eventualmente, caso produzam-se todas as consequências principais da conduta que ele incondicionalmente quer (JAKOBS, 2009).

4.5 SISTEMA SIGNIFICATIVO DE IMPUTAÇÃO

Essa concepção, que pode ser tida como posterior aos funcionalismos, justifica-se, segundo seus defensores, por dois pontos. A sociedade que inspirou os padrões funcionalistas não mais é aquela vigente sob o eixo social-democrata europeu dos anos 1960 e 1970 do século XX. Ademais, a migração normativa do modelo punitivo resultou em uma axiologia desvirtuada. Tal desvirtuamento se deu porque o recorte na imputação pretendido pela teoria do bem jurídico ensejou, certamente a contrassenso, um critério positivo para a criação de novos tipos, ou seja, a sucessiva

criação de bens jurídicos cada vez mais vagos e espiritualizados, como forma de justificar novas incriminações (BUSATO, 2013)¹³.

Não obstante isso, a prevenção como fundamento do castigo, que visava ao afastamento do viés retributivo, converteu-se em justificativa para o agravamento dos marcos penais, o adiantamento do poder punitivo, mormente pelos crimes de perigo abstrato. A orientação às consequências¹⁴ converteu-se em instrumento discursivo da pedagogia social, utilizado para justificar a aplicação do sistema penal como forma de afirmação pública da necessidade de respeito e proteção de determinados bens ou interesses, convertendo o discurso punitivo de *ultima ratio* para *prima ratio*. O modelo da sociedade do século XXI é marcado por duas características: trata-se de uma sociedade de consumo e de comunicação. Há uma verdadeira lógica de inclusão pelo consumo. Assim, o sujeito se inclui não mais pela condição de trabalhador, mas de consumidor, conforme salienta Busato (2013). A repercussão disso é que a análise das normas passa a depender da justificação pelo seu contexto, pela expressão de comunicação de um sentido que as torne válidas para um agrupamento humano determinado.

Assim, analisa-se a sociedade baseando-se em propostas como a de Habermas, como uma estrutura de comunicação. Ocorre, dessa forma, uma migração do ontológico para o normativo, a qual, contudo, não se dá de forma radical como ocorreu com Jakobs. Assim, não se despreza o caráter ontológico completamente porque ele interfere no sentido de aplicabilidade da norma. Contudo, tal condicionamento é bilateral, vez que a norma interfere no sentido da realidade. Não há, desse modo, uma subordinação do ontológico ao axiológico ou vice-versa, como tem sido sustentado até então. Há, em verdade, uma perspectiva holística, de mútua interferência, que se dá por um processo de comunicação, segundo avalia Busato (2013).

¹³ Referido fenômeno teve várias consequências sobre as quais não cabe discorrer aqui, mas que foram muito bem apontadas por Silva Sanchez (2002).

¹⁴ Aqui novamente se reafirma a crítica ao modelo funcionalista moderado de Roxin, que pode descambiar no mesmo vazio axiológico do sistema de Mezger quando se questiona qual política criminal interferirá na dogmática. A ausência de uma política racional certamente influenciou a crítica feita por Busato.

Em consequência disso, esse autor destaca que o Direito também se valida em uma fórmula dinâmica, não estática. O direito não é uma fotografia, mas um filme. Assim, não existe uma correção a priori do direito, visto que a validade das normas jurídicas apenas pode ser afirmada em face do caso concreto, por meio de um processo argumentativo, no qual o produto final deriva da possibilidade de consenso entre os interessados sob uma dimensão de sentido. Isso se exemplifica com a modalidade culposa disposta no artigo 49, parágrafo único da Lei dos Crimes Ambientais¹⁵, em vigor há mais de uma década e com nula existência na prática forense. A razão é elementar: não há qualquer possibilidade de consenso punitivo em face da conduta disposta na norma em questão, derivando daí a completa ausência de dimensão de sentido da figura de um crime. Não se pode dizer que o fato não ocorre diuturnamente, mas que apenas não tem relevância social (BUSATO, 2013).

O primeiro trabalho que assumiu essencialmente esse posicionamento teórico surgiu na Espanha, em 1996, no estudo elaborado por Vives Antón, em sua obra *Fundamentos del Sistema Penal*, na qual ele parte de dois pilares fundamentais, a conduta e a norma, de modo que sua proposta se assenta na filosofia da linguagem de Wittgenstein e na teoria da ação comunicativa de Habermas.

Vives Antón (2011) assinala que não tem por objeto demolir a construção dogmática que se erigiu nos últimos séculos, mas propor uma nova perspectiva de consideração dessas categorias, por meio de um modelo de compreensão dos significados jurídico-penais. Para tal fim, ele considera a ação e a norma os dois conceitos fundamentais do Direito Penal. Assim, estrutura-se a ação e a norma dentro de uma proposta de significado, conforme destaca Busato (2013). Dessa forma, a ação não pode ser um fato específico, tampouco definido como o substrato da imputação jurídico-penal, mas, sim, representa um processo simbólico regido por normas que vêm traduzir o significado social da conduta.

Assim, para Vives Antón (2011), o conceito de ação surge por interpretações que podem dar-se a partir do comportamento humano segundo os distintos grupos de

¹⁵ “Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de um a seis meses, ou multa”.

regras sociais. Dessa forma, a expressão do sentido que uma ação possui não deriva das intenções que os sujeitos que atuam pretendem expressar, mas do significado que socialmente é atribuído ao que fazem. Destarte, não é o fim, mas o significado que determina a classe das ações.

A ação era concebida ontologicamente, como algo que existe no mundo e ocorre no pensamento de autores muito significativos, sendo entendida não como o que os homens fazem, mas como o significado do que fazem; não como substrato, mas como sentido. Consequentemente, a determinação de estar ou não diante de uma ação – e do tipo de ação ante o qual se está – já não se efetua com parâmetros psicofísicos, mediante o recurso à experiência externa e interna, mas tem lugar em termos de regras, isto é, em termos normativos. É a obediência a regras (e não um inapreensível acontecimento mental) o que permite falar de ações, em lugar do que as constitui como tais (o significado) e ao contrário dos simples fatos, conforme Vives Antón (2011, p. 224), que apresenta este elucidativo exemplo:

minha compreensão de uma partida de futebol depende de que conheça as regras do jogo e de que, por conseguinte, possa efetuar uma correta atribuição de intenções aos movimentos dos jogadores: se desconheço as regras, não sou capaz de inferi-las e, se ninguém me explica, não entenderei o jogo e não saberei, em realidade, o que está ocorrendo ali (nem sequer poderei prever o que tenta fazer um jogador que esteja de posse da bola). Mas, uma vez que as conheço e posso fazer, por conseguinte, as atribuições de intenção corretas, nem sempre qualificarei as jogadas (as ações dos jogadores) com base nas intenções que lhes atribuo: v.g., se um defensor tem a intenção de afastar a bola de sua área, mas acaba enviando-a ao seu próprio gol, não direi que aliviou a defesa, mas, sim, que marcou um gol contra. As atribuições de intenção encontram-se, segundo o referido, encravadas no seguir de regras e são construtivas do significado, em termos gerais, mas não na forma de uma relação um a um: as regras, que se materializam em atribuições de intenção, operam, com frequência, prescindindo do propósito de quem as segue ou infringe.

Assim, o fim fica claramente desvinculado da determinação da ação. A ação é determinada pelo sentido que lhe dão as regras segundo as quais ela é interpretada. Dessa forma, a determinação da ação não depende da concreta intenção, mas do código social conforme se interpreta o que é feito. Logo, há uma intencionalidade externa, objetiva, uma prática social constituinte do significado. Em termos normativos, há tanto casos imprudentes quanto dolosos, sendo esses últimos identificados pela expressão do sentido que se traduz no compromisso com a produção do resultado, que não ocorre na imprudência.

No que tange a norma, ela produz mera pretensão de validez, possuindo uma essência dupla, de decisão de poder e de determinação da razão. Não há uma via impositiva, mas dialética. A pretensão referida apenas tem lugar se não obedece simplesmente a uma decisão de poder, mas se limita por uma argumentação racional. Essa pretensão não se confunde e não se satisfaz com a mera legitimidade formal. Justamente em razão dessa racionalidade, a pretensão de validade não pode reduzir-se a uma pretensão de verdade absoluta, já que o crime não é um fato ontológico (VIVES ANTÓN, 2011).

Na proposta de Vives Antón, reordenam-se as categorias do delito, partindo-se da genérica pretensão de validez da norma, de modo que as pretensões distintas se repartem entre as diversas categorias do delito. A categoria central reside no tipo de ação, que corresponde a uma pretensão de relevância. Nessas categorias estão elementos do tipo configurados normativamente e não ontologicamente. É que, se o tipo de ação é o reconhecimento de um significado, é certo que sua configuração somente pode ser normativa. Porém, a aferição dos elementos subjetivos do tipo de ação não responde ao questionamento a respeito dos processos psicológicos por que passa o agente, mas, sim, à observação de suas manifestações externas, que não compõem o tipo desde um ponto de vista conceitual, mas substantivo (BUSATO, 2013).

A segunda pretensão diz respeito à licitude, que corresponde à antijuridicidade formal acrescida dos aspectos subjetivos do injusto. Por fim, há a pretensão de reprovação, que se dirige ao sujeito e se traduz em um juízo de culpabilidade, não analisado à luz do livre arbítrio, mas no sentido de que a ação é fundamentalmente a expressão de um atuar condicionado pelo meio, pois, do contrário, não transmite esse sentido, senão o mero sentido de um acontecimento.

Além das pretensões mencionadas, Vives Antón (2011) acrescenta uma pretensão de necessidade de pena, que deve fazer parte da pretensão de validez normativa e que pode ser comparada com a punibilidade, porém, com conteúdo diverso. Em suma, o sistema divide o conceito analítico de delito em pretensão do tipo de ação, pretensão da ilicitude, pretensão da reprovação e pretensão de necessidade de pena, havendo um conceito quadripartido de crime.

Ao tratar do dolo e da culpa, costuma-se, nesse sistema, colocar o tópico como *pretensão subjetiva de ilicitude*, que, a rigor, não cuida de uma verificação do que se passa na cabeça do agente, mas de uma afirmação axiológica de uma das garantias derivadas do princípio da culpabilidade, a de que todo ilícito penal depende de aspectos objetivos e subjetivos. Ao mencionar a evolução das teorias do dolo, Busato (2013) trata daquelas pautadas no aspecto psíquico, interno, como teorias ontológicas, estatuindo que elas estariam ultrapassadas, por ser impossível a demonstração do dolo como realidade psicológica. Em resposta a isso, surgiram as teorias normativas, que passaram a tratar o dolo como resultado de uma atribuição, e não a partir de uma concepção ontológica. Contudo, tais teorias também têm seus problemas, que serão analisados adiante.

Segundo a concepção em estudo, o dolo nada mais é que uma atribuição. Dessa forma, a intenção subjetiva corresponde à atribuição concreta de intenções ao sujeito e não define, por si mesma, a ação, mas apenas a imputação. O dolo seria, assim, o compromisso para com a produção do resultado, expresso em uma decisão contra o bem jurídico. Dessa feita, segundo o modelo significativo, admite-se o dolo como consciência e vontade, de modo que, para a identificação da conduta dolosa, de início, verifica-se um elemento intelectivo e, em seguida, um de cunho volitivo (BUSATO, 2013).

No que tange o elemento cognitivo, exige-se, para a comprovação do conhecimento, a análise acerca das técnicas que o autor domina, pois elas orientam a capacidade de fazer previsões por parte do agente. Tal análise não deriva de fatores internos, mas de práticas intersubjetivas, de hábitos sociais, do reconhecimento a respeito do que comumente acontece. Destarte, se a previsão é característica distintiva do dolo, ela somente pode ser atribuída a partir da conjugação entre as técnicas que o autor dominava e o contexto das regras sociais a respeito das consequências de determinados atos. Assim, a aferição a partir do conhecimento sobre os dados que caracterizam a conduta realizada não se dá pela mística análise dos processos mentais, mas pelo domínio do autor sobre certas técnicas.

No que tange o elemento volitivo, Busato (2013) estabelece que quem atua com dolo o faz comprometido com a realização do resultado e que tal querer não pode

ser confundindo com um simples desejo; ademais, o sujeito deve ter aptidão para influir no resultado, o que não é novidade desse sistema. O elemento vontade não é descartado por um dolo significativo. Contudo, o querer é visto sob um aspecto normativo. A vontade é fundamentalmente o entendimento da ação legitimidade pela linguagem social e por uma lógica reconhecida e comum de atribuição de significado. A referência à linguagem social quer dizer que essa linguagem é partilhada inclusive pelo próprio autor, razão pela qual suas motivações e representações não são desprezadas no processo de atribuição.

Sustenta Busato (2013) que a inclusão da vontade no conceito de dolo é importante para estabelecer limites entre o dolo e a culpa, pois, do contrário, a mera indiferença perante o direito poderia caracterizar responsabilidade dolosa. Destarte, a vontade deve ser interpretada contextualizadamente. A compreensão do sentido depende, pois, de uma participação em um atuar comunicativo no qual um sujeito fala com um ouvinte sobre algo, expressando o que ele tem em sua mente. Contudo, a transmissão de uma mensagem não se estabelece apenas falando, mas com todas as formas de atuação, havendo necessidade de uma tríplice dimensão: a referência ao mundo subjetivo, ao mundo objetivo e ao mundo social.

O mesmo ocorre com a intencionalidade, que não se constitui subjetivamente, mas por meio de convenções, assim como as palavras, ou seja, a intencionalidade é resultado de um processo de atribuição que corresponde à mensagem que a ação do sujeito produz. Trata-se de valorar as regras que estão por trás da comunicação de um sentido. Em última análise, trata de verificar as circunstâncias nas quais se realiza a ação, um sintoma claro da união quase inseparável entre o dolo e sua prova.

Neste capítulo foram apresentadas as correntes epistemológicas do crime. Dependendo da teoria sustentada pelos juristas, tem-se uma concepção de dolo. Nesse sentido, o capítulo a seguir discorre sobre as teorias do dolo.

5 TEORIAS DO DOLO

A doutrina brasileira, ao expor as teorias a respeito do dolo, não vê grandes dificuldades. Majoritariamente, três teorias são tratadas¹⁶: a da vontade, para a qual haverá dolo somente quando o autor quiser o resultado; a da representação, segundo a qual qualquer consciência da possibilidade do resultado fundamenta o dolo; a do consentimento ou da anuênciia, que dirá haver dolo quando o autor anui, consente na realização.

Contudo, é importante ressaltar de antemão que, ao contrário do que parece, não há uma teoria da vontade, mas diversas. Igualmente, não há uma teoria cognitiva, mas várias delas. Conforme Puppe (2004), as teorias cognitivas fundamentam o dolo em um dado cognitivo qualquer, ou no conhecimento da possibilidade de ocorrência do resultado (teoria da possibilidade), ou no conhecimento de que a ocorrência do resultado não é apenas meramente possível, como também provável (teoria da probabilidade).

Já as teorias da vontade, segundo a autora, são aquelas que, ao tratar do dolo, não se contentam com o mero dado cognitivo, exigindo também uma tomada de posição do autor, um dado de índole volitiva, a indiferença em relação ao resultado, o consentimento em relação a ele, atitude de aprovação ou de levá-lo a sério. A denominada teoria do consentimento (anuênciia) não constitui, a rigor, outra teoria ao lado das teorias volitivas e cognitivas, mas se trata, em verdade, de mais uma teoria volitiva.

Assim, tem-se que a discussão, nos demais países, traz dois polos, se assim se pode dizer: os defensores das teorias cognitivas, de um lado, de modo que a análise sobre o que se deve conhecer acaba por ser completada por algum outro substrato; de outro lado, os defensores das teorias volitivas, que acrescentam tal aspecto ao elemento cognitivo.

¹⁶ Mirabete (2015), Galvão (2011), Damásio de Jesus (1998), Costa (2009) e Junqueira e Vanzolini (2013) valem-se dessa divisão, mencionando as teorias da vontade, da representação e do consentimento. Bitencourt (2014) apenas trata das teorias da vontade e da representação, inserindo a teoria do consentimento nas teorias da vontade. Rogério Greco (2015) divide-as em quatro: teoria da vontade, do assentimento, da representação e da probabilidade. Aníbal Bruno (2005), por sua vez, menciona apenas as teorias da vontade e do consentimento, enquanto Busato (2013) divide-as em teorias ontológicas e normativas.

A doutrina também dá outras nomenclaturas a essas teorias. Costuma-se falar em teorias dualistas do dolo, que relacionam dolo com vontade e conhecimento (seriam as teorias volitivas); de outra banda, fala-se em teorias monistas do dolo (seriam as teorias cognitivas), que se contentam apenas com o conhecimento, criticando o elemento volitivo e dele prescindindo (CASABONA, 2009). Passa-se, a seguir, à sistematização das teorias.

5.1 TEORIAS VOLITIVAS

As teorias volitivas tentam fundamentar o dolo em algo além do conhecimento, que teria necessariamente cunho volitivo, ou seja, relação com a vontade do agente. Pela divisão adotada aqui, as teorias volitivas não necessariamente são ontológicas, já que se discute, como será visto, uma possibilidade de normativização do dolo, o que faz com que mesmo certas teorias volitivas tenham estrutura normativa, e não ontológica. Dessa forma, aqui serão abordadas ambas as vertentes volitivas, tanto a teoria da vontade, de cunho eminentemente ontológico, como as demais teorias, que buscam, de certa forma, normativizar a análise do elemento volitivo.

É importante fazer uma ressalva: não há uma sistematização ordenada acerca dessas categorias. Os próprios autores divergem acerca de tal organização. Por exemplo, Roxin (2006) expõe a teoria da indiferença, não tratada aqui, como uma das variantes da teoria da probabilidade, enquanto que Busato (2013) a coloca entre as teorias volitivas. Desse modo, aqui, já fica, uma proposta de sistematização, que é o objetivo deste trabalho.

5.1.1 Teoria da vontade

Não há que se confundir o gênero das teorias volitivas, que abarca tanto teorias ontológicas como normativas, com a teoria da vontade, que é espécie e tem cunho fortemente ontológico. Segundo a teoria da vontade, a noção de dolo quase que se confunde com a de intenção, havendo mera análise psicológica aqui. Não se analisa qualquer aspecto normativo quando da vontade, mas apenas a atitude interna do sujeito. Essa é a teoria tradicionalmente adotada e tem grande influência de autores que trazem elementos avalorados, como Liszt e Welzel.

5.1.2 Teoria do consentimento ou da anuênciam

Essa teoria foi elaborada e tratada, dentre outros, por Mezger, que segundo Busato (2013) foi seu idealizador. Entende-se também como querido e, portanto, abrangido pela vontade, o resultado com o qual o autor consentiu (teoria do consentimento). Preceitua Mezger (1958, p. 232) que tal critério tem sido sustentado pelo Tribunal do Reich, que assim se pronunciou: “a característica mais essencial do dolo eventual se encontra no assentimento do resultado, entendido como fato interno independente que se agrega à previsão da possível realização de tal resultado”.

O ponto de partida de tal teoria, segundo Mezger (1958), é, em si mesmo, correto, já que a vontade condicionada corresponde, linguisticamente e na prática, ao consentimento. Ela exige que o autor tenha aprovado o resultado ou que tenha atuado mesmo tendo conhecimento seguro de sua ocorrência. Para a prova do consentimento, serve a fórmula de Frank, segundo a qual se questiona como o autor se comportou quando tem o conhecimento exato da realização do delito (JESCHECK; WEIGEND, 2002).

5.1.3 Teoria da decisão contrária a bens jurídicos

Defendida por Claus Roxin, entre outros, e pensada principalmente para diferenciar dolo eventual de culpa consciente, sustenta que, quando o sujeito inclui em seus cálculos a realização de uma conduta possivelmente ensejadora de um tipo penal, decide contra o bem jurídico do respectivo tipo. Assim, nos casos em que o agente acredita que não ocorrerá o resultado, não há que se falar em decisão contrária a bem jurídico. Contudo, adverte Roxin (2006) para a dificuldade de se reproduzir linguisticamente de maneira adequada um fenômeno psicológico muito sutil e guiado por tendências não necessariamente conscientes.

De todo modo, preceitua o autor que o conceito de decisão não deve ser analisado como puro fenômeno psicológico, mas segundo parâmetros normativos. Assim, nos casos de indiferença ao resultado e nos quais o agente conta com a possibilidade de ocorrência do resultado, há uma decisão contrária a bens jurídicos, já que, analisada nesses termos, a decisão não precisa ser um ato de vontade reflexivo, de modo resolutivo.

5.1.4 Teoria dos indicadores externos

Elaborada por Hassemer, após criticar as teorias tradicionais, em especial a teoria da não comprovação da vontade de evitação do resultado, de Kauffman, defende que o dolo foge da contemplação do observador. Assim, uma teoria do dolo deve formar seu objeto de outra forma, indireta (HASSEMER, 1999).

A não possibilidade de objetivação do dolo impede que se valha de apenas um indicador para aferir sua existência (exemplos: ação de evitação ou perigo desprotegido). Ademais, os elementos cognitivos não caracterizam por si sós o dolo, vez que, ainda que necessários, não são suficientes. Dessa forma, para que se verifique o dolo, Hassemer (1999) aponta os denominados elementos externos que o caracterizam, esboçando um catálogo com tais dados. Preceitua que essa análise em favor do injusto é um fenômeno volitivo que pressupõe obrigatoriamente uma representação do objeto da decisão, a qual se relaciona com a periculosidade de uma situação para o bem jurídico protegido. O perigo dessa situação para o bem jurídico, a representação do agente sobre tal perigo e a decisão a favor de sua realização são os passos que conduzem até uma imputação subjetiva.

A argumentação do autor é que apenas a situação de perigo contém dados observáveis. Já a representação e a decisão, ao contrário do perigo, não podem ser descritas, apenas deduzidas por meio de indicadores. Em cada um desses níveis são apresentados dados relevantes para o dolo. Assim, ao se analisar a periculosidade objetiva, se determina, por exemplo, a força destrutiva de uma bomba e a distância em relação ao objeto ameaçado. No nível cognitivo (da representação do perigo), se determina a perspectiva de sucesso da prática (sua presença no local do fato, a proximidade espacial para com o objeto), sua capacidade de percepção, a complexidade e a simplicidade da situação. Já no nível relacionado à decisão, analisam-se as condutas de evitação, a probabilidade de uma autolesão em relação aos motivos do agente e indicadores como juventude, peculiaridades profissionais etc.

Em suma, a imputação a título de dolo apenas pode se dar com tais elementos externos de caracterização, não às cegas. Embora o dolo seja um elemento interno não observável, pode ser analisado de maneira mediata com auxílio dos elementos

mencionados em três níveis: a periculosidade, a representação pelo perigo e a decisão a favor do risco (HASSEMER, 1999).

5.2 TEORIAS COGNITIVAS

Essas teorias vêm ganhando corpo na atualidade, mormente a teoria da probabilidade, como uma resposta à insuficiência do elemento volitivo como parte de um dolo que nunca é demonstrado satisfatoriamente. De todo modo, apresentam um embrião, qual seja, a teoria da representação. Contudo, atualmente com fortes contornos normativos, as teorias cognitivas buscam dar nova guinada ao tratamento do dolo. A seguir são descritas as principais espécies de teorias abarcadas nesse gênero.

5.2.1 Teoria da representação ou da possibilidade

Defendida por Liszt, é uma das teorias mais antigas relacionadas ao conhecimento. Segundo Liszt (2003), dolo é a representação da importância do ato voluntário como causa. Salienta o autor que, quanto ao dolo, foi adotada a teoria da representação pela jurisprudência do Tribunal do Império, em que pese haver inclinação pela teoria da vontade.

Destarte, a ideia de dolo para Liszt (2003) comprehende os seguintes elementos: a representação do ato voluntário, mesmo quando esse corresponde à ideia de um crime determinado, quer sob sua forma ordinária, quer sob uma forma mais grave; a previsão do resultado, quando ele é necessário para a ideia do crime; a representação de que o resultado será efeito do ato voluntário e este, causa do resultado, portanto, a representação da causalidade mesma.

Há décadas, essa teoria foi criticada por Nelson Hungria, que aduziu estar ela totalmente desacreditada, motivo pelo qual não foi adotada no Código Penal de 1940 (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978). Atualmente, verifica-se que tal teoria não foi abandonada, apenas incrementada com apoio de outros aspectos cognitivos, que continuam delas a ser pressuposto.

5.2.2 Teoria da probabilidade

Essa teoria é defendida por, entre outros, H. Mayer, para quem probabilidade significa mais que mera possibilidade e menos que probabilidade predominante. Para a clássica teoria da probabilidade, não há um conceito de dolo dado pela natureza ou pela linguagem cotidiana, como conhecimento e vontade. O dolo, de acordo com Puppe, citada por Roxin (2006), nada mais é do que a forma mais grave de culpabilidade a ser definida. Puppe apresentou uma variante da teoria da probabilidade, aduzindo que dolo é um saber sobre um perigo qualificado. Segundo ela, a conduta do sujeito é a expressão de sua decisão pelo resultado quando o perigo por ele criado para o bem jurídico é de tal quantidade e qualidade, que uma pessoa sentada perceberia que o resultado deve se produzir ou ao menos poderia se produzir. Não se mensura a probabilidade em graus. Contudo, deve ser um perigo tão grande, que a confiança em sua não ocorrência não seria realista ou sensata.

O perigo será doloso quando ele representar, por si, um método idôneo para a provação do resultado. Assim, não interessa a situação individual do autor e suas possibilidades de agir, de modo que uma estratégia genericamente inidônea não se transforma em idônea porque o autor efetivamente almeja o resultado e não dispõe de nenhum meio melhor, por exemplo, no caso do tiro, com fraca visibilidade, a longa distância, com o propósito de matar.

Estratégia genericamente idônea para provocar o resultado não deixa, tampouco, de ser um perigo doloso, apenas porque o autor dispunha, no caso concreto, de meios ainda melhores, caso ele tivesse almejado o resultado. O ladrão que golpeia a cabeça da vítima com um cano até que ela perca a consciência está seguindo uma estratégia idônea para matar, ainda que carregue consigo uma pistola, tendo podido atirar na vítima, caso realmente o que lhe importasse fosse causar-lhe a morte.

O propósito do autor possui em algumas situações um papel decisivo, vez que determina seu comportamento perigoso. Se um bom atirador, a média distância, dispara para matar uma pessoa, então, há perigo doloso, não porque tenha más intenções, mas porque visa a uma região letal do corpo. Assim, só há que se falar em método de provação do resultado, se, consoante os conhecimentos daquele

que o utiliza, a chance de alcançar o objetivo for relativamente grande. Contudo, não se pode quantificar exatamente o perigo, fornecendo índices. Para a autoria, isso não seria um defeito da teoria, porque a análise é feita segundo um repertório fundado na experiência (PUPPE, 2004).

Neste capítulo, foram analisadas as teorias volitivas e cognitivas e suas vertentes, de modo que no capítulo a seguir será analisado qual ou quais delas melhor se adequam à sistemática do Código Penal brasileiro.

6 TRATAMENTO DO DOLO NO CÓDIGO PENAL

O Código Penal brasileiro trata do dolo em seu artigo 18, I, dispondo que o crime é doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. A reforma operada pela Lei nº 7.209/1984 apenas repetiu o disposto no artigo 15, I do Código Penal de 1940, que tinha idêntica redação.

Ao tratar do tema, a doutrina à época, especificamente, Hungria e Fragoso (1978), estabelecia que o legislador não se ateve à chamada teoria da representação (para a existência do dolo, basta a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo ou provável), que, aliás, na sua pureza, estaria, segundo esses autores, inteiramente desacreditada, preferindo a teoria da vontade (dolo é a vontade dirigida ao resultado), completada pela teoria do consentimento (é também dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, consente em seu advento ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo).

Assim, dolo, conforme Hungria e Fragoso (1978), seria representação e vontade, vez que, divorciada desta, a primeira seria coisa inerte da psique, enquanto que a vontade sem representação seria, do ponto de vista da psicologia normal, uma impossibilidade. A representação seria, segundo eles, necessária, mas não suficiente à existência do dolo. Tal teoria nada diz sobre a atitude psíquica do agente em face do resultado representado, que decide a culpabilidade, ponderando, ao final, que haveria vontade tanto no dolo direto como no dolo eventual. Na hipótese de dolo eventual, o agente não recua ou não foge da prevista probabilidade do resultado, consentindo em seu advento. Assim, não há dúvida de que o resultado entra na órbita de vontade do agente, ainda que de modo secundário ou mediato. Desse modo, a equiparação feita pelo Código Penal entre dolo direto e dolo eventual se justificaria, dado o raciocínio de que quem arrisca, em verdade, quer.

Segundo os autores mencionados, ao definir dolo eventual, o Código inspirou-se, até certo ponto, na fórmula preconizada pela comissão incumbida do projeto de reforma do direito penal alemão: “*vorsätzlich handelt auch, wer es zwar nur für möglich hält, aber doch in Kauf nimmt, das sei der Erfolg herbeiführt*” (ou seja, “também age dolosamente aquele que prevê apenas como possível o resultado, mas consciente do risco de causá-lo”). A expressão *in Kauf nehmen* significaria, segundo

Hungria e Fragoso (1978, p. 122), citando Hans Frank, “estar consciente do resultado”. Contudo, o Código alterou sensivelmente sua acepção para mencionar que o sujeito, nesses casos, *assume o risco*. Assim, *assumir o risco* seria algo além de apenas *ter consciência de correr o risco*; é consentir previamente no resultado, caso ele venha realmente a ocorrer.

Ao final, analisando a exposição de motivos do Código Penal de 1940, Hungria e Fragoso (1978) concluem que, quanto ao dolo eventual, o referido diploma adotou a teoria do consentimento. De fato, o ministro Campos, nela assim estabelece:

Segundo o preceito do art. 15, I, o dolo existe não só quando o agente quer diretamente o resultado, como quando assume o risco de produzi-lo. O dolo eventual é, assim, plenamente equiparado ao dolo direto. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo; ainda que sem interesse nele, o agente o ratifica *ex ante*, presta anuênica ao seu advento (citado por HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 122).

Já na Parte Geral de 1984, cuja redação, diga-se de passagem, é a mesma de 1940, ao se analisar o artigo 18, I, nota-se, de fato, que ele não define o dolo conceitualmente ou como categoria jurídica, mas estabelece o que seja o crime doloso. Quanto à sua conceituação e aplicabilidade, observa Fernando Galvão (2011) que nem todos os crimes têm resultado naturalístico, de modo que, nos delitos em que tal é ausente, o conceito de dolo encontra-se relacionado à vontade de realizar a conduta proibida que é descrita no tipo incriminador ou a aceitação de que tal situação venha a ocorrer, a qual produzirá a violação da norma jurídica que lhe é subjacente (resultado jurídico). Quando se tratar de crimes materiais (que exigem a produção do resultado naturalístico para sua consumação), a caracterização como dolo exige ainda a vontade de produzir o resultado natural ou a aceitação de que tal resultado venha a ocorrer.

Destarte, a forma de se atrelar o conceito a todas as classificações de crime quanto ao resultado (material, formal e de mera conduta) é atrelá-lo ao resultado, que, a depender do tipo, é necessário para sua consumação. Assim, *querer o resultado* será entendido ora como resultado naturalístico ora como resultado jurídico, a depender do crime em análise.

Igualmente, Fernando Galvão (2011), após fazer essas relevantes observações, também conclui que o ordenamento jurídico penal brasileiro adotou a teoria da

vontade e a teoria do assentimento (consentimento), mantendo, portanto, a linha teórica do Código Penal de 1940. Nos moldes de Hungria (1978), esse autor também estabelece que a teoria da representação não foi acolhida como fundamento isolado da caracterização do dolo, mas é pressuposto lógico tanto da teoria da vontade como da teoria do assentimento. Para que o agente queira um resultado, é necessário que o tenha representado. Da mesma forma, apenas se pode consentir com o que se conhece.

Ainda no que tange ao tratamento do dolo direto e do dolo eventual, a posição majoritária da doutrina é que o Código Penal equiparou ambos, de modo que o juiz, a priori, fixará a mesma pena em ambas as situações¹⁷. Há, contudo, situação peculiar na qual, para parte da doutrina, haveria diferenciação no trato entre o dolo direto e dolo eventual: nos casos em que o legislador usa os termos *sabe* e *deve saber*¹⁸. Há polêmica sobre isso, a qual passa a ser analisada, tomando como exemplo o delito de receptação.

Parcela da doutrina interpreta a expressão *sabe* como dolo direto, aduzindo que quando tão somente se usa esse termo não seria possível a punição a título de dolo eventual¹⁹, que encontra correspondência quando se usa a expressão *deve saber*. Uma segunda posição também entende a expressão *sabe* como dolo direto, mas interpreta a expressão *deve saber* como dolo eventual ou culpa indistintamente, de modo que caberia ao juiz graduar a pena da maneira adequada (GALVÃO, 2011).

Terceira posição, de cunho crítico, defendida por Bitencourt (2014), estabelece que a leitura segundo a qual *sabe* equivale a dolo direto e *deve saber* equivale a dolo eventual se justificaria apenas no passado, quando seguidas as correntes causalistas, momento no qual a consciência da ilicitude era elemento do próprio dolo. Assim, o uso das expressões em voga não teria razão de ser sob uma matriz finalista, que não mais adota o chamado dolo normativo ou *dolus malus*. Destarte, para o autor dessa terceira posição, as elementares *sabe* e *deve saber* não seriam espécies de dolo, apenas configurariam elementos normativos do tipo que estabelecem a graduação da maior ou menor censura da conduta punível. Assim,

¹⁷ Nesse sentido também dispõem Nucci (2015), Bitencourt (2014), Hungria (1978), entre outros.

¹⁸ Exemplos: artigos 130, 138, § 1º; 180, *caput* e 180, § 1º; 234-A, IV; 339, todos do Código Penal.

¹⁹ Nesse sentido é a posição de Nucci (2015), Mirabete (2015) e outros.

Bitencourt (2014) não aceita a existência das elementares *sabe* e *deve saber* como formas de classificar o dolo e o faz sustentando-se em uma matriz finalista.

Parece que a posição de Bitencourt (2014), em que pese sua consistência teórica e dogmática, *data máxima venia*, não merece ser acolhida. Não se pode concordar que tais termos façam referência à consciência da ilicitude. Ora, a concepção de consciência da ilicitude diz respeito ao conhecimento acerca da proibição da conduta praticada que emana da norma, que se extrai do conjunto do preceito primário. Não se confunde tal orientação, genérica, com o conhecimento acerca das elementares do tipo penal, conhecimento esse que deve ser abarcado pelo dolo.

Destarte, a crítica feita por Bitencourt (2014) não se atenta para a diferença entre o conhecimento acerca da proibição e o conhecimento das elementares do tipo penal, o que é exigido no tipo penal. Vale ressaltar, como reforço argumentativo, que o conhecimento da ilicitude do fato não exige que se conheçam os meandros do tipo penal, a especificidade de cada elementar, bastando uma mera ciência, ainda que superficial, de que determinada conduta é proibida; a isso se dá o nome de valoração paralela na esfera do profano, que não se confunde em hipótese alguma com a ciência sobre as elementares.

Ademais, ainda que a crítica de Bitencourt tenha permissa eminentemente finalista, não é adotada necessariamente entre autores finalistas. Nota-se, por exemplo, que Hans Welzel (1956) não faz conclusão nesse sentido. Segundo este autor, a lei emprega o termo *sabendo que* em diversos sentidos. Nas leis mais antigas (até 1925), estaria incluído o dolo eventual, enquanto nas leis recentes significa somente o dolo direto. Nota-se que o próprio Welzel, que foi o responsável por apartar a consciência da ilicitude do dolo, não fez essa análise crítica, o que mostra que ele, ao menos, não viu qualquer incompatibilidade desta posição com o finalismo. Dessa forma, escorreito que os termos *sabe* e *deve saber* realmente fazem referência a classificações quanto ao elemento subjetivo, restando agora verificar quais espécies podem se compatibilizar com tais termos.

O termo *saber* designa, de fato, dolo direto, pois equivale, no caso da receptação, por exemplo, a conhecer a origem ilícita do bem (elemento cognitivo), ou seja, saber que o bem tem origem ilícita, conhecer tais elementares. Assim, quando o tipo traz

esse vocábulo, contenta-se apenas com essa espécie de dolo, não sendo, a priori, segundo a posição dominante, punida nenhuma outra espécie. Já, o termo *deve saber* estatui que o autor tinha condição de saber, ou seja, era exigível dele que soubesse da origem ilícita do bem, contudo, desconhecia tal fato ou não era certo quanto a ele.

Nesse ponto específico, segue-se a posição de Fernando Galvão (2011), para quem, tendo o autor condições de se informar, mas não o tendo feito porque lhe foi indiferente tal informação ou porque assim optou, há dolo eventual; por outro lado, se o autor não se informou adequadamente por descuido, há, em verdade, culpa, e não dolo.

Assim, o vocábulo *deve saber*, por si só, não significa dolo eventual, somente diz que o autor tinha condições de saber da elementar, e dela não tomou conhecimento. O motivo pelo qual agiu assim e que não consta do tipo é que vai determinar se houve dolo eventual ou culpa. Diante disso, sustenta-se, neste trabalho, que o termo *sabe*, a priori, significa dolo direto, enquanto *deve saber* ora significa dolo eventual, ora culpa.

Contudo, embora dogmaticamente a expressão *deve saber*, conforme posição aqui sustentada, designe dolo eventual ou culpa, tal posição não pode ser mantida, basicamente pelo fato de que não se pode equiparar dolo e culpa, de modo que, nesse ponto específico, não se acompanha a posição de Fernando Galvão (2011), no sentido de que deve o operador do direito graduar a pena de forma adequada. Em abstrato, a pena deveria ter sido fixada de forma diversa pelo legislador. Se não o foi, não cabe ao magistrado adequá-la. Dessa forma, *data máxima venia*, não se pode admitir ambos os elementos subjetivos indistintamente, até porque já há modalidade culposa expressa da receptação, conforme artigo 180, § 3º do Código Penal. Nos casos em que tal modalidade não existe de forma expressa, só pode ser reconhecida se prevista de forma única e indubitável, dada a excepcionalidade do crime culposo.

Destarte, apenas restaria, de fato, a interpretação do termo *deve saber* como dolo eventual, mas com fundamentos diversos dos apontados pela doutrina dominante. De todo modo, fica aqui a crítica ao expediente legislativo adotado. Não parece

adequado que o legislador fixe em determinados preceitos da Parte Especial do Código Penal brasileiro vocábulos dessa ordem, restringindo o elemento subjetivo, que, outrora, na Parte Geral, recebeu regime jurídico equiparado.

Ademais, em sendo considerada ultrapassada a menção como circunstância judicial da *intensidade do dolo*, não há qualquer motivo para a distinção entre as espécies de dolo na Parte Especial, vez que foram tratadas de maneira equânime anteriormente. Portanto, para se harmonizar a Parte Geral com a Especial, não deveria haver em qualquer tipo penal a separação mencionada, sendo admitidas ambas as hipóteses, já que estão equiparadas na Parte Geral e merecedoras da mesma pena, segundo a sistemática adotada.

7 CRÍTICAS ÀS TEORIAS DO DOLO

Por óbvio, os modelos relacionados às teorias do dolo, a saber, volitivo e cognitivo, não estão isentos de críticas, que serão apresentadas neste capítulo, inclusive porque a doutrina pátria não costuma fazê-lo.

7.1 CRÍTICAS ÀS TEORIAS VOLITIVAS DO DOLO

As teorias volitivas, normalmente mais antigas, atualmente enfrentam várias críticas, que ainda que não tenham chegado com muito vigor ao Brasil geram fortes discussões na Europa. A seguir, algumas delas são apresentadas.

7.1.1 Impossibilidade de comprovação empírica

Quando, para a caracterização do dolo, se exige um elemento nitidamente interno, que está na mente do autor, surge desde logo a dificuldade de sua comprovação. Caso não tenha sido exteriorizado de alguma forma o intento do agente, em algumas situações, se mostra praticamente impossível sua comprovação, pois seria inacessível a prova de componentes internos (COPELLO, 1999).

Quando se fala da dificuldade ou até impossibilidade de se comprovar o elemento volitivo atinente ao dolo, como crítica às teorias volitivas, de imediato, surge a réplica pela qual se aduz que isso consiste em um problema de processo, de prova e não do dolo em si. Contudo, referida crítica não se sustenta e é por si só tautológica.

Definição de dolo e objeto de prova apresentam-se como duas fases inter-relacionadas no processo de determinação judicial do conteúdo doloso de uma conduta, de modo que a definição é o ponto de partida para o objeto da prova. De acordo com Copello (1999), os elementos que constituem o dolo determinam quais serão os objetos de prova na situação fática. A adoção de um ou outro conceito de dolo implica diferença quanto aos seus requisitos e interfere no próprio objeto da prova.

Em razão dessa dificuldade inerente ao critério ontológico de cunho volitivo, surgem decisões e entendimentos que acabam em diversas situações por presumir o dolo e,

de maneira absurda, inverter o ônus da prova, exigindo que o réu comprove que não agiu dolosamente. Inverte-se toda a lógica inerente ao princípio da culpabilidade e da presunção de inocência, de modo que não se fica muito longe da tão criticada *versari in re illicita* do direito canônico. Nesse ponto, a invocação de um elemento volitivo como instrumento para se evitar a responsabilidade objetiva e posterior adoção de tal expediente soa totalmente hipócrita, pois se presume a vontade, o que equivale a prescindir de tal elemento. Acerca disso, ao tratar da análise do dolo eventual nos crimes de trânsito, Israel Domingos Jorio (acesso em 19 ago. 2015) expõe:

Será que todo condutor inconsequente está efetivamente preparado para assumir seu pacote de desgraças? Não apenas a morte do outro, mas a sua própria; não apenas a morte do desconhecido, mas a do seu próprio filho ou cônjuge, que o acompanha. Isso, além das perdas financeiras e dos diversos aborrecimentos policiais e judiciais que serão enfrentados. Esse condutor, pior que um psicopata, é um psicopata suicida. E seria ele tão estranho a nós? Não são nossos amigos ou nossos parentes? Não somos nós mesmos? O que se tem, mais que um pensamento temerário, por embasar as decisões condenatórias em presunções absolutas, é uma convicção mentirosa. Se não nos identificamos com o estuprador, o latrocida, o corrupto, certamente não devemos nos esquecer de que somos, quase todos, condutores. Será que todos os condutores são exemplares? A leviana “popularização” do dolo eventual é fruto de um misto de malícia, ignorância e hipocrisia. Malícia da mídia, ignorância do destinatário e hipocrisia de todos os que se arvoram paladinos da segurança. E o discurso é apelativo. Difícil combatê-lo com técnica e teoria. Que ele ganhe espaço entre os leigos, parece ser inevitável. Mas como justificar seu crescente prestígio entre os profissionais e estudiosos do Direito?

Acerca das presunções mencionadas, também René Ariel Dotti (2012) tece críticas, estatizando que os aplicadores da lei que acreditam na gravidade das penas como um meio de prevenção ou de maior retribuição mostram-se insensíveis aos valores da justiça e da dignidade da pessoa humana. O autor lembra as lições de Miguel de Cervantes:

nunca interpretes arbitrariamente a lei, como costumam fazer os ignorantes que têm presunção de agudos. Achem em ti compaixão às lágrimas do pobre, mas não mais justiça do que as queixas dos ricos. Quando se puder atender à equidade, não carregues com todo o rigor da lei no delinquente, que não é a melhor fama do juiz rigoroso que do compassivo (citado por DOTTI, 2012, p. 419).

De extrema utilidade também é a crítica de Zaffaroni e Batista (2010), para quem o dolo, sob quaisquer de suas formas, não pode jamais ser presumido; só diante de sua efetiva presença pode-se habilitar poder punitivo. Já foi observado, no entanto,

que quando a febre da reação punitiva sem lacunas torna-se obsessiva, o *in dubio pro reo* é percebido como obstáculo liberal. Diante disso e também de que o mito da emergência não consegue derrogá-lo, optou-se por um recurso dogmático: a presunção do dolo. Segundo crítica dos dois autores, como o conceito psicológico oferece dificuldades para sua prova processual, é ele substituído por uma ficção de dolo, afirmando-se que haverá dolo quando assim o indicar seu inequívoco sentido social.

7.1.2 Ambiguidade do termo *vontade*

Alerta Ingebord Puppe (2004) que, nas linguagens jurídica e cotidiana, o termo *querido* é empregado em dois sentidos completamente diversos: em sentido descriptivo-psicológico e em sentido atributivo-normativo. Em sentido descriptivo-psicológico, a expressão *o autor quis o resultado* significa que ele o almejou. Em sentido atributivo-normativo, o mesmo enunciado significa que ele não poderá isentar-se da responsabilidade, alegando que não quis o resultado em sentido psicológico, que não o almejou. De acordo com a autora, o caso mais claro em que o autor não pode alegar que não almejou o resultado, apesar de isso ser a pura verdade, é o chamado dolo direto de segundo grau.

Como explica Luís Greco (acesso em: 3 fev. 2015, p. 887),

as diferenças ficam mais claras se imaginamos o caso do estudante que não estuda até a véspera da prova e, ao abrir livro, recebe um telefonema, sai, bebe, não dorme e chega direto da discoteca para fazer a prova. Pode ser que ele lamente com sinceridade a reprovação: ‘minha vontade não era isso’, ‘foi sem querer’. O amigo honesto talvez responda: ‘não reclame, você quis ser reprovado’. Neste diálogo, o estudante usa o termo *vontade* em sentido psicológico-descriptivo, o amigo, em sentido atributivo-normativo.

Esse salto da concepção descriptivo-psicológica para a atributivo-normativa não é explicado de maneira clara na doutrina pátria, de modo que nos casos de dolo de segundo grau o autor não quer (no sentido cotidiano da palavra) o resultado. Em sentido normativo-atributivo, a transição entre querer e não querer é fluída e depende de relações entre o comportamento e o resultado e de outras circunstâncias. Já, em sentido descriptivo-psicológico, por outro lado, há uma oposição entre querido e não querido, de modo que um nega o outro.

As teorias volitivas partem dessa análise entre querer e não querer para fundamentar a diferença de desvalor entre dolo e culpa e, também, para aferir o dolo. Arrima-se no sentido de dolo como intenção e não se considera necessária ulterior fundamentação normativa. Assim, o dolo seria reduzido ao dolo direto de primeiro grau (PUPPE, 2004). Dessa forma, a teoria da vontade ampara-se em uma análise ambígua da palavra *querer*, que remonta ao tão criticado dolo indireto.

Ademais, essa mudança de paradigma para o conceito normativo ocorre de maneira mais gritante quando do dolo eventual. Diante dessa situação, tenta-se construir um conceito unitário de *vontade* que abarca todas essas hipóteses, utilizando-se dos termos *querer*, *co-querer* ou *acolher em sua vontade*. Contudo, tais termos não evitam, do mesmo modo, a ambiguidade existente, conforme avalia Puppe (2004).

Nota-se que as teorias volitivas acabam abandonando sua premissa de cunho ontológico nos casos de dolo direto de segundo grau e dolo eventual, pois, nessas hipóteses, caso seja mantido o termo *vontade*, isso apenas pode ser feito a partir de um conceito normativo. Em verdade, conforme observa Puppe (2004), todas as expressões com as quais se tenta descrever esse conceito estendido de vontade, como *acolher em sua vontade*, *anuir*, *assumir o risco provocando o resultado*, são transformadas em ambíguas, utilizadas, por um lado, em sentido descritivo-psicológico e, por outro, em sentido normativo-atributivo.

7.1.3 A ausência de fundamento idôneo para a punição mais gravosa

Costuma-se dizer que, quando se leva em conta o aspecto volitivo, a punição mais grave se justifica por ter o agente uma vontade contrária ao direito, o que não seria harmônico para com o Estado de direito, que tem como premissa punir fatos, condutas, e não atitudes internas (GRECO, acesso em 3 fev. 2015). Ainda que se fundamente no fato de que a atitude guiada pela vontade é mais perigosa para o bem jurídico, isso não necessariamente é verdade. O que torna a ação mais perigosa não é a vontade, mas a forma como ela é executada. O que pode ocorrer, sim, é que a vontade de matar leve o autor a efetuar o disparo não de tão longe, e, sim, à queima-roupa. Mas, nesse caso, não mais é preciso mencionar a vontade no momento de verificar a intensidade do perigo. Essa intensidade deriva da

circunstância objetiva, externa, de que o tiro foi disparado à queima-roupa e, portanto, a vontade, aqui, se torna dispensável para fundamentar o tratamento mais gravoso (GRECO, acesso em 3 fev. 2015).

Seria possível argumentar também que o autor, quando age com vontade, demonstra maior periculosidade. Contudo, tal construção teórica também traz problemas. De início, deve-se lembrar que a periculosidade demonstra uma prognose acerca do que o sujeito potencialmente pode fazer e, ao menos no Brasil, onde se adotou o sistema vicariante, revela-se incompatível, a priori, com a pena aplicada para o imputável. Assim, haveria ingerência indevida do direito penal do autor. No mais, não há qualquer análise empírica que demonstre essa maior periculosidade; seria mais um ato de fé a justificar a punição. Assim, sustenta-se que punir com base em algo que não se fundamenta adequadamente é punir de maneira irracional, o que não se justifica.

7.2 CRÍTICAS ÀS TEORIAS COGNITIVAS DO DOLO

De outra banda, as teorias exclusivamente cognitivas também recebem críticas no momento em que prescindem do elemento volitivo. Elas são diversas, porém, a seguir, serão expostas as principais.

7.2.1 Objetivação do dolo

Quando se nega o aspecto interno do dolo, está-se, em verdade, objetivando-o e tornando-o próximo de um critério de imputação objetiva. Corre-se o risco de se punir sem que exista qualquer vínculo psicológico entre o agente e a conduta praticada, o que vulneraria o princípio da culpabilidade.

Ademais, ao se negar o aspecto subjetivo do dolo, pode-se apenas simplificar ou mudar a discussão de âmbito. Contudo, o problema não é eliminado. Simplifica-se o problema apenas aparentemente, vez que, quando se coloca na parte cognitiva todo o substrato do dolo, ele continua com uma estrutura complexa, agora no âmbito do cognitivo. Assim, o problema apenas se altera de lugar e as dificuldades já existentes migram para o âmbito do conhecimento (CASABONA, 2009).

7.2.2 Incremento exacerbado de condutas tidas como dolosas

Ao se deixar de exigir um elemento volitivo, de cunho ontológico, o dolo passaria a abranger outras situações, punindo casos que antes estariam abarcados na culpa. Conforme alerta Díaz Pita (1994), haveria, desse modo, um excesso de punição e tratamento igualitário de situações que não mereceriam a mesma consequência jurídico-penal.

7.2.3 Normativismo exagerado e consequente ausência de segurança

Costuma-se dizer que negar a realidade do dolo implica o risco de se gerar decisões arbitrárias. Nessa hipótese, surgiria uma incongruência entre a realidade psicológica interna do agente e a atribuição a ele feita. Haveria na perspectiva normativa do dolo uma “crise de legitimidade” (BUSATO, 2013), que deveria ser resolvida com outros critérios, como a teoria dos indicadores externos apontada por Hassemer, já descrita anteriormente. O normativismo exagerado resultante da negação de um aspecto inerente a qualquer sujeito geraria insegurança e fomentaria, como dito, decisões sem qualquer racionalidade.

Neste capítulo, foram apresentadas críticas em relação às teorias volitivas e cognitivas. Boa parte dessas teorias é usada para explicar também o dolo eventual e tentar diferenciá-lo da culpa consciente. Dessa forma, é de rigor a análise da culpa, o que será feito no capítulo a seguir.

8 REGIME JURÍDICO DA CULPA

Uma vez que o presente trabalho trata do dolo, por óbvio, sua temática tangencia a diferença entre esse instituto e a culpa, motivo pelo qual a análise desse último elemento se faz necessária, ainda que de forma menos aprofundada que a do tipo doloso. Isso será feito começando-se pela visão de cada corrente epistemológica da teoria do crime sobre o tema.

De início, pontua Liszt (2003) que a ideia de culpa permaneceu estranha ao direito romano e que há poucos séculos o Direito Penal ainda não tratava o tema de forma sistemática. Segundo referido autor, a culpa em sentido estrito tem relação com a ausência de conhecimento que o agente podia e devia obter, de modo que a ação culposa consiste naquela que causa ou não impede, por ato voluntário, um resultado não previsto, mas que podia fazê-lo. Assim, a culpa também traduz uma falta de previsão, devendo, contudo, ser possível ao agente rever o resultado como efeito do movimento corpóreo, ainda que somente em seus contornos gerais. Para esse autor, na culpa há um erro concernente à importância do ato voluntário como causa ou não impedimento do resultado, de modo que reside nesse ponto sua diferença em relação ao dolo.

É interessante analisar que Liszt (2003), a partir da matriz causalista, não diferencia dolo e culpa pela vontade, o que é de se esperar, dadas as linhas gerais de seu sistema. De outra banda, diferencia dolo e culpa pelo aspecto cognitivo, pela importância do ato para o resultado e pelo equívoco que disso emana. Assim, nota-se que tal autor estabelece a diferença partindo do que hoje conhecemos como o aspecto cognitivo do dolo, justamente o que é feito por parte das teorias monistas, que negam o elemento volitivo. Embora com premissas teóricas distintas, a delimitação entre dolo e culpa em ambas as teorias se pauta no conhecimento, não na vontade.

Desde o causalismo, também já se tratava da excepcionalidade do delito culposo, situação na qual a punição pela modalidade culposa é exceção que somente pode ser admitida quando a lei contiver previsão expressa. Tal situação, além de respeitar o postulado da legalidade, é consentânea com a intervenção mínima, pois trata

como excepcional punição que traz consigo menor desvalor de conduta e, portanto, em regra, deve ser irrelevante penal.

Já sob uma matriz normativa, Mezger (1958) também trata a culpa como uma forma especial de culpabilidade, mas vinculada à reprovabilidade, o que passa a ser feito aqui por consequência do caráter normativo da culpabilidade, construído por Reinhard Frank em 1907 e desenvolvido por Freudenthal e Goldsmith. Referido caráter normativo, inexistente até o causalismo, passa aqui a vigorar, influenciando a culpa, que se encontrava na própria culpabilidade.

Destarte, para Mezger (1958), a culpa, como uma das formas da culpabilidade, deve ser demonstrada, de modo que a não ocorrência do dolo não implica automaticamente nesta, sob pena de haver responsabilidade objetiva. Segundo esse autor neokantista, atua culposamente o agente que é reprovado por ter desatendido a um dever de precaução que lhe incumbia pessoalmente e cujas consequências não foram evitadas pelo agente. A culpa equivaleria, dessa forma, também a *não fazer algo devido*, como na omissão, pois o agente não cumpre um dever de cuidado, cuja observância teria evitado as consequências danosas ocorridas. Ou seja, cabe ao autor ser cuidadoso para que o fato lesivo não ocorra.

No mais, Mezger (1958) já divide a culpa em consciente e inconsciente, aduzindo ser esta a culpa por excelência. Enquanto que na primeira o agente prevê as consequências de seu fato e acredita que elas não ocorrerão, nesta, ele nem sequer faz tal previsão. De todo modo, o fundamento da reprovabilidade da conduta culposa situa-se no fato de que o sujeito desatendeu a uma advertência a ele dirigida.

Para se aferir a culpa, a exigência do dever de cuidado, Mezger (1958) expõe interessante visão, segundo a qual a relevância penal da conduta deve levar em conta o agente individualmente considerado. Assim, deve-se observar sua capacidade específica, eventuais limitações físicas (miopia, traumatismos, enfermidades etc.). Dessa forma, mostra-se imprescindível a análise no caso particular da previsibilidade do resultado. Segundo referido autor, não se leva em conta a experiência geral, mas as relações individuais.

Posteriormente, Welzel, sob a matriz finalista, teve por preocupação fundamentar a culpa a partir da ideia de atividade dirigida a um fim. Tal tem por escopo diferenciá-la do mero acaso e inseri-la em seu conceito superior de conduta. Para isso, esse pensador sustentou inicialmente que o delito culposo ocorreria de forma cega, embora referida a uma finalidade potencial que, apesar de não ser a buscada pelo agente, poderia sê-lo (TAVARES, 2009).

A essa “direção finalista melhor” Juarez Tavares (1980) deu o nome de finalidade potencial. Destarte, a ação penalmente relevante não seria apenas a atividade dirigida a um fim, mas, também, a que poderia ser dirigida a um fim mais adequado. Assim, conforme esse autor, no famoso exemplo dado por Welzel, do guarda que manuseia uma espingarda que accidentalmente dispara e acerta alguém, a morte é uma consequência cega, e não querida. Contudo, não é puramente causal e irrelevante, porque é evitável em razão da possibilidade de um agir de maneira melhor. Essa atividade final possível (melhor atitude) figurava ao lado da atividade final real (crimes dolosos) como forma de aparecimento da conduta finalista. Enquanto que no crime doloso ela era diretamente identificada, no crime culposo era uma referência, uma finalidade possível.

A posição de Welzel (1956) acerca dos crimes culposos passou a ser criticada, mormente pelo fato de buscar um conceito unitário que abarcasse as formas dolosa e culposa. De todo modo, em seu tratado, continuou a entender que os crimes culposos são compreendidos pelas lesões produzidas de forma não finalística e que se ocasionam de modo puramente causal. Nestes casos, a meta proposta, como tal, não lesionaria por si só qualquer bem jurídico. Diante disso, estabelece que o desvalor de ação da conduta culposa se dá de maneira diversa que o da conduta dolosa. Justifica-se o desvalor da conduta culposa, não na direção finalista que realmente tem empregado o autor, mas na omissão de uma direção finalista melhor imposta pelo direito com vistas a evitar lesões a bens jurídicos.

Nesse ponto, Welzel (1956) se vale do mesmo raciocínio que Mezger (1958), equiparando a conduta culposa, até certo ponto, ao crime omissivo. Aqui já se nota que sua teoria não explica satisfatoriamente o delito culposo e, quando o faz, se vale do normativismo de Mezger, que ele mesmo tanto criticou. No mais, a pretexto de

equiparar dolo e culpa em apenas uma estrutura de ação de pretenso cunho ontológico, nota-se que a figura da culpa, ao se colocar em um conceito unitário, acaba por romper a almejada estrutura ontológica do finalismo e há dificuldades em se situar o crime culposo na teoria da ação final²⁰.

Não obstante isso, Welzel teve o mérito, já mencionado quando da análise do dolo, de situar a discussão acerca do elemento subjetivo no fato típico, levando-a para o desvalor do injusto, analisando-se nesse momento o dever de diligência. Ademais, é interessante pontuar que, para a análise da quebra do dever de diligência, Welzel (1956) fala em *diligência objetiva*, que é aquela imposta segundo a direção finalista da ação. Objetivamente, o direito espera que toda ação seja focada com compreensão e prudência acerca dos perigos que traz consigo. Assim, exige-se que o autor tenha observado o grau de direção finalista que pode observar uma pessoa compreensiva e prudente colocada na mesma situação em que ele está. Não se submete essa análise a uma contemplação totalmente objetiva, tampouco a uma situação totalmente concreta. A diligência objetiva, em verdade, impõe o emprego dos meios de ação que o autor dispunha na situação concreta em que se encontrava, mas não altera a situação concreta em si e os meios que ele tem à disposição. Dessa feita, a diligência objetiva requer apenas uma determinada medida objetiva de aporte finalista que incide sobre as condições dadas, que não podem ser generalizadas.

Assim, parece que a posição de Welzel (1956) não leva em conta a excessiva concretude de Mezger (1958) para fins de se aferir a quebra de diligência, mas também não cai em um abstrativismo exagerado típico do *homem médio*. Em verdade, ao que parece, Welzel propõe que se deva colocar o homem prudente com sua atividade finalista esperada no caso concreto e, destarte, aferir-se qual a conduta e a diligência adequadas.

Roxin (2006), por sua vez, com seu sistema teleológico-racional, preenche o substrato da conduta culposa com a teoria da imputação objetiva, vez que, segundo referido autor, por trás da infração de um dever de cuidado se escondem distintos elementos de imputação que caracterizam os pressupostos da culpa de maneira

²⁰ Nesse sentido, a crítica de Tavares (1980).

mais precisa que a cláusula genérica da *quebra de dever de cuidado*. Dessa forma, não há que se falar em contrariedade ao cuidado devido quando o sujeito não cria um perigo juridicamente relevante. O critério genérico, de infração de um dever de cuidado, não conduz para além dos critérios gerais de imputação. Ademais, ele é vago e, portanto, prescindível, segundo o autor.

Não obstante isso, tal critério é equivocado desde o ponto de vista da teoria da norma, pois produz a impressão de que o delito comissivo culposo consiste na omissão de um cuidado devido, o que pode ensejar a errônea interpretação dessa modalidade como um delito de omissão. Em verdade, para Roxin (2006), não se pune o sujeito por ter omitido algo, mas por ter criado um perigo não amparado pelo risco permitido e abarcado pelo fim de proteção do tipo, que se transforma em um resultado típico.

Aqui, já se nota uma diferença entre Roxin e os autores anteriormente citados. Enquanto estes interpretam a conduta culposa como análoga à omissiva, Roxin (2006), expressamente, critica tal visão, dizendo que ela decorre da fórmula genérica de culpa empregada e que consiste em um equívoco sob o aspecto da teoria da norma. Portanto, nota-se que Roxin, ao tratar da culpa, substitui os critérios relacionados à *quebra de dever de cuidado*, previsibilidade, por critérios de imputação objetiva.

De fato, não se pode entender como possível a equiparação, *mutatis mutandis*, da culpa à omissão. Não é o mero fato de *omitir uma conduta cuidadosa* detentor de relevância penal por si só. Analisando-se os crimes omissivos próprios, verifica-se que, por serem classificados como de mera conduta, caracterizam-se com a prática desta, sendo irrelevante, via de regra, a ocorrência do resultado (naturalístico). De outra banda, os crimes culposos só ganham relevância penal quando se dá um resultado lesivo, o que prova que seu desvalor não reside na omissão de uma conduta mais cuidadosa, mas na lesão ao bem jurídico e no resultado decorrente da *quebra de cautela*, mas não nesta por si só. No que tange os crimes omissivos impróprios, embora possam exigir resultado naturalístico, a equiparação também não se sustenta, porque, em verdade, toda e qualquer conduta representa a omissão ou a não realização de outra, considerada lícita, incluindo a dolosa.

Posteriormente, Roxin (2006) discute até que ponto as capacidades individuais do sujeito merecem ser levadas em conta para determinar a culpa, reavivando a polêmica já trazida aqui por Mezger (1958) e Welzel (1956). Roxin pontua que a opinião dominante defende a denominada teoria da dupla posição, segundo a qual, para a análise do tipo, são levados em conta parâmetros objetivos, enquanto que a questão sobre o fato de o sujeito poder satisfazer essas exigências é problema unicamente da culpabilidade. O referido autor traz também uma posição que observa ser minoritária, segundo a qual, inclusive, a análise do tipo deve se pautar na capacidade individual do sujeito, de modo que, caso sua capacidade seja superior, exige-se mais que o usual.

De todo modo, para ambas as situações, a responsabilidade penal do agente não subsiste da mesma forma, apenas alterando-se o momento em que isso se dá, se no fato típico ou na culpabilidade. Destarte, não haveria motivo para tanta polêmica, salvo pelo efeito comunicativo de se afastar a tipicidade ou a culpabilidade.

Apresentada a evolução da culpa pelas principais correntes, de rigor, passa-se à verificação de tal elemento subjetivo no Código Penal pátrio. A legislação trata da culpa em seu artigo 18, II, de modo que, ao contrário do que ocorre com o dolo, não traz suas espécies, mas elenca suas modalidades, utilizando-se de péssima técnica e repetindo a redação do artigo 15 do Código Penal de 1940. A crítica se justifica porque o Código não definiu culpa, o que fez no primeiro inciso e, ademais, valeu-se das modalidades, o que nem sempre é levado em consideração pela doutrina, como faz Basileu Garcia (1954), para quem a negligência poderia ser um único substrato da culpa e conter em si a imprudência e a imperícia. Ainda que referido autor seja casualista, sua crítica é atemporal e permanece válida nos dias atuais. Por vezes, não há um limiar muito seguro entre as modalidades de culpa.

Fernando Galvão (2011) também tece as mesmas críticas, afirmando que a fórmula utilizada pode ensejar confusões, como no exemplo do motorista de táxi que passa por um sinal desfavorável e atropela um transeunte, causando-lhe lesões corporais. Segundo referido autor, pode-se explicar o ocorrido dizendo que o motorista avançou o sinal, demonstrando imprudência ou porque deixou de parar no sinal fechado, o que seria imperícia, ou, por fim, porque, em sendo profissional, deveria

respeitar as regras de trânsito, o que traz à tona a possibilidade de imperícia. Dessa forma, seria mais adequada uma formula genérica, relacionada à quebra do dever de cuidado, para que se dimensionasse a culpa, prescindindo-se das modalidades trazidas no atual Código Penal.

No mais, a culpa costuma ser dividida em três espécies: culpa inconsciente, culpa consciente e uma espécie anômala, denominada culpa imprópria. Na hipótese de culpa inconsciente, forma típica do delito culposo, o agente se comporta de forma descuidada e não prevê a possibilidade de ocorrência do resultado lesivo que era objetivamente previsível.

Já na culpa consciente, o sujeito age de forma descuidada, mesmo prevendo a possibilidade de ocorrência do resultado. Contudo, acredita que pode, dadas as suas habilidades, evitar o resultado danoso. Destarte, embora o preveja, confia sinceramente que ele não vai ocorrer. Essa é a hipótese limítrofe para com o dolo eventual e que, na praxe, se mostra de diferenciação insolúvel em alguns casos práticos. Tal diferenciação e polêmica serão analisadas no capítulo seguinte.

Por fim, tem-se a culpa imprópria, que não é objeto deste trabalho, mas que se aplica aos casos de erro sobre discriminante putativa envolvendo pressupostos fáticos (erro de tipo permissivo), instituto tratado, a princípio, como erro de tipo, consoante a teoria limitada da culpabilidade tenha sido adotada pela doutrina majoritária.

9 DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE

A diferença entre dolo eventual e culpa consciente é tema de grande relevância, com enorme consequência prática. A opção por um elemento ou outro enseja reprimendas consideravelmente diversas, podendo eventualmente acarretar na própria absolvição quando a culpa não for prevista, dada a excepcionalidade do crime culposo.

Preceitua Santos (2008) que os conceitos de dolo eventual e culpa consciente são excludentes, sendo a distinção uma das questões mais difíceis do Direito Penal, porque se fundamenta na identificação de atitudes diferenciáveis, em última instância, pela afetividade do autor. Para Santos, o dolo constitui decisão contra o bem jurídico protegido no tipo e a culpa consciente representa leviana confiança na exclusão do resultado de lesão, mas a determinação das identidades e diferenças entre dolo eventual e culpa consciente exige critérios mais precisos. O sujeito que confia na não ocorrência do fato não pode simultaneamente conformar-se com este, por isso, os conceitos se excluem.

Mezger (1958) também aduz que é exatamente na previsão acerca da ocorrência do fato lesivo que se situa o ponto de contato da culpa consciente para com o dolo eventual, de modo que, se a essa representação da possibilidade se une o fato de tomar para si as consequências da conduta, não existe culpa, mas dolo eventual.

Costa (2009) sustenta que na culpa há a possibilidade de representação do resultado e no dolo eventual há a representação da possibilidade do resultado. Nele, o agente aceita o resultado, enquanto na culpa confia que ele não se produzirá.

Galvão (2011) pontua, de maneira precisa, que a distinção essencial entre a conduta dolosa e a culposa reside na postura psicológica do autor do fato em relação à produção do resultado lesivo. O dolo eventual pressupõe que o agente, além de ter previsto o resultado, consentiu na sua ocorrência. Caracteriza-se por assumir o risco de que a situação de perigo se transforme em um resultado lesivo. Já na culpa consciente o autor, embora preveja a possibilidade da ocorrência do resultado, com ele não concorda.

Ao diferenciar ambos os institutos, Roxin (2006) parte do já mencionado exemplo de K e Y que desejavam roubar M, que será relembrado aqui para melhor entendimento da análise feita a seguir pelo autor. K e Y alteraram o plano inicial de estrangular M com uma correia de couro até que perdesse a consciência, após perceberem que isso poderia levá-lo a óbito. No entanto, voltaram a executar esse plano depois de frustrado o plano substituto de golpear a vítima com um saco de areia, que se arrebentou e fez com que uma luta corporal entre os três se iniciasse. Executado o plano inicial, K e Y apoderaram-se dos pertences do ofendido e tentaram reanimar M, sem sucesso.

Ao analisar o caso mencionado, Roxin (2006) sustenta haver dolo eventual, em que pese ser um caso limítrofe. Segundo o referido autor, isso se justificaria porque os sujeitos não agiram de forma descuidada, mas sabiam que sua conduta poderia facilmente ensejar a morte da vítima, tanto que renunciaram ao plano inicial. Quando fracassado o plano posterior, de utilizar o saco de areia, retomaram a conduta inicial, de usar a correia, arriscaram-se conscientemente a produzir o resultado morte, por mais desagradável que seja tal consequência. Incluíram no cálculo a eventual morte da vítima e, nessa medida, *quiseram-na*.

Destarte, quem inclui entre seus cálculos a realização de algo reconhecido como possível decide contrariamente ao bem jurídico. Portanto, é essa decisão pela possível lesão de bens jurídicos que diferencia o dolo eventual da culpa consciente. Assim sendo, há dolo eventual quando o agente conta seriamente com a possibilidade de realização do tipo e mesmo assim segue atuando para buscar o fim almejado e se conforma com o resultado danoso. De outro lado, age com culpa consciente quem, conhecendo a possibilidade de ocorrência do resultado, não leva isso a sério ou confia negligentemente na não realização do tipo.

Não se pode confundir, como bem alerta Roxin (2006), a confiança com a mera esperança. Quando, por uma supervalorização de sua capacidade de domínio da situação fática, o sujeito confia que o resultado não ocorrerá e não leva seriamente em conta sua ocorrência, ele não atua dolosamente. De outra banda, quando leva a sério tal possibilidade e não confia sinceramente que não haverá nenhum evento danoso, mas tem a mera esperança de que nada ocorrerá e que a sorte está ao seu

lado, lhe é atribuído dolo. Essa esperança não afasta o dolo quando o agente deixa que as coisas sigam seu caminho normalmente.

A teoria de Roxin, denominada decisão contrária a bens jurídicos e usada para distinguir dolo eventual de culpa consciente, acaba por tangenciar – ainda que esse pensador não diga isso – a teoria da probabilidade, contudo, sem se desvincular de um aspecto volitivo. Em outras palavras, pode-se dizer que a elevada probabilidade do evento lesivo, quando incluída nos cálculos do agente e empreendida por ele, seria suficiente para caracterizar o dolo eventual e a ideia de *querer*.

Aqui, nota-se uma importante normativização do aspecto volitivo, na medida em que, em certo momento, Roxin (2006) pontua que o resultado pode até ser desagradável para o agente, no entanto, por realizar uma decisão contrária a bens jurídicos, ele o *quer*. Por óbvio, esse *querer* não se encontra no sentido psicológico, mas no sentido atributivo-normativo, para se valer da linguagem de Puppe (2004).

Observa-se aqui um critério diferente do usualmente empregado no Brasil. Se o caso de K, Y e M fosse analisado à luz da teoria do assentimento, seria possível dizer que há culpa consciente, vez que os criminosos não aceitaram o resultado, tanto que empreenderam esforços no sentido de reanimar a vítima. Tal conduta demonstraria que não aceitaram ou não eram indiferentes ao resultado. Destarte, não haveria que se falar em dolo eventual.

De todo modo, a forma como Roxin responde à questão também não deixa de manter a polêmica, vez que, para chegar a tal, foi analisada uma ação posterior à conduta delitiva. Ou seja, não se analisou a conduta ilícita em si, mas se intuiu seu elemento subjetivo a partir de uma ação posterior, a ela diretamente ligada.

Busato (2013), por outro lado, estatui que no dolo há um compromisso para com a produção do resultado, enquanto que na culpa sempre haverá um absoluto desconhecimento da periculosidade da conduta em relação ao fato típico ou um erro vencível sobre algum elemento típico. De todo modo, o autor esclarece que a diferença entre dolo e culpa deve ser feita desde o âmbito de tais gêneros, sem a necessidade de se recorrer às espécies de dolo eventual ou culpa consciente, as quais, por dependerem de uma análise da consciência, nada podem oferecer.

Ademais, partindo-se de uma orientação cognitiva, segundo ele, os conceitos se identificariam, porque, de um modo geral, dolo e culpa consciente têm a mesma base cognitiva. Dessa forma, a solução passa pelo reconhecimento do componente volitivo em seu aspecto normativo, caracterizado pelo compromisso do autor com a vulneração do bem jurídico.

Nesse ponto, *data máxima venia*, não parece ser a mais adequada a visão trazida por Busato, também mencionada, diga-se de passagem, por Copello (1999). Ao se destacar que na culpa há um erro vencível sobre um elemento típico, necessariamente, deve-se aceitar que há um víncio no aspecto cognitivo, tanto é que houve erro, que consiste na falsa percepção da realidade. Destarte, partir desta premissa para depois sustentar que dolo e culpa consciente têm a mesma base cognitiva não parece ser o melhor caminho. A situação de erro decorrente da culpa consciente já permitiria diferenciá-la do dolo eventual desde o aspecto cognitivo. O resultado na culpa consciente não se ampara no aspecto volitivo, mas, justamente, na lesão ocasionada pelo equívoco oriundo do agente, que acreditava ter o poder de evitar o resultado.

Copello (1999) defende que a diferenciação entre os institutos não deve partir da análise do substrato do dolo eventual, mas, sim, da culpa consciente, o que permitiria um maior avanço. Diante disso, pauta a diferença entre os institutos na noção de confiança de que o resultado não ocorrerá, pertinente a culpa consciente, rechaçando a mera esperança, como faz Roxin (2006). Contudo, acrescenta que tal confiança deve ser considerada fundada, sob pena de se manter o dolo.

O ponto de referência para se aferir se a confiança é ou não fundada passa pela mesma diferenciação envolvendo desejo e vontade. Enquanto no primeiro há uma atitude emotiva, carente de eficácia, na vontade, a atividade humana é capaz de controlar os cursos causais. Dessa forma, a presença de dolo ou culpa não depende unicamente da sorte e não se exclui o dolo quando o autor é consciente do risco e continua agindo apenas amparado na confiança de que a sorte o acompanha, pois tal é infundada. Ademais, para Copello (1999), a culpa consciente seria, em verdade, uma hipótese de erro de tipo inescusável incidente sobre a avaliação

inadequada de um risco que poderia ter sido captado. Amparando-se em tais pontos é que se distinguiria dolo eventual de culpa consciente.

Díaz Pita (1994), aliando-se ao conceito de dolo como decisão contrária ao bem jurídico protegido, embora mantenha o aspecto volitivo, abandona seu caráter ontológico e despreza as espécies de dolo ao adotar um conceito unitário que, nos moldes propostos, bastaria para diferenciá-lo da culpa

Compulsando-se a literatura, notam-se outras inúmeras teorias que buscam firmar o substrato do dolo eventual, tais como as teorias do consentimento, da indiferença, da possibilidade, da probabilidade, da não colocação em prática da vontade de evitação, as teorias do risco, do perigo não coberto ou assegurado, entre outras²¹. As teorias do consentimento, da possibilidade e da probabilidade já foram tratadas aqui, de modo que serão expostas as demais.

A teoria da indiferença, desenvolvida por Engisch, em 1930, parte de uma interpretação mais restrita da teoria do consentimento e preceitua que, na hipótese de o agente receber com indiferença as consequências negativas e não considerá-las indesejáveis, há um indício seguro de que ele atua dolosamente. Por essa teoria, Citado por Roxin, (2006), Engisch sustenta que, no caso da morte de M quando K e Y usaram a correia de couro, há culpa consciente, e não dolo eventual. Referida teoria é criticada por amparar a punição em dados emocionais, porque essa indiferença não poderia ser um dado decisivo para se diferenciar dolo eventual de culpa consciente e porque se pauta em uma culpabilidade pelo caráter, conforme destaca Díaz Pita (1994).

Já a teoria da não colocação em prática da vontade de evitação, desenvolvida por Armin Kauffman a partir de seu conceito de ação final, estabelece que apenas deve ser afastado o dolo eventual quando a vontade condutora do sujeito estiver dirigida à evitação do resultado. Contudo, na avaliação de Roxin (2006), essa teoria também forneceria apenas indícios, não resolve de pronto o problema.

Citado por Roxin (2006), Frisch, por outro lado, desenvolve a denominada teoria do risco, pela qual, para o dolo eventual, bastaria o conhecimento do risco não

²¹ Para mais detalhes acerca dessas teorias, ver Roxin (2006).

permitido. Assim, não seria necessário qualquer elemento volitivo. Somente o conhecimento do risco justificaria a punição mais severa. Agir dessa forma equivale, de certo modo, a tomar uma decisão contra o bem jurídico. Aqui, valem as mesmas críticas feitas a qualquer teoria meramente cognitiva.

A teoria do perigo não coberto ou assegurado, de Herzberg, leva o problema para o tipo objetivo, excluindo-se a imputação objetiva quando presentes determinados critérios. Considera-se perigo não coberto ou assegurado quando, durante ou após a ação do sujeito, hão de intervir a sorte e a causalidade para que o tipo não se realize. Um perigo coberto ou assegurado existe quando o sujeito pode evitar a produção do resultado, prestando a devida atenção (ROXIN, 2006). A teoria desloca para a imputação objetiva pontos relacionados ao elemento subjetivo. Assim, objetiva a discussão, correndo-se o risco de punir sem ter havido efetivo vínculo entre o resultado e o agente.

A dificuldade de se estabelecer diferença entre os institutos leva a doutrina a utilizar outras formas de punição, não relacionadas diretamente ao dolo ou a culpa, como a leviandade, o que comportaria uma simplificação, desprezando-se as diferenças entre o dolo eventual e a culpa consciente e, ademais, demandaria previsão expressa, como uma espécie de culpa grave (PUPPE, 2004).

Ao que parece, o próprio legislador pátrio criou uma forma de evitar que a punição mais rigorosa dependa de tal análise e o sujeito receba uma pena muito menor ao se reconhecer a forma culposa. A Lei nº 12.971/2014, ao inserir o parágrafo 2º no artigo 308 do Código de Trânsito Brasileiro, estabeleceu uma forma qualificada de disputa automobilística não autorizada com resultado morte que, pela redação do dispositivo, apenas pode advir de culpa, cuja pena é consideravelmente elevada, sendo a mínima fixada em cinco anos de reclusão. Há dúvidas sobre a proporcionalidade e sobre haver justificativa plausível para uma pena tão elevada aplicada a um delito culposo, mormente em se considerando que o homicídio culposo do Código Penal tem pena mínima de um ano de detenção. Não obstante isso, parece evidente que referida pena é inegável fruto de uma legislação precipuamente simbólica que tem permeado a atividade legiferante.

Apesar disso, a teoria da decisão contrária ao bem jurídico de Roxin parece ser um caminho, pois dá um aspecto axiológico ao elemento volitivo sem dele prescindir, podendo os indicadores de Hassemer fornecer parâmetros racionais para que se afira no caso concreto se houve dolo eventual. De todo modo, na hipótese de dúvida sobre o tipo subjetivo, a solução é indicada pelo princípio *in dubio pro reo*, devendo-se decidir pela culpa (ROXIN, 2006).

Passa-se, no capítulo a seguir, à apresentação das considerações finais obtidas com a discussão das questões abordadas ao longo deste trabalho.

10 CONCLUSÕES

O objetivo estabelecido para o presente trabalho foi fornecer uma sistematização das teorias do dolo a partir de sua exposição, apontando equívocos quanto à sua aplicação e analisando a polêmica envolvendo os aspectos volitivo e cognitivo. A intenção foi apresentar um critério cujos elementos tragam maior segurança jurídica, não instrumentalize o homem e dê ao Direito Penal maior efetividade ao estabelecer bases racionais de punição, evitando-se arbitrariedades. Em suma, a discussão girou em torno de se afirmar o aspecto volitivo ao lado do cognitivo ou negá-lo, buscando dar maior enfoque ao elemento cognitivo.

Quando se adota uma teoria monista (amparada apenas no elemento cognitivo), os problemas não se resolvem totalmente. Em verdade, a polêmica e os problemas apenas passam a se concentrar no plano cognitivo. Ademais, perde-se o critério volitivo, que, bem ou mal, delimita dolo e culpa, correndo-se o risco de se fixar outro critério muito mais abrangente, aliado ao conhecimento, pois o *conhecer*, sem um critério que o delimita, é dogmaticamente vazio. Isso porque não adianta se fixar a premissa de que basta o conhecimento sem que se diga o que ele abrange – o risco, o perigo, o bem jurídico, entre outros. Diante disso, entende-se, de rigor, a manutenção do elemento volitivo.

De outra banda, a manutenção de um elemento volitivo tão somente por um ato de fé ou preso a um aspecto ontológico não se justifica racionalmente. De nada adianta manter cegamente o elemento volitivo, se sua aferição é fruto de abusos como presunções e inversões da prova, sem justificativas dogmáticas adequadas. Em parte, isso decorre do aspecto ontológico do dolo, que, por ser de impossível comprovação, facilita algumas arbitrariedades. Portanto, o dolo meramente ontológico não há que ser mantido, pois não serve para ser provado, o que enseja arbitrariedades. Assim, o elemento volitivo deve ser enriquecido com elementos de cunho normativo.

Portanto, parece adequada a manutenção da teoria dualista do dolo, abrangendo conhecimento e vontade. Contudo, não se vê o dolo como natural ou ontológico, mas como resultado de uma atribuição de cunho normativo-axiológico.

Quanto ao elemento cognitivo, cediço que por parte do agente não há necessidade de um conhecimento que seja técnico, aprofundado ou meticuloso, bastando uma noção, ainda que leiga ou superficial, das elementares do tipo, o que remete à ideia da valoração paralela da esfera do profano, que basta para a cognição.

No mais, o conhecimento das elementares, por si só, fundamenta a maior gravidade do injusto doloso frente ao injusto culposo. Referido conhecimento dá ao agente maior controle sobre as consequências de seus atos e cria, ao menos em tese, um risco maior para o bem jurídico, que pode ou não se convolar em dano, mas que, por si só, basta para justificar uma maior reprimenda.

A fundamentação da maior gravidade do dolo – que está na seara do desvalor de conduta, atrelada ao maior risco de dano ao bem jurídico, envolto em desvalor de resultado, nos moldes que se faz aqui – vai ao encontro de um Direito Penal democrático, efetivo e que direciona a dogmática mais para o bem jurídico e menos para a vontade. Assim, diminui-se também a instrumentalização do homem, já que não se censura sua conduta, tendo-se como mote precípuo sua vontade, mas, sim, o risco maior que o conhecimento implica.

Quanto ao elemento volitivo, o problema maior, no entanto, reside na criação de um critério para sua racionalização e aferição. Cediço que o aspecto interno não é diretamente comprovável empiricamente, deve-se utilizar um critério para sua aferição, de modo a dar-lhe efetividade.

Data máxima venia, entre os critérios trazidos, mostra-se como mais adequado o apontamento relativo aos indicadores externos trazidos por Hassemer (1999) e também levados em conta por Díaz Pita (1994). Destarte, tais indicadores permitem que seja intuído o aspecto subjetivo, que por vezes será enriquecido e instrumentalizado a partir das denominadas regras de experiência trazidas pelo brocardo “*id quod plerumque accidit*” (o que normalmente acontece).

Seria possível argumentar que isso estaria objetivando o dolo. De fato, está. Contudo, a solução contrária, a pretexto de não se fazer isso, seria manter seu aspecto natural, ontológico, que não traz qualquer segurança e dá maior azo para arbitrariedades que nem sequer podem ser controladas. Referidos indicadores

externos, por óbvio, não impedem que se criem presunções ou inversões do ônus da prova em prejuízo do acusado. Contudo, oferecem baliza para que eventual decisão ou posição nesse sentido possa ser controlada racionalmente.

Não há guarida teórica para as conclusões prontas e presunções como as que envolvem corrida não autorizada entre veículos ou embriaguez, por exemplo. Caso se entenda que, por questão de política-criminal, certas condutas descuidadas merecem tratamento mais rigoroso por se mostrarem especialmente temerárias, nada obsta que se fixe sanção superior para casos específicos. Assim, evita-se um abismo tão grande entre condutas dolosas e culposas em certos casos.

Exemplifica-se: a conduta de disputar corrida não autorizada em situação de embriaguez é, por si só, mais grave que a conduta praticada estando ausente tal estado. Isso se dá porque as regras de experiência demonstram que o agente, ao embebedar-se, costuma ter prejudicados seus reflexos ou incrementa o risco de que isso ocorra e sabe que sua capacidade de guiar, ao menos cientificamente, é potencialmente diminuída nessa ocasião. Não é possível, somente a partir dessa circunstância apontada, concluir pela assunção do risco ou pela sincera confiança na não ocorrência do resultado. Qualquer conclusão peremptória é insegura dogmaticamente. Contudo, apesar disso, o maior risco ao bem jurídico demonstrado pela conduta, segundo as regras de experiência, permite que, não obstante ela possa ser considerada culposa, se fixe em abstrato pena mais elevada.

Diante disso, rechaça-se de pronto qualquer aplicação que presuma o dolo e que em decorrência disso se inverta o ônus da prova. O dolo, ou é provado pela acusação ou, então, na dúvida, aplica-se a modalidade culposa, consoante o *in dubio pro reo*. Contudo, não se pode, em hipótese alguma, para atender a anseio punitivo desmensurado, intuir modalidade dolosa sem qualquer justificativa racionalizável. Como dito, o intuito da sistematização proposta neste trabalho caminha justamente no sentido de se evitar isso.

REFERÊNCIAS

- ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**: parte generale. 13. ed. Milano: Multa Pavcis, 1994.
- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BITENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Pilares, 2013.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. tomo 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.
- CASABONA, Carlos María Romeo. **Sobre la estructura del dolo**. México: Ubijus, 2009.
- COPELLO, Patricia Laurenzo. **Dolo y conocimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**: parte geral. v. 2. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- DÍAZ PITA, Maria del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant Monografias, 1994.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.
- GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. v. 1, tomo 1. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1954.

GRECO, Luís. **Dolo sem vontade.** Disponível em:

<<http://pt.scribd.com/doc/56829036/ARTIGO-LUIS-GRECO#scribd>>. Acesso em: 3 fev. 2015.

_____. **Introdução à dogmática funcionalista,** Disponível em:

<<http://pt.scribd.com/doc/57400092/Introducao-a-dogmatica-funcionalista-do-delito#scribd>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito Penal.** 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

HASSEMER. Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad:** bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Héleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal.** v. 1, tomo 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal:** teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal:** parte general. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal:** parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva. 1998.

JORIO, Israel Domingos. **O fetiche do dolo eventual.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 230, jan. 2012.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2013.

KÖSTER, Mariana Sacher de. **La evolución del tipo subjetivo.** Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Tomo 1. Campinas: Russel, 2003.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**: parte generale. Pádova: Cedam, 2007.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Bibliografia Argentina, 1958.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte especial. v. 2. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MUNÔZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo**: estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. v. 2. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11. ed. São Paulo: Forense, 2015.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Barueri: Manole, 2004.

QUEIROZ, Narcilio de. **Theoria da actio libera in causa**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1936.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en Derecho Penal**. Madri: Reus, 1981.

_____. **Política criminal y sistema del Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

_____. **Derecho Penal**: parte general. tomo 1. Madri: Thomson Civitas, 2006.

_____. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SILVA SÁNCHEZ. Jesús-María. **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo**. Barcelona: J. M. Bosch, 2002.

TAVARES, Juarez. **Teorías del delito**. Buenos Aires: Hammurabi, 1980.

_____. **Teoria do crime culposo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

_____. **Teoría del injusto penal**. Buenos Aires: IBdeF, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant to Blanch, 2011.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: R. del Palma, 1956.

_____. **O novo sistema jurídico-penal**. São Paulo: RT, 2001.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. v. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2010.