

## 1. MATÉRIA DE CAPA

### 1.1 A reconstrução do dolo na teoria do delito

**Fábio Guedes de Paula Machado**

*Promotor de Justiça do Cidadão de Uberlândia – MG.  
Professor Adjunto da Universidade Federal de Uberlândia, Doutor em  
Direito Penal pela USP, Mestre em Direito Processual Penal pela PUC/SP,  
Pós-graduado em Direito Penal pela Universidad de Salamanca – Espanha,  
ex-Investigador Científico no Max-Planck-Institut, em Freiburg im Breisgau  
– Alemanha. Professor-doutor do programa de Mestrado da Universidade de  
Itaúna/MG*



Fábio Guedes de Paula

#### Introdução

Não é raro ver-se na rotina criminal dúvidas acerca da formulação de uma imputação a título de dolo ou culpa, nos delitos que a possibilitam, ou até mesmo na imputação dolosa ou não imputação, em não havendo a previsão do crime culposos. O certo é que essa dúvida acarreta injustiça em muitos casos, a ponto de abalar a paz social, senão opera-se em manifesta

desobediência metodológica.

Diante da questão posta, faz-se necessário, ainda que brevemente, tecermos considerações sobre o desenvolvimento epistemológico em torno do tipo subjetivo.

Tem o dolo origem no Direito Romano e, entre outros institutos integrantes da teoria do delito, sofreu profundas modificações diante das mudanças metodológicas jurídico-penais.

Não obstante decorridos mais de um século desde o surgimento da dogmática penal, até hoje se apura um liame tênue entre dolo e culpa. Isso traz dúvidas e margens de insegurança no seu reconhecimento e conseqüentemente impossibilita a segurança jurídica e a paz social como atributos da motivação da sentença e coisa julgada.

#### 1. Breve apanhado do desenvolvimento epistemológico da dogmática penal

Desde a sua aparição, no final do século XIX, é certo que a dogmática jurídico-penal não parou de se desenvolver. E assim o fez com o propósito de dar respostas aos conflitos sociais, objetivando construir uma justiça possível. Nesse aspecto, não se pode olvidar que a dogmática jurídico-penal se identifica com a idéia de ciência do Direito em um dado tempo e espaço e traz consigo aspectos íntimos de um povo e sua cultura. Também se mostra como importante ingrediente para a construção de um sistema de conceitos elaborados à configuração da sociedade.

Verificamos, ao longo do desenvolvimento epistemológico do Direito Penal, diversas influências teóricas, e cada qual permitiu a formação de inúmeros conceitos, notadamente os

inerentes aos elementos do delito e sua estrutura, e isso sempre em manifesto emprego de coerência metodológica.<sup>1</sup>

Apenas a título de citação acerca das principais metodologias,<sup>2</sup> primeiramente, o sistema naturalista, também chamado sistema clássico do delito ou sistema Liszt-Beling, foi construído sob a influência do positivismo, para o qual ciência é somente aquilo que se pode apreender através dos sentidos, o mensurável. Logo, seus conceitos são avalorados e por serem empíricos estão sujeitos à classificação. Nas categorias do delito ocorre a classificação das elementares em objetiva e subjetiva e descritivas ou valorativas. Aqui, tudo que for ligado ao injusto (tipicidade e antijuridicidade) será objetivo. Já o subjetivo reúne a culpabilidade, sendo que tipo e culpabilidade serão puramente descritivos.

Essa metodologia foi alvo de críticas insuperáveis. No âmbito metodológico não há como o Direito, enquanto sistema de valores, solucionar seus casos unicamente com o emprego da causalidade (teoria da equivalência dos antecedentes causais). Note-se que é inerente ao Direito valorar o objeto de consideração, e em decorrência o ponto central desloca-se do campo do naturalismo e ingressa no mundo jurídico. O caráter classificatório e formalista desse sistema construído desde a subsunção formal do fato à norma impede qualquer valoração superveniente pelo aplicador do Direito.

Com a ascensão do pensamento advindo da filosofia de valores (Windelband e Lask) e seu ingresso no Direito, particularmente na teoria do delito, estabeleceu-se o método referido a valores, vez que as questões da vida em sociedade não conseguem ser plenamente solucionadas pelas regras da natureza. Além do que o Direito não é uma ciência da natureza; ao contrário, ela é humana, é do espírito.

Essa mudança metodológica denominou-se “sistema neoclássico ou neokantismo”. Por ser ciência fruto do espírito, ou se se preferir, da cultura. Aqui se quer compreender os fatos atribuindo finalidades e valores. Originou-se, então, a formação de um sistema teleológico referido a valores.

Ao buscar compreender os fatos, estabeleceu-se que cada qual possui fundamentação material, o que acarretou na (re) classificação do delito em categorias sistemáticas de maneira a permitir que cada um atendessem à sua finalidade. Isso equivale a

dizer que todos os elementos do conceito de delito e suas partes integrantes ganharam o conteúdo material, v.g. tipicidade material, antijuridicidade material, culpabilidade material etc., o que indiscutivelmente proporcionou um grande avanço dogmático penal. Porém, estabeleceu também o positivismo jurídico e seus “apriorismos categóricos”, imutáveis, portanto, dado que o Direito integra um sistema fechado, ou seja, não troca informações com o meio circundante, e se reproduzia através de si próprio.

Com o escopo de superar o modelo neokantiano, inicialmente nos anos 30, e posteriormente com grande repercussão no pós-guerra, surge o finalismo welzeniano arrimado na lógica da coisa, no sentido de que o direito deve estudar a realidade, submetê-la a uma análise fenomenológica, para somente após tecer consideração jurídica. Aqui deparamos com considerações antropológicas próprias do ser, no sentido de que o homem só age em busca de um fim. Ela, aliás, é fruto da natureza humana, o que se convencionou chamar de estrutura lógico-real. A máxima *o homem por ser inteligente dirige o seu saber causal, e por assim ser a ação que realiza desde logo é intencional, e por consequência dolosa ou culposa*, exalta a estrutura de Hans Welzel. Isso acarreta a relocação do dolo e da culpa no tipo penal, transformando-se a culpabilidade em exclusivo juízo de reprovação pelo livre arbítrio, estabelecendo os demais elementos como sendo o poder agir conforme o direito, a imputabilidade e o conhecimento do proibido (consciência da ilicitude).

Sobre a filosofia finalista, suas críticas recaíram sobre o positivismo naturalista e sociológico, isto é, o neokantismo e suas concepções relativistas-valorativas-normativistas, com o intuito de afastar a teoria dos valores, formando, em troca, estruturas lógico-objetivas (*sachlogische Strukturen*). Estas estabelecem a vinculação entre valoração e realidade ôntica, que é para esse sistema a ação, erguendo, destarte, como resposta toda uma estrutura em torno da ontologia.

Tem o finalismo origem distante na construção aristotélica, na fenomenologia, nas novas direções da psicologia do pensamento do século XX e na teoria sociológica de Max Weber, por onde o objeto que se quer analisar condiciona os resultados do raciocínio científico. Portanto, não é verdade que os resultados das ciências culturais não dependam exclusivamente das valorações científicas.<sup>3</sup>

Estrutura-se a teoria finalista a partir do fundamento lógico-objetivo, isto é, o ser em busca do conhecimento através do método fenomenológico. Em decorrência dessa premissa, o ser humano tem percepção e conhecimento acerca das situações da vida – realidade e valor. Logo, ele tem capacidade de prever determinada medida a partir das bases de seu saber causal e as possíveis consequências de sua atividade. Dizia Welzel que a ação não é um processo causal, mas é um processo de sentido em que a tipicidade não se esgota na causalidade, senão na atividade humana, razão pela qual dolo e culpa não podem permanecer na culpabilidade.

Com isso, quer Welzel dizer que o ser humano organiza a sua conduta de acordo com um sentido que lhe é imposto em

decorrência de sua função cosmológica. Ou seja, o homem tem um projeto de ação antecipadamente inscrito a ele como condição da própria humanidade, e esse projeto de ação é o projeto finalístico.

Portanto, é correto afirmar-se que a teoria finalista nasce de uma concepção filosófica na qual se reconhece o ser humano. Ele, em razão dessa sua condição, tem um projeto de ação orientado a determinados fins que assegurem o seu bem-estar como pessoa humana e que se resumem na defesa da vida, da liberdade e do patrimônio. Pode-se então dizer que aqui reside o fundamento ontológico da teoria da ação.

A finalidade para Welzel decorre desse projeto de ação que se assegura à pessoa humana. Não é um projeto puramente causal, mas é de sensibilidade com relação à realização da pessoa humana no mundo e, portanto, não está vinculado a uma simples observação empírica ou tampouco a uma mera formulação normativa. Acerca dessa ação, ela não é uma atividade que o Estado configure, nem é uma atividade causal, mas é uma atividade que decorre do próprio fundamento da pessoa humana. Ela não pode desvincular-se do seu projeto de ação no mundo, e este é o projeto final.

Para Welzel, a ação humana é o exercício da atividade finalista que se funda sobre a base do conhecimento causal do homem, podendo prever as possíveis consequências de sua atividade, de forma que, a partir dessa constatação, o homem pode se propor objetivos e dirigir suas atividades em obediência à conquista de seu desígnio. Essa vontade, que é consciente, de conquistar o objetivo é o dolo, que a propósito constitui-se como o núcleo dessa concepção. Desse modo, o desvalor da ação é a inobservância dos valores ético-sociais fundamentais do atuar jurídico manifestado efetivamente. Assim, apenas as ações e não os resultados podem ser objetos de proibição. Além do que o resultado é irrelevante para o injusto, porque sua produção ou não produção depende de “azar”, figurando como condição objetiva de punibilidade.

Ainda que tenha tornado um grande avanço dogmático, o finalismo sofreu duras críticas. Entre outras, destaca-se que o injusto penal não pode distanciar-se da realidade das coisas, ou seja, ação e resultado devem ser compreendidos conjuntamente. Também, reuniu categorias indemonstráveis, as ontológicas, como melhor exemplo o livre-arbítrio, e o poder agir conforme o Direito e consequentemente a insustentabilidade das causas exculpantes, eis que nelas o agente é culpável, porém torna-se isento de pena, sem qualquer justificativa que a ampare.

Em troca, é dito que o método ontológico das estruturas lógico-objetivas não nasceu com a pretensão de marcar um determinado modelo social ou político, senão na tentativa de superar o Direito natural e o positivismo jurídico, como também de estabelecer teoricamente um limite à atividade legislativa do Estado em favor do respeito à autonomia da pessoa.<sup>4</sup>

De qualquer modo, há de se destacar que o embate travado por causalistas e finalistas dominou a segunda metade do século

XX, tendo hoje perdido importância diante da constatação de que “são mais as semelhanças do que as diferenças entre as duas teorias que sobressaem, pois ambas fundamentam o sistema de Direito Penal em categorias ônticas, livres de valores desvinculados dos objetivos sociais e político-criminais”.<sup>5</sup>

## 2. A ruptura do modelo ontológico

Em verdade, a partir dos estudos que originaram a concepção do Projeto Alternativo de Código Penal alemão, e com a publicação de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” em 1970, por Claus Roxin, estabeleceu-se uma nova metodologia que se convencionou chamar de “Funcionalismo racional-teleológico”. Por escopo filosófico, pretendeu seu criador a superação do modelo ontológico de Welzel pelo normativismo amparado nos contornos e princípios de um Estado Social e Democrático de Direito. Aqui se estabeleceu a função preventiva do Direito Penal, calcada nas teorias dos fins da pena, na teoria da imputação objetiva e na criação do conceito reitor de responsabilidade. Este último reuniu os elementos culpabilidade e necessidade preventiva de pena.

Paralelamente, e ainda em formação, Günther Jakobs desenvolveu o “Funcionalismo sistêmico”, com vinculação na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, somando-se à normatividade hegeliana, em manifesto antagonismo com a ontologia. Nessa concepção, fundamental é a sociedade e seu bom desenvolvimento. Nós, cidadãos, somos subsistemas, e possuímos papéis a cumprir advindos das expectativas cognitivas que sobre nós recai. Ao quebrarmos uma expectativa e, se se mostrar necessário para o restabelecimento da confiança da norma e de sua vigência, uma pena será aplicada, eis que o sujeito mostrou-se infiel ao Direito, e por isso ele é culpável.

Em suma, quanto à perspectiva normativa, ela se apóia na realidade que vivemos, sendo esta valorada. Em seguida, os conceitos subjetivos, v.g., o dolo, consideram-se títulos de atribuição; e, por fim, o Direito Processual adquire um papel relevante quanto a proposta de definição dos elementos assim considerados, satisfazendo-se através das provas legalmente estabelecidas, ou seja, contenta-se com a verdade forense.<sup>6</sup>

Com isso, não se busca que o Juiz resolva os conflitos com base em conhecimentos que não consegue demonstrar, ou que não tem acesso, como é o caso daqueles que envolvem a psique do sujeito, ou o dolo. Renovam-se aqui as questões tormentosas acerca da opção pelo dolo ou pela culpa, comumente surgida na práxis forense.

## 3. O dolo

Entre nós brasileiros reina soberana a filosofia finalista na práxis forense, ainda que alguns pioneiros já se mostrem adeptos da estrutura funcionalista de Roxin ou Jakobs.

Decompondo brevemente o dolo finalista, também chamado de natural por não trazer junto a si a exigência sobre o conhecimento do mandamento proibido, são seus elementos

a vontade e o conhecimento, nessa respectiva ordem de importância. A vontade implica o desejo arquitetado pelo sujeito de atingir um determinado fim. Por sua vez, o conhecimento manifesta-se pela ciência ou informação do sujeito daquilo que vai ou já está fazendo, bem como das condições exteriores e inerentes à vontade.

Para fundamentar a presença desses elementos, as teorias da vontade, da representação e do assentimento, exsurgem como suficientes, e daí decorrem o dolo direto e o indireto. Pelas regras e máximas de experiência, a determinação do dolo se perfaz através da resposta afirmativa à indagação “quis o sujeito obter aquele determinado resultado?” Note-se, aqui, que dessa questão se desenvolveu a polêmica em torno dos limites do dolo e da culpa, precisamente “é dolo eventual ou culpa consciente”?

Agora, se trocarmos de metodologia de Direito Penal, e se nos afastarmos dos conceitos psicológicos que não encontram possibilidade de comprovação no processo penal,<sup>7</sup> para em seu lugar elegermos a concepção normativa, temos aqui que dolo e imprudência se configuram como conceitos normativos, e assim devem ser determinados pela dogmática e jurisprudência, mediante a interpretação do Direito positivo. Ainda sobre essas formas de imputação, ambas têm como fundamento “a infração de um dever como realização da norma de conduta”.<sup>8</sup> Para a aplicação dessa concepção, devemos analisar a conduta do sujeito doloso em função do padrão objetivo do expectador mediano. Por padrão genérico, haveremos de entender como uma medida que nos serve para valorar se a decisão prévia ao fato é uma decisão que cabe esperar de um cidadão que se pressupõe motivado a cumprir a norma.<sup>9</sup> Disso decorre que o autor doloso tem o dever direto ou imediato de evitar um fato típico, enquanto o autor imprudente possui o dever de evitar indireto ou mediato: o dever de cuidado. Nesse aspecto, não nos olvidemos que o injusto doloso é o protótipo do injusto penal, enquanto o injusto imprudente é excepcional.

Parte Feijó da definição de dolo como sendo “o injusto que se caracteriza porque uma pessoa toma a decisão de realizar um fato apesar de conhecer (abarcar intelectualmente) todas as circunstâncias fáticas que vão converter este fato em um fato típico.”<sup>10</sup> Ou seja, no injusto doloso o autor se decide com conhecimento do alcance de sua decisão por uma atuação jurídica-penalmente relevante. E essa decisão contrária aos bens jurídicos será o elemento volitivo.

Mostra-se evidente que nessa concepção o centro de gravidade do dolo é o conhecimento do sujeito, e este reside no perigo de produção do resultado lesivo. Até porque o resultado não pode ser conhecido pelo sujeito por se tratar de um evento futuro. Em verdade, ele somente poderá ser alcançado a partir de cálculo, previsão ou profecia. Por fim, o dolo se caracteriza pelo conhecimento sobre o risco e não sobre o resultado.<sup>11</sup>

Quanto à exaltação do elemento “conhecimento”, o Código Penal brasileiro, em seu art. 20, ao tratar do erro de tipo, exclui ou atenua a responsabilidade do sujeito pela exclusão do dolo, se o sujeito erra sobre elemento constitutivo do tipo legal. Sem

dúvida, reconhece-se que este erro recai sobre o conhecimento, e não sobre o elemento psicológico da vontade.<sup>12</sup> Acerca dessa última possibilidade, nem sequer há menção na lei penal. Ou seja, não é estabelecida qualquer consequência para a ausência de um “querer” relacionado com o tipo objetivo.<sup>13</sup>

Pode-se também dizer que o dolo configura-se a partir do autor que, devido ao conhecimento do fato típico tem o dever de evitar a realização do tipo. O que quer dizer que, se não faz, infringe diretamente a norma que estabelece o dever de evitar os fatos típicos descritos na parte especial. Noutras palavras, o autor doloso conta com uma informação suficiente ainda que não completa, enquanto que o autor imprudente baseia sua ação em conhecimentos defeituosos ou errôneos.

Acerca dessa diferença, enquanto no dolo supõe a decisão de realizar um fato típico desfrutando o autor de dados suficientes para calcular a possibilidade, na imprudência tem de supor uma decisão de realizar um fato típico não tendo o autor a seu alcance todos os dados relevantes para a norma, porém sendo essa decisão desvalorada por supor uma falta de cuidado.<sup>14</sup>

Pelo contrário, se o autor imprudente só deixa de evitar uma conduta que pode dar lugar ao fato típico se se dá uma série de circunstâncias que o autor não conhece, porém, deveria ter

tido cuidado ou um maior cuidado.

## Conclusão

Em se considerando os aspectos de uma sociedade contemporânea, caracterizada pelo dinamismo e pelas informações distribuídas imediatamente aos seus cidadãos, o que proporcionou maior compreensão de seus direitos e obrigações, como também de conhecimentos variados de amplitude indeterminada, somando-se ainda o fato de que essa mesma sociedade assimila comportamentos de risco, e insere-se no amplo contexto da globalização, é certo que o homem potencializou seus conhecimentos em direção à sua responsabilidade e aos seus deveres.

Essa mudança filosófica impôs reflexos no âmbito dogmático, substituindo-se aspectos ontológicos e indemonstráveis, para em seu lugar fixar a normatividade.

No âmbito do tipo subjetivo, e particularmente o dolo como sua maior acepção, sobrepõe-se como resultado dessas modificações e assim ganha relevância, o elemento conhecimento, subordinando-se a ele o elemento volitivo.

O dolo será designado pela violação de um dever conhecido pelo sujeito, não podendo em troca argüir ausência de vontade.

## Bibliografia

- BORJA JIMENEZ. **Algunos planteamientos dogmaticos en la teoria juridica del delito en Alemania, Italia y España**. Cuadernos de Política Criminal. n. 63.
- DÍAZ PITA, Maria del Mar. **La preseaunta inexistência del elemento volitivo em el dolo y su imposibilidad de normativización**. Revista Penal n.º 17, enero 2006.
- FELJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **La distinción entre dolo e imprudência en los delitos de resultado lesivo**. Cuadernos de Política Criminal n.º 65, 1998.
- GRECO, Luis. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Revista Jurídica, n.º 272.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A teoria da imputação objetiva (Zurechnung) e a fidelidade ao método**. Boletim do Instituto de Ciências Penais, n.º 9, outubro de 2000.
- PRADO, Luiz Régis Prado. **Curso de direito penal brasileiro**. 5.ª ed. São Paulo : RT, 2005, vol. 1.
- ROXIN, Claus. **Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de derecho penal. Dogmática penal**. Trad. Manuel A. Abanto Vásques. Idemsa : Lima, 1998.

## Notas

- 1 MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A teoria da imputação objetiva (Zurechnung) e a fidelidade ao método**. Boletim do Instituto de Ciências Penais, n.º 9, outubro de 2000.
- 2 Sobre o tema, vale destacar no Brasil o artigo pioneiro de Luís Greco, **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Revista Jurídica, n.º 272, p. 35-63.
- 3 Com amparo na lição de Welzel, na obra *Introducción a la filosofía del Derecho*, destaca Luiz Régis Prado, no seu *Curso de direito penal brasileiro*, p. 81, que a gênese do pensamento finalista advém do filósofo Richard Höningwald, esboçada em Fundamentos da Psicologia do Pensamento, como também nos trabalhos dos psicólogos Karl Bühler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhem Peters, e dos fenomenologistas P. F. Finke e Alexander Pfänder, e não em Nicolai Hartmann, embora este tenha contribuído posteriormente na reformulação de seu pensamento.
- 4 BORJA JIMENEZ. **Algunos planteamientos dogmaticos en la teoria juridica del delito en Alemania, Italia y España**, CPC, n. 63, p. 603.
- 5 ROXIN, Claus. **Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de derecho penal. Dogmática penal**, p. 26.
- 6 DÍAZ PITA, Maria del Mar. **La preseaunta inexistencia del elemento volitivo em el dolo y su imposibilidad de normativización**. Revista Penal n.º 17, enero 2006, p. 65.

7 Não se pode negar que, historicamente, o problema da prova do dolo sempre recaiu sobre o elemento volitivo. Sob a concepção normativa, a ausência de vontade se traduz em linguagem processual na desnecessidade de sua prova. Quanto a prova sobre o elemento conhecimento por parte do sujeito, fica restrita à ciência