STEPHAN DOERING DARCIE

O desvalor da conduta em direito penal

Tese de Doutorado

Orientadora: Professora Associada Dra. Helena Regina Lobo da Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

STEPHAN DOERING DARCIE

O desvalor da conduta em direito penal

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação da Professora Associada Dra. Helena Regina Lobo da Costa.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Darcie, Stephan Doering
O desvalor da conduta em direito penal ; Stephan Doering Darcie ; orientadora Helena Regina Lobo da Costa -- São Paulo, 2020.
386
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Desvalor da conduta. 2. Conceito material de crime. 3. Ontologismo. 4. Normativismo. 5. Estados mentais. I. Lobo da Costa, Helena Regina, orient. II. Título.

Nome: DARCIE, Stephan Doering.
Título: O desvalor da conduta em direito penal.

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr._____Instituição:_____
Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____
Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____
Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____
Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____
Julgamento:_____Assinatura:_____

À Helena e à Thiele.

AGRADECIMENTOS

A pesquisa ora apresentada é o ponto final de uma trajetória de três anos, vivida de forma intensa, em um período no qual os mais diversos sentimentos me acometeram: a indescritível alegria que resultou da notícia da minha seleção, no já distante dezembro de 2016; a emoção do primeiro ingresso no histórico Pátio das Arcadas; a saudade, quase insuportável, que me consumiu a cada viagem; a empolgação por cada aula que tive o privilégio de assistir; a ansiedade natural gerada com a pesquisa e com a obrigação de produzir em meio a todas as obrigações. No meio do caminho, meu maior presente: Helena, minha filha. Os dias tornaram-se mais curtos; as noites, mais longas. Mas as coisas, agora, tinham um novo propósito. E se é verdade que tudo ficou mais difícil, também é verdade que a motivação nunca mais me faltaria. Nela, pude encontrar as forças que já não acreditava ter.

Mas nem todo o esforço empreendido teria sido suficiente, não fosse o auxílio inestimável de pessoas muito especiais. Pessoas que, durante todos os momentos, estiveram ao meu lado, e que, de uma forma ou outra, auxiliaram-me a trilhar este caminho até o final. A essas pessoas, registro o meu agradecimento, como singela retribuição ao tanto que me proporcionaram.

À minha esposa, Thiele, agradeço por muito mais do que consigo expressar. Pelo incentivo constante e pelo amor incondicional. Por cada madrugada em claro e pela compreensão inesgotável. Por me tolerar, quando nem mesmo eu me tolero. Essa realização, definitivamente, não é só minha. Por tudo isso, o meu amor infinito e a minha mais sincera gratidão.

À minha mãe, Maria Amélia, quem fez de minha formação o seu objetivo primeiro, e ao meu irmão, Jonathan, meu maior ídolo e apoiador incondicional, quem nunca me permitiu duvidar de mim. A vocês dois, devo, simplesmente, tudo, e nem o maior dos agradecimentos poderia expressar o quanto. Registro o meu agradecimento, também, aos meus familiares: Carine, Cristine, Paulo Antônio, Luiz Fernando e Laura, a quem devo, aliás, a enorme gentileza e o auxílio decorrentes do empréstimo de materiais para a elaboração da pesquisa.

À minha orientadora, Professora Doutora Helena Regina Lobo da Costa, tenho muito a agradecer. Pelo tanto que aprendi, não somente sobre direito penal, mas sobre a vida. Pelo exemplo. Pela confiança em mim depositada, ao abrir-me as portas da prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, permitindo-me a realização de um dos

meus maiores objetivos de vida. Pela liberdade que me foi conferida para a condução da pesquisa, pela valiosa orientação e pela atenção e gentileza a mim sempre dispensadas; pelo agradável convívio de que pude desfrutar, em especial, durante o período de monitoria; pela compreensão com que sempre tratou das minhas dificuldades e, muito especialmente, pelas importantes palavras de incentivo, que tanto me impulsionaram, sobretudo no período final da escrita da tese. Duvido ser, um dia, capaz de retribuir o tanto que me foi proporcionado pela Professora Helena Lobo da Costa. Registro, apenas, que meu sentimento de dívida e gratidão é perene. E que qualquer boa realização que, no futuro, a mim venha a ser imputada, terá ela, sempre, a marca da Professora Helena.

Aos professores Alamiro Velludo Salvador Netto e Heloisa Estellita, agradeço pelos valiosos apontamentos por ocasião de minha banca de qualificação. Aos professores Ronaldo Porto Macedo e Mauricio Zanoide de Moraes, agradeço por terem me feito redescobrir o encantamento pelo estudo do direito e pela sala de aula. Ao meu querido professor Fabio Roberto D'Avila, agradeço não somente pelo início da trajetória acadêmica que ora começa a tomar forma, mas, também, pelas valiosas sugestões relativas ao rumo desta pesquisa.

Aos meus amigos Rodrigo Cassali e Ricardo Cassali, agradeço pelas inúmeras acolhidas na cidade de São Paulo/SP.

À minha querida colega e amiga, Daiane Kassada, uma das pessoas mais generosas que já tive o privilégio de conhecer, e quem tanto me socorreu ao longo destes três anos, agradeço por todo auxílio prestado e por toda atenção e gentileza a mim sempre dispensadas. À minha querida amiga Raquel Lima Scalcon, agradeço pela amizade – uma das mais valiosas que o meio acadêmico já me proporcionou –, pelo exemplo, pelo incentivo constante, pelos agradáveis cafés, pela atenção a mim dispensada, inclusive com a leitura de trechos deste trabalho, e pela tranquilidade a mim transmitida.

Aos meus queridos amigos Fernanda Siqueira Fiorin, Debora Poeta Weyh e Alexandre Dargél, agradeço por todo suporte prestado ao longo deste período: das substituições em sala de aula, passando pelo empréstimo de livros, à generosa leitura de trechos deste trabalho. Mas mais do que tudo isso – que já não seria pouco –, agradeço pela amizade de que sempre pude desfrutar, sobretudo nos momentos de maior angústia. Na amizade de vocês três, sempre me fortaleci; nas risadas, sempre encontrei conforto e tranquilidade necessárias para seguir em frente. Por tudo isso, a minha gratidão.

Aos meus amigos, também colegas e chefes, coordenadores da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Gustavo André Olsson, Tomás Grings Machado e André Olivier,

agradeço pelo suporte oferecido e pela compreensão ao longo deste período. Em especial, ao Gustavo, agradeço pelo constante apoio moral e pela tranquilidade que sempre tratou de transmitir; ao Tomás, pelas proveitosas trocas de ideias, que me serviram de estímulo para a escrita.

Finalmente, à Jordana Silvestrin, mais do que pelo enorme auxílio prestado na formatação do trabalho e revisão do texto, agradeço comovidamente pela incansável dedicação, bem como pelas gentis e fundamentais palavras de incentivo, que me confortaram e conduziram-me ao término da pesquisa.

RESUMO

DARCIE, Stephan Doering. *O desvalor da conduta em direito penal*. 2020. 386 p. Tese (Doutorado em: Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A presente pesquisa doutoral tem por objeto o estudo da categoria do desvalor da conduta no contexto de uma concepção material de crime. Com o intuito de oferecer critérios de legitimidade para a intervenção penal, a doutrina predominante tende a enfatizar a exigência de o comportamento criminalizado acarretar uma ofensa a um bem jurídico-penal, dedicando pouca atenção, por outro lado, aos atributos intrínsecos à conduta que justificam a sua relevância penal. O desvalor da conduta constitui, porém, ao lado do desvalor do resultado, uma das dimensões essenciais do crime, de modo que o caráter criminoso de um comportamento depende, também, de determinadas características da conduta em si. Embora essa percepção não seja original – já que existente desde o finalismo –, sustenta-se, nesta tese, à diferença do finalismo, que a categoria do desvalor da conduta não pode ser compreendida como um simples elenco descritivo de elementos objetivos e subjetivos relacionados ao comportamento, ou como um simples substrato, devendo ser percebida, na realidade, como um substrato valorado. Tem-se na categoria do desvalor da conduta, consequentemente, um conceito multidimensional, que apresenta, além de uma dimensão ontológica dada por componentes objetivos – como o tipo de conduta, o modo de realização do crime e sua aptidão para a produção do resultado – e subjetivos – relativos aos estados mentais que concorrem na prática do comportamento –, uma dimensão normativa que compreende o juízo de valor direcionado ao comportamento, juízo esse que pressupõe processos de interpretação, confrontação e atribuição.

Palavras-chave: Desvalor da conduta. Conceito material de crime. Ontologismo. Normativismo. Estados mentais.

ABSTRACT

DARCIE, Stephan Doering. *Conduct devaluation in Criminal law*. 2020. 386 p. Doctoral thesis. – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

The aim of this doctoral research is to study the category of conduct devaluation in the context of a substantial conception of crime. In order to provide legitimacy criteria for criminal intervention, the prevailing doctrine tends to emphasize the requirement that criminalized behavior entangles an offense to a legal good, with little regard, on the other hand, as for the intrinsic attributes regarding the conduct that justifies its criminal relevance. Nevertheless, the devaluation of conduct constitutes, along with the devaluation of the result, one of the essential dimensions of crime, so that the criminal character of a behavior likewise depends on certain characteristics of the conduct itself. Even though this perception is not original – once it has existed since finalism – it is argued in this thesis, unlike finalism, that the category of conduct devaluation should be understood as a valued substrate and not be perceived as a simple descriptive cast of objective and subjective elements related to behavior. The category of devaluation of conduct is, therefore, a multidimensional concept, which presents, in addition to an ontological dimension given by objective components – such as the type of conduct, the mode of crime and its ability to produce the result – and subjective – related to the mental states that compete in the practice of behavior – a normative dimension that comprises the value-oriented judgment toward the behaviour, which presupposes processes of interpretation, confrontation and attribution.

Keywords: Conduct devaluation. Substantial concept of crime. Ontologism. Normativism. Mental states.

RIASSUNTO

DARCIE, Stephan Doering. *Il disvalore dell'azione in diritto penale*. 2020. 386 p. Tesi di dottorato – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Lo scopo di questa ricerca di dottorato è studiare la categoria del disvalore dell'azione nel contesto di una concezione materiale del crimine. Nel tentativo di fornire criteri di legittimità per un intervento criminale, la dottrina prevalente tende a enfatizzare il requisito secondo cui il comportamento criminale intrappola un'offesa a un bene giuridico penale, con scarsa considerazione, d'altra parte, per quanto riguarda gli attributi intrinseci relativi alla condotta che giustificano la sua rilevanza criminale. Tuttavia, il disvalore dell'azione costituisce, insieme al disvalore del risultato, una delle dimensioni essenziali del reato, in modo che il carattere criminale di un comportamento dipende anche da alcune caratteristiche della condotta stessa. Anche se questa percezione non è originale – dato che esiste dal finalismo – si sostiene, a differenza del finalismo, che la categoria del disvalore dell'azione non deve essere intesa come un semplice indice descrittivo di elementi oggettivi e soggettivi relativi alla condotta, o come substrato semplice, ma che deve infatti essere percepita come substrato valutato. La categoria del disvalore dell'azione è quindi un concetto multidimensionale, che presenta, oltre a una dimensione ontologica data da componenti oggettive – come il tipo di condotta, il modo di realizzazione e la sua capacità di produrre il risultato – e soggettivo – in relazione con gli stati mentali che competono nella pratica del comportamento – una dimensione normativa che comprende il giudizio orientato al valore, che presuppone processi di interpretazione, confronto e attribuzione.

Parole chiave: Disvalore dell'azione. Concetto materiale di reato. Ontologismo. Normativismo. Stati mentali.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 21

2 ASPECTOS DEFINITÓRIOS DO DESVALOR DA CONDUTA E SUA PARTICIPAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DO INJUSTO PENAL SEGUNDO A DOGMÁTICA PENAL ATUAL 27
2.1 INTRODUÇÃO 27
2.2 A EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS DE DELITO: UM OLHAR INTERESSADO A PARTIR DA CATEGORIA DO DESVALOR DA CONDUTA 30
2.2.1 Sistema Clássico 30
2.2.2 Sistema Neoclássico 34
2.2.3 Sistema Finalista 37
2.2.4 Sistema Funcionalista 41
2.3 TEORIAS ACERCA DA PARTICIPAÇÃO DO DESVALOR DA CONDUTA NA DEFINIÇÃO DO INJUSTO 43
2.3.1 Teoria Monista Objetiva 48
2.3.2 Teoria Monista Subjetiva 50
2.3.3 Teoria Monista Integradora 52
2.3.4 Teoria Dualista 55
2.4 TESES ACERCA DO CONTEÚDO DO DESVALOR DA CONDUTA 58
2.4.1 A Tese do Desvalor da Conduta como Desvalor da Intenção 61
2.4.2 A Tese do Desvalor da Conduta como Violação do Preceito Normativo 67
2.4.3 A Tese do Desvalor da Conduta como Perigosidade ou Criação de um Risco não Permitido 69
2.4.4 A Tese do Desvalor da Conduta como Modo de Realização do Crime 72
2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS 78

3 CONCEITO MATERIAL DE CRIME E DESVALOR DA CONDUTA 81
3.1 INTRODUÇÃO 81
3.2 DA CONCEPÇÃO FORMAL À CONCEPÇÃO MATERIAL DE CRIME 85
3.3 A PREPONDERÂNCIA DO DESVALOR DO RESULTADO NO CONCEITO MATERIAL DE CRIME SEGUNDO A CONCEPÇÃO ATUAL PREVALENTE 91
3.3.1 O Crime como Ofensa a Bens Jurídico-penais 92

3.3.2 A Falsa Dicotomia entre Desvalor da Conduta e Desvalor do Resultado e o Problema da "Preponderância Axiológica do Resultado".....95
3.3.3 Sobre o Necessário Fortalecimento do Conteúdo Material do Crime na Perspectiva do Juízo de Desvalor da Conduta.....97
3.4 INDÍCIOS DA EXISTÊNCIA DE UM CONTEÚDO MATERIAL EXTRAJURÍDICO RELACIONADO À DIMENSÃO DA CONDUTA 100
3.4.1 Fatos Intencionais, Detentores de Desvalor de Resultado e não Criminalizados 102
3.4.2 A Relevância Típica dos Elementos Subjetivos Diversos do Dolo 106
3.4.3 Das Permissões Normativas Baseadas na Ausência de Reprovabilidade.....110
3.4.4 As Situações de Reprovabilidade Atenuada Incorporadas ao Tipo: o Exemplo do Infanticídio.....113
3.4.5 O Juízo de Imputação do Resultado e a Influência de Juízos de Valor sobre Atributos Intrínsecos aos Comportamentos.....117
3.4.6 Os Juízos de Valor por detrás das Excludentes de Ilicitude e Culpabilidade ...125
3.4.7 Conclusões Parciais.....130

4 O CARÁTER MULTIDIMENSIONAL DO DESVALOR DA CONDUTA.....133
4.1 INTRODUÇÃO 133
4.2 ONTOLOGISMO E NORMATIVISMO NA MODERNA DOGMÁTICA PENAL .133
4.3 A NORMATIVIZAÇÃO DO PROCESSO DE IMPUTAÇÃO.....143
4.4 DA RELEVÂNCIA DE DADOS EMPÍRICOS NO CONTEXTO DE UMA PERSPECTIVA NORMATIVA EM SENTIDO FORTE 161
4.5 DESVALOR DA CONDUTA E IMPUTAÇÃO SUBJETIVA 175
4.6 DESVALOR DA CONDUTA E VALORAÇÕES SOCIAIS.....185
4.7 O CARÁTER MULTIDIMENSIONAL DO DESVALOR DA CONDUTA.....190
4.7.1 Dimensão Formal e Dimensão Material. 190
4.7.2 Dimensão Ontológica e Dimensão Normativa.....192
4.7.3 Dimensão Interna ou Subjetiva e Dimensão Externa ou Objetiva 193
4.7.4 Dimensão Abstrata (Legislativa) e Dimensão Concreta (Interpretativa).....194
4.7.5 Dimensão Negativa e Dimensão Positiva 201

5 ELEMENTOS DO JUÍZO DE DESVALOR DA CONDUTA 209
5.1 INTRODUÇÃO 209

5.2 DIMENSÃO ONTOLÓGICA DO DESVALOR DA CONDUTA 209
5.2.1 A Dimensão Subjetivo-interna do Desvalor da Conduta 214
5.2.1.1 Sobre a Pluralidade de Aspectos Subjetivos do Comportamento 215
5.2.1.2 O Caráter Descrit ou Adscritivo dos Estados Mentais 218
5.2.1.3 Sobre a Legitimidade da Valoração Jurídico-Penal da Atitude Interna. Algumas Linhas sobre o Chamado "Direito Penal do Autor" e o Problema da Separação entre Diereito Penal e Moral 236
5.2.1.4 Dimensões Subjetivas do Comportamento 250
5.2.1.4.1 Dimensão Cognitiva *254*
5.2.1.4.2 Dimensão Desiderativa *277*
5.2.1.4.3 Dimensão Justificadora *292*
5.2.1.4.3.1 O Especial Problema da Relevância Penal dos Motivos 293
5.2.1.4.3.2 Definição de Motivos 305
5.2.1.4.3.3 Tipos de Motivos 309
5.2.1.4.4 Dimensão Ética *315*
5.2.2 A Dimensão Objetivo-exterior do Desvalor da Conduta 319
5.2.2.1 Conduta como Comportamento Humano, Ativo ou Omissivo 320
5.2.2.2 Tipo de Conduta e Modo de Realização 322
5.2.2.3 Aptidão para a Produção do Resultado 327
4.2.2.4 Qualidade do Sujeito Ativo, Qualidade do Sujeito Passivo e Posição do Sujeito Ativo perante o Sujeito Passivo 330
5.2.2.5 Comportamento da Vítima 334
5.3 A DIMENSÃO NORMATIVA DO DESVALOR DA CONDUTA 337
5.3.1 Sentidos de Normatividade 339
5.3.2 Etapas do Juízo de Desvalor 340
5.3.3 Interpretação 340
5.3.4 Confrontação 346
5.3.5 Atribuição 354

6 CONCLUSÃO 357

REFERÊNCIAS 367

1 INTRODUÇÃO

Edward Downes foi um famoso regente de orquestras inglês, que, durante sua longa carreira, apresentou-se nos mais famosos palcos, como Royal Opera House e Covent Garden. Em 1955, casou-se com Joan Weston, então dançarina do Royal Ballet. Em julho de 2009, Edward e Joan Downes cometeram suicídio assistido na clínica Dignitas, na Suíça. Edward não padecia de nenhuma doença terminal, mas estava praticamente cego e com um quadro evolutivo de surdez. Sua esposa, por sua vez, padecia de um câncer. A viagem do casal até Zurique foi arranjada pelo filho, Caractacus Downes, que, tomado por um sentimento de compaixão e altruísmo, realizou as reservas de hotel para a acomodação dos seus pais nos dias anteriores ao suicídio, bem como acompanhou o casal no voo até a Suíça.[1]

O caso acima narrado ganhou bastante notoriedade e foi objeto de larga cobertura midiática. Entre outras razões, pela investigação criminal que se seguiu, conduzida pela *Scotland Yard*, tendo como objeto a participação do filho no suicídio. Tal participação poderia ser considerada criminosa, subsumível ao crime de auxílio a suicídio? O que há de diferente nesse caso – se é que algo de diferente há – e o que o separa, por exemplo, de uma ordinária situação hipotética em que um indivíduo simplesmente empresta uma arma ao seu amigo, que há pouco lhe relatara a intenção de se suicidar diante do insuportável sofrimento decorrente do término do seu relacionamento? Ou de uma eventual instigação realizada por redes sociais ou meios eletrônicos em geral?[2] Acaso a resposta à questão sobre o caráter criminoso do comportamento do filho seria diversa se imaginássemos que o auxílio material por ele prestado não foi, na realidade, motivado por compaixão e altruísmo, mas, sim, pelo seu interesse em herdar, com a maior brevidade possível, o patrimônio de mais de 2 milhões de libras do casal? Na perspectiva dos chefes da promotoria que se depararam com o caso, sim: entendeu-se por não acusar o filho do casal precisamente porque, apesar da sua pretensão de herdar o patrimônio dos pais, a força motivadora da sua ação teria sido somente a compaixão, de modo que a persecução penal, nesse caso, não seria de interesse público.[3]

---

[1] Os dados biográficos de Edward Downes podem ser encontrados em BLYTH, Alan. Sir Edward Downes. *The Guardian*, [London], Oct. 14, 2009. Disponível em: http://bit.ly/2RirbHd. Acesso em: 9 jan. 2020. As circunstâncias relativas à participação do filho do casal, e a referência à investigação que se seguiu, podem ser vistas em BURNS, John F. With Help, Conductor and Wife Ended Lives. *The New York Times*, [New York], July 14, 2009. Disponível em: https://nyti.ms/2NuDrmT. Acesso em: 9 jan. 2020.

[2] Hipótese para a qual o legislador brasileiro, diante da notoriedade de casos recentes, passou a prever, por meio da recente Lei 13.968/2019, que alterou a redação do art. 122 do Código Penal brasileiro, uma elevada pena. Conforme o atual §4º do art. 122 do diploma penal, "a pena é aumentada até o dobro se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real".

[3] BATES, Stephen. Son of Sir Edward Downes will not be charged over assisted suicides. *The Guardian*, [London], Mar. 19, 2010. Disponível em: http://bit.ly/2sf9b83. Acesso em: 9 jan. 2020.

Responder à questão acerca do caráter criminoso ou não do comportamento do filho do casal não é tarefa simples: pressupõe saber quais as características que uma determinada conduta deve reunir para que a ela possa ser adjudicada a qualidade de criminosa. Essa última questão, por sua vez, embora não seja propriamente original, tem recebido uma resposta ainda menos original: somente podem ser considerados crimes aqueles comportamentos que ofendam bens jurídicos. Entra em cena, aqui, o princípio da ofensividade.

O princípio da ofensividade, porém, muito pouco diz sobre o caso Downes. Da mesma maneira que muito pouco diz, por exemplo, sobre o porquê de um simples inadimplemento contratual, extremamente lesivo ao patrimônio, não ser criminalizado, ou sobre o porquê de a subtração de um item de um estabelecimento comercial, causadora de um pequeno prejuízo, ser considerada crime, mas não uma campanha publicitária massiva realizada por um estabelecimento comercial concorrente, causadora de um prejuízo muito mais significativo ao patrimônio daquele mesmo empreendimento comercial. Ou sobre o porquê de o legislador cominar uma pena ao aborto, mas não ao aborto em caso de gravidez resultante de estupro. Ou sobre o porquê de o legislador não considerar crime a causação, mesmo intencional, de resultados desvaliosos em situações, por exemplo, de legítima defesa ou estado de necessidade. E daí por diante.

Não se quer, com isso, colocar em dúvida a relevância do princípio da ofensividade como um critério de legitimidade da intervenção penal. Cuida-se apenas de pontuar que esse importante princípio não é capaz de responder a todas as questões em matéria de pressupostos materiais para a criminalização de condutas.

Do campo da filosofia moral, há muito já se colocou em evidência a circunstância de que o valor moral de um comportamento pode ser medido ou pelas suas consequências, ou por atributos que lhe sejam intrínsecos. Essa é, precisamente, a distinção que se surpreende, por exemplo, entre o consequencialismo, de um lado, e o dentologismo, de outro.[4]

No campo do direito penal, por outro lado, ao menos em matéria de pressupostos materiais para a criminalização de condutas, a balança parece pender significativamente para a análise do resultado dos comportamentos. Poder-se-ia dizer que isso não é exatamente assim, já que, ao menos desde o finalismo, o processo de "pessoalização" por que passou o injusto trouxe uma enorme carga de subjetividade para a análise dos fatos penalmente

[4] Ver, por exemplo, RACHELS, James. *The elements of Moral Philosophy*. 4th ed. Boston: McGraw-Hill, 2003. p. 91 et seq., e 117 et seq.

relevantes. Passou-se a falar, com grande frequência, desde então, no desvalor da conduta como uma necessária dimensão do injusto.[5]

Esse argumento é apenas parcialmente verdadeiro. Em primeiro lugar, porque embora sejam raros os autores que, a partir do finalismo, tenham negado ser o desvalor da conduta uma necessária dimensão do injusto, já não tão raros assim são aqueles que definem a antijuridicidade material como mera exigência de ofensividade a bens jurídico-penais, nada referindo em relação à conduta propriamente dita.[6] Em segundo lugar, e principalmente, porque a literatura jurídica não parece se ocupar, ao menos não da mesma maneira que o faz em relação à análise dos resultados dos comportamentos, dos atributos relacionados à conduta e que a tornam suscetível de criminalização. Afinal, quando se pode falar em desvalor da conduta?

Não há consenso em relação a isso. A opinião mais difundida parece ser a de que o desvalor da ação corresponde ao dolo e à culpa,[7] no sentido de que equivaleria, então, a uma simples exigência de responsabilização penal subjetiva. Note-se, no entanto, que tal resposta tampouco é satisfatória: basta pensar que, nos exemplos já utilizados, mesmo o inadimplemento contratual deliberado e intencional não é considerado crime, assim como a campanha publicitária realizada com a finalidade exclusiva de levar o estabelecimento concorrente à falência. Além disso, o comportamento do filho do casal Downes é tão intencional, consciente e esclarecido quanto o do indivíduo que empresta a arma ao seu amigo, ou o do indivíduo que instiga outrem à prática do suicídio por meio de aplicativos eletrônicos. O que parece demonstrar que tampouco a atitude psicológica do agente – nesse caso, a intenção – parece ser um elemento apto, por si só, a fundamentar o caráter penalmente desvalioso de um comportamento.

Acresce a isso o fato de que as construções que mais longe levaram o conceito de desvalor da conduta, baseando a construção do injusto inteiramente nessa dimensão e praticamente desprezando a relevância do resultado na formação do injusto, sequer podem ser associadas às compreensões materiais de crime.[8] Com efeito, não há, nessas leituras, maior preocupação quanto à substância do comportamento criminoso. O desvalor da conduta

---

[5] Ver, por todos, WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 108 et seq.
[6] Conferir, por todos, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 250 e p. 256-257.
[7] Nesse sentido, BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal*: parte general. 3. ed. Madrid: Akal, 1994. p. 95.
[8] Referimo-nos, especialmente, a ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990. passim.

seria dado pela mera violação a um preceito normativo, definição essa que, por razões óbvias, afigura-se absolutamente inservível como critério de legitimidade para a intervenção penal, pois nada diz sobre os critérios de eleição, pelo legislador, dos comportamentos a serem proibidos sob a ameaça de pena.

Identifica-se, portanto, uma lacuna teórica precisamente neste ponto: quais as qualidades que um comportamento deve reunir – e que não se relacionam ao resultado dele decorrente – para que possa ser considerado crime? Ou, dito de outra forma, quais os atributos que tornam uma conduta penalmente desvaliosa?

Essa é, pois, a grande questão que aqui se apresenta, e que se afigura como fio condutor da pesquisa. E, consequentemente, a ela se liga o objetivo geral do trabalho: identificar os atributos de uma conduta penalmente desvaliosa, bem como os seus critérios de reconhecimento.

Os objetivos específicos da presente pesquisa são:

a) apresentar a possível definição de desvalor da conduta no contexto de cada um dos sistemas de delito, as distintas proposições acerca de sua relevância na definição do injusto penal e os conteúdos que a literatura jurídica mais comumente associa a essa categoria;
b) identificar os aspectos que caracterizam uma compreensão material do crime e demonstrar a preponderância que tem sido atribuída, nesse contexto, à dimensão do desvalor do resultado, bem como sua insuficiência como um paradigma explicativo das práticas jurídicas vigentes em matéria penal;
c) demonstrar, a partir da polêmica entre os métodos ontologista e normativista na moderna dogmática penal, a existência de um caráter multidimensional atribuível à categoria do desvalor da conduta;
d) propor uma sistemática de análise do desvalor da conduta a partir da sua dimensão ontológica, subjetiva e objetiva, e normativa, apresentando, assim, a multiplicidade de fatores que influenciam o juízo de desvalor da conduta, bem como os parâmetros dessa valoração.

A pesquisa desdobra-se em quatro capítulos, cada qual associado a um objetivo específico. Sendo assim, no primeiro capítulo apresenta-se a evolução dos sistemas de delito, de modo a se identificar os aspectos que, em cada qual, pode ser remetido à categoria do desvalor da conduta; ato contínuo, expõem-se as distintas teses relativas à participação do

desvalor da conduta na definição do injusto penal, bem como os distintos conteúdos que, com base na literatura jurídica disponível, podem ser associados a essa categoria. No segundo capítulo, apresenta-se a evolução teórica que culminou com a identificação de um conteúdo material do crime, de modo a se precisar os aspectos que permitem classificar uma determinada abordagem do crime como material; a seguir, com a demonstração da insuficiência do modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais como um paradigma explicativo das escolhas incriminatórias do legislador, aponta-se, por um lado, a relevância da dimensão do desvalor do conduta, e, por outro, a inadequação de uma compreensão de desvalor da conduta consubstanciada no simples elenco descritivo de elementos objetivos e subjetivos vinculados ao comportamento. No terceiro capítulo, apresenta-se a contraposição entre os métodos ontologista e normativista na construção das categorias jurídicas na moderna dogmática penal. De posse dessas premissas, expõem-se as razões pelas quais se entende que a construção das categorias dogmáticas reclama tanto a análise de dados da realidade, quanto juízos adscritivos de valor, apresentando-se, diante disso, aquilo que denominamos de caráter multidimensional da categoria do desvalor da conduta. No último capítulo, propõe-se uma sistemática de análise do desvalor da conduta a partir de uma dimensão ontológica, dada pelos diversos aspectos subjetivos e objetivos que concorrem na prática de um comportamento, e de uma dimensão normativa, dada pelos parâmetros de valoração desse substrato.

No que diz respeito à metodologia, a pesquisa pode ser classificada, quanto à finalidade, como uma pesquisa básica, caracterizada por uma abordagem fundamentalmente teórica, ainda que com pretensão de aplicabilidade a determinados casos problemáticos – que, no entanto, não se afiguram como inspiradores da pesquisa. Quanto aos objetivos, cuida-se de uma pesquisa exploratória, que procura desenvolver conhecimentos em relação a uma temática relativamente negligenciada na literatura jurídico-penal. A abordagem utilizada é qualitativa, e o método predominante é o indutivo, visto que a tentativa de dar resposta aos problemas apresentados, via de regra, ocorre por meio da análise das escolhas que perpassam a nossa ordem jurídica, obtendo-se, com base nelas, a identificação de elementos comuns às hipóteses de incriminação. Finalmente, quanto aos procedimentos, cuida-se de pesquisa eminentemente bibliográfica.

Por fim, no que concerne a aspectos formais, esclarece-se que, por uma questão de padronização, todas as citações diretas foram inseridas diretamente em língua portuguesa, de modo que todas as citações de autores estrangeiros foram realizadas mediante tradução livre – exceto nos casos de consulta a obras já traduzidas para a língua portuguesa –, tendo

sido a indicação de “tradução livre” suprimida com o intuito de evitar, tanto quanto possível, a poluição textual, optando-se, no lugar disso, pelo presente registro introdutório.

2 ASPECTOS DEFINITÓRIOS DO DESVALOR DA CONDUTA E SUA PARTICIPAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DO INJUSTO PENAL SEGUNDO A DOGMÁTICA PENAL ATUAL

2.1 INTRODUÇÃO

No meio jurídico, não são raras as situações em que desacordos teóricos se veem obnubilados pela falta de clareza em relação às premissas de que partem cada um dos debatedores.[9] Pode-se dizer, até com alguma tranquilidade, que o debate sobre a preponderância, na fundamentação do ilícito penal, do desvalor da conduta ou do desvalor do resultado não deixa de ser disso um bom exemplo.

Com efeito, muito se produziu ao longo das últimas décadas sobre a essência da antijuridicidade penal. Afinal de contas, preponderaria, na fundamentação do injusto, a chamada dimensão do *desvalor do resultado* ou, diferentemente, a do *desvalor da conduta*? E, embora a questão seja extremamente relevante, parece que outra questão que se afigura ainda anterior, prejudicial e condicionante daquela resposta, não tem recebido similar atenção: *o que se deve entender, nesse contexto, por desvalor da conduta*? Ou: *o que torna uma conduta penalmente desvaliosa*? Não há como se estabelecer um diálogo minimamente racional e inteligível sobre a fundamentação do ilícito penal – e, em especial, sobre o papel atribuído ao juízo de *desvalor da conduta* – se não houver clareza, em primeiro lugar, em relação a essa questão. E é curioso notar que boa parte da produção jurídica relacionada à matéria não apresenta tal definição de maneira frontal, via de regra se trabalhando com um conceito de desvalor da conduta quase que implícito, que raramente é confrontando com conceitos concorrentes, como se houvesse consenso a esse respeito – coisa que longe está de ser verdadeira.

A presente pesquisa, no essencial, ocupa-se exatamente dessa problemática. Pretende-se investigar quais os elementos que integram o juízo de desvalor da conduta no

[9] Aarnio, ao apresentar as regras básicas da racionalidade do discurso prático, faz referência, dentre outras, às chamadas "regras de eficiência", no sentido de que o discurso prático, para almejar a racionalidade, precisa resultar em uma conclusão. Discursos inefetivos constituiriam, segundo o autor, anomalias. E isso reclamaria precisamente um acordo semântico prévio necessário ao debate. É dizer, os interlocutores devem utilizar suas expressões da mesma maneira, não podendo haver entre dois participantes de um debate um desacordo linguístico manifesto. Para o autor, "todas as diferenças linguísticas de opinião precisam ser eliminadas antes que seja possível discutir, com base racional, o desacordo material". Essa perspectiva seria também chamada de "princípio dos significados similares". (AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Un tratado sobre la justificación jurídica. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991. p. 254).

contexto de uma definição material do crime. E, embora a própria preocupação com o conceito de desvalor da conduta já remeta, por si só, a uma pretensão de abordar o crime a partir de uma perspectiva material,[10] veremos que, entre outros problemas, algumas das definições de *desvalor da conduta* disponíveis na literatura jurídica sequer se prestam a atender às exigências de uma definição material do crime – que, como tal, se pretendem transcendentes e subordinantes.[11]

Dado, então, o desiderato que acaba de ser anunciado, parece razoável que o primeiro esforço a se empreender seja o de apresentar, com pretensões meramente expositivas – deixando-se para outro momento a sua apreciação crítica –, as distintas possibilidades de fundamentação, bem como os distintos conceitos de *desvalor da conduta* disponíveis, aqui e acolá, na literatura jurídica. E será esse, precisamente, o objetivo principal e ponto de chegada do presente capítulo. Todavia, embora acreditemos que a *definição* da categoria *desvalor da conduta* seja questão necessariamente precedente àquela da sua *função*, tendo em vista que a doutrina costuma se debruçar sobre essa e silenciar sobre aquela, optamos por, primeiramente, apresentar as distintas teorias sobre o papel desempenhado pela dimensão do desvalor da conduta na construção do ilícito penal para, apenas após, e com base na análise das premissas subjacentes a essas construções, tratar de identificar aquilo que cada formulação considera, ainda que implicitamente, como *desvalor da conduta*.

É preciso observar, paralelamente, que a definição dos elementos que integram o juízo de desvalor da conduta não se estabelece de forma descontextualizada. A questão, na realidade, guarda íntima relação com a evolução dos sistemas de delito, pois no contexto de cada sistema é possível assinalar ao chamado *desvalor da conduta*, ao menos em tese, um ou outro conteúdo e uma ou outra relevância na definição do fato penalmente relevante. Por outro lado, apesar de haver uma relação de dependência entre o respectivo sistema de delito e o conteúdo e função atribuíveis às categorias do *desvalor da conduta* e do *desvalor do resultado*, é interessante observar que tais categorias não integram propriamente o conceito analítico de crime – segundo o qual o crime é o fato típico, ilícito e culpável –, afigurando-se antes como uma espécie de abordagem dogmática paralela, que a mais moderna doutrina

[10] É o que também parece sugerir, por exemplo, Greco, quando afirma que, para além da abordagem da teoria do tipo a partir de uma perspectiva meramente formal, é possível fazê-lo, "complementarmente, de outra perspectiva, não só formal, mas material: enfocando em primeira linha não a distinção naturalista entre objetivo e subjetivo, e sim a distinção normativa entre *desvalor da ação* e *desvalor do resultado*", conceitos que, segundo o autor, "referem-se às dimensões de desvalor do injusto penal". (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 26-27.).

[11] Sobre isso, ver nosso item 3.2.

penal costuma situar no âmbito da antijuridicidade penal,[12] como expressão das valências ou dimensões fundamentais do injusto,[13] divergindo apenas sobre a qual dessas categorias caberia a preponderância axiológica na definição dos fatos penalmente relevantes.

Mas isso, convém destacar, nem sempre foi assim. A contraposição entre *desvalor da conduta* – compreendida como categoria que abrangeria, também, o chamado *desvalor da intenção* – e *desvalor do resultado* como dimensões do injusto penal somente se estabelece e se consolida a partir do finalismo.[14] O que, como já sugerido anteriormente, não nos impede de reconhecer que, mesmo antes desse marco teórico, a categoria *desvalor da conduta* pudesse ser associada a outros elementos constitutivos e, principalmente, pudesse ser reconduzida a outros momentos de análise na teoria do delito. Em outras palavras, ainda que não se trabalhasse abertamente com a categoria *desvalor da conduta*, boa parte do conteúdo que hoje se lhe atribui já se encontrava de alguma maneira disponível e disperso na analítica do fato punível.

As linhas que seguem, portanto, se ocuparão da evolução dos sistemas de delito, com especial foco no que se poderia considerar, em cada qual, a dimensão do desvalor da conduta. A partir dessa exposição, serão apresentadas as distintas teses acerca da participação do desvalor da conduta na definição dos fatos penalmente relevantes e, finalmente, as distintas definições de *desvalor da conduta* com as quais a moderna dogmática penal opera.

---

[12] Veja-se, por exemplo, a própria afirmação de Roxin, no sentido de que "hoje em dia se converteu em algo usual distinguir no injusto (e, sobretudo, também no tipo como tipo – classe – de injusto) entre desvalor da ação e desvalor do resultado". (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 319.). Também nesse sentido afirma Figueiredo Dias que, "após as investigações dogmáticas de Welzel e o advento da doutrina da acção final tornou-se corrente a distinção, relevante em sede de ilícito típico, entre desvalor de acção e desvalor de resultado". (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 285.).

[13] De forma similar, afirma Greco, sobre as categorias *desvalor da ação* e *desvalor do resultado*, que "estes dois conceitos se referem às dimensões de desvalor do injusto penal, isto é, aquilo que o direito valora negativamente na realização antijurídica de um tipo penal". (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 26).

[14] Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 285. Também assim, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 364, para quem "o debate acerca da natureza do injusto e a chamada polêmica entre o desvalor do resultado constituem consequência da estrutura do tipo na sistemática finalista". Também parece ser esse o entendimento de Roxin, que, no entanto, não deixa de fazer ressalva similar a do texto, no sentido de que "a questão sobre se a ação típico-antijurídica deve ser concebida como injusto pessoal ou como pura lesão do bem jurídico é materialmente muito mais antiga do que a teoria final da ação, e acompanhou desde o princípio todos os esforços para construir o moderno sistema de Direito Penal". (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 320).

2.2 A EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS DE DELITO: UM OLHAR INTERESSADO A PARTIR DA CATEGORIA DO DESVALOR DA CONDUTA

Como já se disse, embora a categoria *desvalor da conduta* tenha obtido cidadania teórica a partir do finalismo,[15] parte do conteúdo que hoje se lhe atribui já encontrava de alguma maneira presente nas construções teóricas antecedentes, ainda que associado a outros planos de análise na doutrina geral do crime. Daí a pertinência de um breve excurso sobre os distintos sistemas de delito, na medida em que através de tal exame é possível observar com maior clareza i) quais elementos, dentro de cada sistema teórico concebido, afiguram-se suscetíveis de serem associados à categoria do *desvalor da conduta*; ii) qual o papel desempenhado por tal categoria na dogmática pós-finalista; iii) quais as possíveis definições, concorrentes entre si, fornecidas pela literatura jurídica finalista e pós-finalista de *desvalor da conduta*. Não há dúvidas de que tal olhar, tendo como perspectiva a evolução dos sistemas de delito, permite uma melhor compreensão da matéria, bem como uma melhor crítica das construções teóricas que dela se ocupam. Em outras palavras, a percepção de como os sistemas de delito evoluíram permite visualizar com mais precisão o que, à luz da moderna doutrina penal, a categoria *desvalor da conduta* efetivamente compreende, identificando-se, consequentemente, determinados aspectos e dimensões desse conceito ainda inexplorados pela doutrina penal.

2.2.1 Sistema Clássico

No campo da ciência penal, difundiu-se ao longo do último século o pensamento sistemático da teoria do delito. A adoção de um pensamento sistemático conduziu a uma estruturação jurídica do delito que já assumiu diversas formas – denominadas *modelos de crime* ou *sistemas de delito*. Tais sistemas possuem em comum a pretensão de oferecer uma leitura sistemática e categorial do delito. E como é próprio de qualquer saber sistemático, todas as categorias que integram a noção de delito são ordenadas, em um determinado sistema, a partir de uma ideia reitora.[16] O direito penal conhece fundamentalmente quatro

[15] No mesmo sentido, ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 320, e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 285.

[16] Nas palavras de Salvador Netto, "o sistema de Direito Penal é construído sobre as bases daquilo que consiste na própria noção de um saber sistemático, ou seja, a busca dos diversos conhecimentos acerca das variadas categorias colocadas sob uma ideia". (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 133.).

sistemas de crime: sistema clássico, sistema neoclássico, sistema finalista e sistema funcionalista.

A doutrina clássica do crime remonta às obras de Liszt e Beling, que concebem, a partir da segunda metade do século XIX, um sistema completo e acabado de teoria do delito. Ainda que, em geral, os autores expusessem a sistemática do crime em três planos – ação, antijuridicidade e culpabilidade –, percebe-se que, na realidade, havia verdadeiramente uma bipartição que se estabelecia entre sua dimensão objetiva, integrada pela ação antijurídica, e a sua dimensão subjetiva, da culpabilidade. Enquanto objetivamente o crime consistia na modificação do mundo exterior através de um movimento corporal voluntário, em contrariedade à ordem jurídica, o seu aspecto subjetivo se encontrava vinculado à ligação psicológica entre o fato praticado e o seu agente, ligação essa consubstanciada na forma do dolo ou na forma da negligência.[17]

Na concepção de Beling, crime seria a ação antijurídica e culpável. A ação correspondia ao comportamento corporal produzido com domínio sobre o corpo (dimensões objetiva e subjetiva da conduta).[18] Essa conduta, ainda, deveria mostrar-se contrária à ordem jurídica, no que residiria a sua antijuridicidade – a qual, no entanto, não seria originalmente deduzida do próprio direito penal, mas sim das partes restantes do direito, que estabeleceriam os interesses que o criminoso lesionaria com o crime.[19] Além disso, a ordem jurídica estabeleceria hipóteses – causas excludentes de ilicitude – em que o caráter antijurídico de uma classe de comportamentos ficaria afastado.[20] Afirmado tudo isso, ainda assim a ação antijurídica somente poderia ser punida se fosse produzida de maneira culpável. Para Beling, enquanto o juízo de valor destinado a determinar se uma conduta é antijurídica teria por objeto somente a sua fase externa – chamada de "comportamento corporal" contrário à ordem jurídica –, o juízo destinado a determinar se alguém agiu de maneira culpável expressaria "um juízo valorativo sobre a fase interna (espiritual ou 'subjetiva') da ação", para o qual importaria analisar o estado anímico do indivíduo no momento da conduta e, como consequência, "se sua resolução, seja por sua orientação, seja pelo seu modo e maneira

[17] Cuida-se de uma síntese dos caracteres comuns das construções dos autores da doutrina clássica, encontrada em FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 197-198.
[18] BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002. p. 42.
[19] BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002. p. 44.
[20] BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002. p. 45.

de originar-se, é criticável".[21] Esse juízo de culpabilidade passaria pela análise da imputabilidade e dos "graus de culpabilidade (dolo e culpa em sentido estrito)".[22]

Para Liszt, o crime também era sistematicamente definido como a ação contrária ao direito e culpável.[23] A ação seria "o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem".[24] Para o autor, a ação pressupunha um ato de vontade e uma mudança operada no mundo exterior, um resultado, sem os quais não se poderia falar em injusto e, pois, em crime.[25] Além disso, o crime não se consubstanciaria em qualquer ato de vontade causador de resultados, mas, por óbvio, somente naqueles que atentariam contra interesses juridicamente protegidos (bens jurídicos), no que residiria a sua antijuridicidade. Excepcionalmente, contudo, o ordenamento permitiria a lesão a interesses juridicamente protegidos, o que sucederia nas hipóteses excludentes de ilicitude – sendo que, nas palavras do autor, "a doutrina sobre a ilegalidade do crime não é mais do que a exposição das causas que por exceção tiram ao crime o caráter da ilegalidade".[26] Finalmente, no que diz respeito à dimensão da culpabilidade, afirmava Liszt não ser suficiente que o resultado fosse objetivamente referível ao ato de vontade do agente, sendo "também necessário que se encontre na culpa a ligação subjectiva".[27] A culpa seria, portanto, "a responsabilidade pelo resultado produzido",[28] estabelecida, até certo ponto, em termos bastante objetivos, perquirindo-se apenas a imputabilidade do agente e a possibilidade de imputação do resultado a título de dolo (quando o resultado tiver sido previsto) e de culpa em sentido estrito (quando o resultado, conquanto não previsto, podia sê-lo.[29]

---

[21] BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002. p. 63 et seq.
[22] BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002. p. 64-72.
[23] LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899. t. 1. p. 183.
[24] LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899. t. 1. p. 193.
[25] LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899. t. 1. p. 193.
[26] LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899. t. 1. p. 221.
[27] LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899. t. 1. p. 249.
[28] LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899. t. 1. p. 249.
[29] LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899. t. 1. p. 249.

Conquanto apresentassem pontos de distanciamento,[30] a análise das duas construções permite concluir que havia, de fato, uma bem delimitada segmentação na estrutura do crime. Cindiram-se por completo as dimensões objetiva (injusto) e subjetiva (culpabilidade) do crime. Essa bipartição consistiu, originalmente, em uma importação do direito privado. Jhering, em crítica à construção de Adolf Merkel, apontara a necessidade de se trabalhar com um conceito de injusto não culposo e objetivo, de modo a oferecer adequada solução jurídica a hipóteses como, por exemplo, do possuidor de boa-fé de coisa alheia, cuja ausência de culpa não lhe daria o direito de posse, protegendo-se, assim, a pretensão do proprietário em obter a restituição da coisa.[31] Essa sistemática, isto é, a concepção do injusto em termos puramente objetivos, destinava-se nitidamente ao cumprimento de uma função. Não é de causar surpresa, então, que a importação dessa lógica para o direito penal, mediante a definição do injusto em termos puramente objetivos, como sendo violação a interesses juridicamente protegidos, permita imputar a Liszt a pecha de utilitarista.[32]

Tudo o que nos leva a concluir que, na perspectiva do sistema ora analisado, qualquer leitura que se pudesse fazer acerca dos elementos integrantes do desvalor da conduta – categoria até então inexistente – remeteria necessariamente à dimensão da culpabilidade, dissociada daquela que o injusto representa, e que continha a totalidade dos elementos subjetivos que compunham a noção jurídica de crime. Não obstante, é preciso destacar que a compreensão então vigente da culpabilidade se limitava ao vínculo psicológico entre o autor do injusto e o próprio injusto, a título de dolo ou negligência. O que significa dizer que tanto injusto quanto a culpabilidade eram concebidos, nesse sistema, com conteúdos que se situavam à margem de qualquer juízo de valor.[33] Aliás, o próprio Liszt afirmara, sobre isso, que o direito penal trata "do fato de incorrer o agente em

---

[30] A proximidade teórica que permite imputar a Liszt e Beling uma espécie de coautoria na doutrina clássica do crime é percebida hoje somente em decorrência da distância histórica, na medida em que tais autores possuíam marcadas divergências, conforme o próprio texto deixa claro. Também destacando a divergência entre esses autores, SOUSA MENDES, Paulo de. *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 356 et seq.

[31] Ver, nesse sentido, ESER, Albin. Justification and excuse. A key issue in the concept of crime. *Rechtsvergleichende Perspektiven* (org.: Albin Eser e George P. Fletcher), vol. 1. Freiburg: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1987. p. 38, e SOUSA MENDES, Paulo de. *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 279.

[32] Assim, SOUSA MENDES, Paulo de. *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 303 et seq.

[33] FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 196. Enquanto o injusto aqui decorria meramente de um juízo de correspondência entre ação e descrição típica, acrescido de um juízo negativo de ocorrência de causa de justificação, a culpabilidade decorria da mera constatação de vínculo psicológico, restando excluídas aqui, por exemplo, considerações extrínsecas à conduta como, por exemplo, o juízo de inexigibilidade de conduta diversa.

responsabilidade criminal", ao passo que "a desaprovação da acção ao mesmo tempo pronunciada, o juízo sobre o seu valor jurídico ou moral (acentuado por Merkel) – em relação àquele fato e, portanto, à ideia da culpa –, é completamente acessória".[34]

2.2.2 Sistema Neoclássico

Mas as coisas deixam de ser vistas dessa forma com a difusão da filosofia dos valores, que viria a deixar grandes marcas no direito penal já a partir do início do século XX, quando do surgimento da chamada *concepção neoclássica de crime*. Na concepção neoclássica, o crime passa a ser percebido segundo parâmetros não somente descritivos, mas, também, valorativos. Em que pese tenha mantido, em linha de princípio, a estrutura clássica, com a separação entre injusto e culpabilidade, tais dimensões assumiram significação diversa.

Com efeito, a ruptura com a concepção clássica do crime deveu-se, em primeiro lugar, à constatação de que o injusto não poderia ser explicável em todos os casos através de elementos puramente objetivos. Em particular, observou Mayer a existência de elementos normativos do tipo legal –[35] tais como o caráter alheio da coisa furtada ou a falsidade da imputação nos crimes contra a honra – e de elementos subjetivos da antijuridicidade, oferecendo, nesse caso, o exemplo do jovem médico, que poderá tocar em sua paciente com propósitos libidinosos ou clínicos, podendo-se dizer que no primeiro caso sua conduta será proibida, enquanto, no segundo, será permitida.[36]

Também Mezger fez referência a uma concepção de injusto – ação antijurídica – composta por um aspecto externo, que denomina de "injusto objetivo", e um aspecto interno, dado pelos chamados "elementos subjetivos do injusto", presentes de forma excepcional.[37] A despeito de o ordenamento jurídico se postular como uma ordem objetiva de valores, isso não excluiria que em determinados casos excepcionais o injusto contemplasse elementos subjetivos. Afastando-se de alguma doutrina então vigente,[38] Mezger entende que elementos

---

[34] LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899. t. 1. p. 250.
[35] MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*: parte general. Traducción directa del alemán por el professor Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 228-229.
[36] MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*: parte general. Traducción directa del alemán por el professor Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 232.
[37] MEZGER, Edmund. *Derecho penal*: libro de estúdio. Parte general. Traducción de la 4. ed. alemana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958. p. 82.
[38] Três são os casos que o autor aponta como "clássicos", conforme doutrina então vigente: delitos de intenção, delitos de tendência e delitos de expressão. Delitos de intenção seriam aqueles em que determinada intenção

subjetivos do injusto existem i) quando um determinado tipo de delito não puder ser praticado de maneira culposa sem que se desvirtue por completo o fato típico em questão – como, por exemplo, no caso do estelionato; ii) quando os tipos legais incluem determinados "momentos psíquicos especiais" – como "ação maliciosa" ou "delito brutal" ou "interessado", elementos que não poderiam ser apreciados em sede de culpabilidade; iii) nos casos de tentativa.[39] Também faz referência Mezger à existência de determinados elementos subjetivos para a exclusão do injusto, como sucederia, por exemplo, no caso da legítima defesa, que pressuporia a "vontade de defesa".[40]

Mas a mais relevante formulação neoclássica, segundo vemos, situa-se na culpabilidade. Percebeu-se que o juízo de censura não se explicaria somente pela atitude interna do agente em relação ao fato – dolo e culpa como graus diversos de culpabilidade –, mas também por determinadas circunstâncias objetivas – chamadas causas de exculpação. De extremo relevo a contribuição de Frank, ao concluir que, ao contrário do que sustentara a doutrina então vigente, a essência da culpabilidade não estaria consubstanciada somente na "relação psíquica do autor com algo que está localizado fora de sua personalidade",[41] mas deveria também levar em consideração a imputabilidade e determinadas "circunstâncias concomitantes" ao comportamento.[42] O autor fornece paradigmático exemplo: dois sonegadores, um deles sendo um indivíduo de posses, sem família, *bon vivant*; o outro, alguém que apenas consegue ganhar a vida, possui uma esposa doente e diversos filhos para criar.[43] Com esse exemplo, pretende demonstrar que o juízo de culpabilidade que recai sobre cada um deles é substancialmente diverso, na medida em que entram em consideração, aqui, aspectos contextuais relacionados ao comportamento de cada um. Em última análise, Frank

---

seria exigida para a configuração do crime, como, por exemplo, o furto, que pressuporia a intenção de apropriação da coisa, ou os crimes de resultado cortado em geral. Delitos de tendência, por sua vez, seriam aqueles praticados "como expressão de uma tendência subjetiva do autor" – também sendo invocado, aqui, o exemplo do indivíduo que apalpa genitais com intenção de diagnóstico ou libidinosa. Conferir, nesse sentido, MEZGER, Edmund. *Derecho penal*: libro de estúdio. Parte general. Traducción de la 4. ed. alemana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958. p. 136.

[39] MEZGER, Edmund. *Derecho penal*: libro de estúdio. Parte general. Traducción de la 4. ed. alemana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958. p. 137-138. É interessante notar que a despeito de reconhecer a existência de determinados elementos subjetivos no injusto, e mesmo de reconhecer a sua "ampla significação", o autor adverte que, ao contrário de autores como Welzel, Busch e Maurach, "não se deve dar excessiva importância ao papel que desempenham".

[40] MEZGER, Edmund. *Derecho penal*: libro de estúdio. Parte general. Traducción de la 4. ed. alemana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958. p. 139.

[41] FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Traducción: Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 27.

[42] FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Traducción: Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 37.

[43] FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Traducción: Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 28.

tratou de demonstrar que a culpabilidade está para muito além do dolo e da culpa. Disse ele, em paradigmática formulação: "na busca de uma expressão breve que contenha todos os mencionados componentes do conceito de culpabilidade, não encontro outra que a reprovabilidade", concluindo, então, que "culpabilidade é reprovabilidade. Essa expressão não é linda, mas não conheço outra melhor".[44]

Em virtude, então, do conteúdo material que passam a assumir os distintos estratos do crime, ganham densidade o que posteriormente se convencionaria denominar de juízos de desvalor do resultado e de desvalor da conduta.[45] Enquanto à dimensão objetiva do crime podemos associar o juízo de desvalor de resultado, porque exprimiria, em sua essência, para além da simples realização típica, uma danosidade social ou uma afetação a bens jurídicos, à dimensão subjetiva do crime podemos associar o juízo de desvalor da conduta, porque se expressa por um comportamento humano, doloso ou culposo, ao qual se ligam juízos de valor que determinam a censurabilidade do comportamento, a partir de considerações como, por exemplo, a exigibilidade, em determinada circunstância concreta, de um comportamento diverso adequado ao direto.

Necessário ressaltar, no entanto, que, não obstante a incorporação de proposições de valor na estrutura do crime, permanece hígida a separação dogmática entre injusto e culpabilidade, de tal sorte que à noção de ilícito penal corresponderia apenas o juízo de desvalor do resultado (plano objetivo), enquanto à culpabilidade seriam remetidas todas as considerações atinentes ao desvalor da conduta (plano subjetivo). Emblemáticas, a esse respeito, as palavras de Eduardo Correia, ao afirmar que "o tipo legal contém sempre uma valoração fundamentalmente objectiva, pelo que não é em sede de tipicidade, mas de culpa, o lugar próprio dos elementos eu determinam o desvalor do acto".[46]

---

[44] FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Traducción: Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 39.

[45] Como já referido anteriormente, os termos *desvalor da conduta* e *desvalor do resultado* passam a se tornar dogmaticamente recorrentes a partir do finalismo. No entanto, segundo vemos, as contribuições teóricas dos autores neoclássicos enriquecem a dogmática penal a ponto de permitirem já identificar, na analítica do fato punível vigente, praticamente todos os elementos que o finalismo posteriormente viria a identificar como pertencentes às dimensões do *desvalor da conduta* e do *desvalor do resultado*, ainda que situados, no contexto neoclássico, em plano de análise diverso. Aliás, por razões que ficarão claras ao longo do texto, é possível afirmar que o conceito de *desvalor da conduta* com o qual se poderia trabalhar no contexto do sistema neoclássico é inclusive mais rico do que aquele utilizado por diversos autores finalistas.

[46] CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1. p. 279-280. O autor, convém notar, mesmo em uma nítida defesa da estruturação científica própria da doutrina neoclássica, leva a efeito diversas críticas à doutrina finalista de Welzel, que representava um passo adiante em relação àquela sistemática.

2.2.3 Sistema Finalista

Com Welzel, como se sabe, a doutrina geral do crime experimenta uma significativa transformação. Observando o reconhecimento, por um lado, de elementos subjetivos em alguns tipos de injusto – tais como o elemento anímico no furto e, muito especialmente, as hipóteses de tentativa, nas quais o dolo se oferece como elemento de definição do próprio crime praticado (ex.: tentativa de homicídio, tentativa de lesões corporais ou disparo de arma de fogo) – e, por outro lado, a manutenção da estrutura do delito tal como concebida pela doutrina clássica, Welzel denuncia as incongruências da doutrina então vigente.[47] Sustenta, pois, que "em todos os delitos dolosos o dolo é um elemento essencial do injusto", adotando o conceito de ação final como base ôntica sobre a qual se estrutura o injusto.[48]

A ação humana, para Welzel, "é exercício de atividade final", afigurando-se como um "acontecer 'final' e não somente 'causal'".[49] Tal caráter decorre do fato de o homem, devido ao seu conhecimento causal, ser capaz de prever ou projetar possíveis consequências para a sua conduta, estabelecendo finalidades e dirigindo suas atividades conforme seus planos.[50]

Welzel concebe, nesse sentido, um conceito de injusto pessoal, afigurando-se a antijuridicidade como a "desaprovação de um fato referido a um autor determinado", sendo o injusto um "injusto da ação referido ao autor".[51] Com este arcabouço teórico, o autor, embora enaltecendo os contributos da doutrina clássica, que soube realçar a importância do elemento referente ao resultado para a constituição do delito, deixa claro que tal resultado se afigura somente como "elemento parcial da ação pessoalmente antijurídica", nunca se podendo concluir, no entanto, "que a lesão ao bem jurídico esgote o injusto do fato".[52] Mais

---

[47] Particularmente interessante a advertência de Welzel no sentido de que não se pode fazer depender da circunstância de o disparo atingir ou não a vítima a posição do dolo na estrutura do delito. (WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 105).

[48] WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 105.

[49] WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 41.

[50] WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 41.

[51] WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 108.

[52] WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 109.

do que isso, é possível mesmo afirmar, conforme o autor, que "o desvalor do resultado pode faltar no caso concreto, sem que desapareça o desvalor da ação".[53]

E é precisamente com o advento do finalismo que passa a se tornar corrente na doutrina a invocação das categorias *desvalor da conduta* e *desvalor do resultado* como dimensões do injusto.[54] De fato, ao partir da premissa de que a finalidade é uma dimensão incindível do comportamento, que o próprio comportamento jurídico-penal é determinado em atenção à finalidade, o finalismo passa a identificar no *desvalor da conduta* – tida como uma ação final contrária ao direito – uma dimensão essencial e imprescindível do injusto, tão ou mais do que o próprio *desvalor do resultado*.

Por outro lado, é interessante notar que a partir da concepção welzeniana a categoria do desvalor da conduta parece vinculada exclusivamente à postura psicológica do agente, ao menos segundo a terminologia empregada em sua própria obra, quando opõe à eventual ocorrência do desvalor do resultado (lesão ao bem jurídico) o caráter perene do desvalor da conduta em todos os delitos, consubstanciado na ação final contrária ao direito – como, por exemplo, nos casos de tentativa inidônea, puníveis no contexto alemão.[55] De certa maneira, então, é possível afirmar que a recém consolidada categoria do *desvalor da conduta*, ao ser associada simplesmente à atitude psicológica do agente na realização do fato, não incorpora nenhum elemento que já não lhe pudesse ser atribuído no contexto do sistema clássico, apenas que, aqui, à diferença do arranjo clássico, encontra-se também o pretenso desvalor da conduta situado no próprio injusto.

Elementos extrínsecos de valoração da conduta, como o juízo de reprovabilidade, permanecem, do finalismo até os dias de hoje, dentro da culpabilidade. Aliás, exatamente a isso se limita a dimensão da culpabilidade,[56] que, para Welzel, consiste no juízo de reprovação pessoal que se faz ao autor por não haver omitido a ação antijurídica quando

---

[53] WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 109.

[54] Nesse sentido, ver, entre outros, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 364, para quem "[...] o debate acerca da natureza do injusto e a chamada polêmica entre o desvalor do resultado constituem consequência da estrutura do tipo na sistemática finalista".

[55] De forma mais detalhada, DARCIE, Stephan Doering. *O fundamento da tentativa em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 87 et seq.

[56] Nessa mesma linha, MAURACH, Reinhart. O conceito finalista de ação e seus efeitos sôbre a teoria da estrutura do delito. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 14, ano 4, jul./set., 1966. p. 33, para quem "a culpabilidade já não segue sendo um processo psicológico, tampouco constitui um *mixtum-compositum* obscuro entre o tipo e juízo valorativo, mas é um *puro juízo de valor* sôbre o autor".

possível, juízo de reprovação integrado por duas relações: não dever ser antijurídica e poder ser jurídica.[57]

Assim, conquanto o finalismo tenha os méritos, absolutamente inegáveis, de consolidar a categoria *desvalor da conduta* na gramática jurídico-penal corrente e, principalmente, de conceber o desvalor da conduta como uma dimensão imprescindível do injusto, temos que essa categoria se revela consideravelmente empobrecida sem as incorporações valorativas tributáveis à concepção neoclássica. Em outras palavras, sendo-nos permitido o emprego da metáfora, o finalismo acabou por "trazer" o desvalor da conduta para o injusto, deixando sua alma na culpabilidade.[58] E tal cenário se agrava, segundo vemos, a partir das formulações que se seguiram a de Welzel, que acentuam ainda mais o papel do desvalor da conduta, compreendido como violação do preceito normativo, na configuração do injusto.

Com efeito, com Kaufmann e Zielinski, a concepção finalista foi levada às suas últimas consequências, excluindo por completo o papel que o resultado poderia ocupar na formação do injusto. Se para Welzel o desvalor de resultado também desempenhava algum papel na composição do injusto – afinal de contas, segundo ele, "ao fato completo pertence também o resultado"–,[59] na obra de Kaufmann, diferentemente, o objeto da proteção da norma penal refere-se apenas à ação, jamais ao resultado.[60] O objeto do juízo de valor ensejador da norma tem de ser, afinal, uma conduta, para cuja concreta valoração "não mais se torna necessário que essa se ligue pelo nexo causal a algum bem da vida; o único fator decisivo é a valoração positiva ou negativa do próprio ato".[61] Disso decorrendo, ainda segundo as palavras de Kaufmann, que "numa valoração negativa o resultado consistiria em 'valores negativos dos atos'", enquanto, de outro lado, em uma valoração positiva, consistiria em "valores positivos dos atos".[62] Afasta-se o autor, por isso, de Binding, – que

---

[57] WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 125. Fala Welzel, ainda, em uma "culpabilidade em sentido amplo", compreendida como "reprovabilidade da resolução de vontade", decorrente da possibilidade de o autor ter adotado, no lugar da resolução de vontade antijurídica, uma resolução de vontade conforme à norma (p. 126 e, mais explicitamente, p. 129).

[58] Segundo Luisi, a partir do momento em que o dolo ingressa na seara da tipicidade com o modelo finalista, "ele é apenas uma realidade psíquica. Não é valorado. É somente o propósito, a intenção do agente, sem caracterizá-lo como censurável ou não, isto é, sem conotações axiológicas". (LUISI, Luiz. *O tipo penal e a teoria finalista da ação*. Porto Alegre: A Nação, 1979. p. 71.).

[59] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 192. A análise do papel desempenhado pelo desvalor do resultado na composição do injusto será levada a efeito, com maior vagar, no item 2.3.3.

[60] KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 101 et seq., bem como p. 139 et seq.

[61] KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 102.

[62] KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 101.

já dissera "não causai, ordenam as proibições, causai, as determinações" –, afirmando que, em verdade, o teor das normas deve ser compreendido como "deves agir (propositadamente)" ou "não deves agir (propositadamente)".[63]

Zielinski, a exemplo de Kaufmann, empresta à dimensão do desvalor da ação total protagonismo na edificação do ilícito. Afirma que "o desvalor da ação constitui o ilícito", e que "o mero prejuízo do bem jurídico, no sentido do juízo de valor primário, não é um ilícito", mas "somente um acontecimento juridicamente indesejado, resultado de uma ação ilícita ou bem de uma casualidade".[64] Partindo da premissa de que "ilícito é um conceito de correspondência que é consequência da estrutura da norma", e de que se consubstancia na "ação final executada em contrariedade a uma proibição concretizada em dever", o autor, de forma até bastante coerente, chega ao extremo de equiparar os comandos normativos decorrentes da previsão legal dos crimes na forma consumada e tentada.[65] O que estaria em causa, em ambos os casos, seria a violação de uma norma de determinação.

Como se vê, embora essa orientação não deixe de visualizar no desvalor da conduta a principal – se não exclusiva – dimensão do ilícito penal, tal dimensão acaba por ser limitada aos elementos objetivos e subjetivos atinentes ao comportamento humano, ou à ideia de uma violação voluntária a um preceito normativo. Em outras palavras, o que se entende por *desvalor da conduta* e que fundamentaria o ilícito parece ser, nessa perspectiva, um puro substrato, isto é, a própria ação final intrinsecamente considerada, a mera violação da norma de determinação. A valoração dessa ação e, portanto, desse substrato – do que derivaria a sua reprovabilidade – já não integraria o ilícito, mas seria objeto do exame da culpabilidade. Diante disso, não parece impróprio dizer que, ao menos na gramática finalista, o desvalor da conduta – enquanto fundamento do injusto – é muito mais *conduta* do que propriamente *desvalor da* conduta.

---

[63] KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 139-140.
[64] ZIELINSKI, Diethart. El resultado en el concepto final de ilícito. *Doctrina Penal*: *teoría y prática en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 11, p. 41-44, 1988. p. 284.
[65] ZIELINSKI, Diethart. El resultado en el concepto final de ilícito. *Doctrina Penal*: *teoría y prática en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 11, p. 41-44, 1988. p. 300. Para a aplicação dessa linha de pensamento ao tratamento jurídico-penal da tentativa, ver ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990. p. 162 et seq.

2.2.4 Sistema Funcionalista

O sistema funcionalista, por sua vez, na sua mais paradigmática formulação,[66] origina-se a partir do trabalho de Roxin, intitulado *Política criminal e sistema de direito penal*. Rompendo com a tradição liszteana[67] de uma separação entre a dogmática penal ou o direito penal propriamente dito, de um lado, e a política criminal, de outro, Roxin propõe um sistema de direito penal moldado a partir de juízos político-criminais – em suas palavras, "o caminho correto só pode consistir em deixar penetrar as decisões valorativas político-criminais no sistema de Direito penal".[68] Para o autor, juridicidade e utilidade político-criminal não devem antagonizar, mas antes "compaginar-se em uma síntese".[69]

Conquanto a estrutura tripartida do crime, tal como postulada no finalismo, tenha sido mantida no essencial pelo funcionalismo,[70] as categorias que o integram passam a ser compreendidas de maneira vinculada a valorações político-criminais, mais precisamente relacionadas aos fins da pena. Afinal de contas, dado que o delito se afigura como o conjunto de pressupostos para a imposição da pena, deve ele ser edificado em atenção a essa consequência – imposição da pena –, bem como considerando os seus fins.[71]

Do ponto de vista das inovações dogmáticas trazidas por força das construções funcionalistas, algumas das mais paradigmáticas contribuições são i) a renúncia a um conceito pré-típico de ação em favor de uma "teoria da realização típica";[72] ii) a teoria da imputação objetiva, que decorre de uma interpretação teleológica do tipo penal, atenta à

---

[66] É que, como bem lembra Greco, "não existe um funcionalismo, mas diversos". (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 20. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003. p. 228.).

[67] Para Liszt, a política criminal prende-se à consecução dos fins do Estado. Nas palavras de Liszt, "a esta ciência incumbe dar-nos o critério para apreciarmos o valor do direito que vigora, e revelar-nos o direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a entender o direito à luz de considerações tiradas dos fins a que ele se dirige e a aplicá-lo em casos singulares de conformidade com esses fins". (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899. t. 1. p. 3.). A separação entre a política criminal e o direito penal é evidente na obra do autor. E a precedência que atribui à dogmática penal se reflete na assertiva: "o direito penal é a barreira intransponível da política criminal". Sobre essa questão, ver D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 20.

[68] ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002b. p. 49 et seq.

[69] ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002b. p. 49 et seq.

[70] Com o que concorda GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 20. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003. p. 212.

[71] GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 20. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003. p. 230.

[72] Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 259 et seq.

análise dos comportamentos que, em uma perspectiva *ex ante*, gerem riscos juridicamente relevantes aos bens jurídicos tutelados;[73] iii) culpabilidade derivada ou enriquecida por ideais de prevenção geral e especial, falando-se, aqui, em responsabilidade.[74]

As novas luzes lançadas pelo funcionalismo repercutem no possível conteúdo atribuível ao *desvalor da ação*. É certo que, no funcionalismo, continua-se a tratar o desvalor da conduta como dimensão do injusto – ainda vinculada à concepção de injusto pessoal – bastante vinculada ao dolo típico e demais elementos subjetivos. E isso fica claro nas próprias palavras de Roxin, ao afirmar que "se se contempla o dolo típico e outros elementos subjetivos como componentes do tipo, então esse não se esgota, como se cria na época da estrutura clássica do delito, no desvalor do resultado";[75] antes disso, e ainda conforme Roxin, "a ação do autor, com sua finalidade e outras qualidades e tendências subjetivas, assim como as ulteriores intenções frequentemente requeridas pelo preceito penal, também constituem o injusto".[76] No entanto, Roxin concebe o desvalor da ação como uma "unidade de sentido objetivo-subjetiva", que não somente seria compreensiva do próprio desvalor de resultado, mas que também abrangeria elementos como o modo e a forma de execução, além de aspectos atinentes à autoria.[77]

Após Roxin, alguns autores passaram a distinguir, no âmbito da categoria do *desvalor da conduta* e em atenção a determinados conceitos introduzidos pela teoria da imputação objetiva, duas dimensões diversas: a *dimensão subjetiva* e a *dimensão objetiva* do desvalor da conduta.[78] Frisch, em paradigmática formulação, sustentou que, sendo a função do direito penal a de tutelar bens jurídicos, não se poderia postular que a essência do comportamento típico seria dada pelo aspecto subjetivo da representação, afigurando-se

---

[73] Sobre isso, ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008c. p. 101-132. p. 101-131.

[74] Conferir, a esse respeito, ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b. p. 133-164. p. 133-163. Em especial, 154 et seq.

[75] ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 319.

[76] ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 319.

[77] ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 326.

[78] Ver, nesse sentido, a sistematização que nos é apresentada por GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 28-29. Também ressaltando a necessidade de se adscrever à dimensão subjetiva do desvalor da conduta uma dimensão também objetiva – consubstanciada, fundamentalmente, pela noção de risco inerente à ação –, FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 38 et seq.

central "a tendência ou qualidade (negativa e objetiva) do atuar consistente em ser idôneo para menoscabar determinados bens".[79] Nesse sentido, o desvalor da ação não estaria caracterizado somente subjetivamente, mas, também, mediante critérios objetivos, como o "risco inerente à ação".[80]

Greco, com base nos mesmos pressupostos, faz referência ao "desvalor subjetivo da ação", de um lado, e o "desvalor objetivo da ação", de outro. Enquanto a *dimensão subjetiva* (ou o *desvalor subjetivo da conduta*) abrangeria os elementos de ordem anímica do comportamento – em especial, o dolo –, a sua *dimensão objetiva* (ou o *desvalor objetivo da conduta*) diria respeito à criação de um risco juridicamente desaprovado.[81]

A partir do funcionalismo, como se vê, passa a ser possível visualizar uma dupla dimensão no desvalor da conduta.

2.3 TEORIAS ACERCA DA PARTICIPAÇÃO DO DESVALOR DA CONDUTA NA DEFINIÇÃO DO INJUSTO

Disse-se já que a separação entre injusto e culpabilidade consistiu, originalmente, em uma importação de categorias do direito civil. Buscava-se, na realidade, no contexto do direito civil, uma definição de injusto em termos puramente objetivos, de modo a oferecer adequada solução jurídica a problemas práticos, em especial o do possuidor de boa-fé de

---

[79] FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 44.

[80] FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 45.

[81] Nesse sentido, GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 28 e p. 29. Ao *desvalor do resultado*, segundo essa construção, corresponderia à circunstância de haver ou não sido lesionado um bem jurídico como resultado da realização do risco juridicamente desaprovado. A sistemática apresentada por Greco atende, em boa medida, à oposição feita por Frisch em relação à teoria da imputação objetiva nos termos em que apresentada por Roxin. Frisch trata de demonstrar que nem todos os problemas enfrentados pela teoria da imputação objetiva seriam, na realidade, efetivos problemas de *imputação do resultado*, cuidando-se, na realidade, de problemas anteriores, relativos aos próprios atributos da conduta proibida – ou, na sua gramática própria, problemas relacionados ao "comportamento típico". Nas palavras de Frisch, "determinados pressupostos manejados pela teoria da imputação não são pressupostos da imputação, mas sim afetam a um círculo de problemas anteriores a ela e dos quais também depende a imputação do resultado". Para o autor, isso sucederia, fundamentalmente, em dois pontos. Em primeiro lugar, o requisito da criação desaprovada de um perigo unido à ação não é um pressuposto da imputação, pois na falta de tal pressuposto não se poderia sequer afirmar a existência de uma conduta proibida. Além disso, o autor também aponta determinadas situações em que a problemática passaria por considerações como "a índole das relações jurídicas entre os indivíduos, a amplitude e as fronteiras da liberdade a reconhecer", conteúdos esses que "devem distinguir-se das regras da imputação". Sobre isso, ver FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar*: sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Buenos Aires: B de F, 2006. p. 49 et seq., em especial p. 49 e p. 58. A sistemática apresentada por Greco, no entanto, parece levar em consideração o primeiro dos dois aspectos apontados por Frisch, situando-o como um aspecto determinativo do chamado *desvalor da conduta*.

coisa alheia.[82] Essa foi uma preocupação declarada de Jhering, ao afirmar que "qualquer um percebe a diferença entre a pretensão do proprietário frente ao terceiro possuidor de boa-fé de uma coisa daquele, e a da vítima de um furto em relação ao ladrão", observando que o primeiro caso pressuporia somente a discussão quanto à existência do direito disputado, não se afigurando essencial para a procedência da pretensão do demandante a existência de uma "ofensa jurídica consciente e culpável" ou o elemento da "inculpação subjetiva".[83] Diferentemente, no segundo caso, a demanda contra o autor do furto basear-se-ia essencialmente na reprovação de uma "ofensa jurídica", a qual consistiria na "lesão consciente e deliberada do nosso direito", afigurando-se a "inculpação subjetiva" indispensável, não se podendo falar em furto sem intenção.[84] Conclui o autor, então, que "em ambos os casos se pode falar de um injusto, para o qual é recomendável a qualificação de objetivo, em um deles, e a de subjetivo, no outro".[85]

A doutrina penal clássica, de Liszt e Beling, partirá, então, de pressuposto teórico similar, trabalhando, conforme o comum dos autores, com uma separação dogmática entre as categorias do *injusto* e da *culpabilidade*, concebendo o injusto[86] em termos exclusivamente objetivos. Em verdade, essa conclusão decorre da separação feita por Liszt entre os seguintes atributos do conceito de crime: *ação contrária ao direito* (*rechtswidrige Handlung*), de um lado, e *ação culpável* (*schuldhafte Handlung*), de outro, do que se infere

---

[82] Ver, nesse sentido, ESER, Albin. Justification and excuse. A key issue in the concept of crime. *Rechtsvergleichende Perspektiven* (org.: Albin Eser e George P. Fletcher), vol. 1. Freiburg: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1987. p. 38, e SOUSA MENDES, Paulo de. *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 279.

[83] JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidade en el Derecho privado romano*. Traducción directa del alemán y estudio preliminar por José Luiz Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2013. p. 59.

[84] JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidade en el Derecho privado romano*. Traducción directa del alemán y estudio preliminar por José Luiz Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2013. p. 59.

[85] JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidade en el Derecho privado romano*. Traducción directa del alemán y estudio preliminar por José Luiz Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2013. p. 59.

[86] É bom que se diga, no entanto, que embora a doutrina majoritária atribua a Liszt uma concepção de *injusto* em termos puramente objetivos, o termo *injusto* (*Unrecht*) aparece na sua obra associado ao termo *crime*, chegando o autor a afirmar que o injusto, "seja ele um injusto criminal, seja um delito de direito privado, é a ação culpável contrária ao direito" (*"Unrecht aber ist, mag es sich um kriminelles Unrecht, d. h. Verbrechen, mag es sich um privatrechtliches Delikt handeln, die schuldhafte rechtswidrige Handlung*"). (LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin: J Guttentag, 1900, p. 96.). Ou seja, ao menos do ponto de vista terminológico, o injusto, para o autor, exigiria o elemento da culpabilidade, na exata medida em que, como visto, o termo *injusto* (*Unrecht*) aparece associado ao termo *crime*. Tal associação fica clara quando o autor afirma, inicialmente, que "o crime é o injusto ameaçado com pena" ("*Verbrechen ist das [...]mit Strafe bedrohte Unrecht*"), sendo o injusto (*Unrecht*), por sua vez, a ação culpável contrária ao direito (*die schuldhafte rechtswidrige Handlung*). No entanto, a atribuição que se faz ao autor de uma noção de injusto eminentemente objetivo, dissociada da culpabilidade, mantém-se essencialmente válida, uma vez que, como explicado no texto, o autor distingue, dentre os elementos do crime, o que denomina de "*ação contrária ao direito"* (*rechtswidrige Handlung*), de um lado, e "*ação culpável"* (*schuldhafte Handlung*), de outro.

que uma das dimensões possuiria caráter objetivo, enquanto a outra possuiria caráter subjetivo.[87]

A partir desse marco teórico, todos os sistemas de delito formulados respeitariam a separação entre injusto e culpabilidade, ainda que não necessariamente conforme uma lógica binária expressa na fórmula objetivo/subjetivo. Mais propriamente, é possível afirmar que a separação hoje vigente entre injusto e culpabilidade melhor se traduz nos seguintes termos: enquanto com a primeira categoria busca-se contemplar os elementos essenciais do comportamento contrário ao direito, do fato penalmente relevante ou, para utilizarmos uma expressão anglo-saxônica, o próprio "agir errado" (*wrongdoing*) em uma perspectiva jurídico-penal, a segunda categoria contempla os pressupostos sob os quais se pode impor a alguém uma pena em razão da prática daquele preciso comportamento.[88] Há, portanto, dois juízos que presidem a análise do comportamento criminoso: um prévio, que exprime a contrariedade ao ordenamento jurídico, e outro posterior, de reprovação, de atribuição do fato ao seu autor.[89] E essa constitui uma relevante particularidade da moderna ciência jurídico-penal, ao menos de influência germânica: a categoria da *antijuridicidade* – e, por consequência, do *injusto* –, conquanto esteja consubstanciada na verificação de um *comportamento contrário ao direito*, exprime, ainda assim, somente uma das dimensões do delito.[90]

---

[87] LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin: J Guttentag, 1900. p. 96. Tal sistemática é acompanhada, no essencial, por Beling, quem elenca como pressupostos da punibilidade a "antijuridicidade da ação", dada pela circunstância de encontrar-se ela "objetivamente em contradição com a ordem jurídica do correspondente Estado", afigurando-se a "disposição anímica do autor" – o que claramente se oferece como a dimensão subjetiva do delito – relevante para a determinação da existência e medida da reprovabilidade do fato, o que se analisaria não já no âmbito da antijuridicidade, mas somente no âmbito da culpabilidade. Nesse sentido, ver BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002. p. 43 e 72.

[88] De forma próxima, entende Jescheck que a análise da antijuridicidade corresponde à indagação sobre "a correção objetiva de um fato", significando o injusto "que o fato, tanto em seus elementos objetivos quanto subjetivos, contradiz o direito", ao passo que "o exame da culpabilidade consiste em perguntar-se se um fato pode ser penalmente reprovável ao autor". (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5 ed. Granada: Comares, 2002. p. 456.). No mesmo sentido, afirma Mir Puig que "antijuridicidade significa aqui objetiva contrariedade ao direito penal (como juízo intersubjetivo, isto é, válido para todo sujeito), enquanto que culpabilidade significa possibilidade de imputação pessoal do fato antijurídico a um sujeito responsável". (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 146.).

[89] Conforme MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito. *Revista Chilena de Derecho*, v. 22, n. 2., pp. 265-296, 1995, p. 265.

[90] A observação que acaba de ter lugar é feita, também, por MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: Bosch, 2001. p. 491. Para o autor, é isso o que explica que o termo "antijuridicidade", que teria surgido historicamente como um "conceito aglutinante das circunstâncias que convertem um fato (ação ou situação) em contrário ao ordenamento jurídico", tenha angariado tamanho protagonismo na ciência jurídico-penal. Segundo o autor, tal protagonismo somente pode ser explicado pelo "peculiar conteúdo" que a ele se outorgou na nossa disciplina: "ao contrário de identificar-se o fato contrário ao direito com o delito expressado em todos os seus elementos integrantes, se identificou

Mas se o termo *injusto* alude à circunstância de um comportamento, em razão de suas características essenciais, afigurar-se penalmente relevante ou contrário ao direito, pouco fica dito sobre quais seriam os elementos que determinariam, concreta ou abstratamente, essa contrariedade ao direito ou essa relevância penal. Em outras palavras, o que preponderaria na definição do fato penalmente relevante? Qual o elemento nuclear e determinativo do caráter antijurídico de um determinado comportamento?

Ao que nos parece, há, aqui, preliminarmente, duas possíveis abordagens. Ou se trabalha com uma abordagem meramente formal, segundo a qual o elemento nuclear da antijuridicidade seria a simples circunstância de um comportamento se revelar contrário à lei penal, ou se trabalha com uma abordagem de caráter material, indagando-se sobre as dimensões de desvalor do injusto penal, ou, nas palavras de Greco, sobre aquilo que "o direito valora negativamente na realização antijurídica de um tipo penal".[91] A primeira perspectiva costuma receber da doutrina o designativo de *antijuridicidade formal*, enquanto a segunda é associada ao termo *antijuridicidade material*.[92] Interessa-nos, essencialmente, a perspectiva material da antijuridicidade, na medida em que tal juízo é que preside a eleição dos fatos penalmente relevantes e orienta, em primeiro lugar, a própria atividade legislativa na definição dos comportamentos tidos como criminosos – é dizer, a lei penal é concebida em atenção a um determinado juízo de valor que lhe antecede e que lhe serve de justificação –[93] e, em segundo lugar, a atividade do intérprete, ao realizar o juízo de correspondência entre um dado comportamento concreto e a norma proibitiva. Sendo assim, a questão verdadeiramente central está em saber quais os atributos que um determinado comportamento deve reunir para que a ele seja adjudicada a qualidade de crime, recebendo, de consequência, a chancela legal.

---

somente como uma *parte* desse", e ao se "vincular a antijuridicidade, não ao delito em geral, mas sim a uma parte do mesmo, abriu-se a porta a uma boa série de problemas".

[91] GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 26.

[92] A distinção conceitual entre a *antijuridicidade formal* e a *antijuridicidade material* encontra referência, ainda que com algumas ressalvas, em Beling, quando o autor explica que que "frequentemente se designa como 'formal' a antijuridicidade deduzida do *texto da lei*", enquanto que material seria a antijuridicidade que tem por objeto, "além do direito legislado, o direito *não escrito*". Ressalva o autor, no entanto, que tal modo de expressão é "muito pouco útil", pois formalmente o termo *antijuridicidade* sempre designa "contradição à ordem jurídica", fazendo o termo *material* alusão somente ao conteúdo, à conduta humana, a qual seria formalmente antijurídica. Para o autor, assim, "em toda antijuridicidade estariam unidos o 'formal' e o 'material'". (BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002. p. 45.).

[93] Destacando ser o conceito material de crime algo previamente dado ao legislador, bem como padrão crítico do direito vigente, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 106-107.

Uma conduta pode ser considerada penalmente relevante com base, essencialmente, em duas ordens de consideração.[94] É possível que se diga, em primeiro lugar, que um comportamento é penalmente relevante, digno de intervenção penal e suscetível de criminalização em razão das consequências por ele produzidas. Nesse sentido, a conduta de matar deve ser proibida não em razão de atributos intrínsecos a esse comportamento, não em razão do juízo de reprovação que recai sobre a decisão daquele que age com desprezo à vida e à ordem jurídica, mas sim pelas consequências objetivamente nocivas e indesejadas do comportamento de matar – a privação da vida alheia. Quanto mais grave o resultado, mais se justificará a intervenção penal. Quando se concebe a essência do injusto penal nesses termos, a preponderância axiológica claramente está a ser atribuída ao eixo do *desvalor do resultado*.

Mas é também teoricamente defensável que se diga que um comportamento é penalmente relevante, digno de intervenção penal e suscetível de criminalização não pelas consequências por ele produzidas, mas sim por determinados atributos que lhe sejam intrínsecos. A conduta de atentar contra a vida de alguém, por exemplo, segundo essa perspectiva, deveria ser considerada como criminosa independentemente do resultado que vier a conduzir. Absolutamente irrelevante que, como resultado do comportamento, a vítima venha ou não a falecer, pois, afinal de contas, agir com desprezo à vida é algo que o direito penal deveria sempre coibir. Quando se raciocina dessa forma, a preponderância axiológica na construção do injusto penal está a ser atribuída à dimensão do *desvalor da conduta*.

As categorias do *desvalor da conduta* e do *desvalor do resultado* afiguram-se, então, como as possíveis dimensões de desvalor do injusto penal.[95] E a depender da respectiva formulação teórica, do respectivo sistema penal de que se cuide, a preponderância

---

[94] A observação de que uma conduta humana sempre pode ser valorada a partir de dois enfoques distintos, um relacionado às consequências, e outro relacionado ao ato em si, é bastante trivial no âmbito da filosofia. Nesse sentido, ver, por exemplo, RACHELS, James. *The elements of Moral Philosophy*. 4th ed. Boston: McGraw-Hill, 2003. p. 91 et seq. e p. 117 et seq., e SANDEL, Michael J. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. passim. No âmbito jurídico-penal, afirmação bastante similar é feita por Welzel, na abertura de sua obra: "toda ação humana, para o bem e para o mal, está sujeita a dois aspectos distintos de valor. Por um lado, pode ser valorada segundo o resultado que alcança (valor do resultado ou valor material); por outro lado, independentemente do resultado que com a ação se obtenha, segundo o sentido da atividade em si mesma (valor do ato)". Fornece Welzel, para ilustrar a afirmação, o exemplo do trabalho, por ele considerado um dos valores humanos mais elementares. Nesse caso, o valor do trabalho pode ser apreciado em atenção ao resultado que produz – "a obra" –, mas sem que com isso se infirme o valor da simples atividade, do simples trabalho em si, como "atividade realizada com sentido", ou "como atividade dirigida à obtenção de uma obra positiva". Ao que conclui, a nosso ver de maneira absolutamente irretocável, que "ambas as classes de valores possuem significação para o direito penal". (WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 1-3.).

[95] GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 26.

axiológica na formação do injusto penal recairá sobre uma ou outra dessas dimensões. Há, fundamentalmente, quatro teorias a respeito: a *teoria monista objetiva*, a *teoria monista subjetiva*, a *teoria monista integradora* e a *teoria dualista*.[96] Examinemo-las na sequência, buscando enfatizar, em cada qual, o papel atribuído à dimensão do desvalor da conduta na definição dos fatos penalmente relevantes, bem como a sua eventual relação com a dimensão do desvalor do resultado.

2.3.1 Teoria Monista Objetiva

A tese monista é aquela decorrente do arranjo clássico, segundo o qual o injusto seria formado por elementos unicamente objetivos. A essência do fato penalmente relevante coincidiria com a própria modificação exterior no mundo ou, em outras palavras, com o próprio resultado ou estado de coisas juridicamente desaprovado.[97] Cuida-se de uma perspectiva orientada, como se vê, às consequências do comportamento, e não a atributos a ele intrínsecos. O injusto seria, segundo essa perspectiva, puro e simples desvalor de resultado, de modo que a determinação dos fatos penalmente relevantes não dependeria de juízos orientados a aspectos subjetivos do comportamento.

Se é bem verdade que o resultado, perante os autores clássicos, seria compreendido em termos puramente naturalísticos, é também verdade que uma atualização dessa orientação à luz da produção jurídico-penal das últimas décadas possibilitaria, sem maiores problemas, compreender esse resultado em termos estritamente jurídicos, recorrendo-se, para tanto, a determinados juízos de valor. O resultado, nesse sentido, não seria tanto a modificação no mundo exterior, quanto a *danosidade social* decorrente do comportamento, danosidade essa consubstanciada, segundo visão hoje prevalente na doutrina penal, na noção de *ofensa a um bem jurídico-penal*.[98] Essa compreensão, consequentemente, ofereceria

[96] Adotando a mesma terminologia, MOURA, Bruno. Desvalor da conduta e desvalor do resultado no ilícito penal: ao mesmo tempo, sobre o sentido de um injusto genuinamente "pessoal". *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, [S.l.], v. 3, n. 3, oct. 2013. Disponível em: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/3791>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

[97] Nesse sentido, de forma bastante clara, LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899. t. 1. p. 193. Há autores que sustentam, por outro lado, que a objetividade do injusto estaria associada, na realidade, à circunstância de tal juízo ser *erga omnes*, e não considerer as particularidades das pessoas que praticam o comportamento. Nesse sentido, SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1992. p. 393.

[98] Jescheck, por exemplo, bem destaca que não se deve perceber a infração em um sentido naturalístico, associado ao objeto da ação, mas sim como a "transgressão do valor ideal que deve ser protegido através da norma jurídica", o que corresponderia à ideia de lesão do bem jurídico. A exemplo do texto, o autor também parece associar a noção de lesão do bem jurídico à ideia de danosidade social. (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5.

justificação adequada para a existência e legitimidade, inclusive, dos chamados crimes de perigo, na medida em que seriam eles, nessa perspectiva, também dotados de desvalor de resultado.[99]

Em favor dessa tese, costuma ser invocado o argumento de que tal visão se mostraria em perfeita consonância com o chamado *direito penal do fato*, negando-se com isso a relevância penal de meros pensamentos, de simples atos preparatórios e de atitudes atentatórias à moral, no que residiria o seu mais acentuado caráter liberal.[100]

No contexto da orientação monista objetiva, parece apropriado dizer que o juízo relativo ao desvalor da conduta não possuiria nenhuma participação na definição dos fatos penalmente relevantes. Quando muito, tal juízo se revelaria relevante para, uma vez já afirmada a ocorrência de um fato penalmente relevante e contrário ao ordenamento jurídico, decidir-se sobre a possibilidade de atribuí-lo ao seu autor e, consequentemente, sobre a imputação ou não da pena.

Tal orientação, contudo, falha por não considerar algo que a doutrina neoclássica timidamente se aperceberia e a doutrina finalista posteriormente trataria de evidenciar: há determinados elementos subjetivos intrínsecos ao comportamento – tais como a atitude psicológica do agente – que se revelam decisivos para a formação do juízo de desvalor que recai sobre os fatos e, assim, para a própria definição dos fatos penalmente relevantes. A

---

ed. Granada: Comares, 2002. p. 251.). Também reconhecendo uma matriz comum entre as ideias de "dano social" e "bem jurídico", SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los limites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Marcial Pons: Madrid; Barcelona, 2007. p. 203 et seq. Entre nós, vinculando a noção de ofensa a bens jurídicos à ideia de danosidade social, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 401.

[99] Nesse sentido, destacando o desvalor de resultado verificável nos crimes de perigo, D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 90 et seq. A questão, também, é central para Faria Costa, quem considera que também as figuras típicas de perigo abstrato são expressão de um desvalor de resultado, que estaria associado à ideia de um "desvalor de cuidado-de-perigo", e que se ajustariam, nessa medida, à exigência de ofensividade. (FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 633 et seq.).

[100] Destacando o caráter liberal da teoria do bem jurídico, e sua pretensão de impor limites ao "desopotismo" e ao "moralismo", ver AMELUNG, Knut. El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Marcial Pons: Madrid; Barcelona, 2007, p. 246 et seq. Também apontando o caráter liberal do princípio da ofensividade, entre nós, BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 55 et seq., e D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 48-49, para quem o princípio da ofensividade consiste em um princípio fundamental dos ordenamentos de inspiração liberal e democrática, oposto a ordenamentos de inclinação subjetiva, repressores da mera vontade criminosa, pelo que se afigura como "elemento indispensável a uma concepção objetiva e liberal-garantista de direito penal".

antijuridicidade, diria Welzel, é resultado de um juízo de valor que tem como objeto a ação, que consistiria em "uma unidade de elementos objetivos (do mundo exterior) e subjetivos (psíquicos)".[101] A causação de um determinado resultado deve ser percebida como obra de uma conduta voluntária, por vezes finalisticamente orientada e dirigida, de tal maneira que a própria definição do tipo de crime praticado esteja condicionada à análise da intenção do agente (ex.: tentativa de homicídio, tentativa de lesões corporais ou disparo de arma de fogo).[102] Daí o processo de "subjetivação" pelo qual passa o injusto a partir do finalismo, processo esse que culminaria com a percepção de que os fatos antijurídicos possuem uma necessária "dimensão interna", que não guarda relação – ou ao menos não depende – das consequências resultantes do comportamento. De forma mais direta: o *desvalor da conduta* se oferece como dimensão insuprimível do injusto.[103]

2.3.2 Teoria Monista Subjetiva

No exato oposto na concepção segundo a qual o injusto seria definido exclusivamente pelo desvalor do resultado, encontra-se a concepção finalista extremada, que se seguiu a Welzel e que via de regra recebe da doutrina, não sem algum protesto,[104] a etiqueta de "Escola de Bonn", segundo a qual o injusto seria formado exclusivamente pelo desvalor da conduta.

Essa concepção, inaugurada por Kaufmann, parece tomar como ponto de partida a emblemática observação de Welzel, no sentido de que o direito penal se propõe a amparar determinados bens da vida da comunidade mediante a proibição de ações tendentes a lesioná-los – ou, em paradigmática formulação, "evitando ou tratando de evitar o desvalor do

---

[101] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 57.

[102] Sendo oportuno relembrar, aqui, a advertência de Welzel no sentido de que não se pode fazer depender da circunstância de o disparo atingir ou não a vítima a posição do dolo na estrutura do delito. (WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 105).

[103] Nas bem lançadas palavras de Zaffaroni, sobre o que considera ser uma arbitrária retirada dos dados objetivos do campo da juridicidade, "dois sujeitos, numa mesma situação subjetiva: pode um agir antijuridicamente, e o outro agir conforme o direito, dependendo de suas respectivas intenções e qualidades". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 516.).

[104] Alguns autores finalistas não compactuam com boa parte das premissas adotadas pela vertente finalista mais extremada. Hirsch, por exemplo, recebe "com assombro" que se etiquete tal vertente como "Escola de Bonn", inclusive porque, segundo alega, "dos sete discípulos que saíram da 'Escola de Bonn' de Welzel, somente um seguiu a direção aqui criticada" (HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*: obras completas. Libro homenaje. Tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 243).

resultado com a punição do desvalor da ação".[105] Kaufmann, partindo dessa lógica, também observa que o conteúdo da norma de proibição se relaciona às ações, e não ao resultado dessas ações.[106] O conteúdo da proibição encetada no tipo do homicídio, por exemplo, é o de *não atentar contra a vida de outrem*. Ou seja: as proibições penais somente podem proibir ações, jamais resultados. O que faz Kaufmann concluir que "o único fator decisivo é a valoração positiva ou negativa do próprio ato".[107]

Como já referido alhures, Zielinski acaba por seguir a mesma linha, também afirmando que a norma apenas pode ter por objeto um ato final,[108] que "o desvalor da ação constitui o ilícito", e que a questão relativa ao eventual prejuízo ocasionado ao bem jurídico não passaria de um "acontecimento juridicamente indesejado, resultado de uma ação ilícita ou bem de uma casualidade".[109] Ou seja, Zielinski afirma que o conteúdo do injusto se esgotaria no desvalor da ação, de modo que para a sua constituição seriam relevantes apenas os elementos postos em relação de finalidade.[110]

Segue-se disso que, na perspectiva monista subjetiva, o injusto penal se acha configurado no preciso momento em que o indivíduo acredita haver realizado o necessário para a obtenção do resultado, de tal sorte que a superveniência ou não desse se afigura absolutamente indiferente para o surgimento de um fato penalmente relevante.[111] O que equivale a dizer, por exemplo, que o injusto existente na tentativa acabada não contém rigorosamente nada de diferente do injusto existente no delito consumado.[112]

---

[105] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 2.

[106] KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 101 et seq., bem como 139 et seq.

[107] KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 102.

[108] ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990. p. 155.

[109] ZIELINSKI, Diethart. El resultado en el concepto final de ilícito. *Doctrina Penal*: *teoría y prática en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 11, 41/44, 1988, p. 284.

[110] ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990. p. 164. Afirma o autor, a esse respeito, que "os elementos do ilícito que estão fora da finalidade do projeto de ação que deve ser evitado pela norma não podem ser matéria da norma, da buscada norma do delito consumado", a qual apenas pode coincidir com "o ato tendente à lesão do objeto de um bem jurídico", o que coincide rigorosamente com a norma do delito consumado. (ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990. p. 155.).

[111] Em interpretação similar da tese monista subjetiva, HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de "desvalor de acción" y "desvalor de resultado o sobre el estado de cosas". *In*: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*: obras completas. Libro homenaje. Tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 233-259. p. 238.

[112] Sendo dito, aliás, pelo próprio Zielinski, que "a norma da consumação não fundamenta nenhum dever que não esteja já fundamentado pela norma da tentativa". (ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990. p. 159.).

Tal compreensão, no entanto, não encontra eco em boa parte dos ordenamentos jurídicos. Basta observar a circunstância de a legislação penal de diversos países, incluindo a brasileira, prever punições distintas para o crime tentado e para o crime consumado, bem como a impunibilidade da tentativa inidônea,[113] traços característicos de uma visão que atribui ao desvalor do resultado alcance constitutivo no injusto.[114]

E, de fato, a desconsideração absoluta do desvalor de resultado na formação do injusto afigura-se como uma orientação pouco harmoniosa com um direito penal de cariz liberal e centrado no princípio do fato. A percepção de que a intervenção penal somente se justifica diante de ofensas a bens jurídicos – visão que reclama ao menos algum protagonismo ao desvalor do resultado na constituição do injusto – constitui um dos grandes marcos de um direito penal conforme ao Estado Democrático de Direito.[115] A perda desse referencial, consequentemente, ao ampliar significativamente o espectro de comportamentos suscetíveis de criminalização, implica considerável sacrifício em termos de liberdades fundamentais. Abre-se, nesse caso, um perigoso flanco para a criminalização de comportamentos meramente atentatórios à moral ou a determinados objetivos colimados pela administração pública, no que se perde um valioso parâmetro de aferição da legitimidade material de tipos penais, deixando o ilícito penal de refletir uma agressão aos valores mais caros da sociedade para ser associado já à mera desobediência.

2.3.3 Teoria Monista Integradora

Mas se a tese monista subjetiva é sustentada por autores finalistas, não quer isso significar que estejamos diante de um consenso finalista. Na realidade, a questão é objeto de alguma disputa no contexto do próprio finalismo, sendo que o próprio Welzel jamais sustentou a irrelevância do desvalor do resultado na composição do injusto.

---

[113] Art. 14. Diz-se o crime: [...] II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços [...] Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

[114] Sobre as relações entre o conteúdo do injusto e a disciplina jurídica da tentativa, em especial à questão da diminuição ou não da pena, e a punibilidade ou não da tentativa inidônea, ver DARCIE, Stephan Doering. *O fundamento da tentativa em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 65 et seq.

[115] Nessa mesma linha, D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 48-49. Sobre isso, lembra Schünemann que "a limitação do direito penal ao único fim de evitação de danos sociais está inscrita nas premissas de todo estado democrático e integra, com isso, necessária e implicitamente todas as constituições positivas de estados democráticos". (SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática*: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um Sistema penal racional. Coordenação e tradução: Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 29.).

É bem verdade que não é de todo injustificado que se atribua a Welzel uma tal defesa. Como o próprio Hirsch reconheceu, Welzel contribuiu com a confusão "através de formulações equívocas".[116] Afinal de contas, pertencem a Welzel afirmações como "o desvalor do resultado pode faltar no caso concreto, sem que desapareça o desvalor da ação",[117] "acima do amparo dos bens jurídicos individuais concretos, está a missão de assegurar a validez real (a observância) dos valores do atuar segundo o pensamento jurídico", os quais "constituem o mais sólido fundamento sobre o qual se baseiam o Estado e a sociedade",[118] "assegurar o *respeito* pelos bens jurídicos (é dizer, a validez dos valores do ato), é mais importante do que regular os resultados positivos nos casos individuais e atuais";[119] "os valores dos ato de fidelidade, de obediência, de respeito pela pessoa etc., são de maior relevância e possuem uma maior amplitude de visão do que o simples amparo de bens".[120]

Se afirmações como essa de fato emprestam à visão de Welzel um mais acentuado caráter subjetivo – no sentido de que os valores do atuar se sobreporiam aos próprios desdobramentos desse atuar –, e permitem considerá-lo um defensor da tese *monista* – no sentido de que o injusto, para ele, estaria absolutamente centralizado na dimensão de desvalor da conduta –, é necessário ressalvar, por outro lado, que Welzel jamais considerou irrelevante ou indiferente a questão relativa ao desvalor do resultado na formação do injusto. Como ele próprio reconheceu, a circunstância de o ordenamento jurídico ter por objeto a inobservância concretamente manifestada dos valores do atuar jurídico "não significa de modo algum que persiga e castigue dolos maus ou perigosos sem um fazer que lesione ou ponha em perigo", uma vez que, segundo vê, "somente a manifestação efetiva daquela inobservância dá lugar à pena".[121]

---

[116] HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de "desvalor de acción" y "desvalor de resultado o sobre el estado de cosas". *In*: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*: obras completas. Libro homenaje. Tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 233-259. p. 242.

[117] WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 109.

[118] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 3.

[119] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 4.

[120] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 5.

[121] WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*: parte general. 4. ed. castellana. Traducción del alemán por los professores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1993. p. 2. A mesma referência se encontra em HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de "desvalor de acción" y "desvalor de resultado o sobre el estado de cosas". *In*: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*: obras completas. Libro homenaje. Tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 233-259. p. 242, quem também busca distanciar a perspectiva de Welzel da vertente mais extremada do finalismo.

Conforme a leitura de Hirsch, Welzel jamais intencionou "modificar os princípios jurídico-penais básicos que formam parte de qualquer ordenamento de um Estado de Direito", mas apenas sublinhar que "o direito penal do fato não implica que seja suficiente para o injusto jurídico-penalmente relevante o desvalor do resultado ou sobre o estado de coisas".[122] E razão possui Hirsch, uma vez que a defesa expressa, de Welzel, de que "a causação do resultado, separada em seu conteúdo da pessoa do autor (a lesão de bens jurídicos), *não esgota o injusto*",[123] não conduz, em absoluto, à ideia de que tal resultado seja irrelevante. Na realidade, o principal da obra de Welzel, no particular, foi pontuar que elementos como a meta finalisticamente fixada pelo autor, o ponto de vista a partir do qual atuou, os deveres que incumbiam, tudo isso são "elementos que determinam o injusto do fato *juntamente com a eventual lesão de bens jurídicos*".[124] Mas o papel da lesão ao bem jurídico, volta-se a dizer, não é rechaçado; pelo contrário, Welzel inclusive sustenta que a teoria da antijuridicidade compreendida como "lesão causal de um bem jurídico" possui "o mérito de haver destacado a significação do aspecto do resultado (bem jurídico)".[125]

O que ocorre, isso sim, é que, para Welzel, tais dimensões devem ser reposicionadas: o desvalor de resultado seria elemento relevante somente no marco de uma ação antijurídica pessoal. O desvalor do resultado, para Welzel, não se faria presente em todos os delitos, à diferença do desvalor da ação, considerado "o desvalor genérico de todos os delitos".[126] Percebe-se, aqui, em verdade, uma perspectiva integradora do desvalor do resultado e do desvalor da conduta: o desvalor do resultado não se afere de maneira independente, encontrando-se compreendido no desvalor da conduta. Nas palavras de Hirsch, "desvalor da ação e desvalor de resultado não são dois conceitos basicamente situados um ao lado do outro, senão que no delito doloso de resultado o desvalor de resultado constitui a conclusão material do desvalor da conduta".[127]

---

[122] HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de "desvalor de acción" y "desvalor de resultado o sobre el estado de cosas". *In*: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*: obras completas. Libro homenaje. Tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 233-259. p. 242.
[123] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 70. (grifo nosso).
[124] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 70. (grifo nosso).
[125] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 70. (grifo nosso).
[126] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 70.
[127] HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de "desvalor de acción" y "desvalor de resultado o sobre el estado de cosas". *In*: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*: obras completas. Libro homenaje. Tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 233-259. p. 248.

A aferição do desvalor do resultado, portanto, não poderia ser dissociada da análise do desvalor da conduta, de tal sorte que a superveniência do resultado, nessa perspectiva, constitui elemento relevante para o próprio juízo de valor que se projeta sobre a conduta. Em outras palavras, a eventual superveniência do resultado não pode ser considerada irrelevante para a mensuração do injusto, muito embora se compreenda, nessa perspectiva, que isso se estabeleça no marco do próprio desvalor global da conduta.[128]

2.3.4 Teoria Dualista

O desenvolvimento da doutrina do injusto pessoal deixaria profundas marcas na dogmática penal. O processo de subjetivação que o injusto experimentou no período que se seguiu a essa formulação teórica foi tão impactante que jamais se questionaria, a partir dela, sobre a existência de determinados elementos subjetivos na composição do injusto penal. Como já dito anteriormente, o desvalor da conduta passou a ser considerado uma dimensão insuprimível do injusto, de tal sorte que se poderia mesmo afirmar, com Maurach, que ao desvalor do resultado é que passou a caber, desde então, "lutar por seu lugar dentro do conceito de ilícito".[129]

De se destacar, diante disso, a orientação de determinados autores que, embora reconhecendo o papel destinado ao desvalor da conduta na formação do injusto, não deixaram de atribuir ao desvalor do resultado um papel de igual importância – sem, por isso, associá-lo ao desvalor da conduta ou reduzi-lo a um simples vetor de intensificação desse em determinados tipos de crime. É dizer, desvalor da conduta e desvalor do resultado possuiriam a mesma relevância no injusto. Gallas, por exemplo, ainda preocupado em avaliar – e avalizar – a produção finalista, que identificara uma dimensão subjetiva no injusto,

---

[128] Essa orientação, convém destacar, não é prerrogativa dos autores finalistas. O próprio Roxin parece partilhar de idêntica percepção, na medida em que, se por um lado afirma, em referência crítica à tese monista subjetiva, a necessidade de se "rechaçar tal eliminação do resultado do injusto", tratando-o como "peça nuclear, em absoluto casual, mas precisamente necessária do injusto", por outro lado afirma que tal resultado, uma vez imputável à conduta, repercute no próprio juízo sobre o desvalor da conduta. Segundo Roxin, "a distância espaço-temporal entre o ato da ação e a consequência imputável não pode afetar a unidade jurídica da ação e resultado que nos proporciona a imputação". De forma ainda mais clara, ao fazer referência à possibilidade de inclusão, no âmbito do desvalor da conduta, do modo e forma de execução exigidos pelos tipos penais, bem como de determinados elementos objetivos da autoria, Roxin afirma não enxergar nisso qualquer problema, uma vez que, nas suas palavras, "o próprio resultado é abarcado pelo desvalor da ação como uma unidade de sentido objetivo-subjetiva". (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* Madrid: Civitas, 1997. p. 325-326.).

[129] MAURACH, Reinhart. *Derecho penal*: parte general. Teoría general del derecho penal y esructura del hecho punible. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 272.

jamais deixou de enaltecer a participação do desvalor do resultado na formação do injusto. Em sua obra, desvalor da conduta e desvalor do resultado parecem ocupar espaços iguais na formação do injusto. Segundo o autor, entre outras referências que parecem bem exprimir essa visão, uma conduta humana pode ser tomada "como objeto de um juízo de antijuridicidade em um *duplo sentido*: como atuar de determinado conteúdo de sentido final, ou simplesmente como acontecer causal", diante do que se definiria o conteúdo do injusto, respectivamente, "como desvalor da ação ou como desvalor do resultado", residindo a desaprovação jurídica, sob um aspecto, "na realização da vontade de homicídio", e, sob o outro, "na causação do resultado morte".[130] Embora tenha sustentado Gallas a inclusão da finalidade, nos delitos dolosos, ao tipo de injusto, o que significaria ser "o desvalor da ação o que primeiro determina o conteúdo de injusto na figura de delito", isso, segundo o próprio autor, "não exclui que interesse assim mesmo o desvalor de resultado da conduta típica".[131] Para ele, especialmente nos chamados delitos de resultado, "a colocação em marcha da série causal até o resultado pode ser compreendida como desvalor da ação", ao passo que "a real produção do resultado, sem embargo, pode ser entendida como desvalor de resultado".[132]

Stratenwerth, por sua vez, dedicou bastante atenção ao tema, sustentando que "desvalor da ação e desvalor do resultado têm que coincidir para fundamentar o ilícito em sua medida completa, tal como a gravidade da culpabilidade determina o ponto de referência da pena".[133] Para esse autor, a relação excludente e alternativa entre vontade e resultado é falsa, pois "nem a vontade e nem o resultado sozinhos resultam decisivos", dado que seria "a conduta humana, na totalidade de seus elementos objetivos e subjetivos, aquilo do que deve tratar o direito penal".[134]

---

[130] GALLAS, Wilhelm. *La teoria del delito en su momento actual*. Traducido por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959. p. 53.
[131] GALLAS, Wilhelm. *La teoria del delito en su momento actual*. Traducido por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959. p. 54.
[132] GALLAS, Wilhelm. *La teoria del delito en su momento actual*. Traducido por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959. p. 54.
[133] STRATENWERTH, Günter. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 53-54.
[134] STRATENWERTH, Günter. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 54. Posicionamento e afirmações similares encontramos em Muñoz Conde e Garcia Arán, segundo quem "o valor ou desvalor de uma conduta supõe sempre o valor ou desvalor de um resultado", de modo que "ambos conceitos, desvalor da ação e desvalor do resultado, são, portanto, igualmente importantes na configuração da antijuridicidade, já que estão perfeitamente entrelaçados e são inimagináveis separados". É que, segundo esses autores, os mandatos que caracterizam as normas de determinação – ex.: não roubar, não matar etc. – somente possuem sentido quando relacionados aos valores que os fundamentos – ex.: patrimônio, vida etc. Sendo assim, nas palavras dos autores, "parece supérflua a polêmica sobre a prioridade entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado e, em consequência, entre norma de determinação e norma de valoração", pois "não existe uma hierarquia lógica ou valorativa entre eles, já que ambos contribuem, ao mesmo nível, a constituir a antijuridicidade de um comportamento". (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 304.).

Jescheck também atribui ao desvalor da conduta e ao desvalor do resultado a mesma relevância na formação do injusto. Para ele, em definição bastante particular – uma vez que, à diferença de diversos autores, não limita o desvalor da conduta ao simples desvalor da intenção –, enquanto "o desvalor de resultado do fato reside na lesão ou colocação em perigo do objeto de proteção da ação", o desvalor da ação reside "na forma e modo de comissão", abrangendo tanto as "modalidades externas do comportamento do autor", quanto as "circunstâncias que concorrem *em sua pessoa*" – falando-se, no primeiro caso, de "desvalor da ação referido ao fato", e, no segundo, de "desvalor da ação referido ao autor (pessoal)".[135] A assunção, pelo tipo, tanto do desvalor da ação, quanto do desvalor do resultado, permitiria falar em "injusto da ação" e "injusto do resultado".[136] Entende Jescheck que "a missão do direito penal não se acomoda sem contradições em uma construção monista", podendo ser explicada de maneira coerente somente "se a proteção de bens jurídicos e sua incidência sobre a vontade da ação dos destinatários da norma forem entendidas como funções valorativamente equivalentes, reciprocamente complementares, bem como condicionantes e limitadoras".[137]

De modo similar, defende Mir Puig que a antijuridicidade penal exige, em princípio, um desvalor de resultado dado pela lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico-penal, sendo esse resultado necessariamente imputável a uma conduta desvalorada em razão de sua perigosidade.[138] O desvalor da conduta, segundo essa perspectiva, radicaria na sua capacidade para a produção de determinados resultados segundo uma perspectiva *ex ante*, ou na "perigosidade para o bem jurídico que um *espectador objetivo* (o homem médio) pode advertir na conduta no momento de realizar-se".[139] Mas não só. O juízo de desvalor em questão, que permitiria a aferição da antijuridicidade penal, não seria possível sem a consideração do "aspecto subjetivo do fato".[140] O desvalor da conduta, por isso, "não depende somente da parte objetivo-externa do fato", dada a impossibilidade de uma separação absoluta entre a parte externa e a parte interna do fato. A conduta humana, nesse sentido, seria "uma unidade objetivo-subjetiva, ou melhor, interno-externa".[141] Mas a

[135] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 257.
[136] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 257.
[137] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 3.
[138] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 166.
[139] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 171.
[140] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 172.
[141] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 173.

afirmação da relevância do desvalor da conduta para a formação do injusto – quer compreendido em um sentido objetivo, quer em um sentido subjetivo, voltado para a dimensão interna do agir –, nem por isso faz com que o autor deixe de enaltecer o papel do desvalor do resultado. Afinal de contas, como o próprio Mir Puig destaca, "a antijuridicidade penal material parte, em geral, de um desvalor de resultado".[142] Desvalor esse que, segundo o autor, existiria, ainda que com conteúdos diversos, tanto nos delitos de lesão ao bem jurídico, quanto nos delitos de perigo ou na tentativa[143] Em delitos de resultado dissociado da conduta, o desvalor de resultado pressuporia a prática de uma conduta perigosa anterior, enquanto nos delitos de mera atividade "o desvalor de resultado somente exige a conduta típica, lesiva ou perigosa".[144]

Em síntese, o reconhecimento, após o finalismo, de que o injusto penal contém uma insuprimível dimensão subjetiva não equivale a negar que o desvalor de resultado ocupe um espaço de igual relevância na configuração do injusto – e, portanto, não constituindo aspecto a ser desconsiderado nesse contexto, ou mera condição objetiva de punibilidade, como postulado por alguns setores doutrinários.[145] Afinal, como já tivemos a oportunidade de destacar, a desconsideração absoluta do desvalor de resultado na formação do injusto afigura-se como uma orientação pouco harmoniosa com um direito penal de cariz liberal e centrado no princípio do fato. A exigência de uma dimensão de danosidade como decorrência do comportamento criminoso constitui um dos mais paradigmáticos traços de um direito penal conforme ao Estado Democrático de Direito, e a descoberta de uma dimensão subjetiva do injusto – e da antijuridicidade – em nada invalida esse estado de coisas.

2.4 TESES ACERCA DO CONTEÚDO DO DESVALOR DA CONDUTA

Como denunciamos na abertura do presente capítulo, a doutrina, de um modo geral, parece haver dedicado demasiado esforço na investigação sobre a dimensão preponderante do injusto penal. Seria a determinação de um fato jurídico-penalmente atribuível à danosidade causada pelo comportamento – dimensão do resultado – ou, diferentemente, pela

[142] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 163 e, novamente, p. 171.
[143] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 171.
[144] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 172.
[145] Nesse sentido, conferir KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 101 et seq., bem como p. 139 et seq., e ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990, p. 162 et seq.

atitude interna demonstrada na realização da conduta – dimensão da conduta? Cuida-se, aqui, não raro, de uma das únicas questões abordadas ao ensejo da apresentação das noções *desvalor da conduta* e *desvalor do resultado*, conceitos jurídico-penais que, como visto, passaram a integrar a gramática dos penalistas a partir do finalismo. As possíveis respostas a essa questão foram apresentadas no item anterior, e de um modo geral integram o roteiro tradicional dos manuais de direito penal brasileiros e, principalmente, estrangeiros. Mas, como também já restou dito, parece que igual atenção não tem sido dispensada a uma questão que se afigura ainda anterior e prejudicial: *o que se deve entender por desvalor da conduta*? Afinal de contas, determinar *a função do juízo de desvalor da conduta* na fundamentação do ilícito pressupõe, em primeiro lugar, a definição sobre *o que fundamenta o desvalor da conduta*.

Essa definição, via de regra, não é apresentada de maneira explícita. Engajam-se os autores, de um modo geral, na discussão sobre a dimensão preponderante do injusto, operando a partir de um conceito implícito de desvalor da conduta, sem confrontá-lo com conceitos concorrentes.

No entanto, ao contrário do que se poderia supor, não se está, aqui, diante de um consenso doutrinário. Muito pelo contrário. O conceito de *desvalor da conduta* se mostra bastante polissêmico, a tal ponto de autores das mais variadas filiações teóricas poderem acordar ou divergir sobre o seu papel somente por operarem a partir de premissas diversas. É perfeitamente possível, por exemplo, que um hipotético defensor resoluto dos ideais e consectários de um direito penal do autor, que defenda a possibilidade de intervenção penal sobre a simples *resolução manifestada* por exprimir ela já uma atitude interna de aversão aos valores ético-sociais vigentes em uma determinada sociedade, e um igualmente resoluto defensor de um modelo de direito penal voltado para a tutela exclusiva de bens jurídicos, que defenda a possibilidade de intervenção somente nos casos de realização de determinados comportamentos atentatórios aos bens jurídicos, entrem em acordo sobre a importância e prevalência do desvalor da conduta na fundamentação do ilícito se, afinal de contas, tais autores hipotéticos estiverem a atribuir significados distintos a essa categoria. O primeiro autor, por certo, operando a partir de um conceito de desvalor da conduta próximo ao de um desvalor de intenção, enquanto o segundo a partir de um conceito de desvalor da conduta que tenha por objeto a análise da aptidão de um determinado comportamento para a causação de um determinado resultado. No final, contudo, essa aparente convergência teórica de muito pouco valerá, na medida em que se revelam absolutamente diversas as visões desses autores acerca das características que um determinado fato ou comportamento deve reunir para que

a ele seja adjudicada a qualidade de antijurídico – questão que, ao fim e ao cabo, é a que mais importa, visto que por ela passa a determinação da responsabilidade penal em um determinado caso concreto. Por outro lado, parece perfeitamente viável imaginar situação oposta, em que, por detrás de um aparente desacordo teórico-conceitual entre dois autores, um defendendo convictamente a prevalência do desvalor do resultado na composição do injusto e outro, diferentemente, a prevalência do desvalor da conduta, ambos partilhassem da mesma convicção sobre, por exemplo, a necessidade de adoção de um modelo de direito penal voltado para a tutela exclusiva de bens jurídicos, bem como sobre a consequente possibilidade de intervenção penal somente nos casos de realização de determinados comportamentos atentatórios a tais bens. E isso seria possível, por exemplo, se um dos autores identificasse no conceito de desvalor da conduta a exigência prática de um determinado comportamento com aptidão para a causação de um determinado resultado, enquanto o outro autor considerasse ser a análise da aptidão da conduta para a produção de um resultado uma questão já externa à conduta, capaz de repercutir no exame sobre o desvalor do resultado. Nessa situação, em oposição ao cenário anteriormente apresentado, o que se verifica é uma divergência teórica de pouquíssimo relevo prático, uma vez que, conquanto com alguma variância e desacordo terminológico, é possível surpreender entre tais construções um entendimento muito similar acerca das características necessárias de um determinado comportamento para que a ele possa ser atribuída a qualidade de antijurídico. Em síntese, definir se o injusto é formado preponderantemente pelo desvalor da conduta ou pelo desvalor do resultado pode configurar uma discussão absolutamente ociosa, destituída de qualquer relevo prático, se não houver algum consenso prévio sobre o significado de tais categorias.

Tudo o que nos leva a concluir pela absoluta necessidade de se apresentar, com a transparência e seriedade reclamadas pelo tema, as definições de *desvalor da conduta* que podem ser encontradas na literatura jurídica. Como já se disse anteriormente, tendo em vista que tais definições raramente são apresentadas de maneira explícita, as linhas que seguem têm por objetivo precisamente a investigação e explicitação de definições subjacentes. Afinal de contas, quais os elementos que, segundo a doutrina, fundamentariam o desvalor da conduta? Por razões didáticas, essa exposição não será sistematizada em torno de autores específicos ou de escolas e sistemas penais específicos, mas sim mediante o agrupamento teórico das distintas alternativas de fundamentação do desvalor da conduta com as quais a doutrina penal implícita ou explicitamente opera, e que aqui reunimos em atenção a algumas das suas premissas comuns. Mesmo porque, para alguns autores, o desvalor da conduta

encontraria fundamento não somente em um, mas em alguns dos aspectos que a seguir serão apresentados. As teses a seguir, portanto, devem ser vistas não como enunciados característicos de determinadas correntes teóricas – ainda que determinadas correntes teóricas possam tendencialmente encampar uma ou outra dessas teses –, mas antes como possíveis formas de se identificar o conteúdo do desvalor da conduta.

2.4.1 A Tese do Desvalor da Conduta como Desvalor da Intenção

Eis um exemplo trivial: o ato de alguém que, ao visitar um amigo, presenteia-o. Cuida-se de um ato, à primeira vista, louvável. Afinal de contas, o ato de presentear um anfitrião, em geral, tende a ser bem recebido e conceituado pela generalidade das pessoas. Não seria nenhum absurdo dizer, inclusive, que o valor positivo desse ato resistiria até mesmo a uma consideração negativa das consequências por ele geradas – o presenteado poderia até mesmo desgostar do presente recebido, e ainda assim reconhecer a natureza generosa da ação, bradando que, afinal, "o que valeu foi a intenção". Se, no entanto, examinando mais de perto essa situação, descobríssemos que o anfitrião, na realidade, é chefe daquele que o presenteia, e que o gesto de presenteá-lo não foi em absoluto despretensioso, mas motivado pelo objetivo único de angariar simpatia para aproximá-lo de uma promoção a um cargo mais elevado e recentemente disponível na empresa, por certo teríamos uma percepção diferente quanto ao valor desse ato. Nosso juízo sobre o valor de determinadas ações, portanto, aparenta ser amplamente influenciado pela sua dimensão subjetiva, isto é, aquela da intenção.

E isso vale não somente quando buscamos determinar o *valor positivo* de um determinado comportamento, mas também quando pretendemos aferir o seu *valor negativo*. Um cidadão que, ao realizar suas compras em um supermercado, ingressa em uma fila preferencial de caixa, em frente a uma senhora idosa que ali já se encontrava, por certo, receberá olhares de censura de todos aqueles que testemunharem o ocorrido; não, no entanto, se for visível que sua ação decorreu de genuína distração, desculpando-se e cedendo o seu lugar imediatamente após ter percebido sua falha. De alguma maneira, então, o acesso à atitude interna do indivíduo na realização de um comportamento – seja ele aprioristicamente positivo (ex.: dar um presente), seja ele aprioristicamente negativo (ex: "furar" uma fila

preferencial) – parece ser determinante para o juízo de valor, também positivo ou negativo, que sobre ele recai.[146]

Pois bem. Transpondo tais considerações ao campo jurídico-penal, os triviais exemplos propostos parecem sinalizar que uma primeira, quiçá até intuitiva maneira de se definir o desvalor da conduta seria associando-o à atitude psicológica do agente na realização da conduta criminosa. O desvalor da conduta seria visto, assim, como um puro *desvalor da intenção*, que se afiguraria graduável, apresentando-se em níveis mais ou menos intensos conforme o indivíduo tenha atuado, por exemplo, dolosa ou culposamente. Dolo e culpa seriam, nesse sentido, expressões designativas de atitudes internas diversas em relação à realização típica, e que, por isso, exprimiriam maior ou menor desvalor da conduta. Em última análise, o desvalor da conduta seria aferido com base no plexo de inclinações internas do indivíduo por ocasião da realização de um determinado comportamento.

Uma tal maneira de se ajuizar sobre o valor de um determinado comportamento não é estranha à filosofia moral. Já Kant sustentara que o valor moral de uma ação estaria ligado não às suas consequências, mas à intenção com que é realizada.[147] Segundo Kant, "uma boa vontade é boa não pelo que dela resulta ou pelo que realiza, nem pela sua aptidão para atingir um determinado fim proposto; ela é boa somente pelo seu querer, ou seja, é boa por si mesma".[148] Tal premissa é o que autoriza Kant a afirmar que "mesmo se, por um especial infortúnio do destino [...], essa ação não tiver a capacidade de atingir o seu propósito; que

[146] Similar exemplo nos é dado por Diáz Pita ao destacar, em sentido contrário a uma tendência hoje existente na doutrina internacional, o papel do elemento volitivo na definição do dolo. A autora propõe que observemos a reação hipotética de um cidadão comum a duas situações distintas: a primeira, ao receber um soco diretamente na mandíbula no contexto de uma discussão com um companheiro de trabalho; a segunda, ao receber o mesmo impacto, causando-lhe a mesma for física, do mesmo companheiro de trabalho, porém em decorrência de um grande esbarrão na saída do escritório. Questionado o motivo pelo qual sua reação seria muito menos indulgente no primeiro caso do que no primeiro, por certo responderia que no segundo caso, à diferença do primeiro, seu colega de trabalho teria agido "sem querer". (DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-21. p. 16.). O exemplo trazido pela autora, em que pese em outro contexto, também nos serve para ilustrar a premissa apresentada, qual seja, o de que o acesso à atitude interna do indivíduo na realização de um comportamento condiciona o juízo de valor que sobre ele recai. Parece válida, nesse sentido, a famosa afirmação de Holmes Jr.: "até mesmo um cachorro distingue entre ser tropeçado (*being stumbled over*) e ser chutado". (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Edited by Paulo J. S. Pereira and Diego M. Beltran. University of Toronto Law School Typographical Society, 2011. Originalmente publicado em 1881. p. 7.).

[147] Essa é, também, a leitura de SANDEL, Michael J. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 143.

[148] KANT, Immanuel. *Grounding for the Metaphysiks of Morals:* on a supposed right to lie because of philantropic concerns. Translated by James W. Ellington. 3rd ed. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, p. 7.

apesar do maior esforço não tiver atingido nada [...], ainda assim continuará, como uma joia, a brilhar pela sua própria luz, como algo cheio de valor em si".[149] [150]

Hartmann, apesar de suas divergências em relação a Kant, parece haver endossado essa forma de visualizar o valor moral das ações, especificamente no que diz respeito à sua independência em relação às consequências dos atos. Para ele, "o valor moral do ato não depende do resultado, mas sim de sua direção intencional mesma", sendo que a realização do valor moral "não somente tem lugar com a realização intencional dos valores de situação objetiva, mas também com a mera intenção, com o tender mesmo".[151]

No campo jurídico-penal, Welzel, mesmo negando a influência de Hartmann em sua obra,[152] incorporaria essa percepção à concepção de direito penal e delito por ele adotada. Daí se justificarem, por exemplo, afirmações como as de que "acima do amparo dos bens jurídicos individuais concretos, está a missão de assegurar a validez real (a observância) dos valores do atuar segundo o pensamento jurídico", os quais "constituem o mais sólido fundamento sobre o qual se baseiam o Estado e a sociedade",[153] "assegurar o *respeito* pelos bens jurídicos (é dizer, a validez dos valores do ato), é mais importante do que regular os resultados positivos nos casos individuais e atuais",[154] "os valores dos atos de fidelidade, de obediência, de respeito pela pessoa etc., são de maior relevância e possuem uma maior amplitude de visão do que o simples amparo de bens".[155]

Daí a constatação de que, na formulação de Welzel, a atitude psicológica do agente na realização do fato acabe por contar com inescondível protagonismo na afirmação do

---

[149] KANT, Immanuel. *Grounding for the Metaphysiks of Morals:* on a supposed right to lie because of philantropic concerns. Translated by James W. Ellington. 3rd ed. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, p. 7-8.

[150] Obviamente que Kant, ao propor que o valor moral de uma ação estivesse ligado aos motivos com que praticada, já tinha em mente um tipo de motivação que poderia fundamentar aquilo que ele consideraria ser uma ação moral. Cobram importância, aqui, os conceitos kantianos de autonomia e heteronomia. Fato é que a natureza da motivação que Kant sustenta ser determinativa da ação moral não necessariamente coincide com aquela que, aos olhos da maioria, seja em situações corriqueiras, seja no campo do direito penal, parecem fundamentar os juízos de valor que se projetam sobre os comportamentos. Ainda assim, com todas essas ressalvas, a premissa – a saber, o valor bom ou ruim de uma ação depende dos motivos com que praticada – parece perfeitamente válida, ainda que possa haver dissenso sobre quais os motivos que deveriam ser considerados fundamentadores de uma ação boa, e dos motivos que deveriam ser considerados fundamentadores de uma ação ruim.

[151] HARTMANN, Nicolai. *Ética*. Presentación e traducción de Javier Palacios. Madrid: Encuentro, 2011. p. 303.

[152] WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 27 et seq.

[153] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 3.

[154] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 4.

[155] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 5.

desvalor da conduta. Com efeito, já se mencionou aqui o esmero de Welzel na demonstração de que a definição de injusto não pode dar-se em termos estritamente objetivos, com a renúncia – proposta pelo causalismo – de elementos de caráter subjetivo. Toda ação, portanto, é ação final.[156] E é nesse sentido que a atitude psicológica do agente na realização do fato – sobretudo nas formas do dolo e da culpa – parece cobrar a sua importância. Para Welzel, "o dolo, que a teoria da ação finalista destacou como o fator que cria o objetivo da ação, é um elemento essencial do conceito de injusto".[157] De tal maneira que, para além da dimensão da lesão (eventual) do bem jurídico, "o fim que o autor atribuiu ao fato objetivo, a atitude com que o cometeu, os deveres que o obrigavam a este respeito, tudo isso determina de modo decisivo o injusto do fato".[158] Ainda, uma ação somente pode ser antijurídica como obra de um determinado autor, "que, *por seu conteúdo de vontade*, imprime sua marca ao fato".[159]

Mas o desvalor da conduta não ficaria restrito ao injusto dos delitos dolosos. Também o injusto dos delitos culposos, na formulação de Welzel, não se esgotaria na lesão ao bem jurídico, afigurando-se, da mesma maneira, como um injusto de caráter pessoal.[160] Nesse caso, no entanto, o injusto não estaria fundado na determinação finalista real do acontecer externo, pois nele se surpreenderia, na realidade, a ausência de uma determinação finalista real direcionada ao resultado típico. Então, o desvalor da ação, nesse caso, não radicaria na direção finalista que o autor efetivamente implementou, mas antes "na direção finalista exigida, que vai mais além, e que o autor não imprimiu à sua atividade; portanto, na falta de uma ação finalista real, de acordo com a direção finalista exigida".[161] Essa constatação faz Welzel identificar no injusto dos delitos culposos um elemento de omissão, pois o desvalor do injusto, para ele, residiria precisamente na ausência de uma ação finalista

---

[156] WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 41 et seq.
[157] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 69-70.
[158] WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 107-108. Formulação análoga pode ser vista, também, em WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 70.
[159] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 70.
[160] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 136.
[161] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 136.

exigida.[162] Na síntese de Welzel, "o desvalor da ação dos tipos culposos consiste na omissão de uma direção finalista melhor, imposta pelo direito com vistas a evitar lesões de bens jurídicos".[163]

Essa constatação impõe alguma reflexão. A afirmação de que o fundamento do desvalor da ação, no injusto dos delitos culposos, contém um elemento de omissão – a saber, a omissão de uma direção finalista melhor –, não nos impede de afirmar que, nesses casos, também está em causa a atitude psicológica do agente na realização do fato. E isso porque o próprio Welzel reconhece a circunstância de, nos delitos culposos, o indivíduo agir tendo em vista um "resultado juridicamente irrelevante".[164] E embora sustente, diante disso, que o desvalor da ação desse tipo de injusto não passe pelo direcionamento finalista efetivamente posto em marcha, parece-nos que o *déficit de desvalor* que esse tipo de injusto apresenta quando comparado ao injusto dos delitos dolosos somente pode se explicar pelo distinto direcionamento psicológico existente nos dois casos: nesse, uma determinação finalista voltada para o resultado típico; naquele, uma determinação finalista voltada para um resultado juridicamente irrelevante.

Disso se segue que a categoria do *desvalor da conduta* passou a ser associada essencialmente à maneira com que o agente quis o fato – substancialmente diversa nos crimes dolosos e culposos. E, a partir daí, mesmo autores que não são propriamente conhecidos pela sua adesão aos postulados finalistas passaram a identificar o fundamento do desvalor da ação na atitude do agente quanto ao fato realizado.[165] Dolo e culpa passaram a exprimir as duas únicas possíveis manifestações do desvalor da conduta. Cuida-se, ao que

---

[162] Imposição essa que originaria aquilo que, na dogmática dos crimes culposos, é denominado de "dever de cuidado objetivo". Sobre isso, o próprio Welzel afirma que a lesão a bens jurídicos ocasionada em decorrência da prática de um crime culposo tem lugar como consequência da "não observância da diligência juridicamente imposta". (WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 138).

[163] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 137.

[164] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 136.

[165] Veja-se, por exemplo, Faria Costa, para quem "o desvalor da acção surpreende-se na atitude do agente face ao facto que leva a cabo", ideia essa que, baseada na estrutura ontológica (final) da ação definida por Welzel, representaria "um juízo de valor ético-social sobre a acção da pessoa", o qual também existiria na estrutura ontológica relacional defendida pelo autor. (FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 254-255.). De forma próxima, sustenta Figueiredo Dias que "por desvalor da acção compreende-se o conjunto de elementos subjectivos que conformam o tipo de ilícito (subjectivo) e o tipo de culpa, nomeadamente a finalidade delituosa, a atitude interna do agente que ao facto preside e a parte do comportamento que exprime facticamente este conjunto de elementos". (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 285.).

tudo indica, da forma mais comum de se compreender o conteúdo do desvalor da conduta, ou pelo menos daquela que com mais adeptos conta na literatura jurídica.[166]

É preciso que se diga, todavia, que em que pese o desvalor da conduta seja fundamentado, segundo essa percepção, no juízo de valor negativo que recai sobre a intenção do agente – cuidando-se, em outras palavras, de um *desvalor da intenção* –, nem por isso se deve cair na tentação de associar essa percepção a um insustentável modelo de direito penal do autor. Em primeiro lugar, porque o fato de se considerar o desvalor da conduta extraível da intenção do agente não necessariamente significa que se possa prescindir, para a sua verificação, da exteriorização dessa intenção por meio de um determinado comportamento concreto. Não se estaria, nesse sentido, migrando para um modelo de intervenção penal baseado em determinados modos de ser ou em simples inclinações psicológicas, valendo, aqui, sem maiores problemas, o antigo princípio "*cogitationis poenam nemo patitur*".[167] Meros pensamentos, meros impulsos psíquicos que a essa órbita ficam restritos não podem ser objeto da intervenção penal, uma vez que o Estado não possui ingerência sobre questões que se mantêm na esfera interna do indivíduo. "*De internis non judicat praetor*". Welzel, aliás, em nenhum momento propôs algo diverso. Pelo contrário, afirmou ele, de forma muito clara, que "tampouco em um direito penal da vontade a vontade má é punida como tal", assumindo relevância apenas aquela "vontade que se concretiza";[168] "o direito penal",

[166] Ver, nesse sentido, Bacigalupo, para quem o desvalor da ação estaria constituído "pelo dolo (e os demais elementos subjetivos da autoria) nos delitos dolosos e pela infração ao dever objetivo de cuidado nos delitos culposos". (BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal*: parte general. 3. ed. Madrid: Akal, 1994. p. 95.). Peralta, por exemplo, embora não desconhecendo o fato de a categoria do desvalor da ação reunir, na literatura jurídica, significados diversos, entende que "por desvalor da ação somente deve entender-se a relação subjetiva do autor com o seu fato", o que "faz referência, paradigmaticamente, aos conceitos de dolo e imprudência". (PERALTA, José Milton. *Motivos reprochables*: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 163-164.). Entre nós, Prado, por exemplo, ao sustentar que "a vontade contrária à diretriz normativa (v.g., desvalor da ação – dolo/culpa) é, então, elemento importante da ilicitude", parece associar o desvalor da ação, aparentemente de forma exclusiva, à atitude dolosa ou culposa. (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, arts. 1º a 120. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 366 e p. 393.). Ainda entre nós, sustenta Reale Jr. que "o desvalor do resultado é um dos elementos reveladores do injusto, o qual se configura quando, em regra, ao desvalor do resultado, se acrescenta o desvalor da ação"; tal desvalor da ação, por sua vez, "revela-se por meio do dolo como elemento próprio do comportamento e segundo a modalidade desse comportamento". (REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1: Parte geral. p. 150.). O autor, portanto, associa o desvalor da ação à atitude dolosa – não deixando de fazer referência, salvo engano, à forma de realização do crime, uma vez que registra que "a lesão de um bem jurídico não deve ser analisada independentemente da forma como ela se deu", e que "várias ações podem lesar o mesmo bem jurídico e, contudo, diferir tipicamente graças ao modo pelo qual são realizadas" – o que, segundo vemos, se relacionaria, também, à dimensão do desvalor da conduta.

[167] ULPIANO (D, 48, 19, 14) apud BRASIELLO, Ugo. "Tentativo (Diritto Romano)". *In*: *Novissimo digesto italiano*. XVIII. 3. ed. Torino: Unione Tipográfico Editrice Torinense, 1957. p. 1130-1133. p. 1131.

[168] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 189. Ainda segundo Welzel, "o dolo, como mera decisão de um fato, é penalmente irrelevante". (ibidem, p. 73).

esclarece Welzel, "não pode afetar o mero ânimo de obrar".[169] Além disso, ainda que não fosse assim, a exigência concorrente de um desvalor de resultado, junto com o desvalor da conduta, para a fundamentação do injusto – tal como postulado pela tese dualista anteriormente apresentada –[170] se encarregaria, por si só, de afastar a intervenção penal de qualquer vaga lembrança de um modelo de direito penal centralizado na figura do autor.

2.4.2 A Tese do Desvalor da Conduta como Violação do Preceito Normativo

A obra de Welzel inspirou uma vertente finalista diversa, que, como visto anteriormente, identificou no desvalor da conduta o fundamento único e exclusivo do injusto.[171] Essa visão, no entanto, apresentada por autores como Kaufmann e Zielinski, parece distanciar-se de Welzel não somente no que diz respeito à fundamentação do injusto – em especial, em como visualiza a relação entre as dimensões do desvalor da conduta e do desvalor do resultado na configuração do injusto –,[172] mas, também, no próprio conteúdo que atribui à categoria do desvalor da conduta, ou na forma de defini-la.

E isso porque, como já se viu, para Kaufmann, o objeto da proteção da norma penal refere-se apenas à ação, jamais ao resultado.[173] Dado que o objeto do juízo de valor ensejador da norma tem de ser uma conduta, não se afigurando necessário que essa se ligue a algum bem da vida, mas apenas se tratando da valoração positiva ou negativa do próprio ato",[174] tem-se aí uma concepção de desvalor da conduta consubstanciada na simples ideia de violação do comando normativo.

Zielinski, de forma muito próxima, define o ilícito como um conceito correlacionado à estrutura da norma, consubstanciado na ação final executada em contrariedade a uma proibição normativa. A premissa é a de que quem transgride a norma, realizando a ação final por ela proibida, realiza o objeto do juízo de valor, aquilo que a norma intenciona evitar. Com isso, "realiza o ilícito, no sentido do direito penal".[175] Para o autor,

---

[169] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 73.
[170] Sobre isso, ver *supra*, item 2.3.4.
[171] Sobre isso, ver *supra*, item 2.3.2.
[172] Afastando-se, inclusive, do próprio Welzel, que jamais afirmou a irrelevância do desvalor do resultado na formação do injusto. Nesse sentido, ver *supra*, 2.3.3.
[173] KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 101 et seq., bem como p. 139 et seq.
[174] KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 102.
[175] ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990. p.141.

não há sentido em considerar como parte do ilícito a afetação do objeto do bem jurídico, pois se ao direito penal cumpre regular condutas, então o objeto do ilícito deve ser a "ação contrária a uma ordem de regulação, a uma norma".[176]

Essa forma de ver as coisas, como se percebe, atribui centralidade ao comando normativo. Um exemplo[177] bem poderá ilustrar o ponto da perspectiva em questão: imaginemos uma criança que arremesse uma pedra contra o veículo de seu pai, que a tudo observa atentamente; por sorte, a pedra acaba atingindo algum objeto que se antepõe ao automóvel, não ocasionando qualquer tipo de dano. Não seria de se esperar, então, que o pai, que a tudo isso assistia, dissesse: "se você atingisse o carro, você não poderia sair para brincar durante um ano". Afinal de contas, o ensinamento que o pai pretende dar a seu filho não é "você pode livremente jogar a pedra, contanto que não acerte o veículo", mas sim "você não deve atirar uma pedra contra o veículo, pois isso pode danificá-lo".

Tal exemplo pretende demonstrar que, segundo essa perspectiva, o objeto da proteção penal não seria tanto o bem jurídico protegido, quanto o mandamento normativo direcionado à proteção desse bem. A perspectiva de que a lei penal possui uma função preventiva pressupõe um modelo de norma penal com conteúdo dissuasório, que exige que o indivíduo se abstenha de praticar um comportamento do qual possa derivar algum tipo de prejuízo a terceiros, sendo irrelevante, na perspectiva da eficácia dissuasória da norma, se tal prejuízo veio ou não a se concretizar. Nas palavras de Sancinetti, "o valor comprometido não é a vida de X, ou o vidro de Y, mas sim o mandato de respeito à vida ou à propriedade de X, Y e Z".[178] Sendo assim, na perspectiva do autor, o decisivo passa a ser "reafirmar o valor da norma que proíbe a conduta respectivamente desviada, e não proteger um objeto, que, no mais das vezes, terá deixado de existir depois do fato".[179]

Embora essa perspectiva possa apresentar relevantes pontos de contato com aquela apresentada anteriormente – não por acaso, cuidando-se ambas de perspectivas finalistas –,

---

[176] ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990. p. 141.

[177] Exemplo que tomamos emprestado, com ligeiras adaptações, de SANCINETTI, Marcelo A. Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados: a la vez, una refundamentación de la punibilidad de la tentativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 327-343., abr./jun. 1997, p. 327.

[178] SANCINETTI, Marcelo A. Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados: a la vez, una refundamentación de la punibilidad de la tentativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 327-343., abr./jun. 1997, p. 330.

[179] SANCINETTI, Marcelo A. Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados: a la vez, una refundamentación de la punibilidad de la tentativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 327-343., abr./jun. 1997, p. 330.

convém estabelecer algumas distinções fundamentais. Ao que tudo indica, enquanto para Welzel o desvalor da conduta residiria na *atitude psicológica do agente na realização do comportamento*, para essa vertente finalista o desvalor da conduta residiria na violação do dever imposto pela norma de comportamento ou, em outras palavras, na *violação do preceito normativo*. A distinção é relevante, na medida em que enquanto a perspectiva de Welzel parece admitir a identificação de um substrato material que fundamentaria o desvalor da conduta – por exemplo, a ação dolosa, que representaria uma deliberada agressão a valores ético-sociais – , a perspectiva ora analisada – a saber, do desvalor da conduta como violação do preceito normativo – parece infensa a uma compreensão material do desvalor da conduta; pelo contrário, determinar a existência de um comportamento penalmente desvalioso, segundo essa perspectiva, seria algo inteiramente dependente da prévia existência de um comando normativo (violado), afigurando-se a categoria do desvalor da conduta, consequentemente, como elemento absolutamente estranho à valoração levada a efeito pelo legislador quando da criminalização de comportamentos.

2.4.3 A Tese do Desvalor da Conduta como Perigosidade ou Criação de um Risco não Permitido

Mas há uma forma diversa de abordar a questão. O valor ou o desvalor de um determinado comportamento pode ser percebido não na intenção com que é praticado e tampouco nas consequências por ele geradas, mas sim na sua aptidão para gerar determinadas consequências.

Se quisermos nos manter no campo dos exemplos, tomemos a situação de um indivíduo que pretende matar a sua esposa, mas imaginemos dois cenários diversos: no primeiro deles, o indivíduo decide fazê-lo mediante a aquisição de uma passagem aérea para o trecho com maior incidência de acidentes aéreos ocasionados por tempestades, alegando tratar-se de um presente motivado por alguma data especial. Imaginemos que esse plano, de forma até improvável, seja bem-sucedido, vindo o voo de sua esposa a sofrer intercorrências decorrentes de problemas climáticos, as quais acabem ocasionando um acidente que culmine com a morte de sua cônjuge. Agora imaginemos um segundo cenário em que o indivíduo decida matar a sua esposa de uma maneira mais convencional – por exemplo, mediante disparos de arma de fogo. Imaginemos, contudo, que o indivíduo, nesse caso, não tenha obtido êxito por falha na sua pontaria e pelo imediato socorro prestado por vizinhos. Se questionássemos a qualquer pessoa, diante dessa duplicidade de situações, qual dessas

condutas deveria ser considerada mais grave, a tendência é que a segunda situação fosse apontada pela maioria como aquela detentora de um maior desvalor. O que não deixa de ser interessante, pois, do ponto de vista da intenção, tais situações se equivalem, já que nos dois casos o indivíduo agiu com a intenção de causar a morte de sua esposa; do ponto de vista do resultado, a primeira situação se revela inclusive mais grave, pois o meio escolhido pelo indivíduo para causar a morte de sua esposa acaba por se mostrar mais eficiente do que na segunda hipótese. Ainda assim, o segundo cenário parece retratar um comportamento mais desvalioso do que o primeiro. E tal desvalor não pode ser associado nem à dimensão subjetiva do comportamento – a intenção com que praticado –, e nem à dimensão do resultado, isto é, das consequências por ele geradas. Na realidade, o maior desvalor existente no segundo comportamento parece residir na sua pressuposta *idoneidade para produzir determinadas consequências*, independentemente da sua efetiva realização ou não.

Essa forma de visualizar as coisas encontra respaldo na dogmática penal. Como já referido anteriormente, o finalismo tratou de afirmar o caráter pessoal do injusto, como um caminho sem volta. E essa perspectiva conduziu a posições extremadas, segundo as quais o resultado não possuiria qualquer participação na construção do injusto, que seria composto integralmente pelo desvalor da ação. Disso se seguiu que, alguns autores, negando a possibilidade de o injusto ser formado exclusivamente por elementos subjetivos, e tratando de conciliar uma leitura do injusto que reconhecesse o protagonismo do desvalor da conduta com o princípio da tutela de bens jurídicos, passaram a advogar que o desvalor da conduta estaria fundamentado, também, em um juízo objetivo sobre a perigosidade da conduta e sua idoneidade para a causação de determinados resultados.[180]

A principal contribuição nesse sentido parece ter vindo de adeptos do funcionalismo. Com efeito, valendo-se de determinados conceitos introduzidos pela teoria da imputação objetiva, alguns autores passaram a identificar duas dimensões diversas na categoria no desvalor da conduta: uma dimensão subjetiva e outra objetiva.[181] Enquanto a *dimensão subjetiva* (ou o *desvalor subjetivo da conduta*) abrangeria os elementos de ordem

[180] Tal preocupação parece clara em SOLA RECHE, Esteban. La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, Fasc/Mes 1, 1994, pp. 167-186, para quem o fato de que "o decisivo seja o desvalor da ação não deve obstaculizar a introdução no mesmo da objetiva potencialidade de lesões de bens jurídicos, que tem bastante que ver com a categoria nada nova de 'perigosidade da conduta'".

[181] Ver, nesse sentido, a sistematização que nos é apresentada por GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 28 e p. 29. Também ressaltando a necessidade de se adscrever à dimensão subjetiva do desvalor da conduta uma dimensão objetiva – consubstanciada, fundamentalmente, pela noção de risco inerente à ação –, FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 38 et seq.

anímica do comportamento – em especial, o dolo –, a sua *dimensão objetiva* (ou o *desvalor objetivo da conduta*) diria respeito à criação de um risco juridicamente desaprovado.[182] A categoria do desvalor da conduta não teria, portanto, somente uma dimensão subjetiva, mas também uma dimensão objetiva, a qual reclamaria a análise do risco criado pelo comportamento.

Uma das posições mais paradigmáticas a esse respeito é a de Frisch. Frisch trata de demonstrar que nem todos os problemas enfrentados pela teoria da imputação objetiva seriam, na realidade, efetivos problemas de *imputação do resultado*, cuidando-se, na realidade, de problemas anteriores, relativos aos próprios atributos da conduta proibida – ou, na sua gramática própria, problemas relacionados ao "comportamento típico". Nas palavras de Frisch, "determinados pressupostos manejados pela teoria da imputação não são pressupostos da imputação, mas sim afetam a um círculo de problemas anteriores a ela e dos quais também depende a imputação do resultado".[183] Para o autor, isso sucederia, fundamentalmente, em dois pontos. Em primeiro lugar, o requisito da criação desaprovada de um perigo unido à ação não é um pressuposto da imputação, pois na falta de tal pressuposto não se poderia sequer afirmar a existência de uma conduta proibida. Além disso, o autor também aponta determinadas situações em que a problemática passaria por considerações como "a índole das relações jurídicas entre os indivíduos, a amplitude e as fronteiras da liberdade a reconhecer", conteúdos esses que "devem distinguir-se das regras da imputação".[184]

O fato, no entanto, de se constatar a existência de uma dimensão objetiva no desvalor da conduta, relacionada à criação de um risco ou à idoneidade do comportamento para a causação de determinados resultados, poderia eventualmente conduzir a uma sobreposição dogmática com a própria categoria do desvalor do resultado. Mas não é isso o que se percebe na sistemática apresentada por boa parte dos autores que discorrem a esse respeito. Para Greco, por exemplo, enquanto a dimensão objetiva do desvalor da conduta

---

[182] Nesse sentido, GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 28 e p. 29. Similar sistemática pode ser vista, também, em Mir Puig, para quem embora a antijuridicidade penal material arranque de um desvalor do resultado, a exigência de respeito ao princípio da culpabilidade faz com que somente se possa legitimamente impedir a ocorrência de tais resultados "desvalorando e proibindo as condutas voluntárias que apareçam *ex ante* como capazes de produzir ditos resultados (desvalor objetivo da conduta), e segundo sejam imputáveis a dolo ou somente a imprudência (desvalor subjetivo da conduta)". (MIR PUIG, Santiago. *Derecho* penal: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 163-164.).

[183] Sobre isso, ver FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar*: sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 49 et seq., em especial p. 49 e p. 58.

[184] Sobre isso, ver FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar*: sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 49 et seq., em especial p. 49 e p. 58.

corresponderia à criação de um risco juridicamente desaprovado, à dimensão do desvalor do resultado corresponderia à circunstância de haver ou não sido lesionado um bem jurídico como resultado da realização daquele risco.[185] Próximo disso, sustenta Mir Puig que "o desvalor de resultado (a valorar *ex post*) pressupõe, pois, também o desvalor da conduta (a valorar *ex ante*)", o qual se deve à "perigosidade para o bem jurídico que um *espectador objetivo* (o homem médio) pode advertir na conduta no momento de realizar-se, *ex ante*", sendo todo o desvalor da conduta um "desvalor intersubjetivo *ex ante*".[186]

Sendo assim, ao lado de uma dimensão subjetiva do desvalor da conduta, consubstanciada na atitude psicológica do agente na sua realização, o desvalor da conduta possuiria, também, uma dimensão objetiva, dada pela sua aptidão ou idoneidade para a obtenção de determinados resultados. Esse desvalor, convém frisar, subsistiria independentemente da ocorrência ou não desses resultados – questão que se afiguraria relevante para afirmação do desvalor de resultado.

2.4.4 A Tese do Desvalor da Conduta como Modo de Realização do Crime

Um mesmo objetivo – positivo ou negativo – pode ser buscado e atingido de diversas maneiras. Uma pessoa que passa por dificuldades financeiras pode ser acudida mediante uma doação direta, mediante uma oferta de emprego ou mediante uma generosa oferta de custeio de curso técnico ou profissionalizante que a coloque em melhores condições de disputa no mercado de trabalho. Tais comportamentos, embora possuam o mesmo propósito, são essencialmente diferentes – alguns deles, inclusive, podendo ser considerados mais eficazes do que outros para o atingimento do fim buscado.

O direito penal não é de nenhuma maneira indiferente a essa constatação, e isso se reflete na individualização dos comportamentos que o legislador penal reputa como desvaliosos. Perceba-se, por exemplo, que um mesmo bem jurídico-penal – como, por exemplo, o patrimônio – é tutelado mediante a proibição de diversas formas de

---

[185] Assim, GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 28-29.

[186] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 171. Ainda segundo o autor, "enquanto o desvalor do resultado deve aferir-se *ex post*, o desvalor da conduta deve aferir-se *ex ante*", e "enquanto que o desvalor do resultado expressa o estado de coisas último que o direito penal quer evitar (a lesão ou colocação em perigo típica indesejável do bem jurídico), o desvalor da conduta exige que aquela situação indesejável se deva a uma conduta suficientemente perigosa para um espectador ideal situado *ex ante* na posição do autor". Para o autor, a aferição dessa dimensão de desvalor se afigura fundamental para a imputação do resultado: "se a lesão de um bem jurídico-penal não aparece como realização do perigo próprio de uma conduta desvalorável para um homem prudente, não poderá desvalorar-se como resultado objetivamente imputável".

comportamentos a ele atentatórios – como, por exemplo, o furto, a apropriação indébita e o estelionato. Em todos os casos, cuida-se de comportamentos atentatórios ao patrimônio. Do ponto de vista do resultado, essas ações se mostram perfeitamente equiparáveis. Ainda assim, tais comportamentos – subtrair, apropriar-se ou obter mediante fraude – afiguram-se essencialmente distintos, e isso se reflete na pluralidade de tipos penais existentes. Tipos penais para os quais, inclusive, são previstas penas diversas – o estelionato possui pena máxima de cinco anos, enquanto o furto e a apropriação, quatro anos. Essa diversidade sancionatória somente pode ser explicada pela distinta valoração que o legislador penal faz de cada um desses comportamentos, já que o resultado, em todos os casos, é rigorosamente o mesmo. Aparentemente, aos olhos do legislador, o esbulho patrimonial ilícito decorrente de uma subtração direta ou uma apropriação direta não é tão desvalioso quanto aquele decorrente de uma ação ardilosa ou fraudulenta, que submeta a vítima a algum tipo de embuste que a faça entregar seu patrimônio ao agressor. Por sua vez, o exercício de uma subtração direta que tem lugar *mediante* o emprego de uma fraude constitui ação ainda mais desvaliosa, justificando apenamento ainda maior.[187]

O desvalor da conduta, então, corresponderia à forma de realização do crime, à forma com que se atenta contra um determinado bem jurídico. E se revelaria a tal ponto relevante e constitutivo do desvalor geral do injusto que o legislador se veria na necessidade de prever tipos de crime diversos para cada modalidade – por ele considerada desvaliosa – de agressão patrimonial, podendo cominar-lhes, inclusive, penas diversas. O injusto do estelionato diferiria do injusto do furto, e esse do injusto da apropriação, e assim por diante, somente por conta do distinto desvalor da conduta que cada modalidade de agressão patrimonial representaria.

Essa maneira de fundamentar o desvalor da conduta não escapou, por exemplo, ao olhar atento de Jescheck. Para esse autor, o injusto não seria determinado somente pela dimensão da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, mas, também, pela "forma e modo de comissão do fato".[188] Também Cavaleiro de Ferreira identificava no ilícito, para

---

[187] Conforme art. 155, §4º, II, do Código Penal brasileiro, o emprego de fraude para a subtração da coisa constitui circunstância qualificadora do furto, determinando a imposição de uma pena de dois a oito anos de reclusão.

[188] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 250. Também assim, Cerezo Mir, para quem o desvalor da ação encontra-se fundamentado, para além do dolo e dos demais elementos subjetivos do injusto, "também pelo modo, forma ou grau de realização da ação". (CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*: parte general. Teoría jurídica del delito, 1. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997. v. 2. p. 146.). Posição similar pode ser encontrada, entre nós, em Bitencourt, para quem "a antijuridicidade do fato não se esgota na desaprovação do resultado", pois também a "forma de produção" do resultado se afiguraria como elemento

além do "desvalor do evento jurídico do crime" – que seria dado pela lesão ou colocação em perigo do bem penalmente tutelado – e o "desvalor da acção no modo da sua execução", relativo ao "meio utilizado para o conseguir", ou à "forma que reveste o meio de realizar o fim último", ilustrando essa afirmação com os tipos de ilícito que descrevem uma forma especial de realização da ofensa (mediante o uso de expressões como, por exemplo, "mediante violência" ou "mediante fraude").[189]

Mas se ficou já estabelecido que o desvalor da conduta pode ser associado ao tipo de comportamento adotado, parece também digno de observação que o modo de realização de um mesmo tipo de comportamento pode exercer influência sobre a forma como apreciamos esse comportamento. Como um elemento, de certa maneira, intensificador das suas qualidades negativas ou positivas.

Para ilustrar isso que acaba de ser valorado, poderíamos repropor um exemplo já apresentado anteriormente, porém com algumas variações interessantes. Imaginemos uma primeira situação em que, com o objetivo de presentear o anfitrião, mas não dispondo do tempo necessário para isso, o indivíduo ordene a um subordinado que faça a aquisição de algum item, à sua escolha. Imaginemos que, questionado pelo seu subordinado sobre o tipo de item deveria procurar, forneça, impaciente, a seguinte resposta: "tanto faz, compre qualquer coisa, feia ou bonita, apenas não posso chegar de mãos fazias, e agora não tenho tempo de resolver isso, pois estou no meio da minha caminhada matinal". Suspendamos a análise dessa situação e agora imaginemos, comparativamente, a situação do indivíduo que, dispondo de pouca verba, e preocupado em dar ao anfitrião um presente especial, tenha investido seus poucos recursos – inclusive em detrimento do seu próprio conforto – na compra de matéria prima para, artesanalmente, construir algum item manufaturado que, pelo seu aspecto afetivo, pudesse vir a agradar o anfitrião. A duplicidade de situações acima propostas tem por objetivo demonstrar que, não raro, a forma através da qual um mesmo tipo de comportamento é praticado repercute na maneira como o percebemos e o valoramos. De alguma maneira, o valor positivo do ato de presentear outra pessoa sai reforçado no segundo caso, e atenuado no primeiro, considerando a atitude e o engajamento demonstrados na segunda situação.

---

necessário do juízo de desvalor, integrando o desvalor da ação. Segundo o autor, "a lesão ou exposição a perigo do bem ou interesse juridicamente protegido constitui o desvalor do resultado do fato; já a forma de sua execução configura o desvalor da ação", que seria constituído "tanto pelas modalidades externas do comportamento do autor como pelas suas circunstâncias pessoais". (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 409 et seq.).

[189] CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de direito penal*: parte geral. I. A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. II. Penas e medidas de segurança. Coimbra: Almedina, 2010. p. 133-134.

E da mesma maneira que isso valeu para o exemplo inicial, o raciocínio aqui parece aplicável quer quando buscamos determinar o valor de um determinado comportamento positivo, quer quando pretendemos aferir o valor de um comportamento negativo. Imaginemos, por exemplo, o caso de um indivíduo enciumado com o sucesso de um colega que, pelo seu destaque profissional, esteja cotado para receber um prestigioso convite profissional e acadêmico, para cuja análise, no entanto, pessoas do seu convívio pessoal sejam entrevistadas para uma investigação de vida pregressa. Valendo-se do fato de ter sido convocado para uma das entrevistas, o enciumado colega, com o intuito de interferir negativamente na escolha, decide aproveitar a oportunidade para enfatizar somente as qualidades negativas de seu desafeto. Agora imaginemos o mesmo exemplo, porém com algumas distinções. Imaginemos que o colega enciumado, desta vez, não tenha sido convocado para ser entrevistado, e então, angustiado por querer interferir no processo seletivo e sem nada poder fazer a respeito, tenha usado de sua proximidade pessoal junto a pessoas influentes no processo decisório para, em conversa informal, tecer considerações negativas acerca de seu desafeto, fazendo isso, inclusive, por ocasião de um evento social cuidadosamente arquitetado somente como pretexto para estabelecer contato informal com essas pessoas e enaltecer os predicados negativos de seu colega. Se imaginarmos que em ambos os casos o depoimento negativo do colega enciumado tenha sido determinante para que seu desafeto tenha sido preterido, concluiremos que as consequências de seu comportamento se equivalem nas duas situações, não havendo qualquer distinção relativa ao resultado. A intenção do indivíduo também parece ter sido a mesma nos dois casos, pois suas ações tiveram por objetivo exclusivo, nas duas situações, prejudicar a seleção de seu colega. Mas não só: nas duas situações cuida-se de um mesmo tipo de comportamento, pois o objetivo de impedir ou comprometer o convite profissional a ser formulado ao seu colega foi atingido mediante um processo de certa forma difamatório – poder-se-ia pensar em maneiras alternativas, como, por exemplo, algum tipo de sabotagem, ou que o colega enciumado, ao invés de apontar as qualidades negativas de seu desafeto, enaltecesse efusivamente as qualidades positivas de outros candidatos. Perceba-se, portanto, que apesar da coincidência entre o resultado, a intenção e o tipo de comportamento adotado nas duas situações, ainda assim o segundo caso parece apresentar um comportamento de mais acentuado conteúdo de desvalor por parte do indivíduo enciumado, na medida em que enquanto o processo difamatório posto em curso no primeiro caso decorreu de uma genuína situação criada por terceiros, que conferiu a ele uma oportunidade momentânea e de fácil acesso, no segundo caso o indivíduo demonstrou particular engajamento na causa, investindo

tempo e esforço consideráveis para prejudicar seu colega, forjando uma situação social oportuna para colocar em curso um processo difamatório.

Os exemplos acima propostos parecem sugerir, então, que determinadas circunstâncias relativas ao modo de realização de um mesmo tipo de comportamento – no exemplo utilizado, tal circunstância corresponderia ao grau de preparação e premeditação para a prática do crime – exercem influência sobre a nossa forma de percebê-lo, seja intensificando ou atenuando o valor positivo de um comportamento positivamente valorado, seja intensificando ou atenuando o valor negativo de um comportamento negativamente valorado.

E, novamente, a observação das escolhas levadas a efeito não somente pela lei penal brasileira, mas por diversas legislações mundo afora demonstram que o direito penal não é, em absoluto, imune a essa consideração. Bom exemplo disso é a própria distinção feita pelas legislações penais de diversos estados norte-americanos entre os conceitos de "*first-degree murder*" e "*second-degree murder*", cuidando-se de duas espécies de homicídio dolosas que se distinguem precisamente por haver, no primeiro caso, premeditação, e no segundo uma simples morte intencional não premeditada.[190] A distinção original entre essas duas formas de homicídio teve por finalidade reservar a pena de morte a situações em que "a intenção de matar fosse concebida como resultado de uma escolha racional diante de cursos de ação alternativos antes da ação de matar".[191] Tal distinção é reproduzida por diversas legislações mundo afora,[192] embora no Brasil a premeditação não constitua circunstância qualificadora

[190] Para uma ampla análise da evolução do referido crime no contexto norte-americano, e a referência, também, aos diversos "graus de homicídio" (*degrees of murder*), ver SIMON, Jonathan. How Should We Punish Murder, 94 *Marquette Law Review*, 1241-1312, (2010), em especial 1262 et seq. O autor historia o surgimento da nomenclatura atinente aos "graus de homicídio" (*degrees of murder*), até hoje em voga nos Estados Unidos. Na origem, houve uma alteração do tratamento do regime jurídico do homicídio na então Colônia da Pensilvânia, entre 1682 e 1683. A pena de morte fora inicialmente abolida em relação a diversos crimes, à exceção do homicídio, tendo sido essa inovação revertida após a colônia não obter aprovação da coroa inglesa. O movimento de restrição da pena de morte, então, retornou após a Declaração da Independência, de 1776, tendo o Governador proposto, em 1792, limitar a pena de morte aos casos de alta traição e homicídio. Em 1794, a assembleia do estado aprovou o seguinte redação: "[...] Que todos os assassinatos que sejam perpetrados por meio de veneno ou emboscada, ou qualquer outro tipo de assassinato intencional, deliberado e premeditado, ou que seja cometido na perpetração ou tentativa de perpetrar qualquer incêndio, estupro ou roubo, seja considerado homicídio de primeiro grau; e todos os outros tipos de homicídio sejam considerados homicídios de segundo grau". Segundo o autor, a estruturação do homicídio em graus, no final do século XVIII, acabou por ser adotada pela maioria dos estados norte-americanos, sendo que a pena de morte ficou limitada ao homicídio de primeiro grau.

[191] DANFORTH JR., Frederick W. The Model Penal Code and Degrees of Criminal Homicide, *The American University Law Review*, [*s. l.*], p. 147-172, 1962. p. 149.

[192] Na Itália, enquanto o homicídio simples, previsto no art. 575 do Código Penal italiano, é punido com pena de reclusão "não inferior a vinte e um anos", a premeditação aparece no art. 576, n. 2, do mesmo diploma como circunstância que justifica a imposição de prisão perpétua: "Aplica-se a pena de prisão perpétua se o fato previsto no artigo anterior é cometido: [...] 2. Contra o ascendente ou o descendente, quando ocorre alguma

do homicídio,[193] podendo ser levada em consideração, no entanto, por ocasião da dosimetria da pena.[194]

Mas, se a premeditação, especificamente, não encontra maiores referências na legislação penal brasileira, há diversos outros exemplos de situações em que o legislador nitidamente reconhece o maior desvalor decorrente de determinadas formas de realização de um mesmo tipo de comportamento. Apenas para ilustrar, observemos que o ato simples de

---

das circunstâncias indicadas nos números 1 e 4 do artigo 61, ou quando é utilizado um meio venenoso ou outro meio insidioso, ou quando houver premeditação". Na Espanha, a premeditação encontrava previsão no Código Penal espanhol de 1973 como circunstância agravante, no art. 10, n. 6 ("obrar com premeditação conhecida"), e como circunstância que determinava, no crime de homicídio, o enquadramento do fato no art. 406, que reunia as hipóteses qualificadas, denominadas de "assassinato", em oposição ao "homicídio": "Art. 406. É réu de assassinato aquele que matar a uma pessoa concorrendo alguma das circunstâncias seguintes: [...] 4. Com premeditação conhecida". O Código Penal espanhol de 1995, no entanto, suprimiu a premeditação seja como agravante, seja como circunstância constitutiva do assassinato. Não deixa de ser interessante observar, contudo, que durante a vigência do Código Penal de 1973, o Tribunal Supremo espanhol, em algumas oportunidades, tecera interessantes considerações sobre os requisitos concretos necessários para a configuração da premeditação – então uma circunstância determinante para o próprio enquadramento do fato ao chamado delito de "assassinato". Na STS 16216/1993 de 17 junio, considerada um paradigma, são elencados três requisitos, a saber, o *ideológico* – "imerso no pensamento do agente, isto é, o requisito que implicitamente deriva da própria vontade que, após um processo de deliberação mais ou menos largo, adota e assume a irrevogável decisão de cometer o delito" –, *cronológico* – "que requer a manutenção, durante certo lapso mais ou menos durador, mas suficientemente perceptível para acreditar o *plus* de culpabilidade derivado da maldade que a conduta reflete" – e o *psicológico* – "que significa já, dentro do puramente intencional, a calma e frieza de espírito com que a decisão se manifesta e se executa, com pleno conhecimento de quanto se está maquinando". Sobre isso, ver ESPANHA. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 16216/1993, de 17 junio. Disponível em: http://bit.ly/2sonDKO. Acesso em: 21 de abril de 2019.

[193] Interessante notar que algumas das circunstâncias que, no contexto norte-americano, justificaram a qualificação do fato como um *first-degree murder* também se enquadrariam, no contexto brasileiro, como homicídio qualificado. Cuida-se, em especial, das hipóteses de homicídios praticados por veneno ou emboscada, ou para assegurar a prática de outros crimes, hipóteses essas contempladas na assembleia do estado da Pensilvânia, em 1794 – sobre isso, ver SIMON, Jonathan. How Should We Punish Murder, 94 *Marquette Law Review*, 1241-1312, (2010), em especial 1262 et seq. – e que, entre nós, encontram referência no rol de circunstâncias qualificadoras do homicídio, mais precisamente no art. 121, §2º, incs. IV e V, do Código Penal brasileiro. No entanto, ao que tudo indica, enquanto tais circunstâncias, na ótica norte-americana, parecem relevar muito mais pela premeditação e planejamento demonstrados pelo agente que dessa maneira atua, no contexto brasileiro o maior desvalor que recai sobre esse tipo de comportamento parece decorrer muito mais do sofrimento impingido à vítima, ou da motivação com que o indivíduo agiu.

[194] Afinal de contas, nada obsta que o magistrado, na primeira etapa da dosimetria da pena, considere a premeditação uma circunstância apta a fundamentar a consideração negativa, por exemplo, dos vetores da culpabilidade ou das circunstâncias do crime. Nesse sentido, apenas para exemplificar, veja-se: "De fato, a premeditação do delito legitima o incremento punitivo, pelo desfavorecimento da culpabilidade, por tornar patente a maior intensidade do dolo" (STJ. HC 465.306/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 09/04/2019); "EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO DA EMPREITADA CRIMINOSA. FUNDAMENTO IDÔNEO. [...] 3. Consoante entendimento propalado pelo Superior Tribunal de Justiça, afigura-se razoável, pelo binômio necessidade e adequação, a exasperação da pena-base pela valoração negativa da culpabilidade, quando premeditada a prática delitiva pelo agente, circunstância apta a revelar maior grau de censura e reprovabilidade da conduta, transcendente à tipicidade ordinária encartada no tipo incriminador". (STJ. AgRg no AREsp 1318078/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 09/04/2019); "2. Na hipótese dos autos, ao exasperar a pena-base utilizando como fundamentos a premeditação e frieza na prática delitiva, bem como o cargo de policial militar exercido pelos agravantes, a Corte recorrida alinhou-se à jurisprudência deste Sodalício, inexistindo violação à lei federal na espécie". (AgRg no AREsp 948.632/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 24/10/2018).

subtrair algo configura o tipo do furto simples (art. 155 do Código Penal); contudo, se essa subtração ocorrer mediante rompimento de obstáculo, abuso de confiança, fraude, escalada, destreza, emprego de chave falsa ou concurso de agentes, a hipótese será de furto qualificado (§4º do art. 155 do Código Penal), dobrando-se as penas mínima e máxima cominadas ao tipo. Observemos, também, que uma falsificação atentatória à fé pública pode ser enquadrada de diversas formas, a depender da circunstância de a falsificação recair sobre o documento em si – ex.: falsificação de documento público (art. 297 do Código Penal) ou de documento particular (art. 298 do Código Penal) –, ou sobre o conteúdo de determinado documento – ex.: falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal), certidão ou atestado ideologicamente falso (art. 301 do Código Penal), falsidade de atestado médico (art. 302 do Código Penal) –, bem como receber pena diversa a depender da posição do agente – sendo ele funcionário público, por exemplo, a legislação prevê penas diferenciadas (§1º do art. 297 do Código Penal, parágrafo único do art. 299 do Código Penal). Tais exemplos parecem demonstrar que um mesmo tipo de comportamento – *in casu*, uma subtração ou uma falsificação – podem ser percebidos e valorados de maneira distinta conforme determinadas circunstâncias relacionadas ao seu modo de realização.[195]

O excurso até aqui empreendido propicia, ao que tudo indica, duas conclusões: em primeiro lugar, um mesmo estado de coisas pode ser obtido a partir de distintos comportamentos, que poderão portar diferentes graduações de desvalor; em segundo lugar, um mesmo tipo de comportamento pode ser valorado distintamente conforme determinadas variáveis relativas ao seu específico modo de execução.

2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Algumas conclusões se impõem a esta altura. A mais evidente delas é que não só não há consenso na doutrina sobre o papel que se deveria atribuir à categoria do desvalor da conduta na definição do injusto penal, como tampouco há consenso sobre aquilo a que se alude quando se invoca essa categoria. Basta observar, como um sintoma claro dessa polissemia, que o termo é capaz de designar, entre outras coisas, tanto a atitude psicológica

[195] O exemplo da distinta graduação do desvalor da conduta existente em casos de falsificação também é fornecido por Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée, que destacam, em referência ao contexto espanhol, que "no art. 390 CP se castiga com pena mais grave a falsidade documental sobre documento público cometida por funcionário público, do que se fosse cometida por um particular. A conduta de falsificar cometida tem um maior desvalor justamente pela qualidade da pessoa que realiza a conduta e o objeto sobre o qual recai. Do mesmo modo, no art. 395 CP se castiga com menor pena a falsificação de documento privado". (BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MARALÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1999. v. 2. p. 30.).

do agente na realização de um fato típico (desvalor da conduta como desvalor da intenção), em uma acepção claramente subjetiva, quanto a qualidade de um comportamento que se mostra idôneo para a causação do resultado (desvalor da conduta como perigosidade), em uma acepção claramente objetiva. E não parece haver muita preocupação, por parte da doutrina, em dirimir essa controvérsia, pois as referências à categoria do desvalor da conduta, como já referido anteriormente, no mais das vezes aparecem no contexto do enfrentamento da dimensão preponderante do injusto penal, quando os autores parecem operar sob a pressuposição de um determinado conceito de desvalor da conduta, sem a explicitação dos seus contornos e dos seus fundamentos, bem como das eventuais perspectivas concorrentes.

O silêncio da doutrina em relação a esse particular cobra um preço. Uma categoria supostamente reveladora de uma das dimensões essenciais do fenômeno criminoso acaba por não ter os seus contornos bem definidos, perdendo-se, consequentemente, boa parte do potencial crítico dessa categoria para a análise dos fatos e comportamentos suscetíveis de criminalização. À diferença do que sucede em relação à perspectiva do desvalor do resultado, que oferece parâmetros bastante claros – e, tanto quanto possível, precisos – para a demarcação dos limites de legitimidade da intervenção penal, a perspectiva do desvalor da conduta tem se mostrado incapaz de fornecer ao legislador, em um primeiro momento, critérios para a eleição dos comportamentos penalmente relevantes, e ao intérprete, em um segundo momento, o instrumentário adequado à realização de um exame crítico sobre aquelas escolhas.

A inconsistência que recai sobre o significado e o alcance da categoria do desvalor da conduta também parece comprometer o seu considerável potencial heurístico. Conforme se verá mais adiante, diversas são as categorias dogmáticas que poderiam ser muito mais solidamente interpretadas a partir desse referencial teórico. A ausência de um consenso doutrinário sobre os atributos de um comportamento penalmente desvalioso, no entanto, torna inviável, por consequência, a percepção unívoca da relação existente entre determinadas categorias dogmáticas e o juízo de desvalor da conduta.

É bem verdade que tais problemas se devem, em boa medida, ao que podemos denominar de “pecado original finalista”: uma compreensão inicial de *desvalor da conduta* que, enclausurada no plano do ilícito-típico, limitou seu significado ao elenco descritivo de elementos subjetivos e ontológicos relacionados ao fato. A “pessoalização” do injusto tida como consequência do finalismo trouxe uma importante carga de subjetividade para o injusto, mas que se limitou ao diagnóstico da atitude psicológica do indivíduo na realização

do fato e, como visto, desprezou os juízos extrínsecos de valor relacionados à conduta e ao seu contexto de inserção,[196] que acabaram por ser considerados apenas como elementos relevantes para determinar se o autor do fato penalmente relevante deve ou não ser punido, mas não como elementos condicionantes do próprio aparecimento do fato penalmente relevante, ou do *wrongdoing*. A categoria do desvalor da conduta, nesse sentido, parece ter sido cunhada e concebida com um significado – ao menos o seu mais difundido significado – atrelado a uma mera exigência de responsabilização penal subjetiva, que nem de longe esgota todo o alcance e todo o potencial do juízo de desvalor da conduta como parâmetro de legitimidade da intervenção estatal em matéria penal.

Não é de causar estranheza, consequentemente, que a indagação acerca dos pressupostos materiais para a criminalização de condutas e dos limites à intervenção penal tenha pendido tanto para a análise da dimensão do resultado e negligenciado tanto a dimensão dos atributos intrínsecos ao comportamento. O capítulo subsequente, no entanto, tratará exatamente de evidenciar a importância da dimensão do desvalor da conduta na definição, pelo legislador, dos fatos penalmente relevantes.

[196] Segundo Luisi, a partir do momento em que o dolo ingressa na seara da tipicidade com o modelo finalista, "ele é apenas uma realidade psíquica. Não é valorado. É somente o propósito, a intenção do agente, sem caracterizá-lo como censurável ou não, isto é, sem conotações axiológicas". (LUISI, Luiz. *O tipo penal e a teoria finalista da ação*. Porto Alegre: A Nação, 1979. p. 71.).

3 CONCEITO MATERIAL DE CRIME E DESVALOR DA CONDUTA

3.1 INTRODUÇÃO

Reprovamos um comportamento porque ele é considerado criminoso ou consideramos o comportamento criminoso porque o reprovamos? Responder a essa pergunta implica, desde logo, importante tomada de posição em termos de teoria geral do direito penal, porque dessa aparentemente simples questão depende, em última análise, a conclusão sobre a existência ou não de liberdade irrestrita do legislador para criminalizar comportamentos.

E embora seja perceptível a existência de relativo consenso entre os juristas sobre a presença de limitações ao legislador penal relacionadas ao conteúdo das proibições, é interessante observar que essas limitações quase que invariavelmente se ligam a considerações sobre as consequências dos comportamentos. Em especial, fala-se da teoria do bem jurídico e do princípio da ofensividade como limites materiais para a criminalização de condutas.[197]

Essa percepção é amplamente difundida na literatura jurídico-penal. Reflexo inequívoco disso é que, ao tratar da dimensão material da antijuridicidade, que se ligaria precisamente à essência do crime ou à substância do comportamento criminoso – e que, portanto, vincularia o legislador na edição de tipos penais –, a doutrina tenha por hábito as noções jurídico-penais de bem jurídico e de ofensividade, silenciando sobre quaisquer outros atributos intrínsecos à conduta criminosa. De certa maneira, é como se a percepção ainda hoje vigente de *antijuridicidade material* não tivesse sido atualizada após o finalismo, mesmo que todo o edifício teórico da teoria do delito tenha experimentado, a partir desse movimento teórico, uma revolução copernicana.

Eis, aí, um paradoxo relevante da doutrina penal: a despeito da constante referência, por parte dos mais variados autores, ao *desvalor da conduta* e *ao desvalor do resultado* como dimensões do injusto, essa mesma doutrina, ao abordar o tópico da *antijuridicidade material*,

---

[197] Também reconhecendo o protagonismo da teoria do bem jurídico no que diz respeito ao seu potencial limitador da intervenção penal, afirma Costa que "apesar de não haver consenso sobre a definição do bem jurídico, não se pode negar ser o conceito tido, atualmente, como o mais importante limite material às incriminações nos sistemas de *civil law*". (COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. *In*: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho. *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70° aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 133-149. p. 134.).

refere-se quase que exclusivamente a teorias que sabidamente se prendem à dimensão do desvalor do resultado, dedicando pouca ou nenhuma atenção aos aspectos que, no contexto de uma compreensão material do crime, conformariam o desvalor da conduta.[198] Com efeito,

[198] Ilustrativas, nesse sentido, algumas passagens doutrinárias. Por primeiro, é interessante observar como autores que escreveram logo após o finalismo, ainda sem total ciência dos impactos desse movimento teórico na dogmática penal – e ainda sem trabalhar com as categorias de *desvalor da ação* e *desvalor do resultado* –, abordavam o problema da inclusão de elementos subjetivos no injusto e, paralelamente, insistiam em uma caracterização da antijuridicidade material em termos exclusivamente objetivos. Aníbal Bruno, por exemplo, mesmo trabalhando com a perspectiva da inclusão do dolo na estrutura conceitual da ação, bem como reconhecendo a existência de elementos subjetivos no injusto – a determinar que "uma ação possa ser contrária ou conforme ao Direito, segundo a atitude subjetiva do agente, segundo o sentido que ele atribua ao seu comportamento" –, define o crime, em uma perspectiva material, como "o ato que ofende ou ameaça um bem jurídico tutelado pela lei penal", noção essa que se transpõe para o conceito material de antijuridicidade, que seria dado pelo "contraste entre o fato e as condições existenciais da sociedade, as condições de estabilidade e persistência da vida associada, condições que tuteladas pelo Direito se constituem em bens jurídicos". (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. Tomo I. Introdução, norma penal, fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 285, p. 303-304, p. 356 e p. 360, respectivamente.). Digna de nota, também, a exposição de Assis Toledo no particular. O autor trabalha com "concepção unitária" de ilicitude, segundo a qual seria dispensável a distinção entre ilicitude formal e material, uma vez que "um comportamento humano que se ponha em relação de antagonismo com a ordem jurídica não pode deixar de lesar ou expor a perigo de lesão os bens jurídicos tutelados por essa mesma ordem jurídica", do que derivaria a conclusão de que "a ilicitude só pode ser uma só, ou seja, aquela que se quer denominar 'material'". Repare-se, no entanto, que o autor, como é de conhecimento geral, assume a finalidade como uma nota fundamental da ação humana. Mais do que isso, ao abordar o seu conceito unitário de ilicitude, de forma até consequente, defende que a "contrariedade ao direito" – essência do conceito de ilicitude – se caracterizaria por dois pressupostos: a existência de uma conduta voluntária na origem, em antagonismo com o comando normativo, e a existência concomitante de consequências danosas reais ou possíveis como resultado da conduta – lesão real ou potencial a bens jurídicos. Até aqui, o autor não estaria, então, incidindo na contradição por nós apontada, pois estaria reconhecendo a relevância da conduta, com os seus elementos subjetivos, na definição da antijuridicidade material. Contudo, percebe-se que apenas o segundo daqueles pressupostos (a saber, lesão real ou potencial a bens jurídicos) é que, na sua ótica, seria responsável por emprestar à ilicitude o seu caráter material. Afinal de contas, enquanto "o primeiro pressuposto exclui da área do juízo de ilicitude os fenômenos puramente causais, inevitáveis, ocorridos sem qualquer interferência da vontade humana" – no que se reclamaria, então, uma conduta dolosa ou ao menos culposa –, "o segundo pressuposto – a exigência de lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado – revela o conteúdo material da ilicitude que deixa de ser um conceito puramente formal, ou seja, a mera infração de dever". (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 99, p. 162 e p. 163, respectivamente.). Em autores mais recentes, que já operam com os conceitos de *desvalor da ação* e *desvalor do resultado*, parece ainda mais clara a contradição em se reconhecer, por um lado, que o injusto seria integrado pelas dimensões do desvalor da ação e do desvalor do resultado e, por outro, que a antijuridicidade material se relacionaria (exclusivamente) à dimensão da lesão a bens jurídicos – perspectiva do resultado. Prado, por exemplo, ao mesmo tempo que sustenta que "a vontade contrária à diretriz normativa (v.g., desvalor da ação – dolo/culpa) é, então, elemento importante da ilicitude", sustentará, algumas páginas adiante, que o aspecto material da ilicitude residiria na circunstância de, em decorrência da transgressão da norma, o agente acabar por "lesar ou pôr em perigo bens jurídicos por ela protegidos". (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, arts. 1º a 120. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 366 e p. 393.). Dotti, por sua vez, sustenta que a ilicitude seria "material ao tomar em consideração o bem jurídico protegido pela norma respectiva", silenciando quanto a qualquer aspecto subjetivo ou atinente à conduta em si, em que pese, em ponto anterior da sua obra, tenha reconhecido que "a teoria finalista foi adotada pela Reforma de 1984, como se poderá concluir pela inclusão do dolo na estrutura do tipo legal de ilícito". (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 309 e p. 333.). Bitencourt, da mesma forma, distingue a antijuridicidade formal da antijuridicidade material, a qual possuiria "um conteúdo substancial", representado pela "danosidade social, isto é, pela lesão ao bem jurídico tutelado". A exemplo do autor anteriormente citado, também Bitencourt, poucas páginas à frente, sobre a distinção entre desvalor da ação e desvalor do resultado, dirá que "a antijuridicidade do fato não se esgota na desaprovação do resultado", sendo que também a "forma de produção" do resultado elemento necessário do juízo de desvalor, e que integraria o desvalor da ação. Segundo o autor, "a lesão ou exposição a

muito pouco se escreveu sobre os necessários atributos da conduta para que ela possa ser considerada suscetível de proibição. E não deixa de ser sintomático que boa parte daquilo que se tenha produzido sobre a dimensão do desvalor da conduta pressuponha uma definição de desvalor da conduta que pouco ou nada ofereça em termos de definição material do crime – a essência do injusto residiria na violação de um dever legal, ou na voluntária violação de um preceito normativo.[199] Tal constatação poderia sugerir, então, uma aparente associação entre a dimensão material do crime e o desvalor do resultado, por um lado, e a dimensão formal do crime e o desvalor da conduta, por outro – ou seja, como se eventuais limitações materiais ao legislador quanto à escolha de comportamentos suscetíveis de criminalização

perigo do bem ou interesse juridicamente protegido constitui o desvalor do resultado do fato; já a forma de sua execução configura o desvalor da ação", sendo que tal desvalor "é constituído tanto pelas modalidades externas do comportamento do autor como pelas suas circunstâncias pessoais". (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 401 e 410.). Nem mesmo autores da envergadura de Jescheck parecem escapar imunes a essa aparente contradição. E isso porque o autor reconhece o papel do desvalor da ação na formação do injusto, destacando a existência de tipos em que o conteúdo do injusto é determinado "não somente pela lesão ou colocação em perigo do objeto de proteção", mas pela "forma e modo de comissão do fato", observando-se, também no contexto do desvalor da conduta, as "circunstâncias que concorrem na sua pessoa". A despeito disso, ao estabelecer a distinção entre antijuridicidade formal e antijuridicidade material, destaca que "uma ação é antijurídica em um sentido material quando se atende à lesão do bem jurídico protegido pela norma correspondente". (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 250 e p. 256-257.). Não se verifica, aqui, uma única referência a elementos relacionados à conduta, os quais o próprio autor, mais à frente, destacará serem fundamentais para a formação do injusto. Note-se, por outro lado, que a mesma crítica já não pode ser direcionada, por exemplo, a Mir Puig, que na própria sistematização apresentada acerca do tema da *antijuridicidade penal* evidencia que o desvalor da conduta representa uma das suas necessárias dimensões. Para o autor, enquanto o conceito da *antijuridicidade formal* exprimiria a "relação de contradição de um fato com o direito penal", a indagação acerca de qual o conteúdo deve possuir um fato para ser contrário ao direito penal seria respondida pelo conceito de *antijuridicidade penal material*. Refere o autor, sobre isso, que, "conforme a opinião tradicional, a antijuridicidade material de um fato se baseia em seu caráter de lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico", não deixando de destacar, contudo, o fato de que "na atualidade se destaca a necessidade de atender, também, à perigosidade da conduta desde uma perspectiva *ex ante*", bem como a circunstância de que "hoje sói incluir-se no injusto não somente o aspecto objetivo do fato, mas também o aspecto subjetivo, representado pela finalidade que guia a ação", também isso influindo no desvalor da conduta. (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 156.). A questão também parece muito bem posta por Muñoz Conde e Garcia Arán, autores que sustentam, já de partida, que "o conteúdo material da antijuridicidade não se esgota, sem embargo, na lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico", uma vez que "nem toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico (desvalor de resultado) é antijurídica, mas somente aquela que deriva de uma ação desaprovada pelo ordenamento jurídico (desvalor da ação)". Ainda para esses autores, os conceitos de desvalor da ação e desvalor do resultado são "igualmente importantes na configuração da antijuridicidade", afigurando-se inclusive "supérflua a polêmica sobre a prioridade entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado", uma vez que "não existe uma hierarquia lógica ou valorativa entre eles, já que ambos contribuem, ao mesmo nível, a constituir a antijuridicidade de um comportamento". (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 303-304.).

[199] Paradigmática, no particular, a posição de ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990. passim.

somente pudessem ter lugar mediante a invocação da categoria do desvalor do resultado, ou em atenção a essa específica dimensão do crime.[200]

Tal associação, no entanto, longe está de ser verdadeira. A própria distinção conceitual entre *desvalor da conduta* e *desvalor do resultado* decorre, originalmente, de uma preocupação quanto às dimensões materiais do fenômeno criminoso. Dissociar a análise do desvalor da conduta desse contexto não deixa de constituir, nesse sentido, uma contradição. Assim, se quisermos ser coerentes com a afirmação de que o injusto pressupõe tanto o desvalor do resultado quanto o desvalor da conduta, é necessário, em primeiro lugar, que as definições de *antijuridicidade material* sejam readequadas a essa precisa compreensão, não se podendo desconsiderar a existência, nos diversos tipos de crime existentes, de um substrato material relacionado à específica dimensão da conduta, de maneira independente de quaisquer considerações relacionadas às consequências nocivas do comportamento – as quais conformarão somente o juízo sobre o desvalor do resultado.

O presente capítulo ocupa-se, assim, de pontuar a existência de um conteúdo pré-jurídico absolutamente alheio à dimensão do resultado, e que se revela condicionante para as escolhas incriminatórias do legislador. Escapa às pretensões deste capítulo a indicação de *qual* seria esse conteúdo – aspecto que será objeto dos capítulos subsequentes –, cuidando-se apenas de demonstrar a necessidade de uma dimensão de análise complementar àquela que tem sido propalada, quase que com exclusividade, como determinante das escolhas legislativas em matéria penal – a saber, a dimensão do desvalor de resultado. Demonstrar-se-á, inclusive, que nem mesmo a exigência de dolo e culpa é capaz de justificar, em todos os casos, a consideração de determinados comportamentos como sendo penalmente desvaliosos e, assim, relevantes. Em última análise, quer-se demonstrar que a *antijuridicidade material* de um fato penalmente relevante não decorre somente da teoria do bem jurídico e da ofensividade, nem tampouco somente de uma atitude dolosa ou negligente por parte do agente.

---

[200] O que, aliás, parece bastante visível em TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 163, quando o autor afirma que que a "contrariedade ao direito", que fundamenta a ideia de ilicitude, decorreria de dois pressupostos: i) a existência de uma conduta voluntária; e ii) a existência concomitante de possíveis ou reais consequências danosas. Ao aprofundar esses pressupostos, afirma que o primeiro deles excluiria da área de ilicitude fenômenos puramente causais, não imputáveis à vontade humana, enquanto que "o segundo pressuposto – a exigência de lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado – revela o conteúdo material da ilicitude", que "deixa de ser um conceito puramente formal". Salvo equívoco de leitura, portanto, para o autor apenas o segundo desses pressupostos – relativo à dimensão do desvalor do resultado –, é que seria responsável por emprestar ao injusto um caráter material, pois o primeiro deles, isoladamente, corresponderia a um conceito puramente formal de crime, associado à ideia de mera violação de dever.

Tal entendimento será aprofundado nas linhas que seguem. A construção disso, no entanto, reclama um adequado percurso teórico. Em primeiro lugar, impõe-se a apresentação dos desenvolvimentos teóricos que conduziram à formulação das concepções materiais de crime, bem como das premissas que, quanto a nós, permitem qualificar uma determinada concepção de crime como tal. A seguir, parece pertinente indicar as razões pelas quais a própria indagação sobre os elementos de uma definição material do crime é ou não relevante à luz da moderna criminalidade – cuida-se, aqui, de uma justificação do próprio esforço a ser empreendido na presente pesquisa. Ato contínuo, trataremos de comprovar o absoluto predomínio que tem sido atribuído ao desvalor do resultado na conceituação material de crime, com especial enfoque nas teorias do bem jurídico e da ofensividade, às quais se atribui ora a hegemonia, ora ao menos uma "preponderância axiológica" na definição do injusto penal. De posse dessas premissas, tratar-se-á de demonstrar o esvaziamento de conteúdo material que acabou por vitimar algumas das mais destacadas orientações teóricas sobre o desvalor da conduta. Finalmente, como ponto de chegada já anunciado anteriormente, trataremos de demonstrar, mediante a análise consequente de determinadas escolhas sistemáticas e incriminatórias que permeiam a nossa legislação penal, a existência de um substrato material independente do resultado, do dolo e da culpa, e que influencia a eleição, pelo legislador penal, dos fatos penalmente relevantes.

3.2 DA CONCEPÇÃO FORMAL À CONCEPÇÃO MATERIAL DE CRIME

Diz-se, na semiótica, que "forma é o formato visível do conteúdo".[201] Enquanto a forma consiste naquilo que se pode descrever de maneira exaustiva, simples e coerentemente pela linguística, sem recurso a premissas extralinguísticas, ao conteúdo corresponde a substância, isto é, "todo o conjunto dos aspectos dos fenômenos linguísticos que não podem ser descritos sem recorrer a premissas extralinguísticas".[202] Entre forma e conteúdo, portanto, estabelece-se uma relação de significante (*signifiant*) e significado (*signifié*).[203]

O crime, como sucede com todo e qualquer signo, possui forma e conteúdo. Sua forma pode ser ligada aos elementos linguísticos que o definem – tipo legal –, ao passo que

[201] Definição que Arnheim atribui ao artista Ben Shahn, considerando ser adequada à descrição da distinção entre formato (*shape*) e forma (*form*). (ARNHEIM, Rudolf. *Art and visual perception*. A psychology of the creative eye. The new version. Berkelei-Los Angeles-London: University of California Press, 2004. p. 96.).
[202] BARTHES, Roland. *Elements of semiology*. Translated from the French by Annette Lavers and Colin Smith. New York: Hill and Wang, 1986. p. 40.
[203] BARTHES, Roland. *Elements of semiology*. Translated from the French by Annette Lavers and Colin Smith. New York: Hill and Wang, 1986. p. 35 et seq. Para a origem da distinção referida, ver SAUSSURE, Ferdinand de. *Course in general linguistics*. Tradução: Wade Baskin. New York: Philosophical Library, 1959. p. 66-67.

seu conteúdo corresponde à substância, isto é, à realidade[204] que se afigura como objeto da proibição. Mais do que isso, à realidade que motiva a proibição penal.

Trabalhamos com a perspectiva de que, tal como sucede no campo da semiótica, o conteúdo é que definirá a forma. Não será objeto da presente pesquisa sustentar a necessidade de uma leitura material do crime, como dado sociológico e pré-existente ao legislador – declaramos, desde logo, adesão à premissa de Durkheim, ao afirmar que não reprovamos algo por ser crime, mas algo é crime precisamente porque o reprovamos.[205] A premissa de que o trabalho do legislador estaria não em *criar*, mas em *identificar* as realidades desvaliosas e suscetíveis de censura penal, a despeito de suscitar certa controvérsia, parece já contar com adesão suficiente a ponto de poder ser utilizada como ponto de partida.[206]

O que examinaremos ao longo deste trabalho, portanto, são mais propriamente as implicações disso e a consistência dessa premissa – de uma necessária leitura material do crime – com a atual doutrina geral do crime. Para isso, parece importante dedicar algumas linhas às mais emblemáticas formulações sobre as concepções materiais de delito.

Durante muito tempo não se dispensou maior atenção ao conteúdo material do crime. Por considerável período, a percepção de crime esteve associada à violação da lei – seja a lei dos homens, seja a lei de Deus. De fato, o conceito de crime parecia profundamente influenciado por considerações religiosas, podendo-se mesmo dizer, para usarmos as palavras de Sousa Neto, que o crime era "filho do pecado".[207] Apenas a partir do Iluminismo, fazendo-se jus à tendência de colocar freios aos poderes de intervenção do Estado, começou-se paulatinamente a indagar, no âmbito penal, sobre possíveis limites à atividade de

---

[204] Reportamos, aqui, tanto à realidade fática, apreensível pelos sentidos, quanto à realidade construída. Nesse sentido parece residir, também, a distinção entre os conceitos de real-verdadeiro e real-construído de FARIA COSTA, José. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 316.

[205] DURKHEIM, Émile. *A função da divisão do trabalho social*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 52.

[206] Veja-se, por todos, o trabalho de BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 79 et seq. Ver, ainda, nossa posição a respeito, em DARCIE, Stephan Doering. *O fundamento da tentativa em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 141 et seq., em especial p. 168 et seq., para onde remetemos o leitor. No presente trabalho, não se pretende retomar essa discussão, já que, no essencial, nossa convicção se mantém no que concerne aos argumentos que naquela oportunidade apresentamos.

[207] SOUSA NETO, Joaquim de. *O motivo e o dolo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 57. Também sobre o ponto, fazendo referência à relação entre crime e pecado, ver BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 68, bem como D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59 et seq. No contexto anglo-saxônico, fazendo referência à abordagem teológica acerca da essência do fenômeno criminoso, que o vincula à ideia de "violação à vontade divina", ver COHEN, Morris R. Moral aspects of the Criminal law. *Yale Law Jornal*, New Haven, v. 49, n. 6, p. 987-1026, Apr. 1940. p. 991 et seq.

criminalização de condutas. Passou a relevar, então, mais do que a proibição em si, a matéria objeto da proibição, buscando-se responder à indagação sobre o que pode e o que deve ser crime, sobre o que pode e o que deve ser objeto de intervenção do Estado.

A obra que marcou essa virada, segundo boa parte dos autores, foi a de Beccaria, *"Dei delitti e delle pene*". Publicada em 1764, tratou-se de verdadeiro marco do direito penal humanitário, afigurando-se, na realidade, de um verdadeiro manifesto político.[208] Dentre tantas postulações – hoje recebidas com tranquilidade, porém à época consideradas subversivas a tal ponto de o autor haver publicado a primeira versão de forma anônima –, Beccaria sustentou que a verdadeira medida do crime é o "dano à nação", e não a intenção de quem o comete.[209] Tal passagem parece evidenciar que o autor visualizava o crime não como uma mera desobediência à lei, mas antes como uma conduta danosa à nação, no que residiria, portanto, o seu substrato.

A obra de Romagnosi, de 1791, também pode ser referida como um dos marcos de uma concepção material de crime. Ao sustentar, em uma orientação jusnaturalista, que "a lei positiva não cria o direito", o qual, por sua vez, "preexiste a qualquer coisa",[210] parece reconhecer que o legislador se encontra vinculado a determinadas valorações que lhe são antecedentes.[211]

Feuerbach, por sua vez, também se ocupou do substrato material do crime, vendo nele uma lesão a direitos subjetivos. Para esse autor, crime seria a conduta violadora da liberdade assegurada pela lei penal, "uma lesão contida na lei penal" ou "a ação contrária ao direito de outro".[212] Em 1834, essa ideia de que o crime consistiria em uma lesão a um "direito subjetivo" seria posta em causa por Birnbaum, que estabeleceria as premissas para

---

[208] Também entendendo pelo caráter político da obra de Beccaria, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 249.

[209] BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Edizione di riferimento: a cura di Renato Fabietti. Mursia: Milano, 1973. p. 20.

[210] ROMAGNOSI, Giandomenico. *Genesi del diritto penale*. Milano: Francesco Sanvito, 1791. p. 13.

[211] Aliás, de se notar o declarado escopo da obra de Romagnosi: o de demonstrar, para além da existência do direito de punir, o seu fundamento, a sua origem natural ou metafísica, a sua natureza intrínseca, os seus limites, e de determinar as suas proporções exatas e verdadeiras. (ROMAGNOSI, Giandomenico. *Genesi del diritto penale.* Milano: Francesco Sanvito, 1791. p. 6.).

[212] Conforme o autor, "quem viola os limites da liberdade jurídica comete uma violação ao direito: ofensa, lesão. Quem viola a liberdade garantida através do contrato social e assegurada pelo direito penal comete um crime. Isto, em sentido mais amplo, consiste, portanto, em uma lesão contida no direito penal ou uma ação contrária ao direito de outro ameaçada pelo direito penal". (FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeines in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Fünfte verbesserte Auflage. Georg Friedrich Heyes, 1812. p. 23-24.).

o surgimento do que posteriormente se viria a denominar de *bem jurídico*.[213] Afirmaria Birnbaum que "se se quer considerar o delito como *lesão*, esse conceito precisa referir-se naturalmente à lesão de um *bem*, e não a de um direito".[214] Essa orientação, conquanto tenha representado nítido e declarado alargamento da matéria sujeita a proibição penal,[215] claramente se arvorou em uma leitura material do crime, cujas marcas até hoje são sentidas na literatura jurídico-penal.

Poucas décadas após, em 1859, Mill publicaria sua famosa obra, *On Liberty*, que viria a deixar profundas marcas na cultura jurídico-penal anglo-saxônica. Na apresentação, diria Mill que o objeto de seu ensaio seria estabelecer um princípio extremamente simples: o de que a única finalidade em razão da qual se justificaria a interferência na liberdade de ação alheia seria a autoproteção.[216] Em suas palavras, "o único propósito pelo qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro da comunidade civilizada, contra a sua vontade, é para prevenir dano a outros" (*harm to others*).[217] Origina-se, aqui, o que na doutrina penal norte-americana veio a designar-se *harm principle*.[218]

---

[213] Termo que, segundo o comum dos autores, foi pela vez primeira utilizado por Binding. Nesse sentido, ver, por todos, ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 19 e p. 40.

[214] BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito.* Traducción directa del alemán y Estudio preliminar por José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2010. p. 57. Nas palavras do autor, deve-se considerar delito "toda lesão ou colocação em perigo, imputável à vontade humana, de um bem que o poder público há de garantir uniformemente a todos". (Ibid., p. 59.). Ainda segundo o autor, não se poderia concordar com aqueles que erigem como requisito do crime a "lesão de direitos", na medida em que esse requisito, embora contido, de certa forma, em tudo o que é punido na realidade, conduz "a certa unilateralidade nos pareceres" e dá ensejo a "mal-entendidos que somente podem resultar prejudiciais à legislação e à aplicação da lei penal". (Ibid., p. 60.). Para Birnbaum, afigura-se natural falar em lesões à vida, à honra, à liberdade, à liberdade pessoal, ao patrimônio, uma vez que "todos esses bens estão expostos a uma *perda* ou *diminuição* devida a ações de outros sujeitos", motivo pelo qual devem ser considerados como "objetos de nossos direitos". (Ibid., p. 60-61.).

[215] A preocupação de Birnbaum, na realidade, não parece ter sido a de apresentar uma *limitação*. Pelo contrário: sua preocupação, tudo indica, foi a de justificar a existência de determinados crimes que não poderiam ser associados à noção – até então prevalente – de violação a direitos subjetivos. Entre outras coisas, Birnbaum observou que "entre aquelas ações que em todos os Estados se costuma castigar como delitos, algumas são tais que mediante elas se *lesiona*, antes de tudo, a *pessoas determinadas* em um dos bens que o poder público deve garantir a todos, e outras são tais que a ação *priva, diminui* ou *põe em perigo* diretamente à *coletividade* em um desses bens", de acordo com o que os crimes poderiam ser classificados, "a partir da índole do bem que a ação diminui ou põe em risco", em "delitos contra o *bem-estar comum* e delitos contra os *indivíduos*". (BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito.* Traducción directa del alemán y Estudio preliminar por José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2010. p. 59). Em relação a esses delitos contra a coletividade, a noção de direito subjetivo de fato não parece consistente.

[216] MILL, Stuart. *On Liberty*. Kitchener: Batoche, 2001. Originalmente publicado em 1859. p. 13.

[217] MILL, Stuart. *On Liberty*. Kitchener: Batoche, 2001. Originalmente publicado em 1859. p. 13.

[218] Para uma análise do *harm principle* na literatura jurídica brasileira, ver COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. *In*: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (org.). *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70° aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 133-149. Ver, ainda, MACHADO, Tomás Grings. *Harm principle e direito penal*: em busca da identificação de limites ao

A seguir, em 1884 – quando da primeira edição de seu tratado –, também Liszt dirá que "é a vida, e não o direito, que produz o interesse" – embora ressalvando que a proteção jurídica é que converte o interesse em bem jurídico.[219] Ainda, em passagens bastante sintomáticas, Liszt afirma que ideias como as de "liberdade individual, inviolabilidade do domicílio e segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público",[220] e que os interesses que a ordem jurídica reconhece "surgem das relações dos indivíduos entre si, e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade".[221]

Quase simultaneamente, em 1885, Garofalo postularia a existência de um *delitto naturale*, afirmando, já na abertura de sua *Criminologia*, que "a palavra delito não pertence aos juristas".[222] Para esse autor, não haveria como formular um catálogo universal de fatos universalmente odiosos, mas se poderia aceder à ideia de um delito natural mediante a percepção de que o delito constituiria invariavelmente uma ação prejudicial que fere alguns dos sentimentos que se convencionou chamar de "sentido moral de uma agregação humana".[223] De forma muito próxima, inclusive cronologicamente, Durkheim, em 1893, afirmaria que "um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva",[224] destacando ainda que tal ofensa à consciência coletiva, mais do que uma mera repercussão da prática de ato violador da lei, afigura-se como própria essência do ato criminoso.[225]

---

crime de lavagem de dinheiro. 339 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. PUCRS, Porto Alegre, 2017. passim.

[219] LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899. t. 1. p. 94.

[220] LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899. t. 1. p. 94.

[221] LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899. t. 1. p. 95.

[222] GAROFALO, Raffaele. *Criminologia*: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione. Roma – Torino – Firenze: Fratelli Bocca, 1885. p. 3. Para Garofalo, não se trata de uma palavra técnica, mas antes de uma palavra acessível a qualquer pessoa, familiarizada ou não com as leis, a qual o legislador não criou, mas apenas tomou de empréstimo.

[223] GAROFALO, Raffaele. *Criminologia*: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione. Roma – Torino – Firenze: Fratelli Bocca, 1885. p. 3 et seq.

[224] DURKHEIM, Émile. *A função da divisão do trabalho social*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 51.

[225] DURKHEIM, Émile. *A função da divisão do trabalho social*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 51. Segundo o autor, "sabe-se muito bem que o crime ofende sentimentos bastante gerais e enérgicos, mas crê-se que essa generalidade e essa energia provêm da natureza criminosa do ato, que, por conseguinte, está inteiramente por ser definido". E exatamente nisso reside sua oposição, na medida em que, segundo seu entendimento, o crime *é*, em sua essência, a ofensa àqueles sentimentos coletivos. Para uma exposição mais detalhada dessa ideia, e esmiuçando a dinâmica de surgimento de novos delitos no contexto atrás referido, ver, ainda, DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução: Paulo Neves. Revisão da tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 68 -71.

A doutrina penal neokantiana também ofereceria relevantes contribuições para a leitura material do crime. Aprofundando o conceito de bem jurídico – que já contara com claros contornos em Liszt –, passou a sublinhar a necessidade de determinados aportes culturais a essa percepção. Mayer, por exemplo, em 1915, ao refletir sobre de quais bens jurídicos o direito vigente deveria ocupar-se, referiria ideias – até hoje ainda repetidas –[226] como "merecimento de tutela", "necessidade de tutela" e "capacidade de tutela". O merecimento de tutela seria determinado "pelo valor que uma cultura lhe concede", a necessidade decorreria da vulnerabilidade do bem e a capacidade de tutela envolveria, inclusive, juízo de proporcionalidade entre o bem tutelado e o "preço a pagar pela tutela".[227] Em paradigmática formulação, diria Mayer, ainda, que "a delimitação da conduta lícita da conduta ilícita se leva a cabo na legislação através do reconhecimento das normas de cultura".[228]

Mais modernamente, Welzel veio a sustentar que o direito penal possuiria como missão "amparar os valores elementares da vida da comunidade".[229] Para o autor, as ações humanas sujeitam-se a dois aspectos distintos de valor: um deles prende-se ao resultado das ações; o outro, o sentido da atividade mesma. Ambas as classes de valor seriam relevantes para o direito penal, dado que se pretende tutelar determinados bens da vida em sociedade castigando-se as ações a eles atentatórias. Com o que, segundo o autor, estaria sendo assegurada a "vigência dos valores positivos ético-sociais de atos, tais como o respeito pela vida alheia, saúde, liberdade e propriedade", os quais constituiriam "o substrato ético-social das normas de direito penal".[230] Ainda assim, faz questão de ressaltar o autor que a missão primária do direito penal não seria a tutela de bens jurídicos, mas sim a de assegurar a validez real dos valores do atuar segundo o pensamento jurídico, afigurando-se como seu papel proeminente o ético-social.[231]

---

[226] Veja-se, por exemplo, COSTA ANDRADE, Manuel da. "A «Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, p. 173-205, abr./jun. 1992.
[227] MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*: parte general. Traducción directa del alemán por el professor Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 27 et seq.
[228] MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*: parte general. Traducción directa del alemán por el professor Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 63.
[229] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 1.
[230] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 2-3.
[231] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 3.

Feito esse breve excurso, é de se indagar: o que tais construções teóricas, tão diversas, possuem em comum? Ou, em outras palavras, o que as aproxima?

É possível identificar ao menos duas características comuns às concepções de crime referidas: são *transcendentes* e *subordinantes*. Em primeiro lugar, definem o crime a partir da sua substância, como fenômeno que transcende a sua previsão legal – ainda que dessa não possa prescindir. O crime é mais do que sua mera definição legal, constituindo um fato considerado desvalioso – daí resultando a sua *transcendência*. Em segundo lugar, a definição de crime oferecida é que condiciona a sua previsão legal – disso resultando o seu caráter *subordinante* –, de modo que um comportamento somente é definido como crime porque, antes disso, é reprovado e considerado desvalioso. O trabalho do legislador seria, nesse sentido, o de identificar – e não criar – comportamentos desvaliosos. Tais características são concorrentes, de modo que uma concepção de crime somente poderá ser considerada material quando reunir essas duas características.

3.3 A PREPONDERÂNCIA DO DESVALOR DO RESULTADO NO CONCEITO MATERIAL DE CRIME SEGUNDO A CONCEPÇÃO ATUAL PREVALENTE

No harm, no foul. Esse dito, consagrado nos usos e costumes norte-americanos, traduz a ideia de que mesmo eventual conduta transgressora não deve ser censurada quando não houver produzido algum tipo de dano. Originalmente concebida sem qualquer pretensão de inserção na gramática jurídica ou forense,[232] a expressão parece perfeitamente adequada a traduzir pensamento hoje vigente na dogmática jurídico-penal: a configuração do ilícito penal não se liga à simples violação da lei, mas depende da constatação de real prejuízo.[233]

Com efeito, o breve excurso que acaba de ter lugar parece ter evidenciado a preocupação da moderna doutrina jurídico-penal em definir o crime a partir de uma perspectiva material. As formulações teóricas apresentadas traduzem um momento decisivo na edificação do pensamento penal moderno, hoje vigente em nosso Estado Democrático: *o*

---

[232] A expressão foi adotada, originalmente, como paradigma de arbitragem no basquetebol, ao que passou a ser reproduzida no dia-a-dia. Cf. BLOG LEX MANIAC. *No harm, no foul*. Disponível em: <https://lexmaniac.wordpress.com/2015/10/22/no-harm-no-foul/>. Acesso em: 28 de abril de 2018. A despeito da sua intencionalidade original, a expressão acabou por penetrar no discurso jurídico. No campo do direito penal, ver, por exemplo, FINKELSTEIN, Claire. No Harm No Foul? Objectivism and the Law of Attempts. *Law and Philosophy*, New Haven, v. 18, n. 1, p. 69-84, 1999.

[233] A expressão *prejuízo* vai aqui adotada de maneira geral, sem pretensão técnica e abrangendo tanto as chamadas ofensas de dano quanto as chamadas ofensas de perigo, as quais subjazem à previsão legal dos crimes de perigo concreto e dos crimes de perigo abstrato. Sobre isso, e com maior apego terminológico, ver *infra*, item.3.3.1.

legislador não é livre para criminalizar quaisquer condutas. A criminalização de condutas deve ser resultado de uma criteriosa avaliação, tendente a diagnosticar determinados segmentos da realidade que se afigurem, aos olhos da sociedade, dignos de intervenção penal.

No entanto, se por um lado é certo que isso representa significativo ganho em termos de racionalidade da intervenção penal, por outro lado é possível perceber – tanto pelas formulações teóricas apresentadas, quanto pela própria literatura jurídica contemporânea – que a doutrina penal tem negligenciado uma das dimensões do fenômeno criminoso: a conduta criminosa. De um modo geral, ao tematizar o problema da ilicitude material, quase que invariavelmente as considerações remetem aos resultados dos comportamentos, mas não aos comportamentos em si.[234]

3.3.1 O Crime como Ofensa a Bens Jurídico-penais

Dentre as diversas formulações teóricas que abordam o crime desde uma perspectiva material, a teoria da ofensividade, que identifica o crime como ofensa a bens jurídico-penais, é aquela mais difundida não só no Brasil, mas, também, em outras tradições jurídicas.[235]

Segundo o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, a criminalização de uma determinada conduta deve observar dois planos de análise, distintos e complementares.

Em um primeiro momento, devem ser perquiridos os valores consagrados pela ordem social, valores a tal ponto fundamentais e imprescindíveis ao pleno desenvolvimento do homem que justificam a proteção pelo mecanismo mais restritivo de liberdade de que se tem notícia: o direito penal. Fala-se, aqui, de uma valoração de signo positive:[236] o legislador

---

[234] Nesse sentido, ver nossa nota 198.

[235] Sobressaindo, aqui, a tradição jurídica italiana, marcadamente a partir de Bricola, para quem "a sanção penal somente pode ser adotada na presença da violação de um bem que seja, embora não possuidor do mesmo nível do valor sacrificado (liberdade), ao menos dotado de relevo constitucional", o que equivale a dizer, ainda segundo o autor, que "o ilícito penal pode concretizar-se exclusivamente em uma significativa lesão de um valor constitucionalmente relevante". (BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. *In*: *Novissimo digesto italiano*. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: UTET, 1973. v. xix: TEO-UL. p. 7-93. p. 15-16.). Ver, ainda, MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*. Padova: Cedam, 2002. p. 89 et seq., e, do mesmo autor, MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale. In: *Il diritto penale alla svolta di fine milenio*: Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995), a cura di Stefano Canestrari. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998, p. 244-256. Ver, também, FIORE, Carlo. Il principio di offensività. *L'indice penale*, Padova, v. 28, n. 2, mai./ago. Padova, p. 275-288, 1994. Mais modernamente, ver MANES, Vittorio. Il principio di offensività: tra codificazione e previsione costituzionale. *L'indice penale*, v. 6, n. 1, jan./abr. Padova, 2003, p. 147-165.

[236] Nesse sentido, D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 198-218. p. 205 et seq.

reconhece a existência de valores socialmente consagrados – bens jurídico-penais – e, assim, dignos e carentes de proteção.[237]

A esse processo deve-se ligar um segundo momento de análise, no qual devem ser identificadas aquelas condutas que representam a negação dos valores positivos anteriormente identificados, cuja continuidade é desejável. É dizer, condutas que atentam contra os bens jurídico-penais. Aqui se pode falar, diferentemente, de uma valoração de signo negativo. Fundamental, neste ponto, a percepção das noções de *dano* e de *perigo*,[238] tipologias de ofensa que representam, precisamente, as agressões de que se deve ocupar o direito penal na repressão de comportamentos.

Tais parâmetros representam clara função limitadora da intervenção penal. Não só vinculam o legislador, mas, também, o julgador. Em primeiro lugar, o legislador, ao construir um determinado tipo incriminador, deve necessariamente se ocupar daquelas condutas que ofendam bens jurídicos dignos e carentes de tutela penal (excluindo-se, por exemplo, a possibilidade de criminalização de atos preparatórios, de mera contrariedade à moral, etc.); em segundo lugar, o julgador deve identificar, em um dado caso concreto, a presença ou não de uma ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma[239] (excluindo-se, por exemplo, a possibilidade de responsabilização criminal na hipótese de incidência do chamado *princípio da insignificância*). O que significa dizer que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos postula-se como parâmetro de aferição de legitimidade da criminalização tanto *de iure condendo*, orientando e limitando a produção legislativa em matéria penal, quanto de

---

[237] Sobre o conceito de dignidade penal e carência de tutela penal, ver COSTA ANDRADE, Manuel da. "A «Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, p. 173-205, abr./jun. 1992. p. 186. No que diz respeito ao critério da dignidade penal, o autor afirma que "apenas os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela (*Schutzwürdigkeit*) devem gozar de protecção penal". Ainda sobre os critérios para a aferição dos bens jurídicos penalmente tuteláveis e sua relação com as normas constitucionais, ver MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistemática. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 499.) e, entre nós, FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*: a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 65 et seq.

[238] Sobre as tipologias de ofensa, consultar FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 642 et seq., e D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 106-108 e p. 161. Especificamente sobre a noção penal de perigo, ver DARCIE, Stephan Doering. O perigo na perspectiva do direito penal: uma análise acerca dos elementos constitutivos da noção penal de perigo. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, v. 10, n. 37, p. 37-65, 2010.

[239] RICCARDI, Giuseppe. I "confini mobili" del principio di offensività. *L'Indice Penale*, Anno II. N. 2. Maggio-Agosto. Padova: Cedam, 1999, p. 719.

iure condito, exigindo uma interpretação dos enunciados jurídicos de acordo com as exigências de ofensividade.[240]

O modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais revela-se como um parâmetro de aferição do desvalor do resultado, não da conduta.[241] Cuida-se de um exame das consequências dos comportamentos, pois a ideia de ofensividade – quer se fale de uma ofensa de dano, quer se fale de uma ofensa de perigo – liga-se em qualquer caso a um estado de coisas desvalioso, em que um determinado bem jurídico se acha lesionado ou exposto a perigo por força de um comportamento humano. Nessa condição, tem-se um resultado juridicamente desaprovado.

Importa sublinhar, nesse sentido, que o resultado de que se fala não se encontra na pura factualidade. Seria um grande erro, aliás, associar a ideia de desvalor de resultado à mera constatação de um resultado natural, à mera modificação da realidade exterior – como se poderia propor, por exemplo, no contexto da doutrina clássica do crime. A modificação exterior ocasionada por um determinado comportamento nada mais é do que um puro substrato, em determinados casos inclusive prescindível ao surgimento do fenômeno criminoso – pensando-se, por exemplo, nos chamados crimes de mera conduta. O que está em causa é, na realidade, a *valoração* que se faz desse substrato, isto é, a forma como é percebido ou valorado. Como esclarece Faria Costa, "não há fatos puros", mas antes fatos "vistos e como tal valorados à luz de uma pré-compreensão".[242] Daí que estejamos a falar não simplesmente de *resultado*, mas de *desvalor* de resultado – com o que se faz referência a um juízo negativo de valor que se projeta sobre o fato.

Conforme a perspectiva hoje dominante, o desvalor de resultado expresso pela ideia de ofensa a bens jurídico-penais ocupa posição privilegiada na edificação do ilícito penal. Para Faria Costa, "o desvalor de resultado deve ser o centro do ilícito porque só ele provoca dano social", considerado pelo autor como "medida de toda e qualquer criação de normas incriminadoras".[243] D'Avila, a seu turno, a despeito de afirmar que "o desvalor da ação constitui um elemento indispensável para uma correta compreensão do ilícito-típico", não

---

[240] D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52.

[241] Conferir, por exemplo, D'Avila, para quem o desvalor de resultado não deve ser confundido com o resultado em uma perspectiva natural, consubstanciando-se, na realidade, na ideia de "ofensa a bens jurídico-penais, pela lesão ou perigo de lesão ao; objeto de tutela da norma". Daí afirmar o autor, também, que "desvalor de resultado é desvalor de ofensa". (D'AVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 99-126, jul. 2016. p. 115.).

[242] FARIA COSTA, José de. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica: ou o retorno à limpidez do essencial. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 12, n. 1, p. 7-23., jan./mar. 2002, p. 12.

[243] FARIA COSTA, José de. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica: ou o retorno à limpidez do essencial. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 12, n. 1, p. 7-23., jan./mar. 2002, p. 18.

deixa de reconhecer, por outro lado, que o desvalor de resultado se afigura como "pedra angular do ilícito penal" e que "o desvalor da ação tem relevância no direito penal somente dentre as condutas ofensivas a bens jurídicos e, assim, detentoras de desvalor de resultado",[244] no que parece atribuir a essa dimensão certa preponderância axiológica.

3.3.2 A Falsa Dicotomia entre Desvalor da Conduta e Desvalor do Resultado e o Problema da "Preponderância Axiológica do Resultado"

É fácil constatar, pelo que já se expôs, que o desenvolvimento das abordagens material-conceituais do crime tem tendido para uma hipervalorização do desvalor do resultado em detrimento do desvalor da conduta. E isso se deve, em boa medida, à circunstância de não serem poucos os autores a contraporem as noções de "desvalor da ação" e "desvalor do resultado", operando a partir de uma perspectiva pretensamente antagônica. Ou o injusto seria, em essência, a violação ao preceito normativo,[245] ou estaria consubstanciado, em essência, na ofensa a um bem jurídico-penal.[246] De alguma maneira, esse antagonismo reflete a própria contraposição existente, no campo da ética,[247] entre teorias utilitaristas, segundo as quais a moral de uma ação depende unicamente das consequências que ela produz,[248] e a ética da virtude, para a qual o foco principal de aferição do caráter moral não se prende às consequências da ação, mas aos seus próprios atributos e significado.

---

[244] D'AVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 99-126, jul. 2016. p. 118.

[245] Nesse sentido, no contexto alemão, ver KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 101 et seq., bem como ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990. p. 162 et seq. No contexto italiano, consultar MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di diritto penale*. Dirimenti, aggravanti e attenuanti – Tentativo – Partecipazione – Concorso di reati – Recidiva. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1950. v. 2. p. 421 et seq.

[246] Ver, a esse respeito, Faria Costa, para quem "a ofensa a um bem jurídico é a chave que permite a intervenção do detentor do *ius puniendi* (Estado)". Destaca o autor, ainda, reportando-se à necessidade de intervenção penal nos casos de repercussão socialmente relevante, que "aquele desvalor só é apreendido socialmente, em linha de máxima, se se reflectir ou consubstanciar em um desvalor de resultado". (FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p.171 e p. 190, respectivamente.).

[247] Sobre essa contraposição no campo da filosofia, ver a interessante obra de SANDEL, Michael J. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. passim.

[248] Conforme Rachels, o utilitarismo clássico pode ser sintetizado em três proposições: em primeiro lugar, ações devem ser julgadas como corretas ou erradas somente em virtude de suas consequências, nada mais relevando; em segundo lugar, para avaliar as consequências, o único fator relevante é a quantidade de felicidade ou infelicidade gerada; finalmente, a felicidade de cada pessoa deve ser computada com igual peso. (RACHELS, James. *The elements of Moral Philosophy*. 4th ed. Boston: McGraw-Hill, 2003. p. 102.).

Sucede que a adoção de uma concepção material do ilícito, vislumbrando-se no desvalor do resultado uma sua dimensão indispensável, não deveria significar a renúncia a ulteriores níveis de valoração, porventura relacionados ao próprio desvalor da conduta. Partir desse pressuposto teórico, por sinal, representaria adesão irrestrita a uma concepção utilitarista do crime, na medida em que a caráter ilícito ou lícito de um comportamento – que espelharia, no campo jurídico-penal, a distinção que se pretende fazer, na filosofia moral, entre o agir corretamente e incorretamente – seria determinado exclusivamente em atenção às consequências verificadas.[249] [250]

Não nos parece que as coisas devam ser vistas dessa maneira. Desvalor da conduta e desvalor do resultado podem e devem concorrer para a determinação da ilicitude penal, na qualidade de requisitos indispensáveis. E assim o reconhece, por exemplo, D'Avila, ao fazer a ressalva de que com o reconhecimento de que o ilícito penal se estabelece a partir do resultado não se está, "em momento algum, negando outros níveis de valoração indispensáveis, como, *v.g.*, o correspondente ao próprio desvalor da ação".[251] Fala o autor, assim, em uma "coexistência necessária", ainda que condicionada à preexistência do desvalor de resultado – que considera ser a pedra angular do ilícito penal.[252]

Mas se isso é assim, e se há, de fato, uma coexistência necessária entre desvalor do resultado e desvalor da ação, então não parece possível concordar com as leituras que atribuem ao desvalor do resultado algum tipo de preponderância axiológica na construção do ilícito.

A questão, fundamentalmente, é: o desvalor de resultado pode, por si só, fundamentar o injusto penal? É dizer, o resultado juridicamente desaprovado causado por uma conduta humana individualizável pode ser considerado penalmente relevante, ainda que inexistente qualquer conteúdo de desvalor da conduta? Se a resposta for negativa – e não se acredita que, após o finalismo, alguém possa responder positivamente a essa questão –, então

---

[249] Cuidando-se isso da primeira proposição característica do utilitarismo clássico, conforme RACHELS, James. *The elements of Moral Philosophy*. 4th ed. Boston: McGraw-Hill, 2003. p. 102.

[250] No contexto anglo saxônico, relacionando a defesa de um sistema legal baseado, por exemplo, no *harm principle* a uma abordagem consequencialista – definindo como slogan central do consequencialismo a circunstância de o caráter correto ou errado de uma ação depender somente das suas consequências –, ver DUFF, Antony A. *Intention, agency and criminal liability*: philosophy of action and the Criminal Law. Oxford: Basil Blackwell, 1990. p. 105 et seq. A essa visão se contraporia, conforme o autor, uma "visão não-consequencialista", segundo a qual a significância de uma ação não dependeria de suas consequências esperadas, mas das intenções sob as quais a ação se estrutura. (Ibid., p. 111.).

[251] D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77.

[252] D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77.

não nos parece possível dizer, com Faria Costa, que "a ofensa a um bem jurídico é a chave que permite a intervenção do detentor do *ius puniendi* (Estado)",[253] ou, com o próprio D'Avila, que "o desvalor da ação tem relevância no direito penal somente dentre as condutas ofensivas a bens jurídicos e, assim, detentoras de desvalor de resultado".[254]

Com efeito, a afirmação de que desvalor da conduta é imprescindível à configuração do ilícito penal e, ao mesmo tempo, de que somente teria relevância dentre as condutas detentoras de desvalor do resultado, não deixa de constituir uma espécie de sofisma. No mínimo, essa lógica padece de alguma obscuridade. É que se o desvalor da conduta é, de fato, *indispensável*, se não há crime sem desvalor da conduta, a assertiva poderia ser formulada, com igual consistência, de maneira inversa: também o desvalor de resultado somente será relevante nos casos em que houver desvalor da conduta.

A questão, portanto, deve ser posta em outros termos: o desvalor da conduta é ou não imprescindível à configuração do ilícito penal? Ou bem o desvalor da conduta é um requisito indispensável à criminalização de comportamentos, ou não o é. Sendo ele indispensável, então não nos parece possível estabelecer relação alguma de preponderância entre desvalor de resultado e desvalor da conduta, sendo ambos considerados indispensáveis para a configuração do ilícito penal.[255]

3.3.3 Sobre o Necessário Fortalecimento do Conteúdo Material do Crime na Perspectiva do Juízo de Desvalor da Conduta

Não obstante a doutrina finalista tenha tido os méritos de edificar um sistema científico do crime a partir de um conceito de ação muito mais adequado à realidade, parece-nos que a realocação do dolo e da culpa na tipicidade acabou por promover um desmembramento indevido no juízo de desvalor da conduta. Diferentemente da doutrina neoclássica, que reunia na culpabilidade os elementos subjetivos imputáveis à conduta do

---

[253] FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 171. Destaca o autor, ainda, reportando-se à necessidade de intervenção penal nos casos de repercussão socialmente relevante, que "aquele desvalor só é apreendido socialmente, em linha de máxima, se se reflectir ou consubstanciar em um desvalor de resultado". (Ibid., p. 190.).

[254] D'AVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 99-126, jul. 2016. p. 118.

[255] Com o que parecem concordar Muñoz Conde e Garcia Arán, para quem não deve haver prevalência entre os juízos de desvalor de ação e desvalor do resultado, contribuindo ambos, "no mesmo nível, para constituir a antijuridicidade do comportamento". (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 304.). É bom de notar, no entanto, que na ótica dos autores, o desvalor da ação é integrado por elementos distintos daqueles que nele vislumbramos, vinculados à periculosidade do comportamento adotado – consideração que, quanto a nós, integra o juízo de desvalor do resultado.

agente e, também, os juízos de valor externos a que a ação se submeteria, o finalismo reconduz os primeiros ao plano da tipicidade, e apenas a eles parece se reportar para fundamentar o desvalor da conduta e, assim, a própria edificação do injusto.

Segundo vemos, contudo – e ideia essa que será aprofundada nas linhas que seguem –, é exatamente no âmbito dos juízos de valor direcionados à conduta – parte deles, inclusive, levados a efeito, na mais difundida sistemática de delito, em sede de culpabilidade – que identificamos uma das dimensões essenciais daquilo que se deveria entender por desvalor da ação.[256] A simples constatação de um comportamento doloso, ou a simples percepção de uma violação deliberada a uma norma de determinação, não são aptas a fundamentar o desvalor da conduta, ao menos no contexto de uma definição material do crime.[257]

Em primeiro lugar, porque se é inerente ao conceito material do crime a assunção da premissa de que o delito precede ao legislador, então não se afiguraria lógico identificar como essência da ação desvaliosa a deliberada violação de um preceito normativo que, como tal, é edificado pelo legislador. Seria fazer depender a definição material do crime da sua prévia tipificação, o que não só caracterizaria uma subversão de planos, mas tornaria completamente inútil a tentativa de definir materialmente o fenômeno criminoso, já que nenhuma função crítica ou limitadora poderia ser disso extraída. Em última análise, essa perspectiva não ofereceria ao legislador qualquer parâmetro na eleição dos comportamentos penalmente relevantes.

---

[256] Tal assertiva, em certo sentido, parece ir ao encontro do entendimento de Eduardo Correia, ao afirmar que "não é em sede de tipicidade, mas de culpa, o lugar próprio dos elementos que determinam o desvalor do acto". (CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1. p. 280.). Obviamente que tal conclusão deve ser contextualizada, na medida em que o autor não apoiava a cisão da culpabilidade operada pelo finalismo, com a inclusão dos elementos psicológicos da conduta na esfera do tipo. Ainda assim, é de se ressaltar que o conceito de culpa endossado pelo autor pressupõe, também, os juízos de valor que emprestamos ao desvalor da ação.

[257] Exatamente nesse ponto se surpreende uma interessante e assumida mudança posicionamento de Mir Puig, que afirma, em alusão à sua antiga percepção, que restringia o injusto à violação do preceito normativo, que "o âmbito dos fatos desvalorados como penalmente antijurídicos coincidia com o dos fatos transgressores de alguma norma penal imperativa. Na atualidade, diferentemente, creio que nem a categoria da antijuridicidade penal, nem nenhuma outra da teoria do delito pode compreender-se adequadamente somente com base na sua relação com a norma imperativa, mas somente com o reconhecimento de que as diferentes categorias do delito supõem valorações jurídicas específicas distintas da infração daquela norma" (MIR PUIG, Santiago. Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 6-2, 2004, p. 2. Disponível em http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf. Acesso em: 06 de maio de 2018). O mesmo autor, no exato sentido da afirmação aqui levada a efeito, ainda destaca: "uma dogmática que queira penetrar no sentido material das instituições jurídicas não pode renunciar à busca das valorações e princípios que as fundamenta". Não poderíamos estar mais de acordo com a afirmação, e exatamente por isso é que postulamos a insuficiência de uma análise do desvalor da conduta restrita ao elenco dos elementos objetivos e subjetivos atinentes ao comportamento humano. Convém ressaltar, no entanto, que o reconhecimento levado a efeito pelo autor, em louvável mostra de humildade acadêmica, se direciona mais precisamente à inclusão do desvalor do resultado no injusto – o que antes negara, mas com o que estamos de pleno acordo –, e não à exigência de uma valoração do comportamento nos termos em que por nós postulada.

Parece evidente que para abordar o crime a partir do seu conteúdo – assumindo-se a ideia de que nem tudo pode ser considerado ilícito –, é preciso refletir sobre os segmentos da realidade de que se deve ocupar o legislador. E isso tanto na perspectiva dos resultados que se reputam reprováveis – e.g., violação à vida, violação ao patrimônio –, quanto na perspectiva das ações que se reputam reprováveis. Sendo assim, parece arbitrário identificar no resultado uma entidade pré-existente à norma e dela condicionante, e na ação causadora daquele resultado – que lhe é, pois, cronologicamente anterior – uma atitude interna para cuja apreciação jurídica a existência da norma já é pressuposta. Daí que a ação desvaliosa de que se deve ocupar o legislador penal – e, por certo, também o julgador –, deve ser analisada por sua própria valência, por seu próprio significado – deixando-se por ora em aberto saber qual o critério potencialmente utilizado para definir-se uma conduta como desvaliosa.

O que importa aqui sublinhar é que, por razões óbvias, o núcleo do desvalor da conduta, no contexto de uma definição material do crime, não pode ser encontrando pressupondo-se uma norma penal – e, portanto, um injusto já edificado. Se leituras materiais do crime são transcendentes e subordinantes, tal como visto anteriormente, há que se buscar, também em relação à conduta, um critério transistemático, uma abertura, o que passa, por exemplo, pela análise da reprovabilidade social dos comportamentos. Tal tipo de análise é que parece, na realidade, permear as escolhas do legislador na definição dos fatos penalmente relevantes.

Em segundo lugar, porque a noção de desvalor da conduta não pode ser limitada à constatação de um determinado substrato fático, de um fato bruto – comportamento do agente, no qual está compreendida a sua atitude psicológica frente ao fato. Em realidade, o que se tem é um *substrato valorado*, algo que se considera desvalioso, o que reclama, então, um juízo de valor. A já citada frase de Faria Costa, de que "não há fatos puros", mas somente fatos "vistos e como tal valorados à luz de uma pré-compreensão",[258] deveria valer também para a análise das condutas penalmente relevantes – e, assim, para a determinação do desvalor da conduta. Não se cuida, por isso, do comportamento em si, ontologicamente compreendido, mas do juízo que se projeta sobre esse comportamento – de algo, portanto, que lhe é extrínseco. Exatamente a isso se deveu, inclusive, a relutância de alguns autores

[258] FARIA COSTA, José de. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica: ou o retorno à limpidez do essencial. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 12, n. 1, p. 7-23., jan./mar. 2002, p. 12.

em aceitar a "pessoalização" do ilícito operada pela doutrina finalista, na medida em que ali se promoveu nada menos do que uma cisão entre o substrato e a valoração desse substrato.[259]

Nesse particular, convém traçar um rápido paralelo com o tratamento dispensado ao desvalor do resultado. Segundo vemos, restringir o significado jurídico-penal da conduta ao elenco descritivo de elementos objetivos e subjetivos relacionados ao comportamento humano (*puro substrato*), retirando-lhe qualquer juízo de valor extrínseco – reservado à culpabilidade – não parece diferente de restringir a análise do resultado à mera modificação do mundo exterior, retirando-lhe a noção de danosidade social que lhe empresta significação jurídico-penal. Ou então não é verdade que as noções, por exemplo, de *dignidade penal* e *carência de tutela penal*, necessárias à eleição dos bens jurídicos penalmente tuteláveis, bem como de *ofensividade*, não são também elas normativas, no sentido de que o resultado capaz de ascender à discursividade penal é perceptível somente a partir de um juízo de valor?[260]

Assim, parece-nos igualmente inviável desprender a significação jurídico-penal do comportamento dos juízos de valor que a ele se direcionam. Condutas somente podem ser consideradas *desvaliosas* porque sobre elas recaem juízos de valor. A partir desse tipo de juízo é que um determinado comportamento pode ser tido por desvalioso. É dizer, condutas são desvaliosas em razão da sua desaprovação, não por serem apenas condutas e não somente porque o indivíduo age finalisticamente. Logo, determinar se um comportamento é penalmente desvalioso não pode prescindir de um momento de valoração, que se afigura então constitutivo para a categoria do *desvalor da conduta*, e de fundamental importância já no momento da definição, pelo legislador, dos comportamentos penalmente relevantes.

3.4 INDÍCIOS DA EXISTÊNCIA DE UM CONTEÚDO MATERIAL EXTRAJURÍDICO RELACIONADO À DIMENSÃO DA CONDUTA

Parece claro, a partir do excurso teórico até aqui empreendido, que a noção jurídico-penal de desvalor da conduta é invocada pela doutrina, no mais das vezes, em alusão a

[259] Nesse sentido, fazendo a defesa da separação entre injusto e culpabilidade e oferecendo resistência à inserção de elementos subjetivos no injusto, parecem oportunas as palavras de Eduardo Correia, para quem "o conceito formal de censurabilidade tem forçosamente de ser integrado pelo substracto desvalioso, pela matéria que o justifica", não podendo decorrer só da censurabilidade em si, e tampouco do substrato dado na relação psicológica entre o agente e o fato, "mas antes numa reunião do substracto desvalioso, realmente existente na pesssoa do agente, e da sua valoração como censurável, pela ordem jurídica, há-de residir a essência do conceito de culpa". (CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1. p. 252.).

[260] Sobre as noções de dignidade penal e carência de tutela penal, ver COSTA ANDRADE, Manuel da. A 'Dignidade Penal' e a 'Carência de Tutela Penal' como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime'. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, abril-junho de 1992. p. 173-205.

substrato fático, a um fato bruto, ignorando-se que a determinação da relevância penal dos fatos depende, também, de uma prévia *valoração desse substrato* mediante considerações que lhe são extrínsecas. Especialmente a partir do finalismo, a despeito de construções teóricas que enfatizaram a preponderância, quando não a exclusividade, do desvalor da conduta na construção do injusto, tal dimensão, como já dito, acabou por ficar limitada ao puro substrato, à constatação da ação mesma, com todos os seus componentes objetivos e subjetivos. O juízo de valor sobre esse comportamento, do qual se retiraria a sua reprovabilidade ou censurabilidade, acabou por ficar recluso ao plano da culpabilidade, sem qualquer influência aparente, portanto, na definição abstrata dos comportamentos proibidos.

Não é de causar surpresa, então, que conforme anunciado na abertura do presente capítulo, praticamente todas as tentativas de definição material do crime acabassem por se ater exclusivamente aos resultados dos comportamentos, desprezando as características do comportamento em si. A categoria do desvalor da conduta, compreendida com a sua necessária dimensão valorativa, tem sido, nesse sentido, corriqueiramente negligenciada pela doutrina enquanto elemento decisivo *para a construção do ilícito penal*, a relevar tanto para a edição de tipos de crime e de tipos de justificação pelo legislador, quanto para o juízo de adequação entre as condutas concretamente verificadas e os diversos tipos de crime previstos na Parte Especial.

As linhas que seguem pretendem demonstrar, rompendo com essa tradição teórica praticamente hegemônica, que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos não pode ser considerado o único parâmetro de aferição da ilicitude material, uma vez que não é capaz de explicar, em todos os casos, as escolhas que fazemos em relação aos comportamentos que devem ser criminalizados. Como se verá, há determinadas considerações que se prendem exclusivamente aos comportamentos, via de regra relacionadas a uma ideia de reprovabilidade ou censurabilidade, e que parecem essenciais não somente para a decisão acerca da imposição da pena ao autor, mas já para a própria definição dos fatos que devem ser considerados penalmente relevantes. É dizer, a definição material do crime não prescinde de considerações relacionadas ao desvalor da conduta, com absoluta independência dos resultados a que essa conduz.

Mais do que isso: não somente há espaço para considerações relacionadas à conduta, como tais considerações não se limitam à simples verificação da atitude psicológica do agente na realização do fato. A exigência de responsabilização penal subjetiva – por dolo ou culpa –, em que pese se afigure como uma das evidentes e nucleares dimensões de análise

do desvalor da conduta, longe está de esgotar todas as considerações valorativas em atenção às quais se determina a relevância penal de um dado comportamento.

A seguir, serão examinados alguns exemplos paradigmáticos que pretendem aprofundar essas ideias.

3.4.1 Fatos Intencionais, Detentores de Desvalor de Resultado e não Criminalizados

O primeiro e básico argumento que pode ser invocado em favor da alegação de que juízos de valor sobre a conduta também são essenciais para uma definição material do crime, e que esses juízos de valor já se mostram fundamentais para a própria construção do injusto, é a circunstância de que determinados comportamentos humanos intencionais, a despeito de serem lesivos a bens jurídicos, não são criminalizados pela nossa legislação, a fazer concluir que as escolhas sobre a criminalização de comportamentos dependem, também, de ulteriores considerações relacionadas a aspectos subjetivos do comportamento, e que não necessariamente se limitam à análise da intenção ou da negligência.

Tomemos o exemplo do inadimplemento contratual. O mero inadimplemento contratual, ainda que voluntário e deliberado, não configura crime. Nesse tipo de situação, não há qualquer disputa ou controvérsia teórica sobre o prejuízo gerado pela conduta do indivíduo inadimplente. Parece perfeitamente apropriado dizer que o inadimplemento do contrato pode representar uma ofensa significativa ao patrimônio do credor – do que se extrairia o seu desvalor de resultado. Ainda assim, essa ofensa não autorizou o legislador a incluir, dentre os crimes contra o patrimônio, um tipo penal de “inadimplemento contratual”. Qual terá sido a razão para isso?

Embora seja possível apenas especular, algumas luzes interessantes parecem ser lançadas à discussão quando analisamos a possibilidade de enquadramento do inadimplemento contratual ao tipo do estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal brasileiro. Ou, mais precisamente, quando analisamos as razões pelas quais o simples inadimplemento contratual não se afigura suscetível de enquadramento à previsão típica do estelionato.

Com efeito, não é de hoje que, no contexto de imputações de estelionato, sobretudo quando vinculadas a um cenário de inadimplemento de obrigações civis, os tribunais brasileiros vêm se defrontando com o problema de distinguir, a partir de critérios qualitativos, o ilícito civil do ilícito penal. Já Hungria sinalizava a dificuldade de operar essa distinção quando, em seus comentários, buscando diferenciar a fraude civil da fraude penal,

e reconhecendo a existência, por um lado, de diversos fatos antijurídicos sujeitos exclusivamente a sanção civil – dano culposo, furto de uso, esbulho possessório sem violência, inadimplemento ou impontualidade de obrigação contratual, entre outros –, e, por outro, a inexistência de uma distinção ontológica entre esses fatos e aqueles caracterizadores da fraude penal, afirmava que a diversidade de tratamento observaria apenas "um ponto de vista de conveniência política, variável no tempo e no espaço".[261] Embora afirmando que, do ponto de vista lógico, a transgressão da norma jurídica deveria sempre implicar imposição de pena, reputa que tal seria uma demasia, e que ao legislador – que classifica como "oportunista" – caberia apenas, "inspirado pelas exigências do meio social, assegurar, numa dada época, a ordem jurídica mediante sanções adequadas",[262] o que conduziria a utilizar o instrumentário da sanção civil – ressarcimento do dano, execução forçada, nulidade do ato, entre outros – nos casos em que o fato contrário ao direito não for suscetível de provocar "intenso ou difuso alarme coletivo".[263] Por outro lado, a sanção penal ficaria reservada somente aos casos em que "a conservação da ordem jurídica não se possa obter com outros meios de reação",[264] no que o autor claramente adota um critério de necessidade da intervenção penal. Esse critério, como se percebe, não é nada claro. Permanece ainda a questão de saber o motivo pelo qual, em determinados casos, a sanção penal se revelaria necessária, e em outros não. Daí que, em relação à questão da fraude contratual sem repercussão penal, o autor acabe por atribuir ao julgador a tarefa de "apreciar se este ou aquele caso concreto se enquadra, ou não, no versículo genérico da lei penal"[265]. Conquanto analisando a pertinência de alguns critérios para definir a fraude civil da fraude com repercussão penal,[266] termina Hungria por considerá-los "incompletos e precários", de valor meramente "relativo, indiciário ou sintomático", servíveis apenas como "sugestões orientadoras no aferir-se, de caso em caso, a periculosidade ou criminosidade da fraude".[267]

---

[261] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955b. v. 7: Decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 155 a 196. p. 167.
[262] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955b. v. 7: Decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 155 a 196. p. 167.
[263] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955b. v. 7: Decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 155 a 196. p. 168.
[264] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955b. v. 7: Decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 155 a 196. p. 168.
[265] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955b. v. 7: Decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 155 a 196. p. 173.
[266] Conforme Hungria, os critérios modernamente preconizados podem ser subjetivos, relacionados à intenção do agente; objetivos, relacionados à natureza dos meios iludentes, ou mistos. Sobre isso, com ampla revisão bibliográfica, ver HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955b. v. 7: Decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 155 a 196. p. 178 et seq.
[267] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955b. v. 7: Decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 155 a 196. p. 177.

Ainda assim, o autor acaba reconhecendo que o critério menos precário é aquele que identifica na fraude penal uma "ideia preconcebida", um "propósito *ab initio* da frustração do equivalente econômico", sendo precisamente esse inadimplemento preordenado ou preconcebido o "menos incerto dos sinais orientadores na fixação de uma linha divisória nesse terreno contestado da fraude".[268]

De fato, a intenção preordenada de inadimplemento parece ser o principal critério adotado para determinar o enquadramento ao tipo do estelionato. No julgamento do HC 87.441/PE, por exemplo, o STF entendeu que, para fins de configuração do estelionato, o dolo de obtenção da vantagem, mediante indução da vítima ao erro, deve ser inicial, concomitante ao início da execução, não bastando que a intenção lesiva "tenha nascido *a posteriori*, na busca de proveito indevido antes não visado, situação que se caracterizaria como mero inadimplemento contratual".[269] E sobre isso parece haver algum consenso na doutrina.[270]

Percebe-se, então, uma situação até certo ponto reveladora. O simples inadimplemento contratual, mesmo intencional, conducente a um resultado juridicamente desvalioso – dano patrimonial –, não configura crime, mas mero ilícito civil; a conduta criminosa, no entanto, restará configurada nos casos em que se revelar possível aferir uma intenção preordenada de inadimplemento ou ciência prévia de que a obrigação não será cumprida. Cuida-se de uma distinção que aparentemente se estabelece no plano da apreciação da conduta, na forma como tal comportamento é percebido e valorado, com absoluta independência, então, do resultado a que tal comportamento conduziu. Há certos predicados relacionados à segunda situação, faltantes na primeira, e que, aparentemente, se afiguram decisivos para a relevância penal do fato.

Tais predicados, convém novamente destacar, não dizem respeito exatamente à questão da existência ou não de dolo – aqui tomado, provisoriamente, como intenção. E isso porque nos dois casos se afigura possível dizer que o indivíduo age dolosamente, podendo-se perfeitamente pensar em um inadimplemento intencional, deliberado e em circunstâncias

---

[268] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955b. v. 7: Decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 155 a 196. p. 186.

[269] STF. HC 87441, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16/12/2008.

[270] Sobre isso, remetemos o leitor a TOVO, Antonio. *Perfil do estelionato contratual*. Confiança e boa-fé no limiar das esferas de ilicitude. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016. Em especial p. 85 et seq., p. 95 et seq. e p. 153 et seq. Como bem destaca o autor, "a maquinação adrede de infundir equívoco no sujeito ativo é o critério mais cristalino a dissociar as ilicitudes que se encontram nos limiares do âmbito penal e contratual". Ainda, afigura-se como elemento central na distinção feita pelo autor entre as categorias que denomina de *estelionato ordinário* e *estelionato contratual*. Segundo Tovo, "o estelionato contratual configura-se quando o dolo antecede a celebração do contrato", pactuando o agente algo com a vítima e "possuindo ciência prévia de que não irá cumpri-lo".

nas quais o agente livremente optou por não cumprir a obrigação, podendo fazê-lo. Como visto, não é isso que será determinante para emprestar relevância penal ao fato, mas sim a presença ou não da preordenada intenção de não cumprir a obrigação, ou o chamado "*dolo antecedente*".

O presente exemplo parece, portanto, indicar duas coisas. Em primeiro lugar, o que quer que chamemos de *desvalor da conduta* é o que está a operar, aqui, como elemento decisivo para que o comportamento seja considerado penalmente relevante em um caso e penalmente irrelevante no outro, dado que o desvalor do resultado se afigura rigorosamente o mesmo em ambas as situações. Em segundo lugar, o *desvalor da conduta* não pode ser explicado simplesmente pela atitude intencional do agente, presente nos dois casos, pois a configuração do crime exige, como visto, não somente a intenção, mas um tipo específico de intenção, com determinadas particularidades.

Daí que o que parece efetivamente central, neste caso, são as *razões* pelas quais a configurabilidade do crime está a depender de uma prévia intenção do indivíduo de inadimplir o contrato, não bastando sequer a simples voluntariedade superveniente à celebração do pacto. Parece absolutamente equivocado supor que tais particularidades constituam exigência meramente acidental, arbitrária ou aleatória, como se o simples substrato fático (atitude psicológica do agente) fosse por si só revelador ou portador da dignidade penal do fato, independentemente de quaisquer juízos de valor. Na realidade, o que parece determinante aqui é a *valoração* ou a *apreciação* que se faz daquela precisa atitude psicológica. A questão é, por isso, fundamentalmente valorativa. Considera-se que a intenção preordenada do indivíduo de frustrar o contrato é mais reprovável ou censurável do que a simples vontade livre e superveniente de o fazer. Considera-se que, naquele caso, a celebração do contrato constitui apenas instrumento de embuste, a denotar, para além da total má-fé, invulgar empenho e preparação na atividade criminosa. Acentua-se, assim, o desvalor da conduta, de tal maneira que, de um indiferente penal, o fato passa a ser considerado penalmente relevante.

Se isso é assim, parece que a apreciação do comportamento – da qual resulta a conclusão sobre o seu grau de reprovabilidade e, portanto, o desvalor da conduta – opera, aqui, como elemento decisivo para que o comportamento seja considerado penalmente relevante, do que resulta a aparente impossibilidade de dissociar essa questão do plano da própria tipicidade.

3.4.2 A Relevância Típica dos Elementos Subjetivos Diversos do Dolo

Há uma distinção dogmática corriqueira entre a vontade geral de praticar a conduta – via de regra associada ao dolo –, a *finalidade* e a *motivação* com que ela é praticada. Tal questão será abordada com maior detalhamento mais adiante.[271] Por ora, de forma provisória, limitamo-nos a afirmar que, conforme uma definição mais aceita, enquanto a finalidade corresponderia a uma projeção de resultados antecipados pelo agente, àquilo que ele busca com a prática da conduta, a *motivação* estaria associada muito mais à ideia de causa psíquica determinante da ação.[272] Em que pese finalidade e motivação possam concretamente se apresentar de maneira associada, por vezes sendo difícil separá-las, tal não impede o reconhecimento de sua autonomia. Como bem observa Zaffaroni, "um mesmo fim pode possuir distintas motivações e uma motivação pode dar lugar a distintas finalidades".[273]

Coloca-se, então, o problema de se determinar qual a colocação sistemática, dentro do conceito analítico de crime, de tais categorias.

No que diz respeito à finalidade, cuida-se de elemento nem sempre presente nos tipos delitivos. Quando presentes, esses elementos vinculam-se à tipicidade, dando lugar a modalidades específicas de crimes, os chamados delitos de intenção ou de tendência interna transcendente, categoria que abrangeria os chamados crimes de resultado cortado, de um lado, e os delitos mutilados de dois atos, de outro.[274] Tais tipos de crime estariam associados àqueles tipos penais que empregam expressões como "*com a finalidade de*", "*com o intuito de*", "*com o objetivo de*", entre outras expressões alusivas a finalidades. Em tais casos, há uma assimetria entre o tipo objetivo e a dimensão subjetiva, de modo que se exige a prática de determinada conduta com finalidade transcendente. Nesses casos, não há dúvidas de que o elemento subjetivo descrito pertence ao injusto, não só porque contido na descrição típica, mas também porque sua ausência descaracterizaria o próprio tipo delitivo.[275]

---

[271] Ver nosso item 5.2.1.4.3.

[272] Em sentido similar, MALINVERNI, Alessandro. *Scopo e movente nel diritto penale*. Torino: UTET, 1955. p. 67, para quem o termo fim (*scopo*) – considerado um "aspecto cognoscitivo" do fato psíquico – remete à "representação de um resultado que o agente busca conseguir", ao passo que o termo motivo (*movente*) – considerado um "aspecto afetivo" do fato psíquico – remete essencialmente ao "impulso determinante da ação".

[273] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981. t. 3. p. 381.

[274] No mesmo sentido do texto, JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 342. Também sobre essa distinção, embora em classificação ligeiramente diferente – considerando estarem os delitos mutilados de dois atos inseridos dentro dos delitos de resultado cortado –, GIL GIL, Alicia. El concepto de intención en los delitos de resultado cortado: especial consideración del elemento volitivo de la intención. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 6, p. 103-138, jul. 2000. p. 106.

[275] Nesse sentido, ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; e Id. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 378.

Por outro lado, em relação à motivação do crime, parcela significativa da doutrina tende a considerá-la um elemento de graduação da culpabilidade – considerada a culpabilidade, ao menos aqui, como medida da pena –, e não como um elemento relevante para o juízo de adequação típica, tal como o dolo ou a intenção.[276] Essa orientação, inclusive, parece respaldada pelo Código Penal brasileiro na medida em que, dentre os vetores para a fixação da pena-base, previstos no art. 59, encontra-se aquele referente ao *motivo* do crime.

No entanto, casos há em que a motivação do crime se oferecerá como circunstância qualificadora – o "motivo fútil" ou o "motivo torpe" em relação ao homicídio,[277] ou o "motivo egoístico" em relação ao dano –,[278] como circunstância privilegiadora – o "motivo de relevante valor moral" em relação ao homicídio[279] ou o "motivo de reconhecida nobreza" em relação ao crime de parto suposto –,[280] ou, ainda, como verdadeira elementar do tipo penal – casos, por exemplo, do crime de ultraje a culto religioso (art. 208 do Código Penal brasileiro), que prevê a conduta de "escarnecer de alguém publicamente, *por motivo de crença ou função religiosa*", ou do crime de terrorismo (art. 2º da Lei 13.260/2016), que prevê a prática de determinados comportamentos (especificados no §1º do art. 2º daquele diploma legal) "*por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião*".[281] Sobre esse tipo penal específico, algumas considerações parecem pertinentes.

Note-se que o tipo do terrorismo contrapõe claramente as noções de motivos e fins, exigindo, para além do dolo – consubstanciando na consciência e na vontade de praticar algum dos comportamentos elencados no §1º do art. 2º da Lei 13.260/2016 – uma finalidade específica e uma motivação específica. Enquanto a finalidade corresponderia ao objetivo "*de provocar terror social ou generalizado*", a motivação, como já referido, seria dada pela exigência de ser o fato praticado "*por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião*". A motivação, como se vê, dissocia-se da própria finalidade

---

[276] Parece ser essa, por exemplo, a posição de ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981. t. 3. p. 381, bem como de JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal*. La ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot: Editorial Sudamericana, 1990. 364.

[277] Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. [...] § 2° Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil.

[278] Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - Se o crime é cometido: [...] IV - por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima.

[279] Art. 121. Matar alguem: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

[280] Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

[281] Lei 13.260/2016

reclamada pelo tipo, afigurando-se, também ela, como elemento subjetivo do tipo penal, na falta do qual o delito de tráfico inexiste.

Em situações como a retratada acima, nas quais a motivação encontra referência na descrição típica e se assume, consequentemente, como elemento condicionante do juízo de adequação típica, a doutrina majoritária tende a considerar os motivos como "elementos especiais do tipo subjetivo".[282]

Para Roxin, no entanto, a questão não parece resolúvel mediante a simples análise da inclusão ou não do elemento subjetivo na descrição típica, passando a resposta por critério ligeiramente diferente: o da "referência ao tipo delitivo".[283] Assim, na perspectiva do autor, um determinado elemento subjetivo pertencerá ao tipo delitivo na medida em que se referir ao bem jurídico tutelado, ou quando caracterizar "o objeto da ação típica, a forma de seu menoscabo ou tendências relevantes para o injusto", ao passo que pertencerá à culpabilidade nos casos em que não se referir ao tipo delitivo, mas simplesmente descrever "motivos, sentimentos e atitudes internas independentes daquele".[284] Nesse sentido, conforme a categorização proposta, enquanto, por exemplo, o ânimo de lucro se afiguraria como elemento subjetivo do tipo em relação ao delito de estelionato, visto que diretamente relacionado ao patrimônio da vítima – objeto de tutela –, a ganância se afiguraria como um elemento subjetivo da culpabilidade no que diz respeito ao homicídio, uma vez que a ganância não possui qualquer relação com a vida, tampouco representa qualquer forma específica de ataque.[285] A conclusão, assim, é que não se poderia classificar em abstrato se um determinado elemento subjetivo – seja ele uma intenção, seja uma motivação – pertence ao injusto ou à culpabilidade, na medida em que tal juízo passa, em qualquer caso, pela análise de cada tipo penal.[286]

---

[282] Nesse sentido, ver, por exemplo, SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo*: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 151-153, nota 179.

[283] ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 312.

[284] ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 312. No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 380.

[285] ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 313.

[286] ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 313.

Mas se constatamos que elementos subjetivos diversos do dolo, como finalidade e motivação, podem vir a ser relevantes a depender do tipo penal, e se estamos, paralelamente, a trabalhar com uma definição *material* do crime – segundo a qual o delito seria pré-existente ao labor legislativo –, temos que reconhecer que, em determinados casos, tais elementos subjetivos comporiam já a noção de desvalor jurídico-penal que norteariam a formação do ilícito e que condicionariam, por conseguinte, a sua definição abstrata. É dizer, novamente, aqui, passamos a nos ocupar das *razões* pelas quais, em determinados tipos de ilícito, tais elementos subjetivos se afiguram centrais a ponto de obterem referência na própria definição abstrata do comportamento proibido, ou a ponto de ao menos condicionarem o aparecimento do comportamento típico. Ou seja, não parece correto dizer, ao menos no contexto de uma definição material do crime, que tais elementos subjetivos seriam relevantes para fins de adequação típica do comportamento *em razão da sua descrição típica*, como se a definição típica do crime fosse meramente acidental ou aleatória. O problema parece ser, antes disso, *o motivo pelo qual a sua descrição típica convoca – direta ou mesmo indiretamente – a presença desses elementos subjetivos*.

E nesse sentido, parece digno de nota que a motivação do crime necessariamente exerça influência sobre o juízo de reprovação da conduta. A depender, obviamente, da específica motivação – podendo-se falar, por um lado, de uma 'motivação nobre" ou de um "relevante valor moral", e, por outro, em um "motivo torpe" ou "motivo egoístico" –, tanto poderá haver diminuição da reprovação do comportamento, quanto exasperação. Em última análise, tem-se na motivação do crime um elemento capaz de influenciar o juízo sobre o desvalor da conduta, e que de fato poderá, em determinados casos, condicionar o próprio aparecimento da figura típica, nomeadamente dos casos em que a motivação se afigurar como elementar do tipo –[287] invocando-se aqui, mais uma vez, os exemplos dos delitos de ultraje a culto religioso (art. 208 do Código Penal brasileiro)[288] e terrorismo (art. 2º da Lei

[287] Ainda que em outro contexto dogmático – na medida em que o finalismo ainda não se apresentara à comunidade jurídica –, Sousa Neto parece de alguma maneira aderir a essa percepção ao observar, em tom crítico, que a doutrina de regra recusa a inserção do motivo no dolo, considerando-o irrelevante na definição do crime e relevante apenas para fins de aplicação da pena. Daí indagar o autor, de forma crítica: "por que se despreza o motivo onde êle atua (no dolo) para ser invocado e pesado na fixação da pena? Por que é que a quantidade da pena depende deles se a pena (a punição) deles independe? Diz-nos a lógica que a pena e, não, a sua quantidade, é que devia estar subordinada à motivação do delito". (SOUSA NETO, Joaquim de. *O motivo e o dolo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 76-77.).

[288] Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

13.260/2016)[289]. Em tais casos, não basta falar em ofensividade e nem mesmo em dolo – compreendido como ciência e vontade de praticar o comportamento típico: a definição do crime incorpora, para além disso, uma específica motivação, e é isso o que, percebido como elemento gerador de maior reprovação, acaba por emprestar ao fato a relevância penal que justifica a sua previsão autônoma. O mesmo podendo-se afirmar da problemática da finalidade transcendente ao chamado dolo de agir, que, com clara influência no juízo de reprovabilidade – e, pois, desvalor – da conduta, não raro se oferecerá como elemento definidor do próprio tipo de delito – invocando-se, aqui, o exemplo da finalidade de obter vantagem econômica como condição do resgate, elemento que distingue o delito de extorsão mediante sequestro, previsto no art. 159 do Código Penal brasileiro,[290] do simples delito de sequestro, previsto no art. 148 do mesmo diploma legal.[291]

3.4.3 Das Permissões Normativas Baseadas na Ausência de Reprovabilidade

O direito penal seguidamente nos convida a refletir sobre o problema do agir corretamente, a partir de determinadas circunstâncias. E tal sucede, no mais das vezes, a partir de um olhar retrospectivo. Olhamos para o passado e ajuizamos sobre as condutas já adotadas, aprovando-as ou reprovando-as e, de consequência, punindo-as ou não as punindo, de acordo com o preenchimento ou não das condições legalmente estabelecidas e em atenção às finalidades que lhes subjazem. Trata-se, por exemplo, do juízo que se faz sobre o preenchimento ou não dos pressupostos fáticos para a incidência de alguma causa de justificação ou de exculpação em determinado caso concreto. Mas por vezes necessitamos levar a efeito um tal juízo em caráter prospectivo, ao decidir sobre a própria incriminação de um determinado comportamento, em abstrato, ou sobre a previsão, também em abstrato, de

[289] Lei 13.260/2016. Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. § 1º São atos de terrorismo: I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa; [...] IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento; V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa: Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

[290] Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - reclusão, de oito a quinze anos.

[291] Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos.

uma determinada causa especial de exclusão do crime. Esse exercício se mostra bastante revelador no que diz respeito à relação entre o juízo de reprovabilidade da conduta e a eleição dos comportamentos proibidos.

Com efeito, podemos questionar, por exemplo, as razões que levam à não punição do aborto humanitário, também conhecido como "aborto ético", em nosso ordenamento jurídico. Como se sabe, o Código Penal brasileiro, no art. 128, II, exclui a punição do aborto nos casos em que a gravidez resulta de estupro. Não estaria em causa, aqui, o sofrimento desumano a que se submeteriam as mulheres na hipótese de obrigatoriedade de uma gestação decorrente de um estupro, e, portanto, a ausência de reprovabilidade na conduta daquele que, com o consentimento da gestante, interrompe a gravidez que lhe gera apenas recordações de pânico? Independentemente da concordância ou não com essas razões, polêmica existente e na qual não se pretende adentrar, é inegável que, do ponto de vista do resultado, seja no aborto comum, proibido, seja no aborto humanitário, permitido, está em causa a vida intrauterina, a qual se acha violada em ambos os casos. Inviável, pois, levar a efeito qualquer distinção qualitativa entre as hipóteses sem recorrer à análise contextual da ação segundo uma perspectiva ético-social – caminho que o legislador houve por bem seguir, concorde-se ou não com a solução a que se chegou.

Idêntica reflexão podemos fazer em relação ao complexo problema da eutanásia, compreendida como a "ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana".[292] Verificamos, aqui, um espaço interessante de observação acerca da influência do desvalor da ação na configuração do ilícito.

É que qualquer cogitação acerca da possibilidade de permissão da eutanásia tem em sua base argumentos humanitários, tais como compaixão e preocupação para com o sofrimento alheio. Tais preocupações, assim, fossem positivamente apreciadas no seio comunitário, por certo não afastariam o desvalor do resultado decorrente da atuação da agente – uma vida terá sido abreviada de qualquer maneira –, mas poderiam, sim, conduzir ao afastamento do desvalor da ação. E apenas por esse caminho é que se justificaria eventual

[292] ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a. p. 189-239. p. 189.

permissão dada pelo sistema – o que, embora estranho à nossa realidade, sucede em diversos países.[293]

Muito interessante notar, no entanto, que mesmo em um contexto, como o alemão, em que permitida a chamada eutanásia indireta – como tal compreendida a prática de "medidas lenitivas sobre moribundo, apesar de poderem elas antecipar a ocorrência da morte" –[294] , admite-se a punição quando a ação for praticada com o propósito de matar, e não na forma do dolo eventual, quando o agente busca, em primeiro plano, a atenuação do sofrimento, embora prevendo a possibilidade de ocorrência da morte. Em tais casos, entende-se que o indivíduo pratica o delito de homicídio a pedido da vítima, afigurando-se possível, inclusive, que responda por homicídio qualificado, como em caso julgado pelo *Bundesgerichtshof*, no qual o indivíduo deixara de prolongar a vida de outrem com a finalidade de herdar seus bens.[295] O que significa dizer que nem mesmo o fato de a vítima ter sido libertada do sofrimento parece ter sido suficiente para descaracterizar a ilicitude do comportamento, afigurando-se nuclear, por outro lado, a intenção e a motivação daquele que deixou de prolongar a vida do moribundo. Ou seja: a ilicitude penal parece se afirmar, nesses casos, a partir de nuances subjetivas, que interferem exatamente na apreciação ético-social da conduta.

Neste ponto, parece relevante indagar: o que têm em comum os exemplos do aborto ético e da eutanásia passiva, abordados neste tópico, e o exemplo do inadimplemento contratual, abordado no item anterior? Tais casos parecem demonstrar não somente que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, parâmetro de aferição do desvalor do resultado, não se revela suficiente para explicar em todos os casos as escolhas de criminalização de condutas, mas, principalmente, que o juízo de reprovabilidade parece exercer importante papel na afirmação, ou não, do desvalor da conduta, o que se projetará, consequentemente, sobre a própria definição, pelo legislador, dos comportamentos proibidos e permitidos.

---

[293] Sobre isso, ver nossa nota 511. No contexto alemão, ver ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a. p. 189-239. p. 205.

[294] ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a. p. 189-239. p. 194.

[295] ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a. p. 189-239. p. 205.

3.4.4 As Situações de Reprovabilidade Atenuada Incorporadas ao Tipo: o Exemplo do Infanticídio

A ideia de reprovabilidade tradicionalmente resulta do exame da culpabilidade, e tradicionalmente é levada a efeito, em consequência, posteriormente à afirmação do injusto. Conforme o comum dos autores, a culpabilidade exprimiria uma censura não sobre o fato, mas sobre o autor do fato. Tal censura resultaria da constatação de que o indivíduo, pessoa imputável, agira livremente, com plena consciência da ilicitude e em circunstâncias tais que lhe fosse plenamente possível e exigível que agisse em conformidade com o direito. Mas mesmo a eventual ausência dessa censura, resultado da ausência de algum desses quesitos, não afastaria a percepção que se tem do injusto – que seguiria inabalável com absoluta independência da ausência de censurabilidade em relação ao seu autor –, mas sinalizaria, isso sim, a impossibilidade de o seu autor ser punido.

Nas linhas precedentes, vimos tratando de demonstrar que essa percepção não é inteiramente acertada. E isso porque o juízo de reprovação ou censura se afigura fundamental já para a própria formação do sentido de desvalor que preside a configuração do injusto e, com isso, para a definição dos comportamentos proibidos. E talvez o melhor exemplo para o demonstrar sejam os casos que o legislador, ao conceber um determinado tipo de crime, já leva em consideração uma situação de reprovabilidade atenuada. O mais paradigmático exemplo disso seria o do infanticídio.

Enquanto o art. 121 do Código Penal brasileiro prevê pena de seis a vinte anos de reclusão ao indivíduo que mata outrem, o art. 123 do mesmo diploma legal, sob o *nomen juris* de *infanticídio*, prevê pena de dois a seis anos de detenção para a pessoa que, sob influência do estado puerperal, mata o próprio filho durante ou logo após o parto. A despeito de se tratar de um crime praticado pela mãe contra o filho – o que, sob certa perspectiva, atribuiria ao fato maior desvalor, podendo justificar uma pena até superior à do homicídio –, percebe-se que, na realidade, há uma pena consideravelmente mais branda, o que se justifica

em razão do estado puerperal a que a mãe se acha submetida e em razão do qual age,[296] em uma situação que poderia ser qualificada como "quase patológica".[297]

O puerpério consiste no período que se segue ao parto, com duração variável, compreendendo desde o desprendimento da placenta até a volta do organismo materno às condições anteriores ao processo gestacional.[298] O estado puerperal pode ser associado, em linhas gerais, a três estados de alteração psíquica: tristeza pós-parto (*baby blues* ou *post-natal blues*), depressão pós-parto (*postpartum depression*) e psicose puerperal (*postpartum psychosis*).[299] A tristeza pós-parto é estado comum, que acomete diversas parturientes, e não possui relevância penal. O quadro de depressão pós-parto, diferentemente, em estados mais

[296] É interessante notar, no entanto, que o menor desvalor da conduta que se deixa perceber no caso do infanticídio nem sempre esteve associado à questão do estado puerperal. Entre nós, por exemplo, no Código Criminal do Império, de 1830, considerava-se infanticídio, a teor do art. 198, a conduta da mãe que matava seu filho recém-nascido "para ocultar a sua desonra". E enquanto o homicídio previa pena "de morte no grau máximo; galés perpétuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte anos no mínimo", o infanticídio na modalidade em questão previa pena "de prisão com trabalho por um a três anos". Veja-se, portanto, que nesse caso o desvalor da conduta era considerado menos intenso em razão da motivação do delito, que tinha por propósito a proteção da honra, e por aí se justificava o tratamento penal mais brando. Essa escolha não constituiu particularidade brasileira. Com efeito, o §217 do código penal alemão do império previa tratamento mais brando para a mulher que matava seu filho ilegítimo durante ou imediatamente após o parto, dispositivo esse que permaneceu vigente até 1998 ("Eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt vorsätzlich tödtet, wird mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren bestraft"). Em estudo com amplas referências históricas sobre a influência do ânimo de ocultação da desonra na configuração do infanticídio, ver o excelente estudo de MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María Isabel. Delito de infanticidio. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Espanha, Madrid, n. 3, 1993, p. 418 et seq.

[297] Assim, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María Isabel. Delito de infanticidio. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Espanha, Madrid, n. 3, 1993, p. 414.

[298] FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. n.p. Também destacando o caráter variável do período do puerpério, SILVEIRA, Paulo Roberto. *Fundamentos da medicina legal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 279, para quem dito período se estende até a eliminação dos lóquios ou até o retorno dos órgãos genitais ao estado de repouso. O autor refere, no entanto, a existência de entendimentos no sentido de que se trataria de período fixo, de quarenta dias.

[299] Nesse sentido, trabalhando com essa classificação, e situando a depressão pós-parto (*postpartum depression*) em uma zona intermediária entre a tristeza pós-parto (*baby blues*) e a psicose pós-parto (*postpartum psychosis*), ver LEWIS, Carol A.; BYERS, Alison Daly; MALARD, Sarah Deann; DAWSON, Gregory A. Challenges in Diagnosing and Treating Postpartum Blues, Depression and Psychosis. *The Alabama Counseling Association Journal*, v. 36, n. 1, 2010, p. 7. Essa divisão, no entanto, é absolutamente controvertida na literatura psiquiátrica e na literatura jurídico-penal. Há quem defenda, por exemplo, que o termo "depressão pós-parto" se afigure como um gênero capaz de enquadrar diversas desordens psíquicas distintas, dentre elas a própria psicose puerperal. Ver, nesse sentido, Thurgood, Avery e Williamson, para quem a depressão pós-parto (*postpartum depression*) é tida como um "guarda-chuva que abrange diversas desordens de humor que se seguem ao parto" (THURGOOD, Sara; AVERY, Daniel M.; WILLIAMSON, LLoyda. Postpartum depression (PPD). *American Journal of Clinical Medicine*, v. 6, n. 2. Spring 2009, p. 17). Os autores enquadram como casos de depressão pós-parto a tristeza pós-parto (*baby blues*), o transtorno de pânico pós-parto (*postpartum panic disorder*), o transtorno obsessivo-compulsivo (*postpartum obsessive compulsive disorder*), o transtorno pós-traumático de stress pós-parto (*postpartum post traumatic stress disorder*) e a psicose pós-parto (*postpartum psychosis*). Na literatura jurídico-penal brasileira, sustentando a diferença entre o transtorno psíquico decorrente do estado puerperal e a psicose puerperal, ver, por todos, HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955a. v. 5: Decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136. p. 256. Diferentemente, os termos "depressão pós-parto" e "psicose puerperal" aparecem associados em SOUZA, Carlos Magno de. O puerpério e suas controvertidas definições. *Revista da FDV*, Valença, v. 1, n. 1, p. 265-274., mai. 1998, p. 267.

agudos, passa a envolver sintomas como o de rejeição ao recém-nascido, bem como pensamentos sobre atentar contra a criança ou contra a própria vida. Já a psicose puerperal consiste em desordem psíquica extremamente severa, que acomete uma a duas mães em cada mil, e cujos principais sintomas são alucinações e ilusões, desorganização e confusão cognitivas, ansiedade e problemas de insônia, em alguns casos podendo levar à existência de impulso homicida por parte da parturiente.[300] Cuida-se, nos dois últimos casos, do que se poderia denominar de uma imputabilidade atenuada da parturiente, ou, nas palavras de Hungria, "um caso especial de responsabilidade diminuída",[301] com ampla relevância para a análise da configurabilidade do infanticídio. Especificamente no caso da psicose puerperal, há, no limite, a possibilidade de a parturiente ser considerada inimputável, nos termos do art. 26 do Código Penal brasileiro.

Perceba-se que, neste caso, o que está em discussão, na realidade, é um menor juízo de reprovação em relação ao comportamento da pessoa que não age em condições de absoluta normalidade psíquica. Não existisse a previsão do infanticídio, a situação poderia ser perfeitamente enquadrada como um homicídio praticado em situação de semi-imputabilidade, nos termos do parágrafo único do art. 26 do Código Penal brasileiro, a justificar uma diminuição da pena em razão do menor juízo de reprovação em sede de culpabilidade.[302] Daí que a previsão do infanticídio caracterize, na realidade, um juízo de semi-imputabilidade já entrincheirado no próprio tipo penal.

---

[300] DAVIES, William. Understanding the pathophysiology of postpartum psychosis: Challenges and new approaches. *World J Psychiatry*, v. 7, n. 2, p. 77-88, June 2017. Disponível em: http://bit.ly/2Rnnq3a. Acesso em: 19 maio 2018.

[301] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955a. v. 5: Decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136. p. 251. Interessante ressalvar, no entanto, que contrariamente ao afirmado em nosso texto, Hungria defende que a psicose pós-parto constituiria coisa diversa dos "estados psicopáticos que podem aflorar durante o parto ou das psicopatias em ato no momento do parto", e que se manifestam, em regra, vários dias após o parto, pelo que "nada têm a ver com elas, portanto, o art. 123, deixando a ocisão do infante de ser infanticídio para constituir, objetivamente, o crime de homicídio". Daí que a doutrina brasileira, de um modo geral, possivelmente influenciada por Hungria, acabe por distinguir a psicose pós-parto da influência do estado puerperal exigida pelo art. 123 do Código Penal. Nesse sentido, ver, por todos, PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. p. 85. Apesar disso, não nos parece que a psicose puerperal, transtorno psíquico ainda mais intenso, deva ser dissociada do infanticídio, podendo apenas justificar o reconhecimento, nesse caso, da total inimputabilidade, nos termos do art. 26 do Código Penal. De qualquer maneira, considerando que parcela da doutrina reputa que o estado de psicose puerperal sairia da alçada do infanticídio, parece tecnicamente correto sustentar, então, que a influência do estado puerperal a que faz referência o art. 123 do diploma penal esteja associada também ao quadro de depressão pós-parto, o qual a literatura psiquiátrica situa em uma zona intermediária entre a tristeza pós-parto e a psicose pós-parto.

[302] Veja-se, inclusive, que a própria Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal assinala que "O infanticídio é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em conseqüência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente". E arremata: "*Fora daí, não há por*

O exemplo em questão é paradigmático na medida em que parece incontroverso que, ao menos neste caso, uma valoração que sói ter lugar apenas por ocasião do juízo de culpabilidade integra já a própria análise da adequação típica do comportamento.[303] Tal valoração é precisamente o que justifica o advento de tipo penal autônomo, sendo a incorporação do juízo de culpabilidade ao tipo nesse caso tão nítida que parece gerar uma sobreposição dogmática ao se falar, em relação ao infanticídio, em semi-imputabilidade nos termos do parágrafo único do art. 26 do Código Penal brasileiro,[304] visto que tal condição se apresenta, aqui, como elemento essencial para o enquadramento da conduta ao tipo do art. 123 do diploma penal, excluindo-se, com isso, o enquadramento como homicídio simples.

Poder-se-ia dizer que o exemplo em questão se afigura isolado, não se prestando, por isso, a confirmar a tese de que a reprovabilidade dos comportamentos, objeto da culpabilidade, estaria já contida, como regra, no exame que preside a elaboração dos tipos penais. Não nos parece, no entanto, que a ressalva seja procedente. Afinal de contas, ainda que se tratasse de um exemplo isolado, sinalizaria ele, no mínimo, a possibilidade de, a depender da técnica utilizada pelo legislador em determinados tipos de crime, o juízo de reprovabilidade ocupar distinta posição sistemática na teoria do delito, o que já parece em alguma medida infirmar a própria metodologia de análise adotada –[305] lembrando que enunciados da ciência jurídica devem ser capazes de oferecer subsídios para que problemáticas pontuais sejam solucionadas "sem exceções perturbadoras".[306] Além disso, ainda que o caso em questão remeta de forma mais clara à reprovabilidade por envolver

que distinguir entre infanticídio e homicídio". (grifo nosso). É dizer, a teor da própria Exposição de Motivos, a distinção entre infanticídio e homicídio apenas se justifica em razão do comprometimento da capacidade de entendimento e autoinibição da parturiente.

[303] Para Prado, em afirmação que evidencia a relação entre as elementares típicas do infanticídio e o juízo de culpabilidade, a perturbação de ordem fisiopsíquica – necessária à adequação típica no infanticídio – se revela "capaz de atenuar a magnitude da culpabilidade". (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. p. 81.).

[304] Sendo certo que a semi-imputabilidade poderia ser concebida em virtude de condições diversas, além do estado puerperal. Apenas essa condição, a saber, o estado puerperal, é que, por ser elementar do tipo, já se encontraria abrangida e considerada em razão do próprio enquadramento como infanticídio.

[305] Diga-se, aliás, que relevantes rupturas paradigmáticas havidas na teoria do delito foram acompanhadas de constatações similares, relacionadas a particularidades de determinados tipos de crime. Tome-se, por exemplo, a constatação de autores neoclássicos, de que determinados tipos de ilícito conteriam alguns elementos subjetivos, não podendo ser explicados somente em termos objetivos (sobre isso, ver, por exemplo, MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*: parte general. Traducción directa del alemán por el professor Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 232). Tome-se, ainda, a constatação de Welzel, de que a posição do dolo na estrutura do delito não poderia depender da circunstância de o disparo atingir ou não a vítima, em alusão à situação dogmática distinta que se teria na percepção do homicídio consumado e do homicídio tentado acaso se reconhecesse que apenas em relação à tentativa o dolo integraria o injusto. (WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 105).

[306] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 51.

questão via de regra relacionada à culpabilidade (a saber, a semi-imputabilidade) – precisamente o que, aliás, faz dele um bom exemplo –, isso não exclui que em diversas outras hipóteses, mesmo que não a partir de considerações tão tradicionalmente vinculadas à culpabilidade, a definição do comportamento proibido também envolva considerações atinentes, em última análise, à reprovabilidade do comportamento – inserindo-se aqui os exemplos anteriormente tratados, do inadimplemento contratual, do aborto ético e da eutanásia, bem como aqueles em que a motivação se afigura como elementar do tipo penal.

3.4.5 O Juízo de Imputação do Resultado e a Influência de Juízos de Valor sobre Atributos Intrínsecos aos Comportamentos

Se a constatação de uma ofensa a um bem jurídico-penal – e, portanto, de um resultado jurídico – se refere à dimensão do *desvalor do resultado*, o juízo sobre a *atribuição* desse resultado a um determinado comportamento não necessariamente se resumirá à análise das consequências do comportamento. Todo o contrário: a atribuição de um resultado a um determinado comportamento não raro dependerá de uma prévia valoração sobre a reprovabilidade desse comportamento.

Há situações em que isso não aparenta ser assim. Figure-se, por exemplo, a situação em que o indivíduo A, pretendendo matar o indivíduo B, dispara uma arma de fogo, atingindo-lhe e causando-lhe lesões letais. Nesse caso, a atribuição do resultado morte ao comportamento de A parece decorrer de considerações simplesmente consequenciais. Com efeito, a conduta de disparar a arma de fogo, a teor da teoria da equivalência das condições e do critério do juízo hipotético de eliminação, adotado no art. 13 do Código Penal brasileiro, é considerada *causa* da morte de B. Além disso, a imputação do resultado ao disparo deriva da circunstância de a conduta de A haver criado risco relevante e não permitido de morte, o qual veio a se realizar no resultado. Ou seja: é possível, no presente caso, atribuir o resultado – morte de B – à conduta de A através da simples análise das consequências geradas pelo seu comportamento.

Mas em alguns casos, conforme já anunciado, determinar a *causa específica* ou a *conduta específica* a que o resultado deve ser imputado claramente reclama um juízo de valor sobre atributos intrínsecos ao comportamento, de tal maneira que o grau de reprovação do comportamento é que parece, se não determinar, ao menos exercer forte influência no que diz respeito à conclusão pela possibilidade de imputação do resultado. Nesse sentido, mesmo

critérios pretensamente objetivos,[307] adotados por teorias de imputação que se pretendem objetivas, parecem, na realidade, arvorar-se em determinadas considerações axiológicas sobre as condutas.

Figure-se o exemplo do indivíduo A que, conduzindo seu veículo durante a madrugada, passa por determinado cruzamento com o semáforo verde, sem qualquer atenção ao fluxo viário da avenida perpendicular, vindo a colidir com o veículo de B, que atravessara o semáforo vermelho por recear assalto, visto se tratar de região de grande incidência de roubos. No presente caso, imaginando-se que B tenha falecido no acidente, a sua morte não poderia ser imputada ao comportamento de A em razão do chamado *princípio da confiança*.[308] É dizer, mesmo que a conduta de A fosse considerada *causa* da morte de B, e mesmo considerando-se os riscos inerentes a qualquer travessia de cruzamentos no horário noturno, a morte de B não poderia ser imputada ao comportamento de A pela simples premissa de que A, seguindo as regras de trânsito, poderia confiar na sua estrita observância por parte de outras pessoas envolvidas naquela mesma atividade.[309]

Note-se que tal critério representa, por si só, a exemplo de outros tantos fornecidos pela teoria da imputação objetiva,[310] uma limitação. Essa limitação, segundo vemos, é criada

---

[307] Veja-se que até mesmo Roxin não deixa de reconhecer que a teoria da imputação objetiva, na realidade, também leva em consideração determinados fatores subjetivos. Para o autor, "fatores subjetivos desempenham comumente um papel decisivo também no alcance do tipo", exemplificando com a situação, abordada em sede de autorresponsabilidade da vítima, de o vendedor de heroína possuir mais informações sobre o efeito nocivo e a periculosidade da droga do que o comprador, situação em que, segundo Roxin, "o conhecimento do autor se torna importante para a imputação ao tipo objetivo". Conclui, ainda, Roxin, que "a imputação objetiva se chama 'objetiva' não porque circunstâncias subjetivas lhe sejam irrelevantes, mas porque a ação típica constituída pela imputação – o homicídio, as lesões, o dano etc. – é algo objetivo, ao qual só posteriormente, se for o caso, se acrescenta o dolo, no tipo subjetivo". (ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008c. p. 101-132. p. 120-122.).

[308] Sobre o princípio da confiança, com amplas referências sobre sua origem na jurisprudência alemã, remete-se o leitor ao estudo de SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. passim.

[309] Assim, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 882. Nas palavras do autor, analisando o exemplo do texto, "o condutor A que detém a prioridade não precisa de, no cruzamento, reduzir a velocidade adequada à norma com que circula, antes pode em princípio contar que os outros automobilistas respeitarão a prioridade".

[310] Com efeito, a teoria da imputação objetiva, em suas mais variadas formulações, é pródiga em oferecer critérios de limitação da responsabilidade pelos resultados, alguns dos quais de difícil diferenciação prática. Na formulação de Roxin, por exemplo, dentro dos variados níveis de análise – criação de um risco não permitido, realização do risco não permitido e alcance do tipo –, encontramos critérios como o da "exclusão da imputação na diminuição do risco", "exclusão da imputação na ausência de criação de perigo", "exclusão da imputação nos casos de risco permitido", "exclusão da imputação no caso de ausência de realização do perigo", "exclusão da imputação no caso de não-realização do risco não permitido", "exclusão da imputação no caso de resultados não compreendidos no fim de proteção da norma de cuidado", exclusão da imputação no caso de "comportamento alternativo conforme ao direito", exclusão da imputação nos casos de "autocolocação em perigo dolosa" e "heterocolocação em perigo consentida", bem como naqueles que se situam no "âmbito

e se justifica a partir de determinados juízos de valor. Os critérios fornecidos pela teoria da equivalência das condições, por exemplo, jamais permitiriam ir além de afirmar que o condutor deu causa às lesões que ocasionaram a morte de B. O que está em causa, então, é a percepção que se tem das condutas analisadas. De alguma maneira, coloca-se o seguinte raciocínio: é má, inadequada ou reprovável a conduta daquele que conduz um veículo dentro de padrões socialmente aceitos e é pego de surpresa com a atuação imprudente do motorista que ultrapassa sinal vermelho? Não. Logo, não se afiguraria *justo* ou *adequado* imputar a ele o resultado. Portanto, a teoria da *conditio sine qua non* não oferece resposta desejável, impondo-se o estabelecimento de novo critérios. E por aí se explicam, segundo vemos, a sucessão de critérios e de teorias voltadas para a resolução do problema da imputação do resultado.

O critério fornecido pelo princípio da confiança é um deles: permite justificar a exclusão da imputação em razão da circunstância de o indivíduo estar autorizado a assumir, por parte de seus concidadãos, a observância das regras inerentes a determinadas atividades. Em última análise, contudo, o que isso parece verdadeiramente afastar é a *reprovação* do comportamento e, consequentemente, o *desvalor da conduta*.

Isso fica mais evidente se revisitarmos o exemplo anterior, agora com uma pequena variação: imaginemos que A, confiando no sinal verde, aproveitasse o ensejo para ler uma mensagem de *whatsapp* em seu celular, sendo pego de surpresa com o surgimento do veículo de B no cruzamento, vindo a colidir. Note-se que, aqui, qualquer avaliação distinta que se faça sobre a possibilidade de imputação do resultado terá por base única e exclusivamente a circunstância de, no segundo exemplo, a desatenção de A, também existente no primeiro exemplo, decorrer agora de uma infração prévia cometida por A. De certa maneira, o que se tem, então, é que no segundo exemplo a conduta de A passou a ser também ela reprovada, em razão disso se afigurando eventualmente defensável a imputação do resultado.[311]

---

de responsabilidade alheio". Sobre isso, remete-se o leitor a ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002a. p. 313 et seq. Paralelamente, também na formulação de Jakobs é possível encontrar critérios de limitação, em especial os casos de "risco permitido", de incidência do "princípio da confiança", da ideia de "proibição de regresso" e de riscos situados no âmbito de "competência da vítima". Sobre isso, ver JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. passim. Em especial, p. 25 et seq.

[311] Via de regra, o tipo de situação retratada recebe dos tribunais brasileiros a designação de "concorrência de culpas" ou de "compensação de culpas". E por não ser admitida a "compensação de culpas", o resultado tendencialmente acaba por ser imputado à conduta do indivíduo que viola um dever de cuidado, independentemente da circunstância de a vítima também havê-lo violado. Veja-se, apenas para exemplificar, o julgamento do HC 193.759/RJ, no qual se discutira situação em que o indivíduo imprimira em seu veículo velocidade incompatível com a via, vindo a colidir com veículo empurrado pelas vítimas, tendo restado

A influência de determinados juízos de reprovação sobre os comportamentos e a relevância desses juízos para a problemática da imputação do resultado parece ainda mais sensível no que diz respeito aos crimes omissivos impróprios. Afinal de contas, que tipo de considerações se encontram por detrás das hipóteses legais em que se atribui a alguém o dever de agir para evitar determinados resultados? O que inspira o legislador a atribuir a determinadas pessoas o dever de agir, cuja inobservância implica a imputação do resultado ao omitente como se causador fosse? O que possuem em comum as hipóteses de assunção do dever de agir em virtude de lei, contrato ou ingerência? Tais perguntas remetem ao campo dos pressupostos materiais fundamentadores do dever de garante nos crimes omissivos impróprios, sobre os quais algumas considerações parecem pertinentes.

Até a década de 1930, preponderava a tese inicialmente enunciada por Feuerbach de que os deveres de agir consistiriam em deveres jurídicos – legais ou contratuais.[312] Tal perspectiva apoiava-se na exigência de legalidade: afinal de contas, se somente ao direito – e não à moral – seria dado prever pena para comportamentos comissivos, o mesmo deveria suceder em relação aos comportamentos omissivos.[313] Essa doutrina seria posta em causa pela primeira vez na década de 1930, invocando-se a necessidade de um afastamento em relação à influência civilista, bem como determinados conceitos que se tornariam

demonstrado pela perícia a total ausência de sinalização, na ocasião, de que a faixa de rolamento estava obstruída pelo veículo das vítimas, bem como que a pista se encontrava escorregadia. Na ocasião, a despeito do reconhecimento de tais circunstâncias, afirmou-se que "no crime de homicídio culposo ocorrido em acidente de veículo automotor, a culpa concorrente ou o incremento do risco provocado pela vítima não exclui a responsabilidade penal do acusado, pois, na esfera penal, não há compensação de culpas entre agente e vítima" (BRASIL. STJ. HC 193.759/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015). No mesmo sentido, a demonstrar o caráter mais ou menos pacífico da orientação, a peremptória afirmação, extraível do AgRg no Ag. 1153407/SP, no sentido de que "o Direito Penal não admite a compensação de culpas como causa excludente da culpabilidade do agente" (BRASIL. STJ. AgRg no Ag1153407/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 19/09/2013, DJe 26/09/2013). Orientação similar parece ser a da jurisprudência portuguesa, tendo em vista a referência de Figueiredo Dias, no sentido de que "a jurisprudência tem muitas vezes tendência para concluir sem mais que não pode socorrer-se do princípio da confiança aquele que se comporta em violação de um dever de cuidado" (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 883).

[312] Nesse sentido, conferir, também, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropria en la dogmática penal alemana. Una exposición. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, p. 6-112, 1997. p. 13 et seq. Conforme o autor, "até os 30, mas somente a nível de princípio, era praticamente unânime a opinião de que unicamente um dever jurídico, e não um moral, poderia servir de base a uma posição de garante (teoria do dever jurídico), rechaçando-se, em consequência, a possibilidade de que obrigações extrajurídicas (por exemplo, de caráter moral ou social) pudessem operar como fontes de posições de garante". Ainda assim, o autor observa que a despeito de tais declarações de princípio, a teoria do dever jurídico nunca foi aplicada de forma integralmente consequente, citando, como exemplo, o entendimento de que determinadas relações familiares ou interpessoais, mesmo não dando lugar a deveres de guarda, poderiam fundamentar a posição de garante, pois o decisivo seria não a existência, mas a assunção fática da obrigação contratual, pois o contrato, inclusive, poderia "seguir dando lugar a uma comissão por omissão mesmo depois de sua extinção temporal".

[313] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropria en la dogmática penal alemana. Una exposición. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, p. 6-112, 1997. p. 15-16.

emblemáticos da dogmática penal nacional-socialista, tais como o do "são sentimento do povo", tudo de modo a se postular uma renúncia ao formalismo até então vigente, propondo-se, no lugar disso, que também obrigações morais ou sociais poderiam servir de base para a configuração do dever de agir.[314] Após isso, ganharia nova vitalidade a teoria formal, chegando inclusive a se mostrar dominante,[315] até finalmente ser refutada pela chamada teoria das funções,[316] uma concepção de caráter eminentemente material, formulada por Kaufmann, que viria a identificar a fonte dos deveres de agir na perspectiva da tutela de bens jurídicos.[317]

A construção de Kaufmann seria decisiva no sentido de consolidar a percepção de que, mesmo em cenários de inexistência de um específico dever legal de agir, a responsabilidade penal pelo resultado pode recair sobre determinados agentes em determinadas circunstâncias. E a partir daí, parece que tal percepção jamais retrocederia, o que encontra reflexo na defesa, hoje quase unânime, por parte da doutrina, de que os deveres

---

[314] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropria en la dogmática penal alemana. Una exposición. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, p. 6-112, 1997. p. 16.

[315] Uma percepção formal das fontes do dever de garante parece ser encontrada em CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2008. v. 2. p. 304. Para o autor, enquanto as hipóteses de dever derivado da lei e de contrato podem, sem maiores dificuldades, ser consideradas fixadoras do âmbito da omissão e ser equiparadas à ação, a hipótese de ingerência – criação do perigo de produção do resultado em virtude de conduta anterior – coloca uma maior dificuldade, na medida em que derivaria do direito consuetudinário. Afirma o autor, ainda, que tal colocaria um problema de insegurança e arbítrio, o que até permitiria concluir pela possibilidade de, em determinados casos, restringir o dever de ação "até onde a segurança sobre o dever de atividade dos indivíduos possa existir", o que permitiria aceitar "um dever de acção relativamente a certos bens jurídicos e em determinadas situações, ainda mesmo não existindo um dever legal que expressamente o impusesse, desde que ele resultasse evidente das exigências do próprio convívio social". No entanto, a despeito de o próprio autor parecer considerar a hipótese, parece ao final concluir pela sua inviabilidade quando afirma: "é duvidoso, contudo, que isso não seja levar as coisas demasiado longe", sendo mais prudente, para Correia, considerar que "se não é absolutamente necessária a sua expressa consagração legal, é indispensável ao menos o seu reflexo em uma qualquer norma do ordenamento jurídico". (CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2008. v. 2. p. 305.).

[316] O caráter funcional da formulação de Kaufmann fica nítido ao afirmar, por exemplo, em crítica a determinadas concepções que lhe antecederam, que tais esforços dogmáticos "estavam condenados a ser infrutíferos, pois desde o princípio padeciam de defeitos no método". Segundo o autor, a pretensão de possibilitar o castigo da omissão de impedir o resultado por parte do garante através do marco penal do correspondente delito comissivo, um objetivo de política jurídica, não poderia ser buscada através de construções puramente dogmáticas, visto que a tarefa se revestiria de caráter axiológico. Assim, para Kaufmann, "a análise dogmática somente pode intervir estando já fixado seu objetivo; com caráter prévio há que se responder – ao menos em princípio – à questão da equiparação, no plano de política jurídica, em função do gênero e o alcance do merecimento de pena das omissões impróprias" (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2006, 279 et seq.).

[317] Para Kaufmann, "a qualificação do delito de omissão imprópria requer, além do caráter de delito especial, uma relação singularmente estreita do especial sujeito do mandato com o bem jurídico garantido", a qual justificaria a equiparação da omissão de impedimento do resultado com a sua execução. Segundo o autor, tal análise, que se reporta ao merecimento de pena, configura uma consideração valorativa, afigurando-se como uma questão axiológica, e não dogmática (conferir KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 283).

de agir não se limitam aos casos de agentes obrigados por deveres formais.[318] Isso parece fundamental para a compreensão de que a imputação do resultado, nos crimes omissivos impróprios, é permeada, também, por juízos de valor que se aproximam de considerações éticas.

De fato, segundo vemos, o que parece nortear a fundamentação material do dever de garante é uma expectativa social geral que recai sobre determinadas pessoas,[319] exigindo-se que, sob determinadas circunstâncias, tais pessoas devam atuar para evitar resultados, o que, não ocorrendo, ensejará a responsabilidade criminal pelo próprio resultado. Isso, por si só – porque de expectativas sociais sobre comportamentos se trata –, parece remeter a uma consideração ética sobre os comportamentos omissivos. É dizer, o juízo sobre a fonte do dever de garante parece possuir uma relevante dimensão ética.[320]

---

[318] Conforme Schünemann, "não apenas a ciência, como também a jurisprudência, desvencilharam-se desde os anos 30 do século passado do foco em deveres jurídicos formais e, ao invés disso, desenvolveram uma fundamentação material para a equiparação entre ação e omissão". (SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 169).

[319] Em sentido próximo, afirma Jescheck que "o ponto de vista material mostra uma saída para solucionar a problemática relativa à posição de garante de acordo com o sentido social inerente aos distintos deveres". (JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 669.). O autor ressalva, contudo, a necessidade de não se perder de vista as causas que originam tais deveres, sob pena de se incidir no risco de estender os deveres de garante de forma ilimitada. Daí falar Jescheck em "aspirar a uma conexão entre o ponto de vista formal e material". Segundo vemos, no entanto, a ressalva do autor se revela em alguma medida destituída de sentido, na medida em que parece ele recear que da premissa de que os deveres de garante encontram sua fonte no sentido social a eles inerente seja derivada a conclusão de que qualquer dever mais ou menos amparado em alguma expectativa social possa vir a fundamentar a imputação da responsabilidade pelo resultado, a título de omissão, como se a regra da legalidade não impusesse, por si só, a necessidade de previsão legal da hipótese autorizadora da imputação. É dizer, a circunstância de os deveres de garante encontrarem fundamento em uma percepção social – dimensão material – não autoriza a prescindir de sua devida previsão legal – dimensão formal. E isso, segundo vemos, não significa endossar, nem mesmo parcialmente, uma visão formal dos deveres de garante, tratando-se apenas de uma leitura consequente com a regra da legalidade. Mesmo porque se a observância da regra da legalidade for tomada como critério para definir uma determinada orientação como *formal*, então, evidentemente, nenhuma concepção material de ilícito poderá ser considerada puramente material, pois não se espera que, na atual quadra da história, algum adepto de uma leitura material do crime venha a defender a prescindibilidade da previsão legal, com claros contornos, do comportamento definido como crime. A mesma crítica pode ser dirigida a Figueiredo Dias, quem também, a par de identificar a origem dos deveres de garante em conceitos como o de "solidariedade", "caridade" e "amor do próximo", ressalva que "toda manifestação imposta de solidarismo tem de se apoiar em um claro vínculo jurídico", com o que não se poderia admitir que concepções morais substituíssem os deveres jurídicos. Essa perspectiva é precisamente o que faz o autor classificar sua orientação como "material-formal". Sobre isso, ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 938. Reitera-se: a necessidade de a concepção moral do comportamento receber a chancela jurídica não torna uma determinada orientação formal, e tampouco a normatização daquela concepção moral retira o seu caráter moral.

[320] A dimensão moral dos deveres de garante resulta ainda mais evidente na formulação de Figueiredo Dias, que invoca conceitos como "caridade" e "amor do próximo", considerados pelo autor como "virtudes cristãs". Nas palavras do autor, "a verdadeira fonte dos deveres e das posições de garantia reside em algo muito mais profundo, a saber, na valoração autônoma da ilicitude material, completadora do tipo formal, através da qual a

Isso fica, a nosso ver, particularmente claro nas hipóteses de ingerência.[321] Tome-se o exemplo do nadador que convida alguém para uma travessia, ao que se segue o afogamento dessa pessoa sem a tentativa de intervenção por parte do nadador. A conduta anterior, de haver instigado o indivíduo a se colocar em uma situação de risco, com o que esse anui, não cria um risco não permitido relevante – razão pela qual, aliás, sequer se cogita de imputação de homicídio por ação, mas antes de homicídio por omissão. Assim, a imputação do homicídio na forma da omissão imprópria parece se explicar, fundamentalmente, pelo juízo negativo de valor que recai sobre o seu comportamento anterior, que acaba por colocar a vítima em uma situação de risco, e sobre a expectativa gerada, em consequência, de que o indivíduo se responsabilize por evitar o resultado danoso.

De se destacar, ainda, que mesmo nos casos em que o dever de agir se mostra fundamentado em um dever legal ou contratual, isso não necessariamente desnatura a sua origem ética[322]. É dizer, uma determinada norma ética que imponha um dever de agir poderá

---

comissão por omissão vem a equiparar-se à acção na situação concreta, por força das exigências de solidariedade do homem para com os outros homens dentro da comunidade. Caso em que será a 'proximidade existencial do 'eu' e do 'outro'', o princípio dialógico do 'ser-com-os-outros' e 'ser-para-os-outros', o exercício da virtude cristã da 'caridade' e do 'amor do próximo' (ou como quer que prefiramos exprimir-nos) que criam os deveres e as posições de garantia" (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 938).

[321] É que a hipótese de ingerência consiste em um dever de garantia que se impõe em razão do agir precedente, que, no entanto, isoladamente considerado, não representa a criação de um risco relevante. Daí, inclusive, a razão da crítica de Schünemann à hipótese de ingerência como fonte da posição de garante, afirmando que, nesse tipo de situação, "as consequências da ação não se imputam em virtude da culpabilidade pelo fato, mas através de um dado subjetivo do autor existente em um momento posterior. E ainda quando esse *dolus subsequens*, elevando a não evitação à categoria de fato, é defensável dogmaticamente, se afasta assim por completo a diferença decisiva que existe entre o *dolus agens* no momento do exercício do domínio e o *dolo subsequens* (isto é, a decisão posterior de deixar que as coisas sigam seu curso) e que se funda na natureza das coisas; a má vontade passiva se equipara à ação ilícita ativa" (SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia.* Con una aportación a la metodología del Derecho penal. Traducción de la edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2009, p. 370-371). Ora, diante dessa circunstância, o que justifica a possibilidade de imputação do resultado, a título de omissão, não pode ser nada além de uma expectativa social, porventura pautada em considerações éticas, e que, uma vez frustrada diante da "má vontade passiva", acaba por fundamentar a responsabilidade penal por omissão.

[322] Paradigmático, no ponto, o famoso exemplo da babá, relembrado por Schünemann, em suas duas variantes: na primeira, os pais deixam o bebê sozinho em casa, sem que a babá tenha aparecido para cuidá-lo, em desconformidade com o seu contrato; nesse caso, evidentemente, a responsabilidade pela morte seria atribuída aos pais, e não à babá. Na segunda variante, a babá faz um passeio com a criança na rua, recebendo a notícia, em meio ao passeio, de um jurista por ela conhecido, sobre a nulidade civil do contrato por ela firmado, diante do que, sentindo-se desincumbida, assiste a criança trepar em uma cerca à beira de um abismo, sem nada fazer, vindo a criança a se acidentar. Nesse caso, evidentemente, independentemente da nulidade civil do contrato, a babá teria responsabilidade sobre o resultado. (SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 166). Tais exemplos demonstram, de forma bastante clara, que a fonte do dever de agir possui raízes mais profundas do que um simples contrato civil ou o dever legal. Daí que, como dito no texto, nem mesmo a normatização dessas hipóteses é capaz de obscurecer a sua natureza ética.

se mostrar intensa a tal ponto de receber, em determinados casos, a chancela jurídica. E nem mesmo a sua eventual normatização – jurídica – poderia obscurecer a sua conotação ética.[323] Nesse caso, poder-se-ia dizer que as normas seriam éticas antes mesmo de serem jurídicas.

Ainda, a influência de determinadas considerações éticas para a fundamentação dos deveres de garante se revela visível, sobretudo, nos casos em que o dever de agir não se configura como legal, contratual ou de ingerência. Pense-se, por exemplo, no namorado que, sem obrigações legais e tampouco contratuais, deixa morrer sua namorada, com quem se relaciona há poucos meses, ou então deixa de prestar socorro ao filho dessa,[324] [325] em ambos os casos reunidos os demais pressupostos para a configuração da omissão penalmente relevante. Nesses casos, como observa Muñoz Conde, "a mais elementar sensibilidade jurídica diz que o sujeito que omite deve responder pelo resultado".[326]

Idêntica reflexão pode ser feita, também, nos casos de limitação do dever de garante, o que sucede, por exemplo, em relação aos médicos. Pense-se em um profissional médico que assiste à morte do paciente durante seu expediente no hospital. Imaginemos duas variações no exemplo: em uma delas, o médico é o responsável pela internação do paciente; em outra, não é o profissional responsável por prestar cuidados, embora tenha plenas possibilidades de fazê-lo durante uma crise, a qual acaba por determinar a sua morte. Enquanto no primeiro caso não existem dúvidas sobre a possibilidade de imputação do resultado morte à conduta do omitente, no segundo caso a questão se revela mais complexa, dividindo-se a doutrina em relação à possibilidade de imputação do resultado. Conquanto existam autores que postulam a existência de limites ao dever de garante por parte de tais profissionais, é certo que aqueles que sustentam o contrário se arvoram não tanto em uma interpretação das normas jurídicas que regulam a atividade médica, mas, quiçá principalmente, em considerações de ordem moral sobre o comportamento do médico

---

[323] Veja-se, por exemplo, a já referida orientação de Figueiredo Dias, que encontra o fundamento dos deveres de garante em conceitos como o de "caridade" e "amor ao próximo", nem por isso deixando de destacar a necessidade de sua chancela jurídica, sob pena de violação à regra da legalidade (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 938).

[324] Tais exemplos podem ser encontrados em MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 245.

[325] O tipo de situação referida, inclusive, é precisamente o entrave que sempre se pode observar à plena aceitação das concepções formais do dever de garante. Nesse sentido, ver a referência de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropria en la dogmática penal alemana. Una exposición. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, p. 6-112, 1997. p. 16.

[326] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 245.

omitente.[327] Exaspera-se, em relação a ele, o juízo de reprovação que se projeta sobre o seu comportamento, porque se reconhece, nesse caso, a plena capacidade – acima do comum – e os recursos de que dispunha para evitar o resultado. Reprovabilidade essa que acabaria por justificar, então, não a simples responsabilidade penal pela omissão de socorro, mas a própria responsabilidade penal pelo resultado morte.

Em última análise, o que se pretende aqui evidenciar é que determinados juízos de valor sobre os comportamentos – sejam eles comissivos, sejam omissivos –, próximos de considerações éticas e independentes da avaliação dos resultados desses comportamentos, se afiguram por vezes relevantes para o próprio juízo de imputação do resultado. E o fato de diversas teorias sobre a imputação buscarem critérios objetivos para determinar a imputação – criação de risco, realização do risco no resultado ou autorresponsabilidade da vítima, por exemplo, assim como a possibilidade de agir e o dever de garante, especificamente no caso dos crimes omissivos impróprios – não descaracteriza essa dimensão valorativa da qual decorre a própria eleição desses critérios.

3.4.6 Os Juízos de Valor por detrás das Excludentes de Ilicitude e Culpabilidade

Como se sabe, e como tradicionalmente se tem afirmado, a legítima defesa exclui a ilicitude do comportamento. Verifica-se a legítima defesa, a teor do art. 25 do Código Penal, quando o indivíduo, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Como toda causa de justificação, possui uma *ratio legis*, distinta conforme a linha teórica que se siga. Para alguns, as causas de justificação encontram fundamento comum em uma necessidade de proteção de bens jurídicos segundo uma lógica de ponderação de interesses,[328] em que se busca o atingimento de um propósito legalmente reconhecido.[329] Para outros, não há fundamentos comuns às causas de justificação, devendo-se analisar cada uma individualmente.

---

[327] Veja-se, por exemplo, a reflexão proposta por Muñoz Conde, indagando: "possui a mesma responsabilidade o médico especialista em primeiros socorros que passa de longe por um acidente do que a pessoa que faz o mesmo, porém sem possuir especiais conhecimentos médicos ou de primeiros socorros"? (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 245.).

[328] Nesse sentido, ver PADOVANI, Tullio. *Diritto penale*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2002. 187 et seq.

[329] ESER, Albin. Justification and excuse. A key issue in the concept of crime. *Rechtsvergleichende Perspektiven* (org.: Albin Eser e George P. Fletcher), vol. 1. Freiburg: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1987, p. 48.

No caso da legítima defesa, é comum afirmar que encontra ela o seu fundamento na necessidade de proteção individual, que obriga o ordenamento jurídico a tolerar a ação defensiva uma vez reconhecido que quando o ofendido defende seu direito está a defender, também, os interesses gerais.[330] Ainda assim, julgamos que, por detrás de legítima defesa, encontra-se uma percepção ético-social favorável do comportamento adotado, o que impede a configuração do ilícito penal.

Pense-se no indivíduo que, com a intenção de vingar a morte de seu irmão, dispara contra seu desafeto B, vindo a descobrir que o último, imediatamente antes de ser alvejado, estava prestes a matar A com a arma de fogo que trazia consigo. Encontrar-se-iam, aqui, todos os requisitos objetivos exigidos pelo art. 25 do Código Penal para a configuração da legítima defesa: agressão injusta, atual ou iminente e repelida com o moderado emprego dos meios necessários. Pode-se dizer, inclusive, que o disparo de A acabou por salvar-lhe a vida. No entanto, para que a conduta fosse considerada justificada, exigir-se-ia, além disso, *consciência da situação justificante*[331] ou *conhecimento dos elementos do tipo justificador*.[332] Trata-se da dimensão subjetiva das causas de justificação.

No exemplo proposto, ninguém colocaria sob dúvida o fato de que A não poderia invocar a legítima defesa em seu favor. E isso porque as circunstâncias objetivas que a caracterizaram eram, no momento da realização da conduta, ilustres desconhecidas do agente. O indivíduo teria agido de forma nitidamente desvaliosa e dado causa a resultado igualmente desvalioso, respondendo, por conseguinte, pelo crime de homicídio.

Por outro lado, tivesse o agente agido com conhecimento da agressão iminente – *conhecimento da situação justificante* – e por tal circunstância motivado, teria ele agido ao

---

[330] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981. t. 3. p. 590.

[331] Utilizando tal denominação, CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 167, e QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 304, para quem "não é suficiente a presença dos requisitos objetivos, exigindo-se ainda que quem a invoca saiba que se encontra numa situação justificante". Muito próximo, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 414, ao afirmar que "não basta que estejam presentes os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, sendo necessário que o agente tenha consciência de agir acobertado por uma excludente".

[332] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal: parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 392 et seq. Na doutrina alemã, Roxin afirma a necessidade da presença dos elementos subjetivos das causas de justificação, defendendo que "para a justificação é em princípio suficiente que o sujeito atue objetivamente no marco do justificado e subjetivamente com conhecimento da situação justificante". (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 597.). Ainda no contexto da doutrina estrangeira, Stratenwerth concorda que "a justificação (plena) da conduta típica depende em todos os casos do conhecimento da situação fática que exclui o ilícito" (STRATENWERTH, Günter. Derecho penal. Parte general I. Traducción de: Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor (Navarra) Thomson Civitas: 2005, p. 222).

abrigo da legítima defesa, não se configurando, com isso, o injusto. À diferença do exemplo anterior, a ação do indivíduo, aqui, se apresenta moralmente defensável, enquadrando-se plenamente nos padrões éticos da sociedade, não se podendo exigir de alguém, em prol de um dever imanente de cuidado para com o outro, que abra mão de sua própria vida. Como já observado por Kant em contexto similar, a necessidade não tem lei (*necessitas non habet legem*), afigurando-se inclusive inútil cominar uma pena em tais casos, visto que a ameaça com um mal ainda incerto não pode vencer o temor de um mal que é certo.[333]

Convém notar, no entanto, que a distinção entre os exemplos referidos se situa exclusivamente no plano subjetivo, na medida em que, do ponto de vista objetivo, há absoluta identidade entre os casos – o agente que estava prestes a matar foi morto pela ação da vítima, diante do que ocorreu uma ofensa de dano ao bem jurídico vida. O que nos permite concluir que a variação subjetiva entre os dois exemplos, e somente ela, é que nos permitiu chegar à duplicidade de soluções encontradas – punição do agente num caso e absolvição noutro.

Mas se isto é assim, como explicar racionalmente que a configuração do injusto possa depender única e exclusivamente da base cognitiva do agente e da sua motivação ao agir e, ao mesmo tempo, vislumbrar na legítima defesa uma fundamentação eminentemente objetiva, relacionadas ao bem jurídico que se busca proteger? Assim, fundamentar a legítima defesa a partir de critérios estritamente objetivos, além de se mostrar incompatível com o próprio tratamento jurídico penal vigente, soa demasiadamente utilitarista, na medida em que parece consagrar a *teoria do fim*, inicialmente concebida por Graf zu Dohna, segundo a qual uma conduta não seria ilícita sempre que se mostrasse adequado meio ao atingimento de um fim reconhecido como legítimo pela ordem jurídica.[334]

Tal exemplo parece bem demonstrar que a legítima defesa, em verdade, influencia a percepção ético-social da conduta – aliás, o próprio Welzel já afirmara que o problema das causas de justificação encontra-se ligado ao princípio da adequação social (*soziale Adäquanz*).[335] Uma vez verificada a legítima defesa, inviável a afirmação do *desvalor da conduta*. E tanto é assim que mesmo o homicídio que salvou uma pessoa de uma morte

---

[333] HRUSCHKA, Joachim. Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 57, p. 5-17, enero 2004. p. 14.

[334] Em sentido crítico, ver CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2008. v. 2. p. 9.

[335] De forma bastante aprofundada, sobre as três concepções de "adequação social" na obra de Welzel, ver SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 116 et seq., p. 132 et seq. e p. 144 et seq.

iminente se mostraria penalmente relevante no caso de a pessoa desconhecer tal circunstância e não agir por ela motivada – desconhecimento da situação justificante.

Por outro lado, é interessante notar que o inverso não sucede. Aquele que mata outrem *acreditando equivocadamente* estar em legítima defesa não é punido em nosso ordenamento jurídico quando o erro se mostrar inevitável – cuida-se da chamada legítima defesa putativa. O que significa reafirmar – e não sendo relevante por ora se ater ao problema da existência de uma justificação ou de uma exculpação – que, a depender da base cognitiva e da motivação do agente, um mesmo resultado juridicamente desaprovado poderá ou não ser considerado criminoso. É dizer, mesmo afirmado o desvalor do resultado, a existência do crime dependerá, ainda, da afirmação do desvalor da conduta.

Considerações análogas podemos fazer em relação ao estado de necessidade. Tomemos como exemplo o famoso caso da tábua de Carnéades, no qual duas pessoas, em um naufrágio, disputam uma tábua incapaz de boiar sob o peso de ambas, vindo uma delas a repelir todas aquelas que tentaram nela subir. Em tal caso, parece indiscutível, mesmo a quem não possua qualquer familiaridade com um ou outro direito histórico, que o sobrevivente jamais poderia ser responsabilizado criminalmente.

Sucede que a hipótese retrata inegavelmente uma violação a um bem jurídico digno e carente de proteção penal – vida. Levando ao extremo o raciocínio de que "a ofensa a um bem jurídico é a chave que permite a intervenção do detentor do *ius puniendi* (Estado)",[336] então, teoricamente, estaríamos em condições de afirmar a possibilidade de intervenção penal no presente suposto.

Não nos parece, no entanto, que esse seja um caminho desejável. E isso porque, segundo vemos, a despeito de desvalor de resultado surgido – morte dos náufragos –, a ação do sobrevivente foi moralmente justificável, não se podendo afirmar, precisamente, o desvalor da ação.

Segundo o ordenamento vigente, o caso se enquadraria no art. 24 do Código Penal, cuidando-se de causa de exclusão da ilicitude do comportamento. Exclusão da ilicitude que, não obstante tratada pelo ordenamento vigente em termos objetivos, se justifica, segundo vemos, a partir de considerações eminentemente subjetivas, relacionadas à percepção ético-social da própria conduta. E isso, aliás, parece já ter sido diagnosticado por ninguém menos do que Kant, que, acerca do mesmo caso, já teve a oportunidade de afirmar: "o fato da conservação através de violência não deve ser considerada como inocente *(inculpabile)*, é

[336] FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 171.

certo, mas unicamente como incastigável *(impunibile)*; e os doutores, por uma estranha confusão, tomam essa impunidade subjetiva como uma impunidade objetiva (como uma legalidade)".[337]

Ou seja, na base das chamadas causas de exclusão da ilicitude, tradicionalmente interpretadas a partir de considerações objetivas, percebemos, mais do que um juízo de ponderação de interesses protegidos, uma neutralidade moral que se projeta sobre o juízo de desvalor da ação e que impede a afirmação da ilicitude penal dos comportamentos.[338]

Por sua vez, no âmbito das hipóteses consideradas "excludentes de culpabilidade", a ausência de uma reprovação ético-social dos comportamentos é mais evidente, na medida em que a culpabilidade tradicionalmente – ao menos a partir da doutrina neoclássica e, de forma mais acentuada, a partir do finalismo – se estrutura a partir da ideia de censurabilidade que se projeta sobre a conduta no caso em que o indivíduo poderia ter agido em conformidade com o direito. No cenário em que essa possibilidade se mostra inexistente, o comportamento não se considera desaprovado, pois se depreende disso uma mitigação da própria liberdade daquele que age, ou, para utilizarmos a expressão de Aristóteles, uma abstrata involuntariedade.[339]

Assim, considerando que a própria culpabilidade se vê hoje composta integralmente por juízos de valor que se projetam sobre a conduta, não há maiores problemas em afirmar que as circunstâncias que excluem a culpabilidade acabam por impedir, do mesmo passo, a projeção de um juízo negativo de valor quanto ao comportamento, infirmando, consequentemente, a existência concreta de uma conduta penalmente desvaliosa.

---

[337] KANT, Immanuel. *Principios metafísicos del derecho*. Traducción de G. Lizarraga. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1873. p. 51.

[338] A afirmação que acaba de ter lugar, não obstante não seja inovadora pelos resultados a que conduz, por certo se apresenta como minoritária no que pertine aos fundamentos em que se arvora. Com efeito, asseverar que a presença de uma causa de justificação interfere no desvalor da ação é algo que já foi objeto de destaque por parte de alguns autores. Nesse sentido, sobre uma análise geral das teorias da exclusão da ilicitude por ausência de desvalor da ação, ver BRANDÃO, Nuno. *Justificação e desculpa por obediência em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 78 et seq. De notar, no entanto, que os autores ligados a essa orientação afirmam a inexistência do desvalor da ação não a partir da percepção ético-social que se projeta na conduta – proposta que se pretende aqui seguir –, mas somente porque concebem um modelo subjetivo de injusto, centrado na ideia de violação do preceito normativo, ausente nos casos em exame à vista da integração normativa entre as proibições e as justificações, no que parece ser uma aproximação à doutrina dos elementos negativos do tipo.

[339] Diante do cenário ora retratado, Aristóteles chega a afirmar a própria involuntariedade em abstrato de tais comportamentos, quando ocorridos sob coação. No exemplo de um tirano que ordena alguém a um ato vil, e esse alguém, por temer por seus pais e filhos que se encontram em poder daquele, o filósofo considera ser "discutível se tais atos são voluntários ou involuntários", o que por vezes pode levar alguns atos dessa espécie a serem louvados. (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Victor Civita, 1984. p. 81.).

3.4.7 Conclusões Parciais

Nossa ordem jurídica parece dar amplas mostras da existência de elementos diversos do desvalor do resultado que se afiguram nucleares para a eleição dos comportamentos considerados penalmente relevantes tanto em uma perspectiva abstrata (definição pelo legislador), quanto em uma perspectiva concreta (definição pelo intérprete). Poder-se-ia dizer que isso não constitui novidade alguma, já que sempre se soube da impossibilidade de punição, por exemplo, fora dos casos de dolo e culpa, elementos esses que, segundo o comum dos autores, se situam no desvalor da conduta. Não incidimos em qualquer excesso de originalidade, portanto, ao afirmar que o aparecimento da infração penal reivindica, para além do juízo de desvalor do resultado, também o juízo de desvalor da conduta.

Mas a questão que tratamos de evidenciar parece ser outra, e mais profunda. Os exemplos trazidos parecem demonstrar que o desvalor da conduta aparenta ser, na verdade, uma categoria muito mais abrangente do que a simples atitude psicológica do agente na realização do fato ou a simples violação de um dever legal instituído por um preceito normativo, tal como definido especialmente na estrutura finalista do delito. Dito de outra forma, *o desvalor da conduta representa muito mais do que a exigência de responsabilização subjetiva*.

Como visto, o simples inadimplemento contratual, intencional e lesivo ao patrimônio, não é considerado crime quando desacompanhado de outros elementos que lhe emprestam maior carga de reprovação. O mesmo podendo-se dizer de determinados casos em que o legislador houve por bem incluir na redação típica elementos anímicos diversos da vontade geral de praticar o comportamento típico – normalmente associada ao dolo –, sem os quais o crime não se configura. Não parece cientificamente consistente concluir que tais elementos devam ser considerados acidentais ou aleatórios, e não condicionantes do próprio sentido de desvalor que preside a concepção dos comportamentos criminosos.

Por outro lado, tal senso de desvalor parece inexistir nos casos, por exemplo, do chamado aborto ético, por aí se explicando a ausência de punição para o abortamento praticado em tais condições. Porventura é essa, também, a ideia que justifica, em determinadas tradições jurídicas, a não punição da eutanásia – a despeito do desvalor de resultado inerente a tal prática. E embora não inexistente, o mais diminuto juízo de reprovação que se projeta sobre o comportamento da genitora que, em estado puerperal, acaba por matar seu filho recém-nascido é precisamente o que justifica a definição de um

tipo de crime autônomo, o infanticídio, cujo desvalor de resultado – e, diga-se de passagem, também a intenção – é rigorosamente o mesmo do homicídio.

Lembramos, também, dos critérios de imputação do resultado – e, pois, o problema da *atribuição* do desvalor do resultado – que passam por determinadas expectativas sociais de conduta, algo bastante nítido nos crimes omissivos. E, finalmente, observamos os casos em que o juízo sobre a responsabilização penal depende unicamente da motivação com a qual o sujeito terá agido – inserindo-se aqui, por exemplo, o problema da análise da dimensão subjetiva das causas de justificação, bem como o interessante caso da eutanásia praticada não com a intenção de livrar o indivíduo do sofrimento, mas de herdar o seu patrimônio. Em todos esses casos, nem a intenção do agente e muito menos o desvalor de resultado parecem decisivos para que se possa afirmar a existência de um comportamento penalmente relevante.

Por tudo isso, cremos que o desvalor da conduta não pode ser associado a uma ideia – hoje difundida – de simples elenco descritivo de circunstâncias objetivas e subjetivas relacionadas ao comportamento humano (puro substrato). Na realidade, essa categoria, como vimos referindo, é composta por um substrato fático, que corresponde à conduta com suas nuances subjetivas, mas também por uma *valoração desse substrato* a partir de considerações extrínsecas, a culminar com o juízo de censurabilidade, de desaprovação,[340] o qual de alguma maneira se encontra pressuposto no próprio juízo de determinação dos fatos penalmente relevantes. Essa valoração, então, à diferença do que o senso comum dogmático poderia sugerir, afigura-se decisiva *já para a constituição da ilicitude penal*, a relevar inclusive para a edição de tipos de ilícito e de tipos de justificação pelo legislador.

[340] Parafraseando Jiménez de Asúa, para quem "a imputabilidade, sim, é psicológica, mas a culpabilidade é valorativa". (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal*. La ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot: Editorial Sudamericana, 1990. p. 354.), dizemos nós que a *conduta* pode ser dolosa ou culposa – e, nesse sentido, relevando a atitude psicológica do agente –, mas o juízo sobre o *desvalor da conduta* é essencialmente valorativo.

4 O CARÁTER MULTIDIMENSIONAL DO DESVALOR DA CONDUTA

4.1 INTRODUÇÃO

Dissemos há pouco que a categoria do desvalor da conduta não pode ser compreendida como um simples elenco descritivo de circunstâncias objetivas e subjetivas relacionadas ao comportamento humano, isto é, como um puro substrato. Essa compreensão, no mínimo, não se oferece como uma descrição fidedigna das práticas jurídicas vigentes, na medida em que, como visto, há diversos exemplos de situações em que as escolhas incriminatórias do legislador, assim como a definição da responsabilidade penal concreta, passam por considerações de outra índole.

Segundo vemos, essa discussão se insere em um contexto mais abrangente, e diz com o papel que deve ser atribuído, na construção da moderna dogmática penal, aos métodos ontologista e normativista. Daí a pertinência de uma análise da oposição que se estabelece entre esses distintos métodos de estruturação das categorias dogmáticas. A partir disso, importantes conclusões poderão ser extraídas acerca da multiplicidade de fatores que integram a categoria do desvalor da conduta.

4.2 ONTOLOGISMO E NORMATIVISMO NA MODERNA DOGMÁTICA PENAL

O funcionalismo teve o indiscutível mérito de trazer à ribalta das discussões jurídico-penais contemporâneas o problema da contraposição, no âmbito dos sistemas de delito, de dois distintos métodos de estruturação das suas categorias internas: o ontologismo e o normativismo. Enquanto o ontologismo se caracterizaria pela vinculação do direito penal às categorias do ser relacionadas à matéria que se afigura como objeto de sua regulação, o normativismo se caracterizaria precisamente pela negação de um condicionamento dos conceitos jurídico-penais por dados fáticos ou relativos à natureza das coisas.[341]

[341] É essa, em linhas gerais, a definição que pode ser extraída dos métodos ontologista e normativista a partir da exposição de CEREZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 9-23., jan./jun. 2004, p. 9-10. O autor ressalva, contudo, em razão da constante tendência de se associar o ontologismo finalista às estruturas lógico-objetivas, "que o ontológico é o referente ao conhecimento do ser e que não pode se confundir com o fático ou o real. Os entes podem ser reais ou ideais. A consideração, por parte do direito, da realidade, objeto de sua regulação, não implica automaticamente sua vinculação às estruturas lógico-objetivas."

Nas últimas décadas, finalistas têm sido acusados por um apego demasiado, na definição das suas estruturas, às categorias do ser, enquanto funcionalistas têm sido criticados pelo exacerbado relativismo definitório a que se poderia chegar através da aceitação de seus pressupostos metodológicos. E embora tais afirmações não sejam essencialmente equivocadas – isto é, naquilo que diz respeito ao pressuposto metodológico básico de cada um daqueles sistemas de pensamento –, é possível que uma parcela significativa dessas críticas não esteja a fazer inteira justiça às respectivas posições criticadas. Clarifiquemos um pouco mais essa questão, na medida em que central para o problema do qual nos ocupamos.

O finalismo se autoproclama um sistema baseado em estruturas ônticas. Basta a leitura de algumas afirmações de Welzel para constatá-lo. Com efeito, o autor afirma que "as considerações objetivas ônticas são preliminares a toda interpretação de seu sentido, e essas se fazem, por isso, vinculadas àquelas".[342] Welzel faz referência a determinadas limitações do dever ser decorrentes da impossibilidade física, ilustrando sua afirmação através do exemplo de que nenhuma norma, moral ou jurídica, pode preceituar às mulheres que deem à luz filhos viáveis aos seis meses de gravidez, e que nenhuma norma pode proibir a um aviador ultrapassar a velocidade de trinta quilômetros por hora. Welzel considera essas proposições como a "consequência trivial da ideia nada trivial de que todas as normas morais e jurídicas somente podem referir-se a *atos*, os quais são algo distinto de meros processos naturais causais, distinguindo-se desses pelo momento da direção consciente a um objetivo, é dizer, pelo momento da finalidade".[343] Ainda segundo o autor, "a estrutura da ação humana é o pressuposto de possibilidade para valorações, as quais, se devem possuir sentido, somente podem ser valorações de *uma ação*, tais como, por exemplo, a ilicitude e a culpa".[344] Mas mesmo no âmbito das estruturas de sentido, destaca Welzel que não há espaço algum para caprichos ou arbitrariedades, pois também aí "são as objetividades ônticas que não somente delimitam o marco de possíveis estruturas de sentido, mas que também conformam de certa maneira o seu conteúdo".[345]

---

[342] WELZEL, Hans. *Introduccion a la filosofia del derecho*: derecho natural y justicia material. Traducción del alemán por Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1977. p. 256.
[343] WELZEL, Hans. *Introduccion a la filosofia del derecho*: derecho natural y justicia material. Traducción del alemán por Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1977. 257.
[344] WELZEL, Hans. *Introduccion a la filosofia del derecho*: derecho natural y justicia material. Traducción del alemán por Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1977. 257.
[345] WELZEL, Hans. *Introduccion a la filosofia del derecho*: derecho natural y justicia material. Traducción del alemán por Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1977. 257.

A vinculação finalista às chamadas objetividades ônticas é, por tudo isso, bastante evidente, e sequer carece de maior demonstração. Tal metodologia, na visão de alguns autores, é inclusive aquilo que sobressai na sistemática finalista.[346] García-Pablos de Molina, por exemplo, sustenta que mais do que uma específica teoria da ação ou uma particular sistemática de delito – que realoca o dolo no tipo do injusto –, "o finalismo é uma determinada atitude epistemológica 'objetiva', que se alça frente ao subjetivismo neokantiano, frente ao seu relativismo axiológico; e que constitui toda uma nova *teoria do conhecimento*, baseada na prioridade do 'objeto' e no caráter permanente e essencial dos valores".[347]

O método adotado pelo finalismo, então, determinou que alguns autores o classificassem como um *sistema penal fechado*. Essa tipologia de sistema se definiria exatamente pela pressuposição de dados da realidade existentes *a priori*, e o edifício teórico da teoria do delito seria construído a partir desses dados. O delito se define como uma concepção erigida a partir de uma base ontológica, e a aplicação do direito penal observa uma lógica meramente subsuntiva.[348] Contrapõem-se a esses sistemas os chamados *sistemas penais abertos*, cujo ponto de partida já não são os dados da realidade, mas sim determinados juízos de valor. Tais sistemas não trabalham a partir de pressupostos ontológicos apriorísticos, acentuando-se uma perspectiva construtivista.[349] A definição do crime, por

---

[346] Nesse sentido, afirma Ambos que "o deslocamento do dolo ao tipo não é o característico do finalismo, pois isso já foi proposto – antes que Welzel – por Hellmuth V. Weber [...]. Muito mais característico do finalismo é a elaboração dos valores pré-jurídicos, ônticos – das estruturas da realidade –, nos quais se baseia a lei". (AMBOS, Kai. 100 años de la "Teoría del delito" de Beling: ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 09-05, p. 1-15, 2007. Disponível em: http://bit.ly/35MJBor. Acesso em: 08 jun. 2019. p. 7, nota 44.). Em sentido similar, Gössel afirma que o mais significativo aporte da doutrina finalista seria o fato de haver apontado "a existência de um mundo exterior a nossas representações e, com isso, a existência de objetos com própria estrutura e conteúdo independentes ao sujeito, que se encontram em um nível anterior à valoração jurídica". (GÖSSEL, Karl Heinz. Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 33-49, 2007, p. 37.).

[347] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*. 4. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2006. p. 668. Ainda segundo o autor, "é o 'objeto' o que condiciona o 'método', e não o inverso. Os valores residem nas coisas, na essência dessas, e não nas categorias do entendimento do sujeito. Conhecer não é transformar a realidade, mas sim apreendê-la como é".

[348] Para Chaves Camargo, o contexto jurídico-penal brasileiro habituou-se "a um sistema fechado de interpretação que tem por base a norma, tendo como limite o sentido próprio dos termos da lei, já conhecidos, e a concepção literal dos mesmos, definidos previamente dentro de um sistema interpretativo", não sendo esse, para o autor, um sistema condizente com os novos institutos jurídico-penais. (CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. p. 123 et seq.).

[349] Nas palavras de Salvador Netto, "o sistema percebe-se aberto a partir do momento em que os princípios sob os quais as suas categorias intrínsecas passam a ser orientadas encontram-se fora dos limites destas mesmas categorias", ou quando esses princípios, ainda segundo o autor, situam-se "no exterior dos aspectos inerentes ou construídos no seio deste sistema". (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 133.).

consequência, não é fruto de uma mera observação, mas antes decorre de valorações que influenciam a construção das categorias dogmáticas.

No entanto, não parece correto associar a construção finalista a um naturalismo avesso a qualquer consideração de valor. Como bem observa Schmidt, o ponto de partida filosófico do sistema finalista de Welzel estrutura-se sobre duas considerações: em primeiro lugar, a circunstância de que uma realidade que existe de certa maneira é fornecida previamente ao conhecimento humano e à valoração jurídica, e nessa precisa condição é que os objetos da realidade se afiguram suscetíveis de regulação jurídica; mas em segundo lugar, tais objetos – que são, então, previamente dados – não existem por si sós, despidos de qualquer valor, encontrando-se antes em um âmbito já permeado por relações de valor e significação, como "totalidades humanas e sociais", que independem do e precedem ao direito.[350]

Esse segundo aspecto parece escapar ao olhar de alguns críticos do finalismo. E a tendência de transformar a construção finalista em uma espécie de "espantalho naturalista" tem sido diagnosticada por adeptos do finalismo. Cerezo Mir, por exemplo, observa que as correntes normativistas "têm transmitido uma visão exagerada dos condicionamentos ontológicos da doutrina finalista", ignorando, com alguma frequência, a existência de diversas opiniões dentro da corrente de pensamento finalista.[351]

Com efeito, Welzel jamais negou o papel destinado aos juízos axiológicos.[352] Isso parece bastante claro em seus escritos e na sua construção sistemática. Basta pensarmos nos conceitos de adequação social e reprovabilidade, tão marcantes na sua produção teórica.[353]

---

[350] SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 56.

[351] CEREZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 9-23., jan./jun. 2004, p. 10.

[352] Donna, por exemplo, afirma que "que o Direito deve ser positivo e suas instituições normativas e adentradas no valor, não há dúvida alguma na posição de Welzel". (DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo: homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. *In*: HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto. *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*: homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2005. p. 67-94. p. 85.). E isso é reconhecido inclusive por alguns normativistas. Veja-se, por exemplo, Schünemann, que sustenta que Welzel, em crítica ao relativismo valorativo e ao normativismo do pensamento neokantiano, buscava provar que "nas 'estruturas lógico-objetivas do mundo marcado pela convivência humana e dotado assim de sentido' se dá uma mescla de percepções ontológicas e axiológicas (de realidade e de valor)", e o fez "sem cair na falácia naturalista, que se introduziu no naturalismo jurídico-penal ao limitar a contemplação da realidade como uma forma de raciocínio científico-natural e avalorativa". (SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal*: cuestiones fundamentales. Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991. p. 31-80. p. 54.).

[353] O próprio Roxin reconhece que o ponto de partida da "vida social com todas as suas referências" dominou a fase inicial do pensamento de Welzel, sendo extremamente fecundo para o desenvolvimento da teoria da

Há que se entender, contudo, o contexto de inserção da obra de Welzel, de modo a se compreender aquilo que o autor empenhava-se em contestar: por um lado, um positivismo que, aprimorado pelo pensamento neokantiano, acabou por desaguar em um relativismo axiológico que tornava o conteúdo das disposições jurídicas absolutamente maleável; por outro, uma vertente jusnaturalista que se viu significativamente fortalecida no segundo pós-guerra.[354] É neste contexto que se insere a produção de Welzel, que parece ter buscado equalizar a necessidade, por um lado, de se estabelecer determinados limites ao legislador sem incorrer, por outro lado, na chamada "falácia naturalista". E nesse preciso ponto é que entram em cena as chamadas estruturas lógico-objetivas, que, em certo sentido, poderiam ser consideradas quase como concessões ao naturalismo que lhe precedera.

Dentre as estruturas lógico-objetivas que o sistema de Welzel reconhece, destacam-se o conceito ontológico de ação humana e a culpabilidade – no que diz com o erro de proibição.[355] A ação consiste, como já referido alhures, no exercício de uma atividade final, não podendo o legislador, acaso pretenda vincular a ela alguma consequência jurídica,

---

adequação social. (ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *In*: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização de Alaor Leite. Tradução de Luís Greco *et al*. São Paulo: Marcial Pons, 2014a. p. 116-128. p. 117.).

[354] Precisamente em razão do reconhecimento, por Welzel, de uma necessária dimensão axiológica do direito penal – em divergência por ele mantida em relação ao positivismo e ao naturalismo que lhe precederam –, há quem sustente, inclusive, a compatibilidade da doutrina de Welzel com o regime nacional-socialista alemão. Nesse sentido, e denunciando alguns escritos de Welzel que sugeririam uma aprovação pessoal daquele regime, a aceitação de sua doutrina por parte do regime e aspectos de sua dogmática considerados como "apoio científico" ao regime, ver MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Nacionalsocialismo y derecho penal. Apuntes sobre el caso de H. Welzel. Un homenaje tardío a Joachim Vogel. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *El derecho penal de la posguerra*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 255-268. De se destacar, no entanto, que o entendimento mais corrente é o de que a doutrina de Welzel, ao destacar a existência de estruturas lógico-objetivas que vinculariam o legislador, representaria, na realidade, precisamente uma defesa contra determinadas arbitrariedades. Nesse sentido, destaca Ambos que acusar a teoria finalista de ser autoritária "não é muito convincente, dado que, precisamente, o reconhecimento de estruturas lógico-dogmáticas pode colocar barreiras ao arbítro do poder legislativo autoritário". (AMBOS, Kai. 100 años de la "Teoría del delito" de Beling: ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 09-05, p. 1-15, 2007. Disponível em: http://bit.ly/35MJBor. Acesso em: 08 jun. 2019.p. 13, nota 86.). Também reconhecendo a oposição de Welzel ao nacional-socialismo, DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo: homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. *In*: HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto. *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*: homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 67-94. p. 67-94. O próprio Welzel, na crítica que faz ao relativismo axiológico, parece deixar clara a sua aversão a manifestações arbitrárias de poder, ainda que democraticamente – ou majoritariamente – respaldadas. Afirma ele, por exemplo, que "do mesmo modo que o relativismo se anula se se aplica a si mesmo, assim também a democracia se anula se se relativiza, entendendo-se a si mesma como tolerância de *todo* ponto de vista; é dizer, se se mostra disposta a 'entregar a direção do Estado a *toda* concepção política capaz de alcançar uma maioria'". Completa Welzel, afirmando que "uma ordem social somente é direito se é mais do que a manifestação de uma determinada relação de poder; é dizer, se nela se contém o intento de fazer realidade o justo e adequado sob as condições e pressupostos de um momento histórico". (WELZEL, Hans. *Introduccion a la filosofia del derecho*: derecho natural y justicia material. Traducción del alemán por Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1977. p. 265-266.).

[355] CEREZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 9-23., jan./jun. 2004, p. 11.

desconsiderar ou modificar a estrutura finalista da ação e o papel que nela cabe à vontade.[356] Da mesma maneira, no que toca ao juízo de culpabilidade, afigura-se fundamental a constatação de que o autor podia atuar de acordo com a norma, o que não ocorreria nas hipóteses em que o autor não sabia e não podia saber que sua conduta era antijurídica.[357] Cuida-se, nos dois casos, de estruturas lógico-objetivas, realidades pré-dadas ao legislador, e às quais deve ele necessariamente se vincular acaso tenha a pretensão de imputar sanções penais como consequência de uma ação humana.[358]

Esse método ontologista consagrado pelo finalismo contrastaria, então, com o acentuado normativismo que particulariza o funcionalismo sistêmico de Jakobs. Conforme destacado por Jakobs no prólogo de sua obra, "a dogmática penal ontologista se quebra", de modo tal que "não somente os conceitos de culpabilidade e ação" – conceitos esses nos quais, segundo o autor, a dogmática penal sempre tratou de identificar uma essência material, uma estrutura lógico-objetiva preexistente ao legislador – "se convertem em conceitos dos quais não cabe dizer simplesmente nada sem ter em conta a missão do direito penal, mas inclusive o conceito de sujeito ao qual se imputa se manifesta como um conceito funcional".[359] Ainda para Jakobs, "se se parte da missão do direito penal, e não da essência (ou das estruturas) de objetos da dogmática penal, isso conduz a uma (re)normativização de conceitos".[360]

A "renormativização" de conceitos a que Jakobs alude não pode ser entendida de outra maneira senão como uma liberdade para a criação de conceitos em atenção a determinadas finalidades jurídico-penais admitidas, com independência absoluta em relação à estrutura real e conteúdo das estruturas reais que o direito penal é chamado a regular.[361] Conceitos como o de causalidade, poder, capacidade e culpabilidade perdem seu conteúdo pré-jurídico, convertendo-se, conforme Jakobs, "em conceitos que designam graus de responsabilidade ou incumbência".[362]

---

[356] CEREZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 9-23., jan./jun. 2004, p. 11.
[357] CEREZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 9-23., jan./jun. 2004, p. 11.
[358] CEREZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 9-23., jan./jun. 2004, p. 11.
[359] JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. ix-x.
[360] JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. ix-x.
[361] Nesse sentido, GÖSSEL, Karl Heinz. Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 33-49, 2007, p. 35.
[362] JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. ix-x.

O método normativista que permeia o funcionalismo sistêmico de Jakobs é, como se vê, absolutamente avesso ao condicionamento dogmático por estruturas da realidade, a tal ponto de ser rotulado por alguns autores como um "normativismo livre de empirismo".[363] E, nessa condição, parece sujeitar-se às mesmas críticas que o próprio Welzel já formulara em relação ao positivismo jurídico e ao relativismo axiológico do pensamento neokantista que sua doutrina buscava rechaçar.

Nesse ponto, é preciso insistir na necessidade de uma contextualização da obra de Welzel. Esse autor opôs-se ao direito penal nacional-socialista em razão precisamente de seu caráter utilitarista, uma vez que erigido a partir de postulados como "o justo é aquilo que é útil ao povo", com a consagração, por exemplo, de "referenciais" como a perigosidade em detrimento de categorias como a culpabilidade, com a pena figurando como instrumento de defesa social.[364] O escopo de suas construções, portanto, era precisamente o de oferecer subsídios para uma limitação ao pensamento utilitarista, algo que, como parece claro, um "normativismo livre de dados empíricos" – para ficarmos aqui com a consagrada expressão de Schünemann – não pode ser capaz de oferecer. Negar por completo o valor de determinadas estruturas ônticas na construção das categorias dogmáticas parece não retratar nada de muito diferente de um retorno ao positivismo jurídico.[365]

Eis que se chega, então, a uma aparente encruzilhada, pois ontologismo e normativismo aparentam ser caminhos absolutamente irreconciliáveis na concepção de qualquer sistema de delito.[366] Mas essa não é, contudo, a tendência que pode ser identificada nos escritos mais recentes.

As críticas direcionadas, por um lado, aos sistemas penais baseados em um ontologismo extremado, e, por outro, ao normativismo livre de dados empíricos têm levado ao surgimento de diversas posições intermediárias. Do lado do ontologismo, fala-se já de um

---

[363] Nesse sentido, SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 11-33, jul./set. 2003. Em especial, p. 14.

[364] MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal. Criminalia, México, v. 68, n. 3, p. 3-51., set./dez. 2002, p. 31.

[365] Também afirmando que o retorno a um normativismo extremado implica um retorno ao positivismo jurídico, MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal. Criminalia, México, v. 68, n. 3, p. 3-51., set./dez. 2002, p. 44. Conferir, no mesmo sentido, DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Crítica al funcionalismo normativista. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 3, p. 13-26, 2010, especialmente p. 43-44, que denomina o ponto de vista adotado por Jakobs de "neopositivismo formalista", criticando, entre outras coisas, a absoluta despreocupação da teoria de Jakobs em relação ao aspecto da legitimidade do sistema normativo por ele concebido.

[366] Nesse sentido, ver MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal. Criminalia, México, v. 68, n. 3, p. 3-51., set./dez. 2002, p. 26.

ontologismo social,[367] em oposição a um ontologismo-real; do lado do normativismo, fala-se em um normativismo-real ou matizado.[368] Tais formulações, ao contrário do que se poderia esperar, parecem possuir mais aspectos em comum do que propriamente divergências.

Com efeito, o ontologismo social consiste em uma posição intermediária em relação à fundamentação ontológica-naturalista e à fundamentação funcional do delito.[369] Rejeita, o ontologismo social, uma fundamentação ontológico-real, promovendo-se uma substituição por uma ontologia-social também fundada na "natureza da coisa", mas que, contudo, não contradiz a fundamentação funcional, encontrando nela uma complementariedade. A ela não se aplicaria o veredito da falácia naturalista, pois se cuidaria de uma fundamentação ontológico-social, e, como destaca Lampe, "o social se leva a cabo normativamente".[370] A tese de Lampe, assim, é a de que o fundamento ontológico do injusto não é dado por fatos reais, mas sim por "relações sociais", que são consequências de *processos sociais*, e que são produzidas por *pessoas sociais* – termo que faria alusão não somente às pessoas naturais e as comunidades de pessoas, mas também às associações de pessoas e pessoas corporativas.[371] Nesse sentido, o injusto penal seria constituído "pelas relações sociais que são valoradas negativamente de maneira jurídico-legislativa".[372] Essa característica é precisamente o que preserva o ontologismo-social de propagar a volta da "coisa mesma", e de pretender encontrar dessa maneira critérios para a solução de problemas jurídicos com base em elementos carentes de qualquer consideração valorativa.[373]

Do lado do normativismo, tem-se notabilizado uma vertente que se caracteriza pela manutenção de determinadas bases empíricas na concepção das categorias penais – o que

[367] Representando essa vertente, LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 4, n. 16, 2004. p. 31-47.
[368] Representando essa vertente, SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 11-33, jul./set. 2003. p. 17-18.
[369] A denotar a posição intermediária do ontologismo social, sustenta Lampe que "o direito penal não pode fundamentar-se nem normativo-funcionalmente, nem ontológico-realmente" (LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 31-47, 2004, p. 33.).
[370] LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 31-47., 2004, p. 33.
[371] LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 31-47., 2004, p. 34.
[372] LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 31-47., 2004, p. 34.
[373] LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 31-47., 2004, p. 34.

configuraria uma espécie de normativismo moderado ou matizado.[374] Aponta-se, nessa perspectiva, a circunstância de que a formação de conceitos com inspiração puramente normativista, livre de qualquer empirismo, operaria com conceitos vazios, suscetíveis de serem arbitrariamente preenchidos.[375]

Roxin insere-se nesse contexto. Proclama a sua própria posição como uma "combinação entre normativismo e referência empírica", no sentido de que todas as categorias do sistema jurídico-penal se baseiam em princípios político-criminais que, aplicados aos dados empíricos, chegam a conclusões "diferenciadas e adequadas à realidade".[376] Também Schünemann se opõe ao que denomina de "normativismo livre de dados empíricos", acusando a sua incapacidade de resolver os problemas jurídicos.[377]

Mir Puig, também desde o campo do normativismo matizado, recusa seja o naturalismo causalista, seja o ontologismo finalista, sob o fundamento de que tais abordagens arrancam de um "objetivismo essencialista" que ignoraria o fato de que nossos conceitos não são reflexos necessários da realidade, mas "construções humanas baseadas em um consenso social contingente".[378] Para o autor, "junto ao fático há que se reconhecer o papel decisivo do normativo", não cabendo tampouco negar, por outro lado, "a necessidade de uma base empírica nos fatos relevantes para o direito penal", e tampouco os necessários "condicionamentos da realidade para que os princípios normativos do direito penal possam influir adequadamente na realidade".[379]

Percebe-se, então, a existência de um relativo consenso, entre ontologistas e normativistas, tanto sobre o papel de determinadas estruturas da realidade, quanto sobre o

---

[374] Sobre a distinção entre tais vertentes normativistas, ver ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. ¿Normativismo radical o normativismo moderado? *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 441-511, 2006. Também destacando a diferença entre o que denomina "normativismo livre de empirismo" – da escola de Jakobs – e o normativismo teleológico, de Roxin, ver SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 11-33., jul./set. 2003, p. 13-14.

[375] Nesse sentido, SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 11-33, jul./set. 2003. p. 17-18.

[376] ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008d. p. 55-77. p. 61 et seq.

[377] SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 11-33, jul./set. 2003. p. 17-18.

[378] MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (en línea). 2005, núm. 7-18, p. 18:1-18:24. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf. Acesso em: 11 de junho de 2019, p. 18:7-8.

[379] MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (en línea). 2005, núm. 7-18, p. 18:1-18:24. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf. Acesso em: 11 de junho de 2019, p. 18:7-8.

papel de juízos de valor para a determinação das categorias jurídicas.[380] Como já referido anteriormente, negar a importância de determinados juízos de valor para a formação das categorias jurídicas, amparando-as em simples dados da realidade, não parece minimamente possível sem que se incorra na chamada falácia naturalista, segundo a qual do *ser* não é possível extrair nenhum conteúdo de *dever ser*. Por outro lado, admitir uma normativização radical, concebendo-se as categorias jurídicas livremente, sem quaisquer amarras relacionadas a determinadas propriedades da matéria regulada, não somente parece trair um mais elementar senso comum sobre a definição de algumas categorias jurídico-penais, abrindo-se as portas para construções jurídicas que pecam pelo excesso de artificialidade, mas soa como um intempestivo e injustificável retorno a um positivismo jurídico insuscetível de controle. E, nesse sentido, manifestamos a nossa mais ampla adesão às palavras de Lampe, para quem "o normativismo imperante hoje em dia na dogmática penal abriu, ampla e perigosamente, a porta para decisões não racionais e só debilmente controladas do o ponto de vista racional".[381]

A dogmática penal, assim, não pode ser imune a dados da realidade, da mesma maneira que não pode ignorar a essencial participação de juízos de valor na formação de categorias jurídico-penais. Chame-se isso de *ontologismo social* ou de *normativismo moderado*, é na justa conjugação de dados da realidade com os juízos de valor a eles direcionados que a dogmática penal parece encontrar a sua mais fidedigna expressão.

---

[380] O que, de alguma maneira, acaba por aproximar as concepções moderadas do ontologismo e do normativismo. Sintomático, nesse sentido, que Schünemann, ao abordar a questão, expressamente se abstenha de comparar o que denomina de "mescla de argumentos ontologistas e normativistas no finalismo moderado" – representado, entre outros, por Cerezo Mir e Hirsch – com o normativismo moderado de Roxin. Ver SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 11-33, jul./set. 2003. Em especial, p. 23.

[381] LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 31-47., 2004, p. 34. Daí porque, para Moreno Hernández, na futura dogmática penal "se seguirá buscando superar o mero 'formalismo' que implica o *normativismo*, sendo uma das vias a de se remeter à consideração daquelas *estruturas ontológicas* que se encontram insertas – e previamente dadas a toda intervenção estatal – no objeto de regulação das normas penais e no objeto de estudo da dogmática penal".

[381] Ainda segundo ele, "essa busca e análise dos conteúdos ontológicos das diversas instituições jurídico-penais que possam colocar limites às recorrentes e desenfreadas formas de exercício do poder penal deve ser um dos objetivos que oriente a tarefa da futura dogmática penal" (MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal. Criminalia, México, v. 68, n. 3, p. 3-51., set./dez. 2002, p. 42.). No mesmo sentido é a crítica de Demetrio Crespo, para quem o normativismo de Jakobs, "mediante a progressiva renormativização dos conceitos, a perda do horizonte valorativo e a falta de limites, construiu um método de pensamento absolutamente formalizado, alienado da realidade, e com capacidade de adaptação a qualquer sistema jurídico". (DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Crítica al funcionalismo normativista. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 3, p. 13-26, 2010. p. 23.).

4.3 A NORMATIVIZAÇÃO DO PROCESSO DE IMPUTAÇÃO

As palavras de ordem na mais moderna dogmática jurídico-penal parecem ser objetivização e normativização. Há, indiscutivelmente, uma crescente tendência de normativização das categorias jurídicas – ainda que essa discussão, como bem ressalva Roxin, não possa ser considerada resolvida a favor do normativismo –,[382] responsável por cada vez mais reduzir o espaço dos aspectos ontológicos nas construções jurídicas contemporâneas. Construções teóricas que reconhecem dados da realidade existentes *a priori*, nas quais a atividade interpretativa consequentemente se orienta pela observação e pela descrição, cedem lugar a abordagens de mais acentuado caráter construtivista, nas quais a interpretação passa a desempenhar um papel predominantemente valorativo e atributivo. A essa tendência de normativização soma-se outra, a da objetivização, que se caracteriza pelo emprego cada vez mais frequente de critérios objetivos para a aferição de determinadas categorias, em detrimento do recurso ao exame de elementos anímicos ou internos e, assim, de difícil demonstração.[383]

Mesmo categorias historicamente associadas a uma dimensão ontológica e subjetiva não passaram imunes a essa tendência. E dois exemplos parecem bastante emblemáticos: as discussões relativas à causalidade e imputação do resultado, de um lado, e as discussões relativas à imputação subjetiva, de outro.

No que diz respeito à determinação da causalidade e aos critérios de imputação do resultado, a doutrina penal evoluiu de critérios naturalistas de determinação da causalidade – dados, em especial, pela teoria da equivalência das condições –, para as abordagens marcadamente normativas representadas pelas teorias da causalidade adequada e da imputação objetiva.[384] Especificamente em relação à teoria da imputação objetiva, não somente há um claro predomínio da normatividade – visível na invocação de critérios valorativos como o da criação de um risco proibido e da realização do risco no resultado

---

[382] Segundo Roxin, "a controvérsia em torno de uma fundamentação ontológica ou normativa do sistema jurídico-penal não está, de forma alguma, definitivamente decidida em favor do normativismo (que além disso apresenta várias formas), mas se reacende a todo momento". (ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008d. p. 55-77. p. 56.).

[383] Contrário a essa rotulação, sustentando não se cuidar de uma tendência à "objetivização", mas antes à "exteriorização do dolo" ou, mais apropriadamente, à "intersubjetivização do dolo", PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" e lo "subjetivo" en el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014. p. 302.

[384] Também destacando o caráter normativo das teorias que se seguiram à teoria da equivalência das condições, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 322.

compreendido dentro do alcance do tipo –,[385] mas se surpreende uma pretensão de determinação da imputação do resultado de forma, em tese, independente da consideração de aspectos anímicos ou psicológicos que eventualmente concorram na realização da conduta – se a teoria da imputação objetiva logra ou não êxito em fazê-lo constitui questão diversa.[386]

Esse processo de objetivização e normativização tem se mostrado ainda mais perceptível em matéria de imputação subjetiva. No que diz respeito à negligência, não constituem novidade alguma os questionamentos que se colocam sobre o problema da existência ou inexistência de uma efetiva dimensão subjetiva, sendo já antiga e bastante conhecida a posição segundo a qual não haveria, nos tipos negligentes, uma verdadeira dimensão subjetiva, visto que se explicariam somente em termos objetivos e normativos, isto é, pela violação de um dever de cuidado objetivo.[387] Já no que diz respeito ao dolo, categoria historicamente fundamentada em um elemento subjetivo – porque interno – e ontológico – porque suscetível de descrição e porque sua existência não é condicionada pelo juízo do intérprete – dado pela *vontade* ou pela *finalidade*, tem sido possível perceber na mais moderna literatura jurídica uma forte tendência de desvinculação desses pressupostos mediante, principalmente, a substituição das teorias volitivas de natureza psicológica do dolo

[385] Sobre os critérios da teoria da imputação objetiva, ver ROXIN, Claus, A teoria da imputação objetiva. In: *Estudos de Direito Penal.* Trad: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 101-113.

[386] Ressaltando precisamente que a separação entre tipicidade objetiva e subjetiva, no contexto da teoria da imputação objetiva, é mais aparente do que real, MIRÓ LLINARES, Fernando. Conocimento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna. *Revista Penal México*, núm. 8, marzo-agosto, 2015, p. 145. Com efeito, há pelo menos dois aspectos em que, segundo a própria teoria da imputação objetiva, fatores claramente subjetivos exercem influência sobre o juízo de imputação do resultado. Em primeiro lugar, no que diz com os conhecimentos especiais do autor, que devem ser acrescidos à base de informações disponíveis e segundo as quais um observador prudente deveria ajuizar acerca da existência ou não de um risco relevante e proibido – aquele que adquire uma passagem aérea para outrem, sabendo da existência de uma avaria na aeronave que necessariamente determinará um acidente, deve responder pela morte. Em segundo lugar, na determinação do alcance do tipo, uma vez que embora a imputação do resultado encontre limites na autorresponsabilidade da vítima, situações há em que o conhecimento especial do autor poderá fundamentar a imputação – aquele que fornece drogas a outrem com melhor conhecimento da sua periculosidade poderá ser responsabilizado pelo resultado. O próprio Roxin admite, nesses casos, que a imputação objetiva "depende não só de fatores objetivos, como também de subjetivos", o que, na sua perspectiva, não se presta como argumento válido contra a teoria da imputação objetiva, provando apenas que "fatores subjetivos podem desempenhar um papel na imputação objetiva". Esclarece Roxin, contudo, que "a imputação objetiva se chama 'objetiva' não porque circunstâncias subjetivas lhe sejam irrelevantes, mas porque a ação típica constituída pela imputação – o homicídio, as lesões, o dano etc. – é algo objetivo, ao qual só posteriormente, se for o caso, se acrescenta o dolo, no tipo subjetivo". (ROXIN, Claus, A teoria da imputação objetiva. In: *Estudos de Direito Penal.* Trad: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 121-122).

[387] É corriqueira a afirmação de que, nos delitos culposos, não faria sentido trabalhar com uma distinção entre tipo objetivo e tipo subjetivo, uma vez que a vontade do autor, no crime culposo, não se dirige ao resultado. Nesse sentido, por todos, STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general I.* Traducción de: Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor (Navarra) Thomson Civitas: 2005. p. 418, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 888-890, e, entre nós, TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 138.

em favor das teorias cognitivas de corte normativo.[388] Aprofundemos um pouco mais essa análise, na medida em que a questão guarda estreita e evidente relação com a proposta de definição e fundamentação do desvalor da conduta encampada no presente trabalho.

Com efeito, a mais conhecida e recorrente maneira de fundamentar o dolo é aquela que se liga ao exame da vontade. Teorias que definem o dolo a partir desse pressuposto – a vontade – são denominadas de *volitivas*. Entende-se, nessa perspectiva, que a maior punição do dolo em relação à culpa somente pode se justificar quando o agente, para além do conhecimento, atue com uma vontade dirigida à realização do fato.[389] Tais teorias, também denominadas de "teorias da disposição de ânimo", propõem a distinção entre dolo eventual e culpa consciente a partir do elemento da vontade.[390]

No entanto, as sérias dificuldades – inclusive de índole processual – encontradas para se auditar a atitude psicológica do agente na realização do fato, somadas à demanda teórico-sistemática de se estabelecer uma fundamentação comum a três formas diversas de manifestação do dolo – dolo direto, dolo eventual e dolo direto de segundo grau –, em termos capazes de justificar a sua equiparação sancionatória e, ao mesmo tempo, de dissociá-las da realidade subjetiva descortinável nos delitos culposos, determinaram o surgimento das chamadas concepções *cognitivas*, que fundamentam o dolo, em linhas gerais, no mero conhecimento, em maior ou menor grau, do risco de ocorrência do resultado.[391] Nesse simples movimento teórico já é possível perceber, em certo sentido, uma objetivização do dolo,[392] que passa a não mais depender da determinação da vontade do agente, escrutínio de

---

[388] Nesse sentido, destaque para o trabalho de VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. passim. Em especial, p. 175 et seq.

[389] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 366.

[390] VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 88.

[391] A obra de referência em matéria de concepção cognitiva do dolo é a de PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução: Luís Greco. Barueri: Manole. 2004. p. 79 et seq. Entre nós, a defesa de uma concepção cognitiva do dolo é feita, entre outros autores, por GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: RAPOSO, João António *et al*. (org.). *Líber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-905. p. 902 et seq., e VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 251 et seq.

[392] Veja-se que o próprio Greco, ao fazer a defesa de um "dolo sem vontade", sustentando que o dolo se fundamentaria somente no conhecimento – em sentido psicológico –, reconhece que, com esse movimento, "ao menos em parte o dolo acaba se tornando uma questão de tipo objetivo: o autor tem de conscientemente criar um risco de tal dimensão que a produção do resultado possa ser considerada algo que o autor domina". (GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: RAPOSO, João António *et al*. (org.). *Líber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-905. p. 902.). Também Gil Gil parece inserir a eliminação do elemento volitivo do dolo, tendência das mais modernas formulações, no contexto de um movimento de objetivização e normativização do dolo – o qual, no entanto, a exemplo do que destacamos na sequência do texto, não se restringe à proposta de uma substituição de teorias volitivas teorias cognitivas, mas antes por visualizar o dolo não como um dado da realidade suscetível de observação, e sim como um título de atribuição decorrente de determinados elementos e circunstâncias que concorrem no fato.

tão subjetiva índole, configurando-se já com o objetivo e em tese mais palpável exame das condições concretas que permitem afirmar ao menos o conhecimento, pelo agente, de um perigo relevante.[393]

Mas a normativização que se percebe no tratamento do dolo não reside somente – ou ao menos não principalmente – na simples substituição das teorias volitivas pelas teorias cognitivas. Associar o dolo não já à vontade, mas ao nível de conhecimento, em princípio pouco diz sobre a natureza normativa ou não da teoria examinada. Essa última questão, em verdade, prende-se muito mais aos pressupostos sob os quais se pode dizer que o indivíduo age seja com vontade, como querem as teorias volitivas, seja com conhecimento, como querem as teorias cognitivas.[394] Determinar, então, a natureza normativa ou psicológica de uma concepção teórica sobre o dolo passa por saber aquilo que se deve entender por *normatividade*.

Temos que uma perspectiva verdadeiramente normativa se apoia, essencialmente, em duas premissas básicas: na substituição do paradigma da realidade empírica pela realidade *valorada*; na consideração de conceitos subjetivos, como o dolo, não como algo existente e disponível no mundo, mas como um *título de atribuição*.[395] Isso permite, ao menos em

---

Essa, pelo menos, a interpretação que fazemos de GIL GIL, Alicia. Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 15, p. 95-153, 2005. p. 95, quando afirma a possibilidade de se surpreender na atualidade "diversos intentos de normativização ou de objetivação, que vão desde uma primeira eliminação de elementos volitivos, passando a uma imputação do dolo a partir da constatação do conhecimento de determinados fatos objetivos, para terminar por desaparecer totalmente em algumas posturas atuais, diluídos em processos de objetivação e normativização que imputam inclusive os elementos cognitivos a partir de determinados dados da realidade". Em nota de rodapé, a autora é ainda mais explícita quando afirma entender que "o fato de prescindir de elementos volitivos no dolo supõe uma primeira normativização, ainda que muito limitada, visto que o elemento intelectual segue sendo considerado um verdadeiro elemento subjetivo". (Ibid., p. 95, nota 1.).

[393] Veja-se, por exemplo, que Viana, em referência à repercussão processual de sua tese, refere precisamente a dispensabilidade de prova do elemento subjetivo volitivo, exigindo-se, daí para diante, somente a comprovação do elemento cognitivo, é dizer, de que o agente representou o perigo criado com o seu comportamento. Essa comprovação, segundo o autor, dar-se-ia em função de dados verificáveis sem a necessária participação do acusado ou de testemunhas, sendo que "as suas declarações, quando muito, têm um valor secundário". Segundo o autor, essa seria a principal vantagem da teoria apresentada: "evitar que o nível de imputação seja guiado pelas representações psíquicas posteriores ao fato". (VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 283.).

[394] Como bem destaca Busato, "a mais importante questão não é saber se a vontade deve ou não ser acrescentada ao conhecimento, mas quando se poderá dizer que o indivíduo que atuou o faz dolosamente, intencionalmente ou conhecendo a possível ou provável provocação do resultado". (BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 61).

[395] Nesse sentido, DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-21. p. 12. A autora, para além desses dois pressupostos, acresce um terceiro, relativo à feição que o processo penal assume em uma perspectiva normativa: "o objetivo do processo penal não será já o descobrimento da verdade empírica mas da *verdade forense*, ou seja, aquela parcela da realidade à qual o juiz não tem acesso através das provas legalmente estabelecidas, que deverão ser, por sua vez, respeitosas com os direitos fundamentais de todos aqueles que participam do processo".

princípio, concluir pela compatibilidade teórica entre abordagens psicológicas e teorias cognitivas, na medida em que, embora teorias cognitivas sejam de fato mais vocacionadas ao exame do dolo segundo parâmetros normativos, também o conhecimento do risco de ocorrência do resultado pode ser tratado, em tese, segundo parâmetros ontológicos, como uma realidade (psicológica) acessível e suscetível de descrição[396] [397] (perquirindo-se, nesse

[396] Diversos autores, diga-se de passagem, trabalham com teorias cognitivas de corte psicológico. Greco, por exemplo, ao sustentar uma concepção cognitiva de dolo, não nega a sua natureza psicológica. Fá-lo, aliás, de maneira bastante explícita: "o objetivo do presente trabalho é, obviamente, questionar as posturas volitivas, defendendo uma teoria cognitiva de dolo". Para isso, construirá o autor o seu argumento a partir de dois passos: "primeiro, perguntando se sequer a exigência de conhecimento, em sentido psicológico, está justificada; e, após darmos uma resposta afirmativa a essa pergunta, se a exigência de vontade (em sentido psicológico) também está justificada. A esta segunda pergunta será dada uma resposta negativa". A conclusão do autor, na parte final do escrito, é a de que "psicologicamente, dolo é conhecimento, e não conhecimento e vontade". (GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: RAPOSO, João António *et al.* (org.). *Líber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-905. p. 889 e p. 902, respectivamente.). A natureza psicológica da concepção do autor parece, portanto, evidente. Já a perspectiva, por exemplo, de Puppe apresenta elementos ambíguos, que por vezes parecem permitir classificá-la como uma abordagem psicológica – a despeito de a própria autora considerá-la uma proposta normativa. Veja-se, por exemplo, que após fornecer uma série de exemplos em que o agente emprega métodos que são reconhecidos como aptos para a provocação de um dado resultado, o que deveria justificar a imputação do dolo com independência de o propósito concreto do autor se alinhar ou não à produção desses resultados, destaca Puppe que "o único que pode ser duvidoso nestes casos é se o autor estava consciente do perigo", consciência essa que "permanece sempre imprescindível para o dolo", de tal maneira que, para Puppe, "se o autor sequer pensou na possibilidade de que a vítima pudesse morrer em decorrência de seu comportamento, não pode ele ser condenado por homicídio doloso, ainda que o perigo seja evidente". (PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 114-132, jan./fev. 2006, p. 123.). Ora, se a imputação do dolo depende de um concreto conhecimento do autor, imprescindível mesmo diante de um perigo de caráter evidente, então o que se está a exigir é a constatação de um dado psíquico, de tal maneira que a construção segue sendo psicológica. Como bem observa Díaz Pita – em crítica a orientação similar –, "afirmar que o dolo consiste no conhecimento do risco não supõe a normativização deste conceito, mas, pelo contrário, a utilização de parâmetros psicológicos, reduzidos em seu objeto". (DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-21. p. 13.). Sobre a crítica de Díaz Pita, com maiores detalhes, conferir nota 397. Também considerando possuir a perspectiva de Puppe contornos psicológicos, PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" e lo "subjetivo" en el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014. p. 305.

[397] Eis aí, a propósito, um dos pontos da crítica de Díaz Pita à formulação – pretensamente normativa – de Feijoo Sánchez, a qual pode ser encontrada em FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: sobre la normativización del dolo. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 65, p. 269-364, 1998. Para esse autor, "dolo e imprudência não são conceitos ontológicos ou psicológicos, mas sim conceitos normativos que devem ser determinados pela ciência dogmática e pela jurisprudência mediante a interpretação do direito positivo". (Ibid., p. 271.). Apesar da sua declarada adesão à perspectiva normativista, no entanto, o autor sustentará que "o injusto doloso se caracterizaria porque uma pessoa *toma a decisão* de realizar um fato *apesar de conhecer* (*abarcar intelectualmente*) todas as circunstâncias fáticas que vão converter esse fato em um fato típico", ou, ainda em outras palavras, "no injusto doloso o autor se decide *com conhecimento do alcance de sua decisão* por uma atuação jurídico-penalmente relevante". (Ibid., p. 277, grifo nosso.). O dolo estaria fundamentado, então, no conhecimento do risco, de tal maneira que "atua dolosamente aquele que, *conhecendo o risco*, atua ou omite", sendo prescindível à imputação do dolo, na perspectiva do autor, um "perfeito conhecimento da situação", uma vez que bastaria "*simplesmente saber* que a realização do fato típico resta nas mãos do azar e que se fez ou se fará o suficiente ou necessário para lesionar outrem". (Ibid., p. 278, grifo nosso.). A consequente distinção entre o dolo e a culpa se encontraria, na construção de Feijoo Sánchez, "nos diversos níveis de conhecimento na hora de tomar a decisão". (Ibid., p. 309.). A leitura dessas passagens revela a absoluta pertinência da crítica de Díaz Pita no que diz respeito à suposta adesão dessa definição à perspectiva normativista. Afinal de contas, nada há de normativo

caso, se o agente agiu com efetiva representação mental quanto ao risco de ocorrência do resultado, ou se, diferentemente, não dispunha desse conhecimento). Daí que a normativização que se pode surpreender no mais moderno tratamento dogmático do dolo diga respeito à constatação de que esse dolo, em verdade, não é uma realidade disponível e acessível mediante simples observação, um dado fático relacionado ao estado psíquico (querer, ser indiferente, aprovar, consentir etc.) do agente, mas sim um título de atribuição que decorre da observação que se faz dos fatos e de como se conduziu o agente, e do tipo de responsabilidade subjetiva que, em atenção a essa observação e segundo determinados critérios jurídicos e axiológicos, deve ser reconhecida.[398]

---

em se exigir algum tipo de conhecimento – no caso, conhecimento do risco – para a imputação do dolo. O caráter psicológico da perspectiva cognitiva de Feijóo Sanchez parece bastante claro. Nas palavras de Díaz Pita, "a eliminação do resultado como objeto do conhecimento e a redução deste ao risco de produção de tal resultado supõem, unicamente, misturar duas formas de expressão do conhecimento como são o cálculo e a previsão". Em outras palavras, "afirmar que o dolo consiste no conhecimento do risco não supõe a normativização deste conceito, mas, pelo contrário, a utilização de parâmetros psicológicos, reduzidos em seu objeto, cujas dificuldades probatórias não é necessário ressaltar". Em irretocável conclusão, e no mesmo sentido do nosso texto, "a adoção do risco como objeto do conhecimento não transforma a natureza deste elemento de psicológica a normativa; só reduz a sua extensão". (DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-21. p. 12-13.). A crítica que Díaz Pita direciona a Feijoo Sánchez é a mesma que Peréz Barberá direciona a praticamente todas as mais conhecidas e consagradas construções cognitivas. Para o autor, o conhecimento, "da mesma maneira que a vontade, nada mais é do que um estado mental e, portanto, um dado empírico". Ainda segundo o autor, "constitui basicamente um erro categorial, no sentido de Ryle, afirmar que um constructo normativo por definição como o dolo *seja* um fato psíquico (um estado mental), como o é o conhecimento ou a representação do autor" – incorrendo nesse erro, segundo Peréz Barberá, as construções de Schröder, Schmidhäuser, Jakobs, Frisch, Herzberg e Puppe. (PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. *Cuardernos de Derecho Penal*, n. 6, 2012, p. 12-13.).

[398] Vale ressaltar, aqui, a distinção feita por Greco com singular clareza – embora em referência específica ao conceito de vontade – sobre as perspectivas psicológica-descritiva e atributivo-normativa. Nas suas palavras, enquanto em uma perspectiva psicológico-descritiva o termo vontade alude a "um estado mental, algo que ocorre literalmente na cabeça do autor, uma entidade empírica que pertence ao universo psíquico de alguém", em uma perspectiva atributivo-normativa "vontade não é mais uma entidade interna à psique de alguém, mas uma atribuição, isto é, uma forma de interpretar um comportamento, com ampla independência da situação psíquica do autor", de maneira tal que a proposição de que "a vontade do autor estava dirigida a X" significaria "não a existência, em algum momento, de algo dentro da cabeça do autor suscetível de ser designado pelo termo vontade, mas sim que a melhor maneira de compreender o comportamento do autor é aquela que, de alguma forma, o aproxima daquilo que ele veio a realizar e o considera plenamente responsável por isso". (GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: RAPOSO, João António *et al*. (org.). *Líber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-905. p. 886-887.). Convém ressaltar que, a despeito do sugestivo nome do trabalho, Greco, que inicialmente se alinhava às teses cognitivas, passou a se alinhar, na companhia de Roxin, às teses volitivas, ainda que sob uma perspectiva normativa. Sobre essa transição no pensamento de Greco, ver VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 175, nota de rodapé 499. A monografia de Viana é, diga-se de passagem, um dos mais aprofundados trabalhos sobre dolo escritos em língua portuguesa, com amplo conhecimento da mais moderna literatura estrangeira em matéria de dolo, em especial na Alemanha. E também Viana nos fornece, a exemplo de Greco, uma didática distinção entre as abordagens psicológica e normativa do comportamento doloso. Para o autor, "no sentido psicológico, a conduta é valorada a partir da perspectiva do interveniente e o dolo é fruto, por assim dizer, de autoatribuição; por outro lado, no sentido normativo, a conduta é valorada a partir da perspectiva do observador e o dolo é fruto da atribuição de terceiro". (VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 164.).

Nesse sentido, parece claro que uma abordagem normativa do dolo pode ser adotada tanto em relação às teses volitivas, quanto em relação às teses cognitivas, na medida em que a normatividade não estaria naquilo que "se diz" sobre o dolo, mas sim em "como se diz". Daí a pertinência da referência de Roxin a dois tipos de normativismo: um "normativismo cognitivo" e um "normativismo volitivo".[399]

Ao campo do normativismo cognitivo devem ser remetidas aquelas construções que desprezam, para a fundamentação do dolo, o elemento da vontade, reputando suficiente, para a imputação do comportamento do doloso, a mera representação ou conhecimento da possibilidade de ocorrência do resultado – conhecimento esse que, contudo, não deve ser compreendido como um mero estado mental, um dado empírico disponível, mas sim como algo que deva ser atribuído em atenção a determinadas condições de que se reveste o comportamento. Cuida-se, em outras palavras, da projeção de um determinado tipo de conhecimento, de maneira independente do escrutínio quanto a sua efetiva ocorrência no caso concreto.

Uma das posições de referência, aqui, é a de Jakobs. Para ele, fatos psicológicos não deveriam ser capazes de gerar consequências jurídicas. E isso vale, inclusive, para o conhecimento. Por isso, defende o autor que mesmo diante de uma falha relativa ao conhecimento, quando expressão de uma atitude de indiferença em relação às normas, ou como uma negativa de seu reconhecimento como padrão de conduta imposto, ainda assim se justificaria a imputação do dolo.[400]

Ragués i Vallès, também em uma perspectiva nitidamente cognitiva de corte normativo, defende que a existência do dolo pode ser afirmada "quando, a partir do sentido social de um fato e das circunstâncias que o acompanham, pode afirmar-se de modo inequívoco que um sujeito levou a cabo um comportamento objetivamente típico, atribuindo à sua concreta conduta a capacidade de realizar um tipo penal".[401] Também Pérez Barbera é partidário dessa orientação, quando, ao defender um critério de probabilidade, esclarece

---

[399] ROXIN, Claus. Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo. *In*: ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007. p. 167-191. p. 177.

[400] Sobre o ponto, ver JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 313-314. Uma tal leitura da posição de Jakobs é feita por GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: RAPOSO, João António *et al*. (org.). *Líber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-905. p. 889-890.

[401] RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La atribución del conocimento en el ámbito de la imputación dolosa.* 1998. 663 p. Tesis doctoral – Universitat Pompeu Fabra. Barcelona: 1998. p. 622.

tratar-se de uma probabilidade objetiva, de tal maneira a considerar "irrelevante o que representa uma pessoa particular acerca dessa probabilidade".[402]

Também Viana sustenta, entre nós, uma teoria cognitiva de dolo em sentido normativo. Para o autor, não somente a imputação dolosa não guarda relação com a postura volitiva psíquica do agente – sendo o dolo representação, e não vontade –, mas também a representação exigível deve ser concebida segundo parâmetros normativos. Nas suas palavras, o dolo, "como conceito jurídico que é, somente possui alguma relevância se for relevante para o direito penal", de tal maneira que "a decisão sobre o que é ou não é relevante para o direito penal não está nas mãos do indivíduo, senão nas mãos do próprio direito penal; não se trata, portanto, de presunção do dolo, mas de determinar quem deve ser o competente para decidir sobre a relevância jurídico-penal de um perigo".[403] Também no contexto nacional, Lucchesi, em trabalho recente, adere ao conceito de "dolo normativo fundado no conhecimento", sustentando a impossibilidade de definição do conhecimento "como um processo mental que ocorre dentro do intelecto do sujeito, acessível a ele por meio de introspecção", e consequente necessidade de se "normativizar o conhecimento".[404]

Caro John, ao definir o processo de atribuição de sentido normativo ao conhecimento, afirma que o conhecimento penalmente relevante coincidiria com o conhecimento concreto que o atuante *deveria possuir* no contexto social de sua ação. Em consequência, a pergunta acerca do aspecto subjetivo com relevância penal "começa pelo que o agente 'deveria saber', e não pelo que ele simplesmente 'sabia' ou 'poderia saber' no momento de agir em um contexto social determinado".[405] A leitura de Caro John, de forma mais explícita que as anteriores, reveste-se de um caráter deontológico, na medida em que o juízo de imputação subjetiva é dependente da análise dos conhecimentos que o autor *deveria possuir* no caso concreto.

Também Porciúncula endossa uma perspectiva cognitiva em sentido claramente normativo. Defende o autor que consiste em um equívoco, para uma teoria da prova do dolo, engajar-se em uma investigação acerca da existência ou não de uma "entidade psicologicamente real situada no 'âmbito interno' do autor" representada pelo seu

---

[402] PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. *Cuardernos de Derecho Penal*, n. 6, 2012. p. 36.
[403] VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 366.
[404] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 148.
[405] CARO JOHN, José Antonio. Imputación subjetiva. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, [*s. l.*] n. 7, p. 235-252, 2006. p. 248.

conhecimento.[406] E isso porque, para o autor, o conhecimento exigido no dolo consiste em um "componente de um sentido exteriorizado", de modo que se afigura sempre atribuído em atenção ao "contexto social constitutivo do significado da ação"[407].

Ao campo do normativismo volitivo, diferentemente, remetem-se aquelas construções que fundamentam o dolo não somente no conhecimento, mas em uma determinada manifestação de adesão ou consentimento em relação à produção do resultado, manifestação essa que, no entanto, tampouco pode ser percebida em termos psicológicos, como um determinado dado da realidade, um estado psicológico auditável, mas sim como objeto de heteroatribuição. É dizer, o comportamento adotado deve ser, na perspectiva de um terceiro, expressão dessa aprovação.

Roxin, por exemplo, sustenta a imprescindibilidade de parâmetros normativos de valoração na delimitação entre dolo eventual e culpa consciente. Contudo, "o substrato dessa valoração não pode limitar-se a determinada representação de perigos", de maneira que determinar se o indivíduo se decidiu contra o bem jurídico – o que considera ser o fundamento da imputação do dolo – é algo que somente pode ser estabelecido "considerando todos os elementos objetivos e subjetivos dos fatos, relevantes para a atitude de dito autor".[408]

Díaz Pita, por sua vez, embora defenda uma abordagem normativa, não dispensa a relevância do aspecto volitivo. Segundo a autora, o elemento volitivo normativamente concebido constitui "expressão de um direito penal democrático", imprescindível à fundamentação da diferenciação – inclusive punitiva – que se estabelece entre os delitos

---

[406] PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" e lo "subjetivo" en el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014. p. 309.

[407] PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" e lo "subjetivo" en el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014. p. 310.

[408] ROXIN, Claus. Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo. *In*: ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007. p. 167-191. p. 190. Próximo disso, a permitir, salvo melhor juízo, considerá-lo também um adepto dessa perspectiva, destaca Cuello Contreras que "com o dolo não descrevemos o que quis o autor a quem se lhe adscrevemos, senão que imputamos uma vontade daquilo que causou conhecendo certas circunstâncias intimamente relacionadas com o ocorrido". (CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Aspectos substantivos y procesales del dolo. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 1, p. 139-152, 2005. p. 145.). É interessante notar que tal afirmação se dá sem prejuízo da filiação teórica do autor ao finalismo. Veja-se que em momento posterior do seu trabalho sustentará ele que "também no delito imprudente, para que haja imputação penal, o autor deve representar (tipo subjetivo) que com sua ação (final em sentido ontológico) coloca em marcha um nexo causal = perigo mais (imprudência) ou menos (dolo) remoto de um concreto resultado", destacando ainda que "a isso nós, finalistas, chamamos dolo ou elemento subjetivo". Porém, ainda segundo Cuello Contreras, "que depois, com critério axiológico e referido ao objetivamente acontecido, imputemos a um título ou outro, a questão sobre o conteúdo do imputado, será o que alguns começam a chamar de normativização do dolo", a qual teria como pressuposto mínimo, na sua perspectiva, a representação e a vontade de algo manifestado em uma ação final. (Ibid., p. 148.).

dolosos e culposos. [409] É certo que tais conceitos, por refletirem uma tendência interna do sujeito, resultam de difícil determinação, justificando-se, em razão disso, o apelo à normativização. No entanto, para a autora, isso não deveria conduzir a uma "renúncia à racionalidade"; para a autora, dolo e imprudência "são casos desiguais e por isso se valoram de forma desigual", o que não se afiguraria sustentável diante da afirmação de que ambos se fundamentam exclusivamente no conhecimento.[410]

O que faz tanto do normativismo cognitivo quanto do normativismo volitivo (ambos compreendidos nas suas mais diversas variações teóricas) concepções igualmente normativistas é, como já dito, a falta de uma pretensão de abordar o dolo como uma realidade observável e suscetível de descrição. Não haveria, pois, um estado mental – seja uma mera representação ou conhecimento, seja uma vontade ou uma intenção – que pudesse ser diagnosticado e reconduzido, sem qualquer tipo de intermediação valorativa, ao "rótulo jurídico" denominado *dolo*.[411] O dolo resulta antes de um juízo *adscritivo*, de maneira que a decisão que o reconhece – embora possa ser considerada uma decisão *correta* ou *errada*, *justa* ou *injusta*, resultante de um julgamento *bom* ou *ruim* – jamais poderá ser qualificada como *verdadeira* ou *falsa* no que diz respeito a essa atribuição.[412]

Estabelecidas as linhas gerais de uma definição das perspectivas normativas – sejam elas volitivas, sejam cognitivas –, parece interessante observar, a seguir, o tipo de justificativa que normalmente se invoca para a defesa de uma tal perspectiva em detrimento

---

[409] DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-21. p. 16 et seq.

[410] DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-21. p. 16 et seq.

[411] Interessante definição também nos é trazida por Fletcher, sobre aquilo que denomina de "teoria psicológica da atribuição" e "teoria moral da atribuição", com influência não somente na definição da *mens rea*, mas também na culpabilidade (*blameworthiness*) e no grau de culpabilidade (*culpability*). Segundo o autor, "a teoria psicológica investiga se o crime está refletido na consciência do sujeito", afigurando-se como questão central "se o suspeito escolheu cometê-lo ou ao menos está ciente ou prevê que suas ações resultarão no crime", propondo-se, nesse sentido, que "se o crime está refletido na consciência do autor, então ele é responsável pelo que suas ações produzem". (FLETCHER, George. *Basic concepts of Criminal Law*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 82.). Por outro lado, a teoria moral da atribuição foca na "justiça e equidade de considerar um dado suspeito responsável por um ato criminoso", afigurando-se como questão central "não se o crime está espelhado na mente do agente, mas sim se, independentemente das imagens que tomam forma na consciência do autor, ele ou ela podem ser justamente considerados culpados pelo cometimento do ato injusto". (Ibid. p. 82 e p. 83, respectivamente.). Fica claro que a contraposição que o autor estabelece entre a "teoria psicológica da atribuição" e a "teoria moral da atribuição" corresponde à contraposição que fizemos, na senda de diversos autores, entre a perspectiva psicológica e a perspectiva normativa do dolo.

[412] Algo que, aliás, já foi observado por Hart em relação a determinadas manifestações judiciais, muitas das quais, ao contrário do que se poderia pensar, não possuem pretensão descritiva, mas sim adscritiva. Nesse sentido, conferir HART, Herbert. The ascription of responsability and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 49, n. 1, p. 171-194, Jun. 1949. Disponível em: http://bit.ly/36WOZXv. Acesso em: 27 jul. 2019. p. 182.

de uma abordagem psicológica. Sobre isso, observa-se, em especial, a existência de dois tipos de argumentação bastante diversos que justificam, na grande maioria das formulações, uma abordagem normativa: o primeiro deles denominaremos de argumento *pragmático*, que dará lugar a uma perspectiva normativa *em sentido fraco*; o segundo, denominaremos de argumento da *preponderância valorativa*, que dará lugar a uma perspectiva normativa *em sentido forte*. Identificar o tipo de fundamentação que justifica a adoção de uma perspectiva normativa parece relevante para se determinar como devem ser analisados os dados ontológicos que concorrem no comportamento analisado – em especial, os estados psíquicos –, bem como para a interpretação de alguns casos-limite que colocam em dúvida o aspecto que possui a precedência lógica na determinação do agir doloso.

No argumento pragmático, a perspectiva normativa se justifica em razão da simples *dificuldade probatória* que a problemática do dolo suscita. O processo de atribuição que culmina com a imputação do dolo parece decorrer de uma conscientização quanto aos limites reconstrutivos do processo penal, em especial na sua dificuldade – inegável, diga-se de passagem – de lidar com a comprovação de estados mentais.[413] Segundo essa linha de argumentação, a adoção de uma perspectiva normativa do dolo é fruto de uma espécie de "humildade reconstrutiva", na medida em que se reconhece a impossibilidade de o processo penal vir a demonstrar, sobretudo em atenção aos *standards* probatórios que lhe são exigidos, estados psíquicos como *querer, ser indiferente, consentir, aprovar, representar* ou *conhecer*. O dolo, nesse sentido, *visto que não pode ser demonstrado, somente pode ser atribuído*.

Associa-se a esse argumento a constatação – de cunho pragmático e realista – de que "*na prática, o que os juízes fazem é atribuir o dolo*".[414] Ninguém que seja minimamente

[413] Veja-se, por exemplo, a afirmação de Díaz Pita, para quem "o fato de que estes conceitos dispositivos, ou seja, que refletem uma tendência interna do sujeito, resultem difíceis de determinar desde uma perspectiva empírica é o que nos leva a optar por uma perspectiva normativa". (DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-21. p. 17.). Nesse preciso sentido, ao reconhecer que a perspectiva normativa por ela encampada constitui apenas uma resposta às dificuldades existentes na comprovação de estados mentais, é possível enquadrar sua construção como uma perspectiva normativa *em sentido fraco*.

[414] Basta uma pesquisa superficial para se constatar o quão recorrente é a referência, na jurisprudência brasileira, à circunstância de o dolo ser em princípio inacessível, devendo ser comprovado mediante a análise das circunstâncias objetivas que envolvem o fato. Apenas para exemplificar, veja-se, no âmbito do Tribunal de Justiça de SP, a Apelação Criminal nº 0003895-14.2017.8.26.0635, que adota uma linha de fundamentação bastante comum em imputações de receptação, nas quais, via de regra, a controvérsia recai precisamente sobre o tipo subjetivo: "Como se vê, a prova do elemento subjetivo do tipo é extraída das circunstâncias que envolvem os fatos e da própria conduta do receptador" (TJSP; Apelação Criminal 0003895-14.2017.8.26.0635; Relator (a): Osni Pereira; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 8ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 16/07/2019; Data de Registro: 16/07/2019). No mesmo sentido, o julgamento da Apelação Criminal nº 0006316-82.2006.8.26.0272: "Como é sabido, no crime de receptação, o dolo é de difícil comprovação, devendo ser extraído do comportamento do acusado e das

familiarizado com a realidade forense ousará discordar de que o processo de tomada de decisão em um dado caso penal envolve, em maior ou menor medida, a atribuição, pelo julgador, de uma determinada atitude psicológica – conformadora do dolo ou da negligência – em razão apenas de indícios ou regras de experiência.[415] Com efeito, o fato de o agente haver se comportado de dada maneira *sinaliza* uma determinada atitude psicológica, conclusão a que o magistrado somente pode acessar mediante o emprego de regras de experiência.

Uma fundamentação do tipo *pragmática* parece ser aquela adotada por Hassemer, na sua chamada "teoria dos indicadores externos" – ainda que o próprio autor divirja dessa rotulação.[416] Veja-se que a formulação de Hassemer, à diferença de outras concepções

demais circunstâncias que cercam o fato delituoso, daí por que a posse da coisa produto de crime em mãos do agente, que não se dispõe a esclarecer de forma verossímil sua origem, é indicativo seguro da presença do elemento subjetivo caracterizador do crime e, por isso, autoriza o desate condenatório" (TJSP; Apelação Criminal 0006316-82.2006.8.26.0272; Relator (a): Marcos Correa; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itapira - 2ª Vara; Data do Julgamento: 23/05/2019; Data de Registro: 05/06/2019). Essa linha de argumentação é bastante recorrente, também, no âmbito do Tribunal de Justiça do RS. Veja-se, nesse sentido, o julgamento da Apelação Criminal nº 70075840959: "A prova do dolo na conduta do agente, pela natureza do que se busca comprovação, *emerge do exame global das circunstâncias que permeiam o fato*. No caso dos autos, a prova do dolo é cristalina, estando o réu na posse de telefone celular que foi subtraído minutos antes. A *ausência de justificativa plausível* para a posse sobre o bem evidencia a ciência do réu sobre a origem ilícita do telefone celular [...]". (*itálico nosso*) (TJRS, Apelação Crime, Nº 70075840959, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em: 26-04-2018). Para além desse tipo de situação, veja-se o julgamento dos Embargos Infringentes nº 70078180619, opostos diante de decisão proferida em recurso em sentido estrito interposto contra decisão de pronúncia, discutia-se imputação de homicídio doloso (dolo eventual) em razão de o acusado ter causado um acidente que culminou com a morte de pessoa que lhe acompanhava no banco do carona. A imputação dolosa decorreu, segundo a denúncia, da circunstância de o acusado conduzir seu veículo "em alta velocidade, em via pública sem pavimentação e após ter ingerido bebida alcóolica (cachaça e vinho), estando em estado de embriaguez". No acórdão, sustentou-se: "[...] 2. O dolo eventual em crimes de trânsito, embora admissível, é sempre exceção. Como o dolo eventual exige uma decisão contrária ao bem jurídico, *os dados fáticos evidenciadores dessa decisão devem ser mais visíveis e concretos*. Por outras palavras, os "indícios suficientes" de autoria de um crime contra a vida por dolo eventual – notadamente no trânsito - devem estar num grau maior do que normalmente é exigível para o dolo direto. Mais, *a análise da prova deve se pautar pelos elementos objetivos, visíveis, da conduta do agente*. É competência constitucional dos juízes de fato avaliar se uma determinada circunstância significa uma decisão do agente no sentido da aceitação do resultado, vale dizer, se um determinado quadro fático é tipificado como dolo eventual, culpa consciente ou se trata de um indiferente penal. 3. Na hipótese, há indícios suficientes da ocorrência de dolo indireto. [...]" (*itálico nosso*) (TJRS, Embargos Infringentes e de Nulidade, Nº 70078180619, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em: 10-08-2018).

[415] Sobre o papel dos indícios e das regras de experiência para a determinação do dolo, conferir RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 4, 2004, p. 16 et seq. Entre nós, afirma Costa que "para a prova dos elementos empíricos do dolo, apenas se pode lançar mão de fatos externos, empiricamente apreensíveis, ou seja, meios de prova com valor de indícios, que demonstram ou constituem (a depender da tese de filosofia da mente adotada) os estados mentais como o querer e o conhecer". (COSTA, Pedro Jorge. Meios de prova dos componentes empíricos do dolo, os volitivos e os cognitivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 115, p. 83-108., jul./ago. 2015, p. 104).

[416] Com efeito, adverte Hassemer que "não é correto, ao diferenciar os pressupostos conceituais do dolo, por um lado, da prova da sua existência, por outro, sustentar os indicadores do dolo como um problema exclusivamente processual", uma vez que os indicadores externos do dolo "não podem ser separados do

normativas, parece associar o dolo a um estado psicológico, apenas o considerando inacessível. Segundo ele, "o dolo é – da mesma forma que conceitos como 'voluntariedade', 'imprudência' ou 'tendência nociva' – uma disposição, uma situação interna não observável de forma imediata".[417] Essa disposição pode ser deduzida através de "indicadores observáveis", ou, em outras palavras, através de "elementos característicos do acontecimento externo".[418] Esses elementos, para Hassemer, possuem como única função "indicar o dolo, é dizer, um acontecimento que se desenvolve no lado interno do indivíduo agente".[419] Conclui-se, então, que Hassemer não nega o caráter empírico do dolo; o dolo se apresenta, na sua construção, como uma realidade.[420] A sua atribuibilidade decorreria apenas do fato de tal realidade ser processualmente inacessível, a reclamar, então, a análise dos chamados "indicadores externos".

O argumento da *preponderância valorativa* possui lógica diversa. Aqui, a atribuição do dolo não decorre simplesmente da impossibilidade prática de acessá-lo, mas sim da circunstância de não poder ser ele sequer conceitualmente associado a um determinado estado psíquico. Exemplo paradigmático dessa perspectiva nos dá Puppe, quando afirma que "mesmo se o juiz pudesse olhar para dentro da cabeça do autor durante o ato, ele não encontraria, ali, nada do que deveria ver".[421] É que o dolo, na sua essência, segundo essa perspectiva, não pode ser associado a um específico dado empírico, afigurando-se antes, e por definição, como um título de atribuição para o qual é pressuposto

---

conceito de dolo porque somente eles o tornam aplicável; os indicadores pertencem ao conceito". (HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Traducción de María del Mar Díaz Pita. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-931, 1990. p. 925-926.). Por outro lado, naquilo que parece soar como uma verdadeira "confissão" da perspectiva processual encampada, o autor chega a reconhecer que "estritamente considerados, conceitos como intenção, dolo, voluntário, boa-fé etc. não são casos de ambiguidade, mas sim complicadores da prova no processo, que se apoiam no simples fato de que os objetos imaginados em tais conceitos estão ocultos atrás de uma parede – geralmente o cérebro de alguém. Somente com ajuda de um instrumental, e não pela simples visão, é possível 'conhecer' o que é que está por detrás dessa parede". (HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 227.).

[417] HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Traducción de María del Mar Díaz Pita. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-931, 1990. p. 925-926. p. 925.

[418] HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Traducción de María del Mar Díaz Pita. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-931, 1990. p. 925-926. p. 926.

[419] HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Traducción de María del Mar Díaz Pita. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-931, 1990. p. 925-926. p. 926.

[420] A interpretação segundo a qual Hassemer considera o dolo como uma realidade psicológica, apenas propondo a sua investigação a partir dos indicadores externos, também é feita por CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-143. p. 126-127.

[421] PUPPE, Ingeborg. O dolo eventual e a sua prova. *In*: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner (org.). *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019b. p. 65-81. p. 69.

um juízo de valor. Esse juízo de valor, e não qualquer dado empírico – como determinados estados psíquicos –, é que deveria preponderar na imputação do comportamento doloso, podendo-se, nesse sentido, admitir situações de verdadeira incongruência ou assimetria entre a realidade psicológica interna efetivamente presente na atuação do indivíduo e o tipo de responsabilidade a ele atribuída em razão do seu comportamento.[422]

Determinar, então, se se está diante de uma ou outra perspectiva normativa passa pela análise de como são interpretados, por exemplo, determinados casos paradigmáticos que apresentam, por um lado, um comprovado estado psíquico *a priori* incompatível com o dolo e, por outro, uma nítida irracionalidade ou injustificabilidade desse estado psíquico. Examinemos, nesse sentido, dois exemplos:

Exemplo 1: Dois indivíduos realizam uma corrida ilegal de automóveis, apostando que o vencedor ficará com o automóvel do perdedor. Imaginemos que a disputa seja realizada em condições absolutamente adversas, em uma avenida no centro da cidade, local de alta concentração de pedestres, e que um dos competidores perca o controle de seu veículo ao passar por um quebra-molas em velocidade superior a 120 km/h, vindo a atropelar um grupo de pedestres que se encontrava na calçada, os quais acabam por falecer. Diante da intercorrência, o motorista envolvido no acidente também acaba perdendo a competição, sendo visto aos prantos no telefone, logo após o acidente, lamentando a perda do seu carro e, também, a morte das pessoas.[423]

Exemplo 2: Um indivíduo sai de uma casa noturna perceptivelmente alcoolizado, e decide conduzir seu veículo, oferecendo carona aos seus amigos. O indivíduo é, também, reconhecido como um péssimo condutor, tendo inclusive adquirido ilegalmente sua carteira de habilitação. Diante do contexto adverso, seus amigos se oferecem para conduzir o veículo, recebendo uma resposta negativa. O indivíduo alega que é o único que pode dirigir o seu automóvel e que não há absolutamente qualquer risco de acidente pois, além de ser um

[422] Nesse mesmo sentido, em alusão geral à perspectiva normativa – sem a distinção que propusemos entre a chamada perspectiva normativa em sentido fraco e perspectiva normativa em sentido forte –, sustenta Busato que "o principal problema de negar a realidade do dolo é o risco de gerar decisões arbitrárias", visto que se admite, assim, "a possibilidade de incongruência entre a realidade psicológica interna da intenção do agente e a atribuição que se lhe faz". (BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 68). O autor, no entanto, de nenhuma maneira se opõe à adoção de uma perspectiva normativa. Pelo contrário, é ele partidário. Apenas sustenta que, de modo a se evitar a crise de legitimidade que poderia ser gerada em razão dessa perspectiva, afigura-se fundamental o aprofundamento de "critérios concretos que ofereçam justificações adequadas para a atribuição do dolo e que possam levar mais além dos resultados que se possa obter mediante a perspectiva psicológica do dolo".

[423] Tomamos o exemplo emprestado de VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 162.

exímio condutor, conduz melhor o seu veículo quando embriagado. No trajeto de volta, o condutor ingressa em estrada cujo limite de velocidade é de 80 km/h e imprime velocidade de 160 km/h, andando em zigue-zagues para esquivar de outros veículos, até que perde o controle do automóvel, colidindo com outro veículo que trafegava no mesmo sentido. No acidente, morrem os tripulantes do outro veículo, bem como seus amigos.[424]

O que torna os exemplos acima interessantes é o fato de que nas duas situações é possível surpreender um genuíno estado psíquico que, ao menos em princípio, se revela incompatível com a fundamentação do dolo quer se trabalhe com uma teoria volitiva, quer se trabalhe com uma teoria cognitiva.[425] No primeiro exemplo, o indivíduo indiscutivelmente não possuía vontade (ao menos não em sentido psicológico) de dar causa ao resultado – mesmo porque o seu próprio veículo estava em disputa, e porque seu claro propósito era o de ganhar o outro veículo e provar suas habilidades como piloto –,[426] tampouco se podendo afirmar ter sido ele indiferente ou consentido com a sua realização. Qualquer vontade ou pré-disposição anímica em favor do resultado, nesse caso, somente poderia ser compreendida em sentido valorativo, mas não em sentido psicológico. Poder-se-ia dizer que o exemplo apenas se prestaria a servir como argumento contra as teorias volitivas e em favor de teorias cognitivas, mas não como argumento em prol de uma abordagem normativa em detrimento de outra psicológica – ou seja, que o simples emprego de uma teoria cognitiva, ainda que de corte psicológico, solucionaria adequadamente o problema. Daí a pertinência do segundo exemplo, que evidencia situação em que, do ponto de vista psicológico, tampouco se poderia falar em conhecimento do risco, na medida em que o indivíduo acredita inexistente qualquer chance de ocorrência do resultado, pois crê (equivocadamente) em suas habilidades como motorista, e crê (equivocadamente) que suas habilidades são otimizadas sob efeito de bebidas alcóolicas. A questão de fundo parece ser, portanto, qual o papel que essa crença irrazoável ou manifestamente infundada deve desempenhar na problemática da imputação subjetiva. Afinal de contas, poderia um indivíduo ser "escusado" – no sentido da imputação do delito culposo em detrimento do doloso – em razão de uma crença que, embora genuína, se revele absolutamente irrazoável e infundada?

---

[424] O exemplo em questão é retirado de PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. *Cuardernos de Derecho Penal*, n. 6, 2012, p. 26.

[425] Sendo essa precisamente a característica que parece marcar uma perspectiva normativa em sentido forte. É dizer, o fato de o indivíduo se comportar com um determinado estado psíquico (com representação ou vontade, ou sem representação ou vontade) não é, por si só, determinativo da espécie de imputação subjetiva. Nesse sentido, ver nossa nota 422.

[426] Nesse sentido, VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 163.

Adeptos da primeira linha de argumentação – a qual denominamos de uma perspectiva normativista em sentido fraco – estariam obrigados a responder que sim. Afinal de contas, se se parte da premissa de que o dolo é atribuído não porque não possa ser associado a um estado psíquico, mas antes porque tal estado psíquico se mostra na prática geralmente inacessível, eventuais situações-limite que apresentarem a excepcional comprovação de um estado psíquico incompatível com o dolo, ainda que em razão de uma nítida irracionalidade, deverão ser decididos em conformidade com o estado psíquico efetivamente apresentado pelo indivíduo, visto que constitutivo da modalidade de imputação subjetiva, sendo impositivo, então, o afastamento da responsabilidade dolosa. Nenhuma defesa de solução contrária pode ser feita sem que se reconheça, automaticamente, que a preponderância na determinação da imputação subjetiva pertenceria, nesse caso, à valoração do comportamento segundo parâmetros externos, e não já à realidade psíquica que animou o comportamento. Sendo essa, então, a perspectiva adotada, concluindo-se que há situações de efetiva assimetria entre o estado psíquico e o tipo de responsabilidade subjetiva – dolosa ou culposa – a ser atribuída, estar-se-á diante de uma perspectiva normativa em sentido forte, para a qual a preponderância na determinação do tipo de imputação subjetiva recai sobre o plano da valoração.

Parece relevante notar que, talvez na grande maioria dos casos, haverá um sentido de correspondência entre a valoração de um determinado comportamento e o estado psicológico que anima a conduta.[427] Quando um chefe de uma associação de traficantes, por exemplo, dispara em outro chefe, de facção rival, com a intenção de matá-lo para obter o monopólio sobre o comércio ilegal de drogas em uma determinada região, não há dúvidas de que o seu estado psicológico – intenção de praticar a conduta de matar – corresponderá à valoração que esse comportamento receberá. No mais das vezes, portanto, é possível surpreender uma relação de convergência entre tais parâmetros.

As perspectivas são postas à prova, portanto, em situações de assimetria, como nos exemplos já utilizados. E partindo do mesmo exemplo que acaba de ser referido, imagine-se uma variação: o chefe do tráfico, desta vez, não tem a intenção de matar o traficante rival,

[427] Também reconhecendo a existência de situações em que o "sentido psicológico-descritivo" e o sentido "atributivo-normativo" se sobrepõem, não ocasionando soluções divergentes, ver VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 164. O autor cita o exemplo de um indivíduo que, com material inflamável à mão, decide incendiar sua casa para obter indenização da seguradora, situação essa que não suscita qualquer dúvida acerca do enquadramento no delito do art. 171, §2º, V, do Código Penal. O problema, segundo o autor, é que "esse caso não corresponde àqueles que se apresentam na zona de fronteira entre o dolo e a culpa e, portanto, dada a sua autoevidência, praticamente não oferece dificuldades de justificação para a imputação a título de dolo".

pretendendo apenas demonstrar o seu poder e crueldade, incutindo-lhe temor necessário para que, doravante, nenhum membro da facção rival ouse explorar comercialmente a sua zona de dominação; para isso, ele aborda o indivíduo em sua residência e o tortura, ocasionando-lhe múltiplas lesões graves, seguidas de disparos de arma de fogo direcionados a regiões não vitais e da remoção de seus órgãos genitais, em procedimento intencionalmente asséptico e com emprego de medidas orientados a evitar quadro hemorrágico, com a manutenção do indivíduo com vida; ao término da sessão de tortura, ao deixar o local, com a vítima gravemente ferida, o traficante-torturador adverte que qualquer tentativa futura de comércio de drogas na região de seu domínio será respondida com esse mesmo tratamento contra os familiares da vítima, chamando a seguir uma ambulância e informando a existência de um ferido no local; diante do estado grave, no entanto, o traficante-torturado acaba morrendo durante o deslocamento para o hospital. Questionado, após, sobre o motivo de ter empregado procedimentos que visavam à manutenção da vida, bem como chamado a ambulância, o traficante-torturador responde que não o fez por qualquer tipo de apreço à vida da vítima, mas que todo o esforço para mantê-la vida tinha por propósito que essa pudesse propagar aos seus subordinados a sua crueldade, para que esses o temessem, acreditando que a sobrevivência da vítima teria sido, para essa finalidade, muitíssimo mais útil do que a sua morte cruel, a qual, em decorrência, lamenta profundamente; diz, ainda, que realizou estudos prévios acerca dos métodos adequados para a realização dos procedimentos de maneira segura, bem como do tempo de sobrevivência em eventual situação de hemorragia, diante do que tinha absoluta confiança de que os métodos por ele empregados, bem como o socorro prestado pela equipe médica, seriam mais do que suficientes para mantê-lo vivo. Diante dessa situação, assumindo a veracidade de todos os fatos declarados, seria possível imputar a responsabilidade pela morte a título de dolo, a despeito da clara inexistência de um estado psíquico com ele compatível? No contexto brasileiro, há boas razões jurídicas para se responder que não, diante da previsão específica, pelo art. 1º da Lei nº 9.455/97, do crime de tortura,[428] com a hipótese, prevista no parágrafo 3º, de qualificação pelo resultado morte, para a qual é prevista pena de oito a dezesseis anos – inferior, diga-se de passagem, ao homicídio qualificado, que prevê pena de doze a trinta anos, e que prevê como uma de suas

[428] Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; [...] Pena - reclusão, de dois a oito anos. [...] § 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

qualificadoras, precisamente, a tortura.[429] Ainda assim, parece legítimo indagar se, nesse caso, haveria boas razões para considerar o comportamento como homicídio qualificado, e não como tortura seguida de morte, ou pelo menos se em países nos quais não se preveja especificamente a figura da tortura qualificada pela morte, seria possível considerar o enquadramento da conduta como homicídio doloso, mediante o reconhecimento, por exemplo, do dolo eventual. Eventual resposta positiva a essa questão evidenciará, mais uma vez, uma incongruência entre o estado psíquico do agente e aquele, em tese, fundamentador do dolo – o que, como dissemos, é decisivo para que se possa qualificar uma perspectiva normativa em sentido forte. Veja-se que a genuína ausência de *intenção* de ocasionar a morte do indivíduo decorre da circunstância de ter utilizado métodos capazes de evitar um quadro hemorrágico, bem como de haver solicitado socorro; a genuína ausência de uma atitude de *indiferença* quanto a esse resultado decorre, para além desses mesmos indicadores objetivos, do fato de o traficante haver declarado que a sobrevivência da vítima teria sido muito mais útil do que a sua morte, visto que potencialmente a propagação do terror pelo seu rival teria sido meio eficaz de manter outros traficantes a ele subordinados distante da sua zona de dominação; por fim, a genuína ausência até mesmo de *representação* quanto à probabilidade de ocorrência do resultado decorre da circunstância de haver realizado estudos prévios que lhe deram segurança de que a morte não ocorreria contanto que fossem adotadas as medidas levadas a efeito, crença essa que se refletiu, inclusive, na ameaça proferida na saída do torturador, a qual parece ter evidenciado estar ele dando como certa a sobrevivência da vítima. Ainda assim, parece bastante provável que a maioria dos olhares sobre o exemplo em questão aponte a necessidade de atribuição da responsabilidade dolosa.

Claramente, portanto, há fatores alheios ao simples estado psíquico do agente que parecem decisivos para a determinação da modalidade de imputação subjetiva. Fatores esses que abrangem desde outros dados empíricos – que transcendem a simples atitude psicológica do agente em relação ao fato – até, principalmente, juízos de valor direcionados a esses dados. Fatores como *motivação do agente*, *intenção do agente*, *forma de realização*, *criação de risco* e *reprovabilidade do comportamento* parecem exercer significativa influência na decisão sobre o tipo de responsabilidade subjetiva imputável.[430]

[429] Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. [...] § 2° Se o homicídio é cometido: [...] III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; [...] Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

[430] Elementos esses que serão examinados pormenorizadamente em capítulo diverso.

4.4 DA RELEVÂNCIA DE DADOS EMPÍRICOS NO CONTEXTO DE UMA PERSPECTIVA NORMATIVA EM SENTIDO FORTE

Apesar do que ficou dito nas linhas precedentes, e sem prejuízo de nossa adesão ao que denominamos de uma perspectiva normativa em sentido forte, os ataques cada vez mais recorrentes que têm recebido as perspectivas que incorporam, para o juízo de atribuição do dolo, a análise de dados empíricos – em especial atinentes a estados anímicos – levam-nos a antecipar algumas considerações a esse respeito.[431]

Se por um lado parece correto afirmar que a determinação do tipo de imputação subjetiva depende de um juízo de valor, isso longe está de querer significar que dados empíricos sejam irrelevantes para esse juízo, como se poderia propor, por exemplo, no contexto de um normativismo radical.[432] Pelo contrário, nossas práticas revelam que dados empíricos se afiguram absolutamente prejudiciais e condicionantes para os juízos de valor que se direcionam aos comportamentos.

É que o dado empírico não pode ser visto como um simples dado, mas antes como um segmento da realidade portador de significado. Se a sociedade não é indiferente a esses dados, por certo não poderá o direito sê-lo; se tais dados determinam a forma como percebemos e valoramos alguns comportamentos, isso fatalmente se refletirá, também, nos critérios de determinação dos comportamentos penalmente relevantes.

Uma versão moderada do normativismo, na linha do exposto em tópico anterior, não propõe o abandono de dados empíricos. Apenas que a realidade, aqui, deve ser abordada a partir de um prisma valorativo.[433] Não será o dado empírico em si que determinará, de forma automática e sem qualquer tipo de intermediação valorativa, a modalidade de imputação subjetiva incidente na espécie. Como já destacamos, a modalidade de imputação subjetiva não possui um determinante ontológico, e não pode ser condicionada à constatação,

---

[431] A essa questão retornaremos no capítulo seguinte. Ver, a esse respeito, item 5.2.1.2.

[432] O que denominamos de normativismo radical equivale àquilo que, por exemplo, Schünemann denomina "normativismo livre de dados empíricos". Sobre isso, SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 11-33, jul./set. 2003. Não há relação direta, assim, entre esse tipo de normativismo e o que denominamos de "perspectiva normativa em sentido forte", que se relaciona mais especificamente ao processo de adscrição do dolo e ao elemento preponderante para esse fim. Ainda que seja possível dizer que um normativismo livre de dados empíricos trabalhará, na análise da imputação do dolo, com uma perspectiva normativa em sentido forte, não necessariamente uma perspectiva normativa em sentido forte pressuporá o abandono da análise de dados empíricos para o juízo de imputação do dolo. Aliás, nossa particular maneira de visualizar as coisas pode ser enquadrada nessa última descrição, como ficará claro ao longo do texto.

[433] DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-21. p. 14.

sem mais, de uma específica atitude psicológica, sendo resultado, na realidade, de um juízo de valor, o qual será levado a efeito em atenção a diversos elementos, dentre os quais alguns dados empíricos, tais como a atitude psicológica do agente. Essa é, quanto a nós, a correta ordem de enfrentamento dos problemas em matéria de imputação subjetiva, e que pode ser graficamente representada da seguinte maneira:

Dados empíricos → Juízo de valor → Imputação subjetiva.

Vistas as coisas dessa forma, passa a ser compreensível o papel de determinados elementos ontológicos na aferição da relevância penal dos fatos, na exata medida em que alguns fatores são inegavelmente portadores de grande significado para a percepção dos fatos. A atitude psicológica do agente na realização do fato, por exemplo, afigura-se como um dos mais relevantes elementos levados em consideração para o juízo de aprovação ou reprovação do comportamento.

O fato de nossos julgamentos morais serem em larga medida influenciados sobre considerações relativas à atitude psicológica do agente é amplamente documentado no campo da cognição moral (*moral cognition*). Por *cognição moral* deve-se entender o processo através do qual processamos determinadas informações para chegar a um julgamento moral sobre o comportamento de alguém.[434] Por sua vez, a chamada *teoria da mente* (*theory of mind*) estuda o processo através do qual atribuímos a outras pessoas determinados estados mentais,[435] ou a habilidade de contemplar os pensamentos, desejos, intenções ou disposições de terceiros por inferência abstrata.[436] Em anos recentes têm sido realizados diversos estudos conectando esses dois domínios, em especial mediante o monitoramento, via mecanismos de neuroimagem funcional – como tomografia por emissão de positrões (PET) e imagem por ressonância magnética funcional (fMRI) –, da atividade cerebral que se desenvolve no processo de tomada de decisões morais.[437] Tais estudos

[434] KNOBE, Joshua. Theory of mind and moral cognition: exploring the connections. *Trends in Cognitive Science*, 9 (8), 2005, 357-359. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.tics.2005.06.011. Acesso em: 28 de julho de 2019.
[435] KNOBE, Joshua. Theory of mind and moral cognition: exploring the connections. *Trends in Cognitive Science*, 9 (8), 2005, 357-359. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.tics.2005.06.011. Acesso em: 28 de julho de 2019.
[436] BZDOK, Danilo; GROß, Dominik; EICKHOFF, Simon B. The neurobiology of moral cognition: relation to theory of mind, empathy and mind-wandering. *In*: CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (ed.). *Handbook of Neuroethics*. New York: Springer, 2013. p. 127-148. p. 129.
[437] BZDOK, Danilo; GROß, Dominik; EICKHOFF, Simon B. The neurobiology of moral cognition: relation to theory of mind, empathy and mind-wandering. *In*: CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (ed.). *Handbook of*

demonstram, de maneira bastante consistente, que a crença das pessoas em relação ao estado mental de um dado indivíduo – objeto da chamada *teoria da mente* – serve como *input* para o processo através do qual chegam a julgamentos morais sobre o seu comportamento – objeto da *cognição moral*.[438] [439]

Em uma interessante pesquisa realizada, aqui citada apenas como exemplo, diversas pessoas foram confrontadas com situações que apresentavam intenções e resultados conflitantes: em um dos cenários, uma pessoa pretendia direcionar um viajante perdido à localidade correta e acabava, por equívoco, direcionando-o ao local errado; no outro, uma pessoa pretendia direcionar o viajante perdido à localidade errada e acabava, por equívoco, direcionando-o ao local certo. Interessantemente, constatou-se que crianças jovens tendiam a considerar o indivíduo da primeira situação mais censurável (*naughtier*) do que o indivíduo na segunda situação, enquanto que, à medida que a idade avançava, essa tendência se invertia, de modo que, quanto mais madura a pessoa, maior sensibilidade tinha em seus julgamentos morais para com informações atinentes às intenções.[440]

Em pesquisa conduzida por Young,[441] dados demonstraram que os julgamentos morais são determinados principalmente pelas informações relativas à crença do indivíduo

---

Neuroethics. New York: Springer, 2013. p. 127-148. p. 128. Conforme o autor, essas ferramentas permitem observar mudanças locais no fluxo sanguíneo cerebral, bem como o metabolismo de glicose e oxigênio, permitindo inferir o aumento da atividade neural de uma determinada zona cerebral durante a performance de tarefas específicas. Ainda segundo o autor, "frequentemente os correlatos neurais de uma determinada tarefa (refletindo o processo mental de interesse, por exemplo, decisões morais) são isolados pela subtração da ativação medida durante uma tarefa intimamente relacionada (uma tarefa de controle, como, por exemplo, decisões semânticas ou abstratas) que supostamente deveria carregar os mesmos confusos (*confounds*) (por exemplo, leitura), mas não evoca o mesmo processo mental de interesse. Nas últimas duas décadas, a neuroimagem funcional promoveu, assim, uma riqueza de informações sobre a localização cerebral de diversas tarefas psicológicas, incluindo a tomada de decisões morais".

[438] KNOBE, Joshua. Theory of mind and moral cognition: exploring the connections. *Trends in Cognitive Science*, 9 (8), 2005, 357-359. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.tics.2005.06.011. Acesso em: 28 de julho de 2019.

[439] Entre nós, explorando a relação entre a teoria da mente e a cognição moral, ver PEREIRA, Ricardo Augusto; STEIN, Sofia Inês Albornoz. Como a teoria da mente e a cognição moral interagem? *Cognitio*: *Revista de Filosofia*, v. 17, n. 1, jan-jun, 2016, p. 103-118. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/cognitiofilosofia/article/view/30222. Acesso em: 28 de julho de 2019. Abordando a temática da teoria da mente no campo do direito penal, em especial sobre o problema da inferência do dolo, e com amplas referências sobre a literatura norte-americana relacionada à teoria da mente, remete-se o leitor para o interessantíssimo artigo de DINIZ, Thiago Dias de; CARDOSO, Renato César. A intuição do dolo em direito penal: correlatos neurais da teoria da mente, raciocínio indutivo e a garantia da convicção justificada. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 945-959, ago. 2018. Disponível em: http://bit.ly/30pRCys. Acesso em: 28 jul. 2019.

[440] YOUNG, Liane; CUSHMAN, Fiery; HAUSER, Marc; SAXE, Rebecca. The neural basis of the interaction between theory of mind and moral judgement. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 104, n. 20, 8235-8240, May 15, 2007. Disponível em: https://doi.org/10.1073/pnas.0701408104. Acesso em: 28 de julho de 2019.

[441] YOUNG, Liane; CUSHMAN, Fiery; HAUSER, Marc; SAXE, Rebecca. The neural basis of the interaction between theory of mind and moral judgement. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United*

julgado. Assimetrias interessantes surgiram nos casos de conflito entre crenças e resultados – notadamente, situações de tentativa de dano (por exemplo, o indivíduo que coloca açúcar no café de um amigo, acreditando ser veneno) e de dano não intencional (por exemplo, o indivíduo que bota veneno no café de um amigo, acreditando ser açúcar). Casos de tentativa de dano foram considerados nocivos e reprováveis na mesma medida que casos de dano intencional consumado, demonstrando-se que, nessas situações, o julgamento moral se baseou preponderantemente na informação quanto à crença do indivíduo julgado. Em outras palavras, constatou-se que o simples *acreditar* estar colocando veneno no café, ainda que disso não tenha resultado qualquer dano, torna, na perspectiva das pessoas em geral, o comportamento tão reprovável quanto se o veneno efetivamente tivesse sido colocado e causado a morte. Por outro lado, essa exclusiva dependência da crença do indivíduo julgado já não se verificou na situação de dano não intencional, em que se constatou que o julgamento moral, aqui, é dependente tanto da análise do resultado, quanto da informação sobre a crença do autor, uma vez que a situação de dano não intencional não foi considerada tão permissível quanto a situação de ausência de crença negativa e ausência de resultado nocivo (por exemplo, sujeito que acredita estar colocando açúcar e efetivamente coloca açúcar). Young constatou, nesse estudo, "uma assimetria entre o julgamento moral de criminosos incompetentes (cujas falsas crenças impediram danos intencionais de ocorrerem) e inocentes desafortunados (cujas falsas crenças os levaram a causar danos não intencionais)", uma vez que os julgamentos dos chamados "criminosos incompetentes" foram severos, baseados somente na crença, tendo sido associados às atividades dos circuitos neurais que envolviam a atribuição de crenças; contrariamente, os chamados "inocentes desafortunados" não foram inteiramente desculpados por causarem dano em razão de crenças falsas, sendo que, ao invés de apresentarem um aumento da resposta nas regiões cerebrais associadas à atribuição de crenças ou estados mentais, a análise revelou o recrutamento de regiões cerebrais associadas a conflitos cognitivos vinculados a dilemas morais. A conclusão do autor é que "julgamentos morais representam o produto de dois processos distintos e às vezes concorrentes: um responsável pela representação de resultados e outro responsável pela representação de crenças e intenções".[442]

States of America, vol. 104, n. 20, 8235-8240, May 15, 2007. Disponível em: https://doi.org/10.1073/pnas.0701408104. Acesso em: 28 de julho de 2019.

[442] YOUNG, Liane; CUSHMAN, Fiery; HAUSER, Marc; SAXE, Rebecca. The neural basis of the interaction between theory of mind and moral judgement. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 104, n. 20, 8235-8240, May 15, 2007. Disponível em: https://doi.org/10.1073/pnas.0701408104. Acesso em: 28 de julho de 2019.

Por certo que a comprovação de que nossos julgamentos morais levam em consideração dados empíricos – como estados psicológicos – não necessariamente deveria conduzir à conclusão de que essa deveria ser, também, a maneira de atuar do direito penal. Contudo, o sistema penal não pode se afastar de maneira tão radical de determinadas práticas sociais que se revelam tão hegemônicas e arraigadas na cultura de uma sociedade, sob pena de sua legitimidade restar comprometida.[443] Daí que determinadas valorações jurídico-penais em larga escala tendam a refletir valores culturais, não sendo, então, mero acidente que conceitos como intenção e motivo sejam, de longa data, incorporados ao sistema jurídico-penal.[444]

Com efeito, alguns poucos exemplos parecem suficientes para evidenciar que essa forma de perceber os comportamentos encontra-se efetivamente incorporada às nossas práticas jurídicas. Pense-se, em primeiro lugar, no indivíduo que recebe um soco diretamente na mandíbula, no contexto de uma discussão com um companheiro de trabalho; pense-se, agora, em uma ligeira variação de cenário: o indivíduo, desta vez, recebe idêntico impacto, sofrendo idêntica dor física, e do mesmo companheiro de trabalho, porém em decorrência de um esbarrão na saída do escritório.[445] Perceba-se que há uma ligeira variação de cenário – intencionalidade da ação – que acaba por suscitar uma reação significativamente diversa ao fato. Não há dúvidas de que, na segunda variação do exemplo, a reação geral de indulgência se liga ao fato de o indivíduo não ter tido a intenção de agredir.

---

[443] Como bem destaca Hassemer, no contexto do problema da imputação em direito penal, "uma teoria sobre a imputação deve observar aquilo que, cotidianamente, se entende na sociedade por imputação", não podendo uma teoria da imputação distanciar-se dos corriqueiros processos de imputação existentes na sociedade a ponto de sua relação com eles, do ponto de vista estrutural e conceitual, romper-se por completo. (HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 162.). De forma bastante próxima, afirma Díaz Pita, em defesa de sua perspectiva normativa, que uma análise valorativa "não perde de vista a racionalidade da nossa cultura, concretamente de nossa cultura jurídica", e que "antes de afastar-se das valorações cotidianas presentes na sociedade, tenta aproximar-se delas passando-as pela peneira da interpretação jurídica". (DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-21. p. 14.).

[444] Nesse preciso sentido, merece destaque a afirmação de Malle e Nelson, para quem "por ao menos alguns milhares de anos, sistemas morais e jurídicos, com alguma variação histórica e cultural, têm incorporado conceitos como intenção, motivo e premeditação (*forethought*)", registrando também os autores que "nenhum ser humano moderno aceitaria como justo e equitativo um sistema jurídico que renunciasse a considerações sobre o estado mental do agente ao cometer um crime ou transgressão" (MALLE, Bertram F.; NELSON, Sarah E. Judging mens rea: the tension between folk concepts and legal concepts of intentionality. Behavorial Sciences and the Law, 21: 563-580 (2003), p. 563 e 564, respectivamente. Disponível em: https://doi.org/10.1002/bsl.554. Acesso em: 28 de julho de 2019).

[445] Exemplo que nos é trazido por DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-21. p. 16.

Pense-se, agora, em situação diversa: um grupo de cinco presos encontra-se dentro de uma cela em uma carceragem. Um deles possui um aparato para romper o cadeado que os mantêm na cela. Tendo em vista, no entanto, a possibilidade de a tentativa de fuga ser flagrada pelos policiais, os presos se organizam da seguinte maneira: enquanto o preso A estiver tentando romper o cadeado, o preso B ficará postado em um local com melhor visibilidade para identificar se um policial se aproxima e os presos C e D ficarão durante todo o tempo cantando, de modo a camuflar o barulho das batidas no cadeado. A ação se inicia e eis que o preso E, sem conhecimento do plano que está em andamento e sem conhecimento das ações de A e B, adere à cantoria de C e D, e passa a cantar com particular afinco. Perceba-se que, nesse caso, a única circunstância que permite valorar distintamente os comportamentos de C e D, de um lado, do comportamento de E, de outro, é a ciência e a vontade (dados empíricos) de contribuir com a ação de fuga, existentes em relação aos primeiros e faltantes em relação ao último. Esses elementos fazem com que os comportamentos de C e D recebam uma carga de desvalor muito mais considerável do que o comportamento de E, ainda que, em tese, o comportamento de E possa ter sido o mais eficiente para mascarar a ação que se encontrava em andamento, já que E era quem mais alto cantava.

Por fim, pense-se em uma terceira situação, na qual um médico ginecologista examina a sua paciente em um exame de rotina pertinente e por ela solicitado. Esse exato comportamento pode possuir uma conotação completamente diferente acaso a ação do médico seja acrescida de um componente anímico diverso, o do *fim libidinoso*. Atente-se para o fato, no entanto, de que o exame não foi solicitado pelo médico, mas pela paciente, e que o exame não era desnecessário, mas indicado, de maneira tal que a conduta médica recomendada efetivamente fosse a sua realização, e que o médico não tenha adotado nenhuma ação considerada fora do protocolo médico, apenas tendo realizado o procedimento padrão demonstrando uma particular e inapropriada satisfação. É claro que a aferição da relevância penal do comportamento passa, nesse caso, também por considerações relativas ao bem jurídico tutelado e aos tipos de comportamentos capazes de representar um grau de violação, e que, nas circunstâncias descritas, talvez a inviabilidade do enquadramento penal do comportamento decorra da falta dessa dimensão objetiva de afetação do bem jurídico. O que não nos impede de reconhecer que a simples presença dessa intenção libidinosa se apresente, nesse caso, como um dado empírico portador de grande significado, capaz de condicionar em grande medida o juízo de valor sobre a conduta do médico. E se em alguma medida o exemplo descrito suscita algum tipo de dúvida sobre a possível relevância penal

do comportamento do médico, parece inegável que isso decorre única e exclusivamente da consideração de um componente anímico – que consiste, por óbvio, em um dado empírico.

Como certa vez já se disse, "até mesmo um cachorro distingue entre ser tropeçado (*being stumbled over*) e ser chutado".[446] Essa famosa afirmação é capaz de evidenciar, com particular felicidade, a circunstância de que a atitude interna do indivíduo na realização de um comportamento é um elemento portador de grande significado para a maneira como esse comportamento é percebido. A depender apenas da atitude interna existente, um mesmo comportamento objetivo, de um esbarrão, passa a ser considerado uma agressão; de uma cantoria lúdica, passa a ser considerado uma cumplicidade para a prática de um delito; de um exame de rotina praticado por um médico, a um ato libidinoso impróprio. Tudo o que nos leva a concluir que o acesso à atitude interna do indivíduo na realização de um comportamento condiciona fortemente o juízo de valor que sobre ele recai.

Com efeito, negar a relevância de dados empíricos – em especial, da atitude psicológica do indivíduo – na forma como um dado comportamento é valorado parece ser de uma abstração e artificialidade incompatíveis com as práticas jurídicas vigentes. No afã de se identificar um eixo comum explicativo de todos os casos de imputação de responsabilidade dolosa, parcela da doutrina tende a se focar demasiadamente em casos-limite ou fronteiriços, deles extraindo, por indução, conclusões gerais com pretensão de universalização, mas que parecem de alguma maneira violentar o senso comum, não fazendo justiça à maneira como determinados casos mais paradigmáticos são percebidos. Isso talvez fique mais evidente quando confrontamos a força condicionante, para efeito de reconhecimento do dolo, da *ausência de um estado psíquico* (como, por exemplo, a vontade), por um lado, com a força condicionante da *presença de um estado psíquico*, por outro.

Tome-se, por exemplo, o rumoroso caso da "*Boate Kiss*", ocorrido na cidade de Santa Maria/RS. Cuida-se de uma das maiores tragédias nacionais já registradas, que culminou com a morte de 242 pessoas e com 636 feridos identificados, em razão de um incêndio que tomou conta de uma casa noturna na cidade gaúcha.[447] O incêndio, como se sabe, foi causado pelo emprego, por integrantes do conjunto que se apresentava na boate, de artefatos pirotécnicos (o chamado *sputnik*). Conforme apurado, as mortes teriam ocorrido não pelo incêndio em si, mas pela inalação da fumaça tóxica gerada pela queima do material

[446] HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Edited by Paulo J. S. Pereira and Diego M. Beltran. University of Toronto Law School Typographical Society, 2011. Originalmente publicado em 1881. p. 7.
[447] Diversas matérias disponíveis em INCÊNDIO em boate no RS mata mais de 240 na maior tragédia em 50 anos. *In*: G1. [São Paulo], 28 jan. 2013. Disponível em: https://glo.bo/2FNNvCY. Acesso em: 25 jul. 2019.

utilizado no isolamento acústico da casa noturna – espuma de poliuretano, altamente inflamável e tóxica, instalada sem tratamento antichama.[448] A inadequação do material de isolamento utilizado, somado a fatores como a permissão indevida do uso de artefatos pirotécnicos, emprego de artefatos impróprios para ambientes internos, a superlotação, a inexistência de saídas alternativas e a sinalização de emergência, a obstrução da única saída disponível com guarda-corpos, a ausência de treinamento de emergência dos funcionários da boate, a ação dos seguranças da boate no sentido de dificultar a saída das vítimas em razão do não pagamento e o não funcionamento dos exaustores,[449] tudo isso determinou que aos acusados, alguns proprietários e outros integrantes da banda, fosse imputada a prática de diversos homicídios e tentativas de homicídio na forma dolosa, atribuindo-se-lhes dolo eventual. O caso é certamente complexo, e ainda pende de definição – tendo sido os acusados, em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, no RESP nº 1.790.039/RS, encaminhados a julgamento pelo tribunal do júri, após decisão desclassificatória proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Boa parte dessa complexidade, no entanto, se liga precisamente ao fato de inexistir, na conduta de qualquer dos acusados, a mínima indicação de alguma disposição anímica em favor do resultado – havendo indicação, pelo contrário, de que os acusados também se encontravam no local, assim como amigos e parentes, a denotar que o resultado não era em absoluto desejado –, diante do que somente seria possível cogitar a imputação dolosa diante das falhas apresentadas e da indicação, em consequência, do conhecimento de um perigo doloso – para utilizarmos, aqui, a expressão de Puppe.[450] Não há, contudo, vale reiterar, indicação de qualquer disposição anímica dos denunciados em favor do desfecho ocorrido, e precisamente isso é que faz desse caso tão problemático. Não deixa de ser interessante notar, por outro lado, que acaso os autos apontassem situação diversa, sinalizando que o emprego de uma espuma tóxica e inflamável tenha sido motivado por eventual desejo espúrio e abjeto de algum dos envolvidos de vitimar

---

[448] Sobre isso, ver a matéria disponível em LUIS, Márcio. Dois anos depois, veja 24 erros que contribuíram para tragédia na Kiss. *In*: G1. [São Paulo], 27 jan. 2015. Disponível em: https://glo.bo/2uvgOrH. Acesso em: 25 jul. 2019.

[449] A descrição desses elementos como indicadores da assunção do risco e da previsibilidade da morte de pessoas se encontra na denúncia, conforme transcrição do relator, Min. Rogerio Schietti Cruz. O voto do relator pode ser lido em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201790039%20-%20Voto%20Relator%20Rogerio%20Schietti.pdf. Também encontram-se disponíveis os votos da Min. Laurita Vaz (http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201790039%20-%20Voto%20Laurita%20Vaz.pdf) e do Min. Nefi Cordeiro (http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201790039%20-%20Voto%20Nefi%20Cordeiro.pdf).

[450] PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 79 et seq.

os jovens daquela comunidade, assim como se o emprego do artefato pirotécnico tivesse sido motivado por isso, nenhuma polêmica existiria. É dizer, houvesse essa indicação nos autos – imagine-se, por exemplo, uma mensagem de *Whatsapp* enviada por um dos envolvidos a um conhecido, dizendo que aquela comunidade jamais se esqueceria daquela noite –, seria certa e indesmentível a responsabilidade dolosa dos envolvidos.

Esse exemplo parece evidenciar que se por um lado a ausência de um específico dado empírico – como a vontade de realizar o resultado típico – não é, por si só, determinante para o afastamento do dolo, por outro lado a presença desse mesmo dado empírico torna praticamente inquestionável a responsabilidade dolosa.[451] O que, se verdadeiro, constitui um

[451] De se destacar, no particular, a existência de algumas leituras que defendem que, mesmo em determinados casos em que verificada a vontade de realização do resultado típico, a imputação do dolo ficaria prejudicada em razão da consideração da qualidade do perigo gerado pelo comportamento. Cuida-se, é verdade, de uma afirmação coerente com certas teorias cognitivas do dolo. Um exemplo paradigmático nesse sentido, encontrado em diversos trabalhos, seria o do chamado "caso Thyren", que retrata a situação de um indivíduo que tenta matar outrem mediante um disparo de longa distância, em circunstâncias tais que tornem praticamente impossível a obtenção do resultado visado. A elevada improbabilidade do resultado – a sinalizar a ausência de um perigo qualificado – seria, em tese, um fator determinante para o afastamento da responsabilidade dolosa, a despeito da declarada intenção do indivíduo. Nesse sentido, ver, por exemplo, GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: RAPOSO, João António *et al*. (org.). *Líber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-905. p. 894, para quem "a doutrina dominante, quando sequer se manifesta sobre o problema, não hesita em responder afirmativamente a esta pergunta", embora o autor critique isso sob o argumento de que, nessa resposta, estaria implícita uma espécie de intuitivismo moral. Para o autor, a questão é também problemática pelo fato de o indivíduo não possuir domínio sobre a realização do tipo, de maneira que, na sua perspectiva, "se o punimos pela realização de algo que não controla com a mesma severidade com que punimos aquele que controla o que realiza, estamos reconhecendo que a vontade contrária ao direito é suficiente para fundamentar uma punição por dolo", conclusão essa que o autor reputa não harmônica com "os princípios do direito penal de um estado de direito, segundo os quais o direito penal penaliza fatos, e não atitudes internas". De se notar, contudo, que como o próprio autor parece admitir, a não consideração desse caso como suscetível de adscrição do dolo em alguma medida atenta contra a sensibilidade jurídica. Se por um lado pode se afigurar questionável a equiparação do tratamento jurídico-penal daquele que age sem controle do que faz àquele que controla o que realiza, por outro lado parece claro que defender um tratamento menos rigoroso do indivíduo que logra êxito em seu disparo improvável, com declarada intenção de matar (a quem será imputado, então, um homicídio culposo), em relação ao indivíduo que, por exemplo, ocasiona uma morte no trânsito em situação de qualificado perigo, mas sem intenção de matar (a quem seria imputado, não obstante, um homicídio doloso), constitui solução ainda mais questionável do ponto de vista material. De qualquer maneira, esse impasse é o que leva alguns defensores de teorias cognitivas a serem reticentes em relação a essa solução. Essa polêmica, aliás, não fica restrita ao campo da imputação subjetiva. Com efeito, o critério da criação de um risco relevante e proibido acaba por tornar também duvidosa, do ponto de vista da coerência teórica, a própria imputação objetiva do resultado à conduta do indivíduo que dispara com a intenção de matar no caso de remota chance de êxito. Nesse sentido, negando a possibilidade de imputação do resultado em razão da não criação de um risco tipicamente relevante, ver ALCÁCER GUIRAO, Rafael. El juicio de adecuación de la conducta: consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 49, n. 2, p. 473-508, mayo/agosto. 1996. p. 492. Nem todos os defensores da teoria da imputação objetiva, no entanto, defenderão essa solução. De qualquer maneira, a posição daqueles que negam a possibilidade de imputação do resultado à conduta do indivíduo que dispara contra outrem também parece atentar contra a sensibilidade jurídica. Nesse sentido, destacando precisamente que "fere a sensibilidade jurídica a tese extrema da não imputação no caso", CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 2, p. 37-59, 2009. p. 39 et seq. De se destacar, contudo, que o autor ressalva que isso se deve "não tanto pela intenção de matar, quanto pela colocação consciente em curso de um processo causal adequado para matar". E essa é a razão pela qual esse autor entende, ao fim e ao cabo, não somente

contundente argumento em favor da alegação de que dados empíricos são, ao fim e ao cabo, relevantes para o juízo de valor do qual resultará a modalidade de imputação subjetiva. Afinal de contas, como é possível afirmar a irrelevância de um elemento que, quando presente, torna praticamente ociosa qualquer discussão acerca da existência do dolo? Essa conclusão não parece encontrar adequado suporte lógico. Segundo vemos, da premissa de que nem sempre a imputação do dolo apresenta, como dado empírico, o elemento da vontade não é possível extrair a conclusão de que tal elemento seja irrelevante para se concluir pela imputação da responsabilidade dolosa.

Idêntico argumento poderia ser formulado em relação ao dado empírico relativo à representação. Se determinar o efetivo conhecimento do autor quanto ao perigo gerado pelo seu comportamento em algum grau é questão capaz de dirimir o problema da responsabilidade dolosa, então parece pouco razoável sustentar, paralelamente, a irrelevância de dados psicológicos para esse juízo. Pense-se, por exemplo, no problema dos conhecimentos especiais do autor. A constatação desses conhecimentos, como se sabe, é circunstância relevante já para a base de informações sob as quais se deve ajuizar acerca da existência de um risco capaz de justificar a imputação do resultado à conduta.[452] Com muito mais razão, então, essa circunstância também deverá ser decisiva para se afirmar, no caso, a existência de dolo. Aquele que adquire uma passagem aérea para outrem, sabendo da existência de uma avaria na aeronave que necessariamente determinará um acidente, não somente deve responder pela morte, mas também deve responder pela morte a título de dolo. Se o elemento (empírico) relativo ao conhecimento do autor desempenha esse papel – não somente sinalizando a necessidade de imputação do resultado, mas também a imputação a título de dolo –, então, como já referido, parece pouco razoável questionar a sua relevância.

---

imputável o resultado, mas também imputável a título de dolo. De qualquer maneira, o que nos parece é que, como já referido, a vontade é, sim, elemento empírico que, quando presente, deve ser valorado, juntamente com outros – ontológicos ou normativos –, para a determinação da responsabilidade dolosa. Negar essa influência não somente parece atentar contra todas as práticas vigentes, contra a sensibilidade e racionalidade jurídicas, mas, também, cria alguns impasses como, por exemplo, a sobreposição que acabaria por ser criada entre critérios de imputação do resultado à conduta e critérios de definição do dolo. Se a definição do dolo passa exclusivamente pela consideração de predicados imputáveis ao tipo de perigo criado, então, ao fim e ao cabo, poderá haver uma sobreposição entre os critérios da teoria da imputação objetiva e a definição da modalidade de imputação subjetiva. Essa, aliás, talvez seja a razão pela qual muitos autores questionam a utilidade da teoria da imputação objetiva em relação aos crimes dolosos. Nesse sentido, ver o próprio CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 2, p. 37-59, 2009. p. 42, e CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Ámbito y límites de la doctrina de la imputación objetiva. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 89, p. 5-18, 2006. p. 9 et seq.

[452] Como reconhece o próprio Roxin, que considera precisamente a questão dos conhecimentos especiais do autor um fator relevante para a análise da imputação objetiva do resultado. (ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008c. p. 101-132. p. 120-121.).

Fica mais uma vez provado, então, que do fato de em alguns casos-limite não ser possível afirmar a existência concreta de um conhecimento por parte do autor, e ainda assim se afigurar imputável o dolo, não quer significar que tal elemento deva ser considerado irrelevante.

Mas a pertinência da análise de determinados dados empíricos não se limita ao processo de decisão sobre o tipo de modalidade de imputação subjetiva. Muitas vezes, um dado empírico relativo ao estado psíquico do agente é o que poderá decidir se o enquadramento típico do comportamento será realizado em um ou em outro tipo penal, notadamente em situações de identidade objetiva. Tomemos como exemplo a distinção que se estabelece entre o comportamento daquele que priva outrem de sua liberdade, em conduta dominada pela simples vontade de privar a liberdade alheia, e aquele que priva outrem de sua liberdade com a intenção de obter vantagem como condição de resgate. No primeiro caso, o comportamento configurará o crime de sequestro e cárcere privado, para o qual é prevista pena de um a três anos;[453] no segundo caso, embora seja a mesma conduta praticada, estar-se-á diante do crime de extorsão mediante sequestro, para o qual é prevista pena de oito a quinze anos.[454] Trata-se de dois comportamentos que se mostram idênticos do ponto de vista objetivo, mas que suscitam valorações distintas apenas em razão da disposição anímica do sujeito em cada caso – constatando-se, então, que um dado empírico relativo ao estado anímico do indivíduo se mostrará determinante para a valoração do comportamento e para o juízo de adequação típica. Essa constatação, aliás, não apresenta nada de novo, já que autores neoclássicos se notabilizaram, entre outras coisas, exatamente por sublinhar a importância dos chamados "elementos subjetivos do injusto".[455] Apenas se quer destacar que, por vezes, eventuais detratores dos dados empíricos na interpretação constroem suas teorias pensando somente no problema da definição do dolo ou da culpa, ignorando o alcance total dos problemas interpretativos que a desconsideração dos dados empíricos relacionados ao estado mental do agente acabaria por desencadear – entre eles, o da análise do enquadramento típico em situações de identidade objetiva, em que apresentam enorme relevância os chamados elementos subjetivos do tipo.[456]

---

[453] Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos.

[454] Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - reclusão, de oito a quinze anos.

[455] MEZGER, Edmund. *Derecho penal*: libro de estúdio. Parte general. Traducción de la 4. ed. alemana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958. p. 82.

[456] Interessante destacar, no particular, a advertência de Puppe, em crítica às perspectivas preponderantemente processualistas do dolo, as quais, sob o fundamento da inacessibilidade do estado interno do agente à

Tudo o que nos leva a reafirmar a relevância dos dados empíricos para a atividade interpretativa. Aliás, não só a consideração desses dados parece melhor descrever nossas práticas interpretativas, como, inclusive, a sua desconsideração absoluta poderia dar margem a uma considerável crise de legitimidade gerada pela imputação de um dado empírico inexistente. Afinal de contas, se a imputação do *dolo* – como título jurídico de atribuição que é – não parece sujeita a juízos de *verdadeiro* ou *falso*, a imputação de *estados anímicos* como intenção, motivação e conhecimento – como dados ontológicos que são –, sim, segundo vemos, submete-se a juízos de verdadeiro ou falso. Não vamos tão longe, então, como alguns autores que entendem que também estados mentais como intenção, motivação e conhecimento seriam objeto de adscrição;[457] [458] tais dados, diferentemente, e segundo nossa particular forma de ver as coisas, são dados empíricos sujeitos a verificação, e sobre eles deve recair o juízo de valor do qual poderá resultar a imputação do dolo – esse, sim, objeto de adscrição.

Nesse sentido, o dado empírico sempre deverá servir como um *input* para a realização de juízo de valor, e não o juízo de valor servir como um *input* para a atribuição de um dado empírico. Não parece correto admitir que através de um juízo moral se possa imputar a alguém, por exemplo, uma *intenção* que jamais a acompanhou, a qual se afigura como um dado essencialmente empírico. Mesmo porque, ao se proceder dessa maneira, o processo de tomada de decisão encontra-se muito mais suscetível a determinados vieses (*biases*).

---

observação externa, propõem a substituição do elemento volitivo pelos chamados indicadores externos. Sustenta a autora que o fato de "que na determinação do dolo eventual se lide com fatos internos, que não são diretamente observáveis, não constitui razão suficiente para essa aversão ao conceito de dolo". A crítica é interessante, pois a autora também recorda, no particular, a circunstância de que "os tribunais também devem determinar fatos internos, e, sem dúvida, operam subsunções diretas de fatos relativos a conceitos tais como a intenção de apropriação, a intenção de enriquecimento, ou a atuação para fins de se possibilitar a prática de um delito". (PUPPE, Ingeborg. Concepções acerca do conceito de dolo eventual. *In*: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner (org.). *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019a. p. 83-105. p. 86-87.).

[457] A análise de tais formulações será realizada com maior vagar no item 5.2.1.2.

[458] Parece ser essa, também, a posição de Simons, quando afirma que discorda da alegação de que "estados mentais são somente constructos artificiais, em última análise redutíveis ou redefiníveis como algo diferente, como o comportamento do autor ou a posição interpretativa do observador" (SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, p. 531). O autor admite a possibilidade de uma abordagem puramente descritiva de determinados estados mentais, reconhecendo que, para fins legais, empregam-se conceitos descritivos de estados mentais para propósitos valorativos (idem, p. 534), e que por vezes o mesmo conceito poderá assumir um significado valorativo – cita, nesse sentido, o exemplo, a circunstância de o termo "conhecimento" (*knowledge*) ter passado a abranger, também, as situações de "cegueira deliberada" (*wilful blindness*), hipótese em que não estaria em causa um conceito descritivo. Ainda assim, essa perspectiva parece inteiramente coincidente com a nossa, uma vez que, segundo vemos, a segunda questão estaria ligada menos ao estado mental do indivíduo e mais ao título jurídico de atribuição – que concordamos decorrer de um juízo de valor.

Um bom exemplo disso nos traz Knobe, mostrando que, em determinadas situações, a relação que antes expusemos entre a chamada *teoria da mente* e a *cognição moral* se estabelece inversamente: os julgamentos morais das pessoas (cognição moral) é que servem de *input* para se intuir acerca de determinados estados mentais (teoria da mente).[459] No experimento proposto,[460] pessoas foram confrontadas com duas situações diversas. Na primeira delas, o vice-presidente de uma empresa dirigiu-se ao presidente do conselho, informando que estavam desenvolvendo um novo programa, o qual ajudaria a empresa a aumentar o seu lucro, mas causaria danos ao meio-ambiente; diante disso, o presidente teria respondido: "não ligo em causar danos ao meio-ambiente, quero apenas ter o maior lucro possível, vamos iniciar o programa". Questionados sobre essa situação, 85% das pessoas ouvidas consideraram que o presidente *intencionalmente* causou danos ao meio-ambiente. Na segunda situação apresentada, o vice-presidente também comunica o presidente do conselho que um novo programa estava sendo desenvolvido, o qual a exemplo do anterior ajudaria a empresa a aumentar o seu lucro, mas, dessa vez, o programa, além dos lucros, de quebra ajudaria o meio-ambiente. O presidente, nesse caso, teria, então, respondido: "não ligo em ajudar o meio-ambiente, quero apenas ter o maior lucro possível, vamos iniciar o programa". Nesse caso, apenas 23% das pessoas consideraram que o presidente *intencionalmente* ajudou o meio-ambiente. Para Knobe, tal estudo revela que a intuição das pessoas acerca da intencionalidade de um comportamento encontra-se sujeita a um julgamento moral sobre esse comportamento.[461] Nitidamente, a atribuição de uma *intenção* de ocasionar um evento *x* parece depender de diversas considerações, em particular se o evento *x* é considerado bom ou ruim.[462]

---

[459] KNOBE, Joshua. Theory of mind and moral cognition: exploring the connections. *Trends in Cognitive Science*, 9 (8), 2005, 357-359. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.tics.2005.06.011. Acesso em: 28 de julho de 2019.

[460] Tal experimento é apresentado pelo autor em dois trabalhos: KNOBE, Joshua. Theory of mind and moral cognition: exploring the connections. *Trends in Cognitive Science*, 9 (8), 2005, 357-359. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.tics.2005.06.011. Acesso em: 28 de julho de 2019, e KNOBE, Joshua. Intentional action and side effects in ordinary language. *Analysis*, 63, 2003, p. 190-193. Disponível em: http://cogprints.org/3116/2/IntentionalAction.pdf. Acesso em: 30 de julho de 2019. Entre nós, o experimento é citado por DINIZ, Thiago Dias de; CARDOSO, Renato César. A intuição do dolo em direito penal: correlatos neurais da teoria da mente, raciocínio indutivo e a garantia da convicção justificada. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 945-959, ago. 2018. Disponível em: http://bit.ly/30pRCys. Acesso em: 28 jul. 2019.

[461] KNOBE, Joshua. Theory of mind and moral cognition: exploring the connections. *Trends in Cognitive Science*, 9 (8), 2005, 357-359. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.tics.2005.06.011. Acesso em: 28 de julho de 2019.

[462] Isso é confirmado por Knobe em outro experimento de igual tipo, apresentado em KNOBE, Joshua. Intentional action and side effects in ordinary language. *Analysis*, 63, 2003, p. 190-193. Disponível em: http://cogprints.org/3116/2/IntentionalAction.pdf. Acesso em: 30 de julho de 2019. Também nesse experimento pessoas são confrontadas com duas situações, uma delas apresentando uma condição relacionada

Eis aí, segundo vemos, o risco de se "institucionalizar" um juízo adscritivo também em relação a estados anímicos, em tese dados empíricos insuscetíveis de atribuição. Não parece legítimo o processo de se atribuir a alguém, mediante uma consideração moral, um estado psicológico por ela não titulado, como, por exemplo, a *intenção*, uma vez que isso tornaria absolutamente imprevisível qualquer decisão judicial, e retiraria do jurisdicionado qualquer possibilidade de exercer algum tipo de controle sobre as conclusões adotadas.[463] A sua atitude psicológica, juntamente com outras circunstâncias, é que, após ser objeto de atenta observação mediante as regras probatórias e consideradas as limitações intrínsecas ao processo, deveria servir de base para a realização de um juízo de valor, sujeito a controle de racionalidade, do qual poderia resultar, entre outras coisas, a imputação do dolo.

Convém insistir, no entanto, na afirmação de que *a modalidade de imputação subjetiva não pode ser associada a uma específica atitude interna ou a um específico dado empírico*, o que equivaleria a tomar partido em favor das perspectivas psicológicas. O decisivo é, em última análise, o juízo de valor – no que reside nossa adesão às perspectivas normativas em sentido forte. O que nos empenhamos aqui em destacar é que tal juízo de valor necessariamente reclama a análise dos dados empíricos que circunscrevem o comportamento, constatação essa que, na sua aparente singeleza, é suficiente para que nos afastemos das concepções normativas mais extremadas. Dados empíricos são, por certo,

---

ao dano e outra a bons resultados (que o autor denomina, respectivamente, de *harm condition* e *help condition*). A situação apresentada, aqui, sai do contexto empresarial e migra para um hipotético contexto militar, em que um tenente se dirige ao sargento com a seguinte ordem: "leve a sua tropa para o topo de Thompson Hill". O sargento, então, responde: "mas se eu levar minha tropa ao topo de Thompson Hill, estaremos movendo os homens diretamente para a linha de fogo do inimigo, alguns deles certamente serão mortos". O tenente, então, responde: "eu sei que eles estarão na linha de fogo, e eu sei que alguns deles morrerão, mas eu não ligo para o que acontecer a eles, eu me importo apenas em tomar o controle de Thompson Hill". Os homens, então, são levados até o local e, conforme esperado, alguns deles morrem. Quarenta e duas pessoas ouvidas, confrontadas com essa situação, e chamadas a determinar o grau de culpa do tenente e se ele intencionalmente colocou os soldados na linha de fogo, constatando-se que 77% consideraram que o tenente ocasionou intencionalmente o resultado. Por outro lado, na situação de desfecho favorável (denominada *help condition*), o sargento, ao receber a ordem, responde ao tenente: "se eu levar minha tropa para o topo de Thompson Hill, tiraremos os homens da linha de fogo do inimigo, e eles serão resgatados", ao que o tenente conclui: "eu sei que nós os tiraremos da linha de fogo, e eu sei que se não o fizéssemos alguns deles morreriam, mas eu não ligo nem um pouco para o que aconteceria com nossos soldados, eu me importo apenas em tomar o controle de Thompson Hill". Nessa segunda variação, a tropa é enviada para Thompson Hill e, com isso, escapam da morte. Nesse caso, apenas 30% das pessoas considera que o salvamento pode ser atribuído intencionalmente ao tenente, de maneira que 70% das pessoas ouvidas consideram que o tenente não salvou aquelas pessoas de maneira intencional. Para Knobe, esses dois experimentos comprovam que há uma assimetria na forma como as pessoas julgam os casos, de maneira que as pessoas aparentam ter maior disposição para culpar o agente por efeitos negativos do que exaltá-lo por efeitos positivos; essa assimetria se reflete na forma como as pessoas atribuem a outras o conceito de intenção.

[463] De forma próxima, sustenta Simons, em referência ao caráter descritivo de conceitos atinentes a estados mentais, e em crítica à visão de que seriam constructos artificiais associados ao tipo de comportamento ou à perspectiva do observador, que se uma pessoa deve ser punida por atitudes subjetivas "seria simplesmente errado puni-la pelo que os outros pensam sobre quais são as suas atitudes" (SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, p. 531).

centrais para toda e qualquer valoração. Mas é essa, e não aqueles, que deverão determinar o tipo de responsabilidade subjetiva reconhecida – o que, como já dito anteriormente, ficará mais evidente em situações-limite, de irrazoável ou infundada crença por parte do agente, como foi possível observar nos exemplos do racha, do motorista embriagado e do traficante-torturador.

Fixada essa premissa, importa voltar nossa atenção para o tipo de juízo de valor que entendemos central para efeito de imputação subjetiva.

4.5 DESVALOR DA CONDUTA E IMPUTAÇÃO SUBJETIVA

Como já tivemos a oportunidade de destacar em outro momento,[464] uma das mais corriqueiras formas de se compreender o conteúdo do desvalor da conduta é aquela que o relaciona à atitude psicológica do agente na realização do fato.[465] Essa precisa forma de visualizar o conteúdo do desvalor da conduta, somada a uma compreensão de dolo e culpa como expressões jurídicas de um determinado estado psíquico, por sua vez compreendido em um sentido puramente psicológico-descritivo, como um dado empírico, fez com que o juízo de desvalor da conduta fosse sempre associado, desde o finalismo, à *constatação* de um comportamento doloso ou culposo. Dolo e culpa, portanto, fundamentariam o desvalor da conduta, de tal maneira que a existência desse estaria sempre condicionada à constatação daqueles. Nesse sentido, o comportamento doloso acarretaria um maior desvalor da conduta; o comportamento culposo, um menor desvalor; não havendo sequer culpa, inexistiria qualquer conteúdo de desvalor da conduta capaz de fundamentar o injusto no contexto de uma concepção dualista. Essa parece ser a percepção mais difundida da relação que se estabelece entre desvalor da conduta e as modalidades de imputação subjetiva: *a*

[464] Sobre isso, ver nosso item 2.4.1.

[465] Veja-se, por exemplo, Faria Costa, para quem "o desvalor da acção surpreende-se na atitude do agente face ao facto que leva a cabo", ideia essa que, baseada na estrutura ontológica (final) da ação definida por Welzel, representaria "um juízo de valor ético-social sobre a acção da pessoa", o qual também existiria na estrutura ontológica relacional defendida pelo autor. (FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 254-255.). De forma próxima, sustenta Figueiredo Dias que "por desvalor da acção compreende-se o conjunto de elementos subjectivos que conformam o tipo de ilícito (subjectivo) e o tipo de culpa, nomeadamente a finalidade delituosa, a atitude interna do agente que ao facto preside e a parte do comportamento que exprime facticamente este conjunto de elementos" (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 285.).

determinação do tipo de responsabilidade subjetiva precederia e condicionaria a afirmação do desvalor da conduta.[466]

Segundo vemos, no entanto, essa percepção merece um significativo reparo, devendo a afirmação ser radicalmente reformulada: não é a modalidade de imputação subjetiva que determinará a existência e o grau de desvalor da conduta, mas antes o juízo de desvalor da conduta que culminará na determinação da modalidade de imputação subjetiva. É dizer, *o desvalor da conduta precede e condiciona a afirmação da responsabilidade dolosa ou culposa*, e não o contrário.

Cremos haver demonstrado no item anterior que as mais modernas leituras sobre o dolo trabalham a partir de uma perspectiva denominada *normativa*, segundo a qual, em linhas gerais, o dolo não *existe*, mas antes *se atribui*.[467] Esse processo de atribuição, segundo nossa perspectiva e como já afirmamos anteriormente, resulta de um juízo de valor sobre o comportamento, que tem por base a multiplicidade de elementos que o envolvem.[468] Elementos esses que abrangem não somente o estado psíquico do indivíduo na realização do fato, a vontade ou não de realizar o comportamento típico – ainda que se reconheça a grande relevância desse elemento para a determinação da modalidade de imputação subjetiva –, mas, também, elementos como a *motivação*, a *intenção do agente*, a *forma de realização* e a *criação de risco*. Todos esses elementos entram em cena na decisão sobre a existência de

---

[466] Ver, nesse sentido, Bacigalupo, para quem o desvalor da ação estaria constituído "pelo dolo (e os demais elementos subjetivos da autoria) nos delitos dolosos e pela infração ao dever objetivo de cuidado nos delitos culposos". (BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal*: parte general. 3. ed. Madrid: Akal, 1994. p. 95). Peralta, por exemplo, embora não desconhecendo o fato de a categoria do desvalor da ação reunir, na literatura jurídica, significados diversos, entende que "por desvalor da ação somente deve entender-se a relação subjetiva do autor com o seu fato", o que "faz referência, paradigmaticamente, aos conceitos de dolo e imprudência". (PERALTA, José Milton. *Motivos reprochables*: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 163-164.). Entre nós, Prado, por exemplo, ao sustentar que "a vontade contrária à diretriz normativa (v.g., desvalor da ação – dolo/culpa) é, então, elemento importante da ilicitude", parece associar o desvalor da ação, aparentemente de forma exclusiva, à atitude dolosa ou culposa. (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, arts. 1º a 120. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.). Ainda entre nós, sustenta Reale Jr. que "o desvalor do resultado é um dos elementos reveladores do injusto, o qual se configura quando, em regra, ao desvalor do resultado, se acrescenta o desvalor da ação"; tal desvalor da ação, por sua vez, "revela-se por meio do dolo como elemento próprio do comportamento e segundo a modalidade desse comportamento". (REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1: Parte geral. p. 150.). O autor, portanto, associa o desvalor da ação à atitude dolosa – não deixando de fazer referência, salvo engano, à forma de realização do crime, uma vez que registra que "a lesão de um bem jurídico não deve ser analisada independentemente da forma como ela se deu", e que "várias ações podem lesar o mesmo bem jurídico e, contudo, diferir tipicamente graças ao modo pelo qual são realizadas" – o que, segundo vemos, se relacionaria, também, à dimensão do desvalor da conduta.

[467] Nesses exatos termos, BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 81.

[468] Também assim, a já destacada passagem de Viana, para quem "o dolo é o resultado da valoração de um complexo fático que deve ser levado a cabo pelo terceiro racional". (VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 366.).

responsabilidade subjetiva e, em caso positivo, na determinação da responsabilidade dolosa ou culposa.[469]

Pois esses elementos são precisamente aqueles que, quanto a nós, exercem influência no juízo sobre o desvalor da conduta.[470] E, nesse preciso sentido, é possível afirmar que o desvalor da conduta – que será resultado do juízo de valor sobre o comportamento, para o qual todos aqueles elementos serão considerados e confrontados com determinados parâmetros normativos, em procedimento que será mais detalhado adiante – é que, em última análise, acabará por condicionar não somente a possibilidade de reconhecimento de responsabilidade subjetiva, mas também a modalidade de imputação subjetiva a ser eventualmente reconhecida no caso concreto. Seguindo essa linha de raciocínio, dolo e culpa não seriam atitudes psicológicas portadoras, cada qual, de distinto conteúdo de desvalor, mas antes títulos jurídicos atribuídos em atenção a uma específica conformação de fatores normativos e ontológicos, objetivos e subjetivos, que circunscrevem um dado comportamento. Dolo e culpa são *expressões* de uma distinta graduação de desvalor que pode ser atribuído ao comportamento; são *consequência*, e não *causa* dessa distinta graduação valorativa.[471] Em outras palavras, não é correto dizer que "*há desvalor da conduta quando o indivíduo houver agido com dolo ou culpa*", mas sim que "*há dolo ou culpa*

[469] No que julgamos estar consideravelmente próximos de Schünemann, no que diz com a sua proposta de um "conceito tipológico de dolo". A começar pelo próprio pressuposto teórico do qual arranca o autor, muito semelhante àquele defendido. Propõe Schünemann, já de início, "uma reconstrução do dolo como conceito tipológico (*Typusbegriff*), que reunirá tanto elementos subjetivos como objetivos e será redefinido como uma síntese entre pensamento normativista e ontológico" (SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 130). Como já tivemos a oportunidade de destacar – e ponto que será revisitado em tópicos subsequentes –, a categoria do desvalor da conduta, da qual depende, entre outras coisas, a imputação do dolo, possui uma dimensão ontológica e uma dimensão normativa. Assim, a exemplo daquele autor, também tratamos de "conectar o pensamento normativo ao pensamento ontológico" (p. 140). Mas mais do que isso, a perspectiva do autor se assemelha àquela aqui endossada na medida em que opera a partir de outros pressupostos comuns: para Schünemann, o dolo também é dependente de múltiplos elementos objetivos e subjetivos, bem como possui múltiplos sistemas de referência normativos – ainda que tais elementos não necessariamente coincidam com aqueles que consideramos elementares para a conformação do desvalor da conduta. Ainda, a determinação do dolo não está associada necessariamente à constatação de algum desses elementos, admitindo o autor uma espécie de dinâmica de compensação entre vetores muito similar àquela que associamos à determinação do desvalor da conduta. Nas palavras do autor, compõe-se o dolo "de vários elementos que se manifestam em uma intensidade graduável, sendo possível que a manifestação menos intensa de um elemento seja como que compensada pela manifestação mais intensiva de outro" (p. 136).

[470] A questão será examinada em pormenores no capítulo final do presente manuscrito.

[471] Em favor dessa perspectiva, podemos também invocar a pertinente observação de Viana acerca da acepção e do uso dos termos *dolo* e *culpa* no idioma português, e da circunstância de tais termos, à diferença do idioma alemão, não pertencerem à linguagem cotidiana, a oportunizar uma diferenciação entre o termo *dolo* e outros como *vontade*, *desejo*, *intenção* e *finalidade*. Nesse sentido, VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 165. De fato, essa particularidade oportuniza que a expressão *dolo* seja utilizada somente segundo a perspectiva ora defendida, já em um sentido "juridicamente interessado", isto é, como título de atribuição de responsabilidade subjetiva alusivo ao maior grau de desvalor imputável à conduta, e que não necessariamente se vincula, portanto, a estados psíquicos como como *intenção* e *finalidade*.

quando houver desvalor da conduta". E nesse preciso sentido é que podemos falar, com Cuello Contreras, em "dolo e imprudência como magnitudes graduais do injusto".[472] Dolo e culpa seriam apenas expressões jurídicas resultantes de um determinado grau de desvalor da conduta atribuído ao fato.

A precedência lógica e a prejudicialidade do juízo de desvalor da conduta em relação à modalidade de imputação subjetiva é algo que parece, também, ter sido observado por Miró Llinares. Para esse autor, "é o fato (com conhecimento imputado) que resulta um injusto penal ou que realiza um risco proibido o que se valora como doloso".[473] Ainda segundo o autor, "a consideração de um fato como injusto doloso vai, desde logo, muito mais longe do que a consideração de que foi realizado com conhecimento".[474]

Pense-se novamente no exemplo do traficante-torturador. Há diversos elementos que contribuem para um significativo grau de desvalor do comportamento, a despeito de a vontade do indivíduo não ser a de matar. Entre eles, a *forma de realização* do comportamento – não somente a tortura em si, mas o emprego de procedimentos tendentes a manter a vítima viva, a denotar invulgar grau de preparação para a prática do crime –, o *risco objetivo* gerado pelo comportamento – disparos de arma de fogo em regiões não vitais, bem como a remoção dos genitais da vítima – e a *finalidade* reprovável com que praticado – obter o monopólio da exploração do comércio ilegal de drogas em uma dada região. A convergência desses elementos implica um elevado grau de reprovação do comportamento e, consequentemente, um considerável grau de desvalor da conduta, o que torna defensável, nesse caso, a imputação do homicídio a título de dolo, a despeito de o indivíduo não ter agido com a intenção de matar, e a despeito da previsão específica do crime de tortura qualificada pelo resultado morte.

Casos há, também, em que um comportamento intencional poderá não ser considerado doloso em razão de um mais atenuado desvalor da conduta. Um bom exemplo disso é o do erro vencível sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação. O indivíduo que, por exemplo, age com a intenção de matar por acreditar erroneamente estar

---

[472] Ainda que o autor utilize uma tal definição em um sentido não inteiramente coincidente com o do nosso texto. Ver CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 2, p. 37-59, 2009. De qualquer maneira, para o autor, "as formas de imputação subjetiva não admitem uma distinção qualitativa", sendo que o dolo e a culpa (e suas distintas modalidades) "não constituem senão formas de graduar a imputação (e a responsabilidade) com base na direção que o autor deu aos seus atos e ao perigo de resultado (maior ou menor) que representou".

[473] MIRÓ LLINARES, Fernando. Conocimento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna. *Revista Penal México*, núm. 8, marzo-agosto, 2015, p. 150.

[474] MIRÓ LLINARES, Fernando. Conocimento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna. *Revista Penal México*, núm. 8, marzo-agosto, 2015, p. 150.

em uma situação de legítima defesa, e logra êxito em seu intento, a teor da legislação brasileira (art. 20, §1º, do Código Penal), será isento de pena se seu erro se mostrar plenamente justificado pelas circunstâncias; se o erro, contudo, derivar de culpa, e houver previsão da responsabilidade culposa, o indivíduo responderá pelo crime na forma culposa. Tem-se, aqui, uma situação bastante clara em que um comportamento intencional não repercutirá na imputação do dolo. Tal exemplo parece demonstrar, mais uma vez, que a determinação do tipo de responsabilidade subjetiva não decorre diretamente de aspectos anímicos, mas antes do juízo de valor que sobre eles recai –[475] juízo de valor esse que, no caso em questão, sobretudo em atenção à *motivação* do comportamento (putativa agressão sofrida) e à sua *finalidade* (repelir tal agressão), apontará um menor grau de desvalor da conduta, a justificar a imputação pelo crime culposo.

É interessante notar, por outro lado, que o juízo de determinação do desvalor da conduta, embora condicione a modalidade de imputação subjetiva, afigura-se muito mais abrangente. Se *dolo* e *culpa* se oferecem como os dois únicos títulos de atribuição de responsabilidade penal subjetiva – ainda que a doutrina majoritária trabalhe com subcategorias como dolo direto, de primeiro e segundo graus, e dolo eventual, de um lado, bem como culpa consciente e inconsciente, de outro –,[476] o juízo de desvalor da conduta, por outro lado, mostra-se muito mais complexo e fluído, respondendo a múltiplas variáveis, ainda que não necessariamente essas variáveis venham a repercutir em uma alteração de enquadramento típico ou do tipo de responsabilidade subjetiva reconhecida.

---

[475] Com o que parece concordar Roxin, ao afirmar que "a finalidade do autor é decisiva quando se quer saber se há tentativa de homicídio ou um disparo por mero susto", mas que, "por outro lado, a modalidade do controle finalista é irrelevante quando se quer responder à pergunta quanto a se aquele que dispara contra outrem em legítima defesa putativa comete ou não uma ação dolosa de homicídio". (ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008d. p. 55-77. p. 61-62.). Segundo vemos, o entendimento de que a finalidade, no caso da legítima defesa putativa, seria irrelevante decorre exatamente do reconhecimento, pelo autor, de que a questão passa por um juízo de valor, e não necessariamente deveria encontrar resposta na pura factualidade. Roxin tratou novamente dessa questão em outro trabalho, tendo destacado ali que a imposição de pena por fato doloso nos casos de legítima defesa putativa "nada esclarece em relação ao que vem sendo discutido", e que "o erro do agente está no julgamento das circunstâncias do fato, o que legitimaria uma condenação por delito culposo"; ao fim e ao cabo, para Roxin, "é um erro fundamental pensar que a estrutura ontológica abstrata fixa limites ao legislador ou à interpretação judicial e torna obrigatórias algumas soluções para problemas determinados". (ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *In*: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização de Alaor Leite. Tradução de Luís Greco *et al*. São Paulo: Marcial Pons, 2014a. p. 116-128. p. 125-126.).

[476] Subdivisão essa que, por coerência com algumas propostas de definição do dolo, acaba por ter de ser negada por alguns autores. Nesse sentido, ver VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 366, e GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: RAPOSO, João António *et al*. (org.). *Líber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-905. p. 903, para quem "há uma única forma de dolo, não devendo diferenciar-se dolo direito (de 1º ou 2º grau) e dolo eventual".

Se tomarmos o mesmo exemplo do traficante-torturador, e imaginássemos que o agente, desta vez, não deseja manter a vítima viva, empregando todos os métodos utilizados com o intuito único de prolongar o seu sofrimento, mas sabendo que, ao final, a vítima acabará falecendo, e desejando esse desfecho, parece inegável que o conteúdo de desvalor dessa conduta será mais elevado se comparado à formulação original do exemplo. Entre uma e outra hipótese, surpreende-se uma distinção no que diz respeito aos componentes cognitivo e volitivo do comportamento, presentes no segundo caso e faltantes no primeiro, ao menos como dados empíricos. E ainda que no específico exemplo apresentado as circunstâncias da formulação original fossem já suficientes para afirmar a possibilidade de imputação dolosa, e esse cenário por óbvio não se altere na segunda variação apresentada, é forçoso reconhecer, como já referido, que no segundo caso existirá um maior conteúdo de desvalor no comportamento. Se esse maior conteúdo de desvalor se refletirá ou não em enquadramento típico diverso, ou na sanção ao final aplicada, cuida-se de discussão diversa.

O juízo de *desvalor da conduta*, portanto, é um juízo essencialmente material, pois voltado para uma das dimensões materiais do fato criminoso – a saber, a conduta e seu contexto de inserção – e que se pretende muito mais abrangente do que a decisão sobre o tipo de responsabilidade subjetiva. E isso em pelo menos dois sentidos diversos.

Em primeiro lugar, porque, como já se disse, não necessariamente um maior desvalor da conduta imporá uma maior responsabilidade penal. Por uma razão muito simples: nosso ordenamento jurídico trabalha com apenas dois formatos de responsabilização subjetiva. Ou se responde por um delito na forma dolosa ou na forma culposa, ainda que, como já referido, a doutrina costume distinguir entre subcategorias – cujo respectivo enquadramento, na prática, é livre de qualquer repercussão, não havendo, entre nós, distinção entre a responsabilidade por culpa consciente ou por culpa inconsciente, nem entre a responsabilidade por dolo direto ou por dolo eventual.

De certa maneira, então, recorrendo a uma metáfora, é como se estivéssemos diante da situação na qual se encontra um professor em um sistema de avaliação por conceitos: se o professor dispõe somente de três conceitos – por exemplo, R (reprovado), B (aprovado) e A (aprovado plenamente) –, haverá casos em que se poderá reconhecer uma diferença de desempenho entre alunos aos quais se tenha atribuído um mesmo conceito. Dentre os alunos com conceito B, poderemos ter alunos beiraram a reprovação, assim como alunos que beiraram o conceito máximo; dentre os alunos reprovados, poderemos ter alunos que sequer compareceram para a realização dos exames e alunos que, por detalhe, não obtiveram índice de aprovação. A equiparação formal que esses alunos acabam por encontrar na atribuição do

conceito não deveria, em tese, eliminar a distinção material que, ao menos em tese, se pode estabelecer entre suas respectivas situações.

É similar o cenário que se estabelece em relação às modalidades de imputação subjetiva. Comportamentos dolosos podem apresentar graus diversos de desvalor da conduta, da mesma maneira que comportamentos culposos podem apresentar graus diversos de desvalor da conduta. Há, aqui, uma relativa limitação atinente ao instrumentário jurídico de que dispõe o aplicador para o enquadramento jurídico-penal de situações diversas, o que acaba por ocasionar que comportamentos substancialmente diversos recebam o mesmo título de atribuição: *doloso* ou *culposo*. De qualquer maneira, o fato de se possuir somente duas modalidades de responsabilidade subjetiva não deveria, em tese, impedir de se reconhecer uma distinção material entre comportamentos enquadráveis em uma mesma categoria, ou, o que é o mesmo, conduzir à conclusão de que, no plano material, só existiriam duas possíveis graduações de desvalor da conduta.

Nesse preciso ponto reside, inclusive, nossa divergência quanto às formulações que, embora com elogiável coerência e consistência com os postulados das teorias cognitivas do dolo, acabam por reconhecer somente a existência de uma espécie de dolo – chamadas, por isso, de teorias *monistas* do dolo.[477]

Entre outros problemas que podem ser associados às concepções monistas de dolo,[478] perde-se com elas a oportunidade de estabelecer distinções que, do ponto de vista material, se impõem. Não parece idêntico o comportamento daquele que executa o seu

[477] A esse respeito, ver nossa nota 476.

[478] O raciocínio que parece impregnar boa parte das concepções monistas de dolo, salvo melhor juízo, incorre em um problema metodológico: com base na multiplicidade de dolos que a doutrina sói reconhecer – cada qual fundado em um diverso estado psíquico –, e diante da necessidade de identificar uma fundamentação comum a todos, conclui que a concepção geral de dolo estaria fundamentada, por exemplo, no conhecimento do perigo com qualidade dolosa – comum a todas as situações às quais se atribui o título de dolo. E ao constatar que o dolo se fundamentaria na postura cognitiva do agente, e a culpa na ausência de uma postura cognitiva, sustenta-se inexistir, doravante, necessidade de adjetivação ao dolo (direto de primeiro grau, direto de segundo grau, eventual etc.), pois haveria somente uma modalidade de imputação subjetiva consciente – o dolo. O problema metodológico, no entanto, é que para concluir qual seria a fundamentação do dolo, assume-se de largada a existência de uma pluralidade de conformações psicológicas fundamentadoras do dolo e, portanto, distintas manifestações do dolo, para, ao final, negar-se a relevância dessa necessidade de distinção teórica entre as modalidades de dolo. A estranheza decorre do fato de terem sido precisamente as distintas modalidades de dolo, conforme sua habitual definição pela doutrina tradicional, que serviram de base para a identificação de um fundamento geral do dolo. O raciocínio é mais ou menos o seguinte: i) "A, B e C são todos tratados como D"; ii) "somente A, B e C são tratados como D"; iii) "o que há de comum entre A, B e C – e que falta, por exemplo, em F –, que permita tratá-los todos como D?"; iv): "X é comum a A, B e C, e X não está em F"; v) "logo, X é o que fundamenta D"; vi) "se X é o que fundamenta D, e X é comum a A, B e C, então não é necessária a existência das categorias A, B e C". O problema é que a conclusão VI não existiria sem a premissa I. Somente se pôde concluir que X é o que fundamenta D, porque se assumiu de largada a existência de A, B e C como manifestações legítimas de D. Daí, salvo melhor juízo, a impossibilidade lógica de se negar a relevância das manifestações A, B e C.

inimigo com um tiro na cabeça e daquele que causa um acidente de trânsito sem intenção, ainda que tenha representado a existência de um perigo qualificado. Mesmo que se admita nos dois casos a responsabilidade dolosa, tratá-los como modalidades diferentes de dolo parece melhor exprimir a distinta graduação de desvalor que pode ser atribuída a cada um dos comportamentos.[479] Do fato de haver uma equiparação jurídica em um determinado nível – enquadramento típico doloso ou culposo – não se extrai que essa equiparação deva se estender a todos os níveis, e que não seja possível estabelecer distinções teóricas relevantes entre os casos. Mesmo porque distinguir teoricamente esses casos parece de enorme valia para se discutir questões correlatas como, por exemplo, a da admissibilidade da tentativa,

[479] Nesse sentido, também concordando com a tese de que o denominado dolo eventual supõe "quanto ao desvalor (subjetivo e objetivo) da ação uma gravidade do injusto menor do que nas formas de dolo direto", LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal*: parte general, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996. p. 427. Não convence o argumento de que a distinção entre os dois casos se arvoraria em uma espécie de "direito penal do autor", que criminalizaria atitudes internas. Nesse sentido, por todos, ver GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: RAPOSO, João António *et al*. (org.). *Líber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-905. p. 894, para quem a conclusão de que a vontade interna se afiguraria suficiente para justificar a responsabilização dolosa, mesmo em situações de ausência de controle, não poderia ser harmonizada "com os princípios do direito penal de um estado de direito, segundo os quais o direito penal penaliza fatos, e não atitudes internas.". Nossa discordância se funda em diversas razões. Em primeiro lugar, porque não se cuida de simples atitude interna, mas antes de atitude interna revertida em ação externa. Em segundo lugar, porque não se cuida de qualquer ação, mas sim de ação atentatória a bens jurídicos, não se abdicando do princípio da ofensividade como parâmetro de legitimidade material para a criminalização de comportamentos, no que se adota, aqui, uma perspectiva *dualista* do injusto (conforme visto no capítulo inicial), circunstância que, por si só, já emprestaria à concepção caráter liberal, pois não se está abandonando um paradigma em favor de outro. Em terceiro lugar, porque não se trata propriamente de "criminalização" de uma atitude interna expressa em uma ação, mas sim da análise dos níveis de responsabilidade subjetiva. Em quarto lugar, porque não se vê como pode ser rotulada de ilegítima uma concepção que considera um estado psíquico do agente – vontade, desejo –, ao mesmo tempo em que se considera perfeitamente legítima a consideração de outros tipos de vinculação subjetiva como "conhecimento" e "representação", que, em última análise, não passam, também, de estados psíquicos – nesse sentido, considerar a valoração da "vontade" como algo ilegítimo, mas a valoração do "conhecimento" como algo admissível soa como pura arbitrariedade. Em quinto lugar, porque nosso ordenamento dá inúmeras mostras de que a valoração de elementos internos como "finalidade", "intenção" e "motivação" são relevantes para a definição dos comportamentos penalmente relevantes, bem como para a dosimetria da pena. Nesse sentido, remetemos o leitor para o nosso item 3.4.2. No particular, merece destaque a afirmação de Malle e Nelson, para quem "por ao menos alguns milhares de anos, sistemas morais e jurídicos, com alguma variação histórica e cultural, têm incorporado conceitos como intenção, motivo e premeditação (*forethought*)", registrando também os autores que "nenhum ser humano moderno aceitaria como justo e equitativo um sistema jurídico que renunciasse a considerações sobre o estado mental do agente ao cometer um crime ou transgressão" (MALLE, Bertram F.; NELSON, Sarah E. Judging *mens rea*: the tension between folk concepts and legal concepts of intentionality. *Behavorial Sciences and the Law*, 21: 563-580 (2003), p. 563 e 564, respectivamente. Disponível em: https://doi.org/10.1002/bsl.554. Acesso em: 28 de julho de 2019). Em sentido contrário ao de Greco, defendendo a autonomia do dolo eventual, e criticando o processo de objetivização, afirma Donini que "o aparente garantismo desse objetivismo que diz não indagar a alma, que promete certezas e descrições 'sinceras' das práticas, sem o véu e as ambiguidades dos motivos, nos induziu – mais do que a um saudável *self-restraint* – a estender o dolo eventual sem possuir mais a cultura do acertamento subjetivo personalizado na investigação sobre as motivações", do que derivou uma extensão do dolo eventual "paradigmático", e "da responsabilidade baseada em mero risco". (DONINI, Massimo. Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente. *Diritto Penale Contemporaneo*, v. 1, p. 71-117, 2014. Disponível em: http://bit.ly/2FOzjJR. Acesso em: 30 jul. 2019.).

que não poderá observar a mesma lógica nos casos de dolo direto e nos casos de dolo eventual.[480]

Além disso, a existência de uma única forma de responsabilidade dolosa não deixa de ser uma contingência de um dado ordenamento jurídico – no caso, o brasileiro. Não quer isso significar que não se possa, de *lege ferenda*, estabelecer inclusive uma distinção sancionatória entre os casos de dolo direto e os casos de dolo eventual, da mesma maneira que em alguns ordenamentos se verifica uma distinção entre a negligência e a chamada negligência grosseira (denominação portuguesa) ou entre a imprudência e a imprudência grave (denominação espanhola).[481] Bastaria, então, um golpe de caneta do legislador, e a teoria monista se revelaria infundada, pois se imporia a necessidade não somente de distinguir dolo direto do dolo eventual, mas, também, de encontrar um fundamento teórico consistente apto a justificar essa distinção sancionatória – o que, salvo melhor juízo, não poderia deixar de passar pela consideração do elemento volitivo. Nesse sentido, nada contra a compreensão unitária do dolo, contanto que fique claro que se cuida de *uma* possível

[480] Embora o entendimento prevalente nos tribunais brasileiros e na própria doutrina seja o da admissibilidade da tentativa nos casos de dolo eventual, há diversos autores de envergadura que sustentam a incompatibilidade entre tentativa e dolo eventual. E os fundamentos para tanto são diversos. Sustentando, por exemplo, a incompatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa sob o fundamento de que a configuração do dolo eventual, diferentemente da tentativa, encontra-se atrelada à verificação do evento, PAGLIARO, Antonio. *Trattato di diritto penale*. Parte generale. Il reato. Milano: Giuffrè, 2007. p. 346-347. Na mesma linha, afirmando tal incompatibilidade, embora sob fundamento diverso, relativo ao necessário equilíbrio que deve haver entre o desvalor de resultado e o desvalor da ação, que apenas se daria, no caso da tentativa, com um mais intenso grau de intenção, FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: 1984, p. 744 et seq. Com minuciosa análise dos posicionamentos existentes acerca da questão, e também advogando a incongruência entre a tentativa e o dolo eventual, embora sob os argumentos preponderantes da insegurança jurídica e da excessiva abertura a condutas desprovidas de relevância penal decorrentes dessa aproximação, bem como em virtude da "particular estrutura dos tipos de imperfeita realização", TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLV, fasc. II. Madrid: 1992, especialmente p. 547 et seq. (veja-se, ademais, a crítica direcionada ao fundamento proposto por Faria Costa em p. 525-529). Em sentido contrário, na linha da doutrina amplamente majoritária, julgando configurável a tentativa com dolo eventual, entre outros, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 694-695, e PALMA, Maria Fernanda. *Da "tentativa possível" em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 79-84. Propondo uma solução intermédia, rechaçando tanto a indistinta relevância quanto a indistinta irrelevância da tentativa com dolo eventual, CANEPA, Andrea. Dolo eventuale e tentativo: possibilità e limiti di una compatibilità. *L'indice Penale*, Padova, anno 7, n. 2, luglio./dic., p. 421-458, 2009. p. 451 et seq.

[481] O Código Penal espanhol, por exemplo, estabelece uma distinção entre a chamada "imprudência grave" e a "imprudência menos grave". No art. 142, n. 1, prevê-se a pena de prisão de um a quatro anos para aquele "que por imprudência grave causar a morte de outro", ao passo que no mesmo dispositivo, n. 2, encontra-se prevista pena de multa de três meses a dezoito meses para aquele "que por imprudência menos grave causar a morte de outro". Sobre a graduação de gravidade entre a chamada imprudência grave e a imprudência menos grave no contexto espanhol, ver PEREZ DEL VALLE, Carlos. *La imprudencia en el Derecho penal*: el tipo subjetivo del delito imprudente. Barcelona: Atelier, 2012. p. 178. Sobre a negligência grosseira, com amplas referências sobre a literatura jurídica a respeito do tema, em especial nos contextos português e alemão, ver PEREIRA DE SANTANA, Selma. A negligência grosseira: contributo para discussão sobre sua autonomia material. In: COSTA ANDRADE, Manuel da. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 571-595.

leitura, circunscrita a *um determinado* ordenamento jurídico, sujeita a uma *escolha* do legislador, e que não reflete a diversidade de graduações de desvalor que se pode surpreender, no plano material, entre dois comportamentos dolosos.

Ademais, a distinta graduação de desvalor que dois comportamentos podem ter, ainda que a ambos seja atribuído o título de doloso, poderá eventualmente se refletir na dosimetria da pena. Alguns dos vetores elencados pelo art. 59 do Código Penal brasileiro possuem nítida correspondência com aspectos atinentes ao juízo de desvalor da conduta: *culpabilidade*, *motivos*, *circunstâncias* e *comportamento da vítima* são disso bons exemplos. Além deles, algumas circunstâncias agravantes gerais, previstas no art. 61, como a motivação fútil ou torpe (alínea "a"), o cometimento do crime para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime (alínea "b"), o modo de execução que envolva traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso capaz de dificultar a defesa da vítima ("alínea c"), alguma qualidade especial da vítima em razão de sua relação com o agente (alíneas "e", "f", "g" ou "h") ou de uma determinada situação de vulnerabilidade (alínea "j").

De qualquer maneira, o que se quer frisar é que o juízo de desvalor da conduta é mais abrangente do que a definição da modalidade de imputação subjetiva já no sentido de permitir uma graduação de desvalor distinta mesmo entre dois comportamentos considerados dolosos ou entre dois comportamentos considerados culposos e enquadráveis no mesmo tipo penal. Mas não só, e não principalmente.

Pode-se dizer que juízo de desvalor da conduta é mais abrangente do que a determinação da modalidade de imputação subjetiva sobretudo no sentido de que possui muito maior capacidade operacional, incidindo em planos de análise diversos da imputação subjetiva. Em especial, podemos citar: i) a definição abstrata dos comportamentos considerados penalmente relevantes, e suas respectivas molduras sancionatórias; ii) a definição de causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade; iii) o juízo de adequação típica, bem como de subsunção às causas de justificação e exculpação; iv) e, como acabamos de destacar, a dosimetria da pena.

Tudo isso considerado, tem-se que o juízo de desvalor da conduta se apresenta com enorme potencial operatório na teoria do delito, fundamentando a interpretação de diversas questões penais, incidindo em múltiplos planos de análise, e de nenhuma maneira pode ser limitado a simples *resultado* da constatação de um comportamento doloso ou culposo. Aliás, como já ficou demonstrado – e se cuida de central conclusão para essa pesquisa – a imputação subjetiva não deve ser vista como *causa* ou *pressuposto* para a afirmação do

desvalor da conduta, mas antes como *resultado* do juízo de desvalor da conduta. Um comportamento não é penalmente desvalioso quando se revelar doloso ou culposo; antes disso, a um comportamento somente poderá ser atribuído o título jurídico de doloso ou culposo quando se revelar desvalioso a partir de um juízo de negativo de valor.

É certo que o processo de valoração desses elementos assumirá uma feição distinta conforme se esteja em um plano abstrato-legislativo ou concreto-aplicativo. No plano abstrato, a valoração desses elementos – da qual resultará o grau de desvalor da conduta – é o que justificará, sob o ponto de vista material, a previsão autônoma de diversos comportamentos atentatórios a bens jurídicos, com a cominação de penas diversas, bem como possíveis causas de exclusão do crime e parâmetros para a dosimetria da pena. No plano concreto, a conjugação desses elementos influenciará, a partir de um juízo de correspondência material entre o grau de desvalor revelado pelo caso concreto e aquele entrincheirado na moldura típica e nas hipóteses de exclusão do crime, o exame da adequação típica do comportamento e das eventuais circunstâncias excludentes, a modalidade de imputação subjetiva a ser reconhecida, bem como a aplicação de vetores a serem observados na dosimetria da pena.

Estabelecida, portanto, a forma como se deve visualizar a relação entre imputação subjetiva e desvalor da conduta, e demonstrada a precedência do juízo de desvalor da conduta em relação à modalidade de responsabilidade subjetiva, bem como a sua maior abrangência, convém, a partir de agora, voltar nossa atenção para os parâmetros que pautam o juízo de desvalor da conduta, a iniciar pela relação existente entre *desvalor da conduta* e *valorações sociais*.

4.6 DESVALOR DA CONDUTA E VALORAÇÕES SOCIAIS

Julgamos haver demonstrado que a relevância penal de um comportamento não depende somente de dados da realidade, reivindicando uma valoração. Dados da realidade, por si sós, pouco dizem. É certo que dizem algo; mas o quanto dizem, o quanto valem, são questões que pressupõem valoração. Como já se destacou, nem mesmo a mais aguda intenção poderá justificar a consideração de um comportamento como delitivo: a intenção de matar um agressor, em uma situação de legítima defesa, pode ser considerada irrelevante para a afirmação do desvalor da conduta.

Em que medida uma intenção é considerada nociva? Em que medida uma finalidade é considerada negativa? Qual a métrica para a determinação, por exemplo, de riscos

juridicamente desaprovados? Nenhuma dessas questões pode ser respondida sem se recorrer a um juízo de valor, do qual se extrai um conteúdo de dever ser.

O juízo de valor que orienta a intervenção penal é um juízo negativo de valor. Em outras palavras, é um juízo de desaprovação. E desaprovar, quanto a nós, equivale a reprovar. Um comportamento é desvalioso, portanto, porque reprovado. Mas por quem o comportamento é reprovado? E com base em que parâmetros? Tais questões serão tratadas de forma mais aprofundada no capítulo final. Mas algumas considerações preliminares se impõem.

Desde logo, afirma-se que o juízo de reprovação somente pode ser legitimamente encontrado em uma valoração de índole social, podendo-se falar, diante disso, em uma reprovação social. Os processos sociais, as relações interpessoais no contexto de uma dada comunidade situada no tempo, consolidam valores positivos e negativos, um fundo ético-cultural essencial, dando forma a determinados padrões de comportamento.

Como bem destaca Taipa de Carvalho, a decisão legislativa de incriminar uma conduta – e, por certo, também a afirmação do caráter criminoso de uma conduta concretamente situada à luz de um ilícito-típico – legitima-se mediante "o apelo à consciência ético-social da comunidade histórica"[482]. Essa consciência ético-social, para o autor, é o que orienta a eleição dos bens jurídicos tutelados. Mas razão não vemos para que essa mesma consciência não seja a fonte de orientação, também, quanto aos padrões de comportamento considerados essenciais para a coexistência social, reflexo da corresponsabilidade comunitária que deve ser imputada a cada membro da sociedade.

Tal processo é que dá forma a determinados deveres de solidariedade, proteção ou assistência – como, por exemplo, o dos pais em relação aos filhos; determinados valores como o da transparência, compaixão e o respeito ao próximo; determinadas máximas de julgamento, como a da bondade da otimização do bem e da minimização dos males; como a da responsabilidade proporcional à liberdade. Trata-se, em todos os casos, de consensos sociais mais ou menos solidificados, relacionados às condições básicas de coexistência social.

---

[482] TAIPA DE CARVALHO, Américo. Condicionalidade sócio-cultural do direito penal. *Boletim da Faculdade de Direito*: Universidade de Coimbra, v. 58, p. 1039-1137, 1982. p. 1124. Também Marinucci e Dolcini, embora reticentes quanto aos condicionamentos que possam porventura haver entre as normas ético-sociais e as normas incriminadoras, admitem que "a relação entre direito penal e ética social não é de coincidência, mas tampouco de estranheza (*estraneità*): trata-se, mais propriamente, de uma complexa e articulada relação de implicação". (MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistemática. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.).

Nesse contexto, insere-se o direito penal. Direito penal esse que, para almejar legitimidade, como vimos insistindo, não pode distanciar-se dos padrões de atribuição de responsabilidade socialmente concebidos. Reitera-se que, para Hassemer, "uma teoria sobre a imputação deve observar aquilo que, cotidianamente, se entende na sociedade por imputação", não podendo uma teoria da imputação distanciar-se dos corriqueiros processos de imputação existentes na sociedade a ponto de sua relação com eles, do ponto de vista estrutural e conceitual, romper-se por completo.[483] Isso, segundo vemos, vale não somente para o processo de imputação, mas, talvez até com mais razão, para o processo de valoração dos comportamentos suscetíveis de criminalização. Tais processos, em última análise, não podem ser imunes ao contexto sociocultural em que inseridos, pois, como também lembra Hassemer, "o direito penal deve valorar as instituições e o instrumentos da vida cotidiana [...] não só uma vez, mas sempre".[484]

Isso, por um lado. Por outro lado, afirmar que a ideia de desvalor depende de uma valoração de índole social não equivale a endossar um repudiável intuicionismo moral como métrica de legitimidade. A questão é de difícil equalização, na medida em que intuições morais influenciam nosso raciocínio jurídico-penal em níveis impensáveis.[485]

Há que se atentar necessariamente ao *tipo de valoração social* que se aceita como *input* legítimo para o direito penal. Por certo não será um juízo moral intuitivo,

---

[483] HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 162. De forma bastante próxima, afirma Díaz Pita, em defesa de sua perspectiva normativa, que uma tal análise valorativa "não perde de vista a racionalidade da nossa cultura, concretamente de nossa cultura jurídica", e que "antes de afastar-se das valorações cotidianas presentes na sociedade, tenta aproximar-se delas passando-as pela peneira da interpretação jurídica". (DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-21. 14.).

[484] Veja-se que, para Hassemer, "o juízo moral está profundamente enraizado em nossa cultura", e a experiência cotidiana que envolve processos de desculpa, imputação, reprovações, defesas, entre outros, tem início desde a infância. Daí que, "como em um velho espelho – distorcido, mas bem perceptível – são encontrados na vida cotidiana os graus de imputação subjetiva". (HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 295-297.).

[485] Sobre o intuicionismo moral em geral, ver HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach do moral judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, p. 814-834, 2001. Disponível em: http://bit.ly/2TqUQRc. Acesso em: 30 jul. 2019. Sobre a influência do intuicionismo moral na forma de perceber comportamentos jurídico-penalmente relevantes, ver os interessantes estudos de KLIEMANN, Dorit [et al]. The influence of prior record on moral judgment. *Neuropsychologia*. Volume 46, Issue 12, October 2008, p. 2949–2957. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.neuropsychologia.2008.06.010 . Acesso em: 2 de agosto de 2019., e ALICKE, Mark D. Culpable causation. *Journal of Personality and Social Philosophy*, [*s. l.*], v. 63, n. 3, p. 368-378, Nov. 1992. Referido estudo é também citado no interessante artigo de DINIZ, Thiago Dias de; CARDOSO, Renato César. A intuição do dolo em direito penal: correlatos neurais da teoria da mente, raciocínio indutivo e a garantia da convicção justificada. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 945-959, ago. 2018. Disponível em: http://bit.ly/30pRCys. Acesso em: 28 jul. 2019.

desacompanhado de uma fundamentação racional, ou mesmo valorações sociais superficiais e meramente conjunturais que poderão legitimamente influenciar a intervenção penal. Como muito bem adverte Silva Sanchez, o direito penal deve necessariamente conectar-se "com o permanente e universal", com "o estatuto ontológico da pessoa", e, nesse esse marco específico, "com a representação do justo existente na sociedade em que opera", e somente na medida em que o fizer é que se dará "um adequado entendimento da relação entre valores sociais e direito penal".[486] Ainda segundo Silva Sanchez, com o que não poderíamos concordar mais, o direito penal orientado por "valorações sociais superficiais, conjunturais e induzidas, produto da manipulação ou da influência oportunista dos grupos políticos, será um direito penal progressivamente desnaturalizado, superficial, de estrita gestão de supostas conjunturas sociais favoráveis ou desfavoráveis", e que, na busca desorientada por algum tipo de referencial social, acabará por perder a sua identidade.[487]

Dito isso, e embora os parâmetros de reprovação sejam objeto de enfrentamento no capítulo final, algumas considerações acerca da matéria objeto da reprovação se afiguram desde logo pertinentes, na medida em que tal questão guarda relação com a multidimensionalidade da categoria examinada.

Desde logo, convém sublinhar que *o que se reprova sempre será um comportamento, comissivo ou omissivo, nas circunstâncias em que realizado*. Sendo assim, o juízo de reprovação sobre o comportamento – determinativo do desvalor da conduta – *em nenhum caso poderá ser contaminado pela eventual reprovação que recai sobre o resultado havido*, uma vez que se trata de uma dimensão concorrente do crime. Resultados, por si sós, não podem condicionar o aparecimento do injusto se se parte de uma fundamentação dualista, e muito menos a classificação de um comportamento concreto como *crime*. Logo, constituiria contradição lógica permitir que o juízo de desvalor da conduta fosse de alguma maneira influenciado pela percepção que se tem do resultado – ainda que a exigência de resultado, segundo nossa perspectiva, seja irrenunciável.

Tampouco estados psíquicos, quando não revertidos em comportamentos, podem fundamentar o injusto e o crime. Como já se disse, dados empíricos como *intenção* e *motivação* exercem, sim, influência na maneira como os comportamentos são percebidos, tratando-se de percepções profundamente arraigadas na cultura de uma sociedade, pelo que

[486] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Valoraciones sociales y derecho penal. *Revista Persona y Derecho*, Navarra, n. 46, p. 143-164, 2002. Disponível em: http://bit.ly/2uJ07sK. Acesso em: 3 ago. 2019. p. 162-163.
[487] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Valoraciones sociales y derecho penal. *Revista Persona y Derecho*, Navarra, n. 46, p. 143-164, 2002. Disponível em: http://bit.ly/2uJ07sK. Acesso em: 3 ago. 2019. p. 163.

o direito penal de longa data as incorpora, configurando-se uma prática inclusive aceita sem maiores questionamentos quanto à sua legitimidade. No entanto, esses componentes empíricos apenas relevam quando concretizados em um comportamento, sem o que o direito penal é incapaz de valorá-los.

Ainda, segundo vemos, não há sentido, quando partimos de uma abordagem material do crime, em "fracionar" a valoração do comportamento de acordo com a divisão teórica proposta pelo conceito analítico de delito. Mesmo porque o conceito analítico de crime não passa de uma ficção, um constructo jurídico orientado à aplicação racional da lei penal, o que não deveria obnubilar o fato de que o crime, na sua essência, constitui uma *realidade em tese incindível*. E essa realidade, em sua inteireza, é que, no contexto de uma abordagem material, deve ser submetida à valoração, e não necessariamente as suas "fatias" artificialmente construídas e entregues, por convenção teórica, aos planos da *tipicidade, ilicitude* e *culpabilidade.*

Disso derivam duas consequências. A primeira delas, é que nossa atenção passa a se voltar não ao tradicional conceito tripartido de crime, de vocação preponderantemente metodológica, mas sim à essência do fenômeno criminoso. E o crime, na sua essência, é desvalor da ação mais desvalor do resultado, e não um fato típico, ilícito e culpável. Qualquer fato que venha a ser considerado como crime se revela necessariamente, em um plano material, através daquelas duas dimensões, sendo a partir delas percebido e apreciado no seio comunitário. O objeto de análise nessa pesquisa, contudo, é somente a dimensão da conduta, o que reclama a análise dos seus elementos ontológicos e normativos. Essa análise, assim, não pode senão se "desprender" da divisão representada pelo conceito analítico de crime.

A segunda consequência, e que se liga à primeira, é a de que os parâmetros de análise do juízo de desvalor da conduta encontram-se dispersos pela teoria geral do delito. Aqui reside, aliás, o motivo maior de nossa crítica ao conceito de *desvalor da conduta* tal como percebido a partir do finalismo: cuida-se de uma categoria que, reclusa ao plano do injusto, e segundo o método ontologista que é marca desse sistema teórico, acabou resumida à "exigência de um comportamento doloso ou culposo", apresentando-se como simples fato bruto, um substrato avalorado, com todos os componentes valorativos reclusos ao incomunicável campo da culpabilidade, como se não houvesse qualquer relação entre uma coisa e outra, e como se pudesse haver des*valor* da conduta sem um juízo de *valor* e sem reprovação. E isso, por óbvio, não existe. Algo é *desvalorado* quando é *valorado negativamente*. E algo é negativamente valorado quando *é reprovado*. Ao limitar o *desvalor*

da conduta ao âmbito do injusto, e ao associá-lo a simples dados empíricos consubstanciados em estados psíquicos, o que se obtém é um conceito carente de uma dimensão normativa. Parece necessário, assim, "libertar" a categoria do *desvalor da conduta* do âmbito do injusto, visto que sua pretensão é consideravelmente mais abrangente: a de revelar uma das dimensões essenciais do *crime*. E concebida nesses termos, não é de causar surpresa que nela concorram elementos tradicionalmente distribuídos pelos planos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

4.7 O CARÁTER MULTIDIMENSIONAL DO DESVALOR DA CONDUTA

À vista de tudo aquilo que já se disse, parece possível afirmar que o conceito de *desvalor da conduta* se oferece como um conceito juridicamente complexo, que remete a uma multiplicidade de significados, que apresenta multiplicidade de componentes, que é suscitado em mais de um momento de análise dos fatos penalmente relevantes, para finalidades não coincidentes, e podendo conduzir a uma apreciação dos fatos em sentidos diversos.

Nisso reside o que podemos denominar de *caráter multidimensional* do conceito de desvalor da conduta. As linhas que seguem tratam precisamente de apresentar, de maneira sistemática e para fins didáticos, as múltiplas dimensões desse conceito. Notadamente, as dimensões *formal* e *material*, *ontológica* e *normativa*, *subjetiva* e *objetiva*, *abstrata* e *concreta*, *positiva* e *negativa* do conceito de desvalor da conduta.

4.7.1 Dimensão Formal e Dimensão Material.

O desvalor da conduta constitui, antes de tudo, uma das dimensões do crime quando visto sob uma perspectiva material. Como já dito anteriormente, o crime, na sua essência, é desvalor da ação mais desvalor do resultado, e é com base nessas duas valências que o fato criminoso é como tal percebido e apreciado no seio comunitário.

A relação que se estabelece entre essas duas dimensões do fenômeno criminoso define, em um plano abstrato, a relevância penal de um tipo de comportamento, e, em um plano concreto, o caráter criminoso de um fato determinado. Além disso, a específica relação

entre essas duas valências, a depender do tipo de combinação havida, também determinará a gravidade do crime.[488]

Sendo isso verdadeiro, parece que o conceito de desvalor da conduta encontra-se necessariamente atrelado a uma abordagem material do crime –[489] e é sobre ela que vimos nos debruçando ao longo da presente pesquisa. E, nessa medida, dado que se cuida de um enfoque já de partida material, não deixa de constituir certo pleonasmo falar em *dimensão material* do desvalor da conduta para fazer referência precisamente à valoração jurídico-penal que recai sobre a conduta, seus componentes e seu contexto de inserção.

Apesar disso, como visto alhures,[490] algumas importantes formulações finalistas passaram a associar o conceito de desvalor da conduta à ideia de violação do preceito normativo. Dado que, segundo essa perspectiva, o decisivo estaria na reafirmação do conteúdo da norma, e o desvalor da conduta estaria consubstanciado apenas na violação do dever de comportamento por ela imposto, por não haver aqui qualquer tipo de referencial axiológico ou de conteúdo, vinculado a parâmetros socioculturais e valorativos, tem-se nessa perspectiva uma visão acintosamente relativista do desvalor da conduta. É dizer, uma conduta será desvaliosa não por reunir determinadas qualidades, não por representar a negação de determinados valores, não por possuir algum conteúdo específico, mas sim por exprimir a violação de uma (qualquer) norma de comportamento imposta pelo legislador, a seu critério. Nesse preciso sentido, tem-se uma *perspectiva formal* do desvalor da conduta.

A oposição entre essas duas formas de se abordar a categoria do desvalor da conduta, na realidade, é resultado de uma divergência frontal entre duas visões distintas. Não

---

[488] Pense-se, por exemplo, na dinâmica entre desvalor da conduta e desvalor do resultado que se pode surpreender na comparação dos tipos relativos à tentativa de homicídio e ao homicídio culposo. Veja-se que, no primeiro caso – tentativa de homicídio – há um pronunciado desvalor da conduta associado a um não tão proeminente desvalor do resultado – que, no caso da tentativa, estará consubstanciado em uma ofensa de perigo. Por outro lado, no homicídio culposo, tem-se um pronunciado desvalor do resultado, consubstanciado em uma ofensa de lesão, associado a um não tão proeminente desvalor da conduta. Há, aqui, duas combinações distintas, que justificam dois tipos penais distintos, e que se refletem em duas molduras penais diversas – sendo certo que, para o homicídio culposo, a pena mínima prevista é de um ano de detenção (art. 121, §3º, do Código Penal), enquanto que para a tentativa de homicídio simples a pena mínima prevista será de dois anos de reclusão (art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, do Código Penal). Tomando-se por base, por outro lado, a hipótese de homicídio doloso consumado, tem-se, diferentemente, tanto um acentuado desvalor do resultado quanto um acentuado desvalor da conduta, o que justifica a previsão de uma pena mínima de seis anos de reclusão, a qual, em determinados casos, precisamente de mais acentuado desvalor da conduta revelados pelas situações qualificadoras (art. 121, §2º, do Código Penal), poderá partir de doze anos de reclusão.

[489] É o que também sugere Greco, quando afirma que para além da abordagem da teoria do tipo a partir de uma perspectiva meramente formal, é possível fazê-lo, "complementarmente, de outra perspectiva, não só formal, mas material: enfocando em primeira linha não a distinção naturalista entre objetivo e subjetivo, e sim a distinção normativa entre *desvalor da ação* e *desvalor do resultado*". (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 26 e p. 27.).

[490] Ver *supra*, nosso item 2.4.2.

estamos, então, propriamente, diante de duas dimensões de análise de um mesmo conceito jurídico, mas sim diante de duas formas distintas de se perceber esse conceito.

Ainda assim, feita essa ressalva, não parece de todo impertinente que, ao menos do ponto de vista sistemático e classificatório, se possa falar em uma *dimensão material* do conceito de desvalor da conduta quando se quiser fazer referência especificamente à valoração jurídico-penal que recai sobre a conduta, os seus componentes e seu contexto de inserção, a partir de parâmetros ontológicos e axiológicos, e em uma correspondente *dimensão formal* do desvalor da conduta quando se quiser fazer referência especificamente à qualidade desse comportamento de se mostrar atentatório ao comando normativo contido em um dado preceito penal. E, nesse preciso sentido, parece perfeitamente possível pensar em determinadas situações hipotéticas em que um comportamento possa ser considerado desvalioso no plano material, por reunir determinadas qualidades, mas não no plano formal, por não representar violação a preceitos penais, da mesma maneira que o oposto poderá ocorrer: poderá um comportamento se mostrar desvalioso no plano formal, por atentar contra determinado preceito penal, mas não no plano material, ao não suscitar um juízo de reprovação social.

4.7.2 Dimensão Ontológica e Dimensão Normativa

Dissemos à certa altura que o juízo de valor direcionado ao comportamento, a partir do qual se estabelece o seu eventual desvalor, reclama a análise dos dados empíricos que o circunscrevem. Pois tais dados empíricos correspondem, então, ao que podemos denominar de *dimensão ontológica* do desvalor da conduta, a qual abrange todos os aspectos do comportamento cuja existência não dependa de processos interpretativos ou de adscrição de sentido. O conceito de ontologia aqui adotado, portanto, não se pretende limitado aos aspectos corpóreos das coisas, abrangendo, também, entre outras coisas, dados psicológicos e fatos institucionais. E nesse preciso sentido, com essa declarada abrangência, é que adotamos termos *como dados empíricos* ou *dados da realidade*, fazendo referência a determinados entes ou propriedades cuja existência não pressuponha intermediação interpretativa.

No que diz respeito especificamente ao objeto de estudo, pode-se dizer, consequentemente, que integram a *dimensão ontológica* do desvalor da conduta aspectos como a representação ou não do perigo, a intenção com que o indivíduo agiu, a sua eventual motivação, o eventual conhecimento da proibição, a forma de realização do comportamento

e eventuais constrições contextuais que tenham exercido influência sobre a conduta. Os fundamentos que nos levam a atribuir relevância a esses elementos já foram apresentados nos tópicos anteriores,[491] motivo pelo qual não revisitaremos a problemática, apenas sublinhando que tais elementos compõem uma das dimensões do desvalor da conduta.

Mas como também já se referiu anteriormente, tais dados empíricos não determinam, por si sós, o caráter desvalioso ou não do comportamento. Submetem-se eles a um juízo de valor, o qual é levado a efeito em atenção a determinados parâmetros ou critérios de valoração, tais como as expectativas sociais incidentes e a reprovabilidade social do comportamento. Tais elementos integram, então, o que podemos denominar de *dimensão normativa* do desvalor da conduta, a qual abrangerá todos os elementos do comportamento que não forem suscetíveis de descrição e observação; em especial, tal dimensão é aquela que abarca o juízo de valor que se debruça sobre os dados empíricos do comportamento, bem como os seus parâmetros valorativos.

4.7.3 Dimensão Interna ou Subjetiva e Dimensão Externa ou Objetiva

Para além das dimensões já referidas, é também possível identificar no desvalor da conduta uma dimensão interna ou subjetiva e uma dimensão externa ou objetiva.

A *dimensão interna* ou subjetiva do desvalor da conduta abrange os elementos do comportamento que se associam aos estados psíquicos do agente. Elementos como *vontade*, *motivação* e *intenção* correspondem à dimensão interna do desvalor da conduta. Da mesma maneira, o *conhecimento* do risco de ocorrência do resultado, e o eventual *conhecimento da proibição* pertencem, também, à dimensão interna do desvalor da conduta. Todos esses elementos antes referidos, independente de suas respectivas posições na doutrina geral do crime – relembrando nossa advertência de que a questão, por ora, não se mostra relevante, na medida em que os elementos que integram o desvalor da conduta encontram-se dispersos pelos planos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade – influenciam a maneira como são percebidos e valorados os comportamentos, encontrando-se, como já referido, no âmbito interior, na psique do indivíduo.

Por outro lado, a *dimensão exterior* ou *objetiva* abrange outros aspectos que influenciam, também, o desvalor da conduta, mas que se situam no plano exterior, correspondendo, em síntese, aos parâmetros de realização do comportamento. Entre esses

[491] Sobre isso, ver nosso item 4.4.

parâmetros destacam-se a natureza do comportamento em questão – comissivo ou omissivo –, a sua forma de realização, a adequação ou aptidão para a consecução do resultado e o tipo de participação (sobretudo no caso de concurso de agentes). Trata-se, aqui, dos elementos que se submetem a uma verificação objetiva por um hipotético terceiro observador diante do comportamento ajuizado.

Disso resulta que o juízo de valor sobre o comportamento se ampara tanto em elementos internos – como a intenção com que um comportamento é realizado, por exemplo, agressões realizadas com a intenção de matar – quanto em elementos externos – como, por exemplo, o homicídio praticado mediante tortura, com premeditação, e com recurso que dificulta a defesa da vítima. Tais dimensões claramente concorrem para que, mediante a realização de um juízo valor a ser levado a efeito em abstrato ou em concreto, determine-se, respectivamente, o grau de desvalor da conduta que deverá se refletir na escolha, pelo legislador, dos comportamentos suscetíveis de pena e das suas respectivas sanções, e no exame, pelo julgador, da correspondência material entre o grau de desvalor existente no caso concreto e aquele entrincheirado na moldura típica e nas hipóteses de exclusão do crime, de modo a viabilizar o exame da adequação típica do comportamento e da eventual incidência daquelas circunstâncias excludentes, bem como a modalidade de imputação subjetiva a ser reconhecida e os parâmetros a serem observados na dosimetria da pena.

4.7.4 Dimensão Abstrata (Legislativa) e Dimensão Concreta (Interpretativa)

O juízo sobre o desvalor de um determinado comportamento pode ter lugar em dois momentos diversos.

Em primeiro lugar, o desvalor da conduta afigura-se como uma necessária dimensão de análise e reflexão a ser levada a efeito pelo legislador na definição dos comportamentos considerados crime, bem como na previsão das causas de exclusão do crime e na definição dos parâmetros que orientam a dosimetria da pena – compreendendo-se, aqui, tanto eventuais circunstâncias qualificadoras ou privilegiadoras, quanto causas de aumento ou diminuição de pena, circunstâncias agravantes ou atenuantes e vetores relativos à pena-base. Tem-se, aqui, o que podemos denominar de *dimensão abstrata* (ou legislativa) do desvalor da conduta, querendo referir especificamente a sua relevância enquanto critério de vinculação, condicionamento e orientação do labor legislativo.

Aqui, a reflexão sobre o desvalor da conduta se dá em um plano abstrato, mediante a projeção de determinadas formas de atentado contra bens jurídicos que exprimem

conteúdos diversos de desvalor, bem como de mecanismos jurídicos que permitam ao intérprete, no caso concreto, estabelecer distinções entre casos representativos de diversos conteúdos de desvalor.

Tomemos como exemplo os crimes patrimoniais: o legislador, aqui, prevê diversas modalidades de atentado contra o patrimônio, cada qual exprimindo um conteúdo de censura distinto. À conduta de subtrair liga-se uma pena que vai de um a quatro anos de reclusão;[492] à conduta, por sua vez, de obter vantagem patrimonial ilícita mediante fraude ou ardil, liga-se uma pena que vai de um a cinco anos de reclusão,[493] no que parece uma clara indicação de que o emprego da fraude ou do ardil é representativo de uma maior reprovação, uma vez que se constata, no estelionato, uma maior reprimenda a despeito do fato de a entrega da coisa ser realizada pela própria vítima – à diferença, por óbvio, do que sucede no delito de furto, em que há uma subtração direta exercida pelo agressor. E a coerência dessa conclusão é suportada pela previsão, nas hipóteses qualificadoras do furto, do emprego de fraude, podendo-se concluir, então, que quando combinadas a *subtração* direta exercida pelo agressor e o *emprego da fraude*, a pena privativa de liberdade arrancará de dois anos, podendo chegar a oito.[494] Conclui-se, com isso, que o legislador considerou: i) o comportamento de *subtrair* um bem mais reprovável do que o comportamento de simplesmente receber algo entregue pela vítima; ii) o emprego de *embuste* para a execução do crime algo que amplifica o seu conteúdo de desvalor.

Tomemos, ainda, o exemplo do homicídio. Ao homicídio causado dolosamente, previu o legislador a pena de seis a vinte anos,[495] ao homicídio causado culposamente, previu o legislador a pena de um a três anos de detenção.[496] Aqui, à toda evidência, há uma distinta moldura sancionatória que corresponde ao maior conteúdo de desvalor que justifica a imputação a título de dolo ou a título de culpa. Mas o legislador ainda vai além, prevendo situações em que, em razão de um maior conteúdo de desvalor da conduta, a pena arranca de doze anos.[497] Esse mais acentuado desvalor decorre ou de *determinadas motivações* que

---

[492] Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

[493] Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis

[494] Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. [...] § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: [...] II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza.

[495] Art. 121. Matar alguem: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

[496] § 3º Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a três anos.

[497] § 2° Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

suscitam maior reprovação – tais como paga ou promessa de recompensa ou outra motivação torpe (§2º, inc. I), motivo fútil (§2º, inc. II) ou quando o crime for praticado para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime (§2º, inc. V) –, ou de *determinadas formas de execução* que suscitam maior reprovação – tais como mediante o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel (§2º, inc. III) ou à traição, de emboscada, mediante simulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido (§2º, IV). Ao lado dessas situações de maior desvalor da conduta, o legislador também prevê abstratamente o cenário de um menor desvalor da conduta, quando o agente cometer o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, de maneira que, nessas situações, poderá o julgador reduzir a pena de um sexto a um terço (§1º).[498]

O que está em questão, em todos os exemplos atrás referidos, é a projeção, pelo legislador, de determinados comportamentos que exprimem conteúdos diversos de desvalor, os quais se refletem na sanção cominada, bem como de circunstâncias específicas que, uma vez concorrendo, possuem o condão de alterar esse grau de desvalor seja intensificando-o, seja mitigando-o.

Mas o juízo de desvalor da conduta não releva apenas ao legislador. Ao julgador também caberá, no caso concreto, realizar o exame de correspondência material entre o grau de desvalor verificável no caso concreto e aquele entrincheirado na moldura típica e nas hipóteses de exclusão do crime, de modo a viabilizar o exame da adequação típica do comportamento e da eventual incidência daquelas circunstâncias excludentes, bem como a modalidade de imputação subjetiva a ser reconhecida e os parâmetros a serem observados na dosimetria da pena. Tem-se, aqui, o que podemos denominar de *dimensão concreta* (ou interpretativa) do desvalor da conduta, querendo referir especificamente a sua relevância enquanto critério interpretação e orientação da atividade do julgador na aplicação da legislação penal.

Alguns exemplos parecem pertinentes. Tomemos novamente o caso do crime de terrorismo, previsto no art. 2º da Lei 13.260/2016, que se configura através da prática de

---

II - por motivo futil; III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossivel a defesa do ofendido; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

[498] § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

diversos comportamentos "por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião" e "quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública".[499] Cuida-se de uma previsão típica que exprime enorme conteúdo de desvalor, não somente em razão do desvalor do resultado associado aos comportamentos descritos, mas também em razão do desvalor da conduta que decorre da exigência típica de uma finalidade específica considerada censurável – provar terror social –, mas, também, uma motivação igualmente reprovável – por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião. E somente comportamentos concretos que exprimirem um grau equiparável de desvalor é que justificarão a adequação típica. Se, por exemplo, constatássemos que um determinado indivíduo, mediante violência ou grave ameaça, apoderou-se do funcionamento de um hospital, expondo a perigo a paz pública e a incolumidade de diversas pessoas – comportamento objetivamente amoldável ao inc. IV do §1º do art. 2º da Lei 13.260/16 –, fazendo-o inclusive com a finalidade de provocar terror social, mas não por qualquer motivo associado a xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, afigurar-se-ia inviável a imputação do delito de terrorismo. E não somente pelo óbice formal de tal comportamento não corresponder à integralidade da descrição típica, em atenção ao princípio da legalidade, mas sobretudo por não se verificar, nesse caso, uma correspondência material entre o grau de desvalor da conduta contido ou projetado na descrição típica e o grau de desvalor revelado pelo comportamento analisado.

Esse exemplo, aliás, nos permite concluir que não somente às situações de ausência de ofensividade se deveria aplicar o rótulo de "materialmente atípicas". Sempre que se constatar que o concreto conteúdo de desvalor revelado pelo comportamento analisado não corresponder ao grau de desvalor projetado no tipo penal – o que poderá ocorrer diante de ausência ou presença de determinados estados anímicos, bem como de circunstâncias

[499] Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. § 1º São atos de terrorismo: I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa; [...] IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento; V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa: Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

relacionadas ao fato –, ter-se-á, em tese, um caso de atipicidade material, não havendo qualquer justificativa para que, no contexto de uma compreensão do injusto em termos pessoais, que não mais se limita ao desvalor do resultado, tal rótulo seja aplicável somente aos casos de ausência de desvalor de resultado.

Isso talvez fique ainda mais claro em situações de ausência concreta de um elemento subjetivo implicitamente reclamado pelo tipo. Tome-se, nesse sentido, um corriqueiro e hipotético caso de "furto de uso": o indivíduo que, por exemplo, subtrai o celular de um conhecido seu, com a intenção de utilizá-lo por breve período de tempo, posteriormente o devolvendo. Tal caso, muito provavelmente, seria considerado atípico diante da falta do chamado *animus furandi*, compreendido como o especial fim de se assenhorar de bem alheio.[500] E isso, diga-se, ainda que o comportamento tenha gerado prejuízo, mesmo que momentâneo, à vítima. Parece correto dizer, nesse caso, que a despeito da adequação formal do comportamento ao enunciado típico – afinal de contas, o indivíduo terá *subtraído coisa alheia móvel* –, não se identificaria, nesse comportamento, um grau de desvalor correspondente àquele projetado pelo legislador e enclausurado no tipo penal, que pressupõe uma tal intenção especial de se assenhorar definitivamente da coisa, e não se satisfaz com a simples finalidade de dela dispor temporariamente. Afigura-se perfeitamente possível, então, sustentar, também aqui, a atipicidade material do comportamento à vista da inexistência de uma correspondência material entre o conteúdo de desvalor revelado pelo comportamento concreto e aquele que subjaz à previsão legal.

A análise dessa precisa correspondência material no plano do desvalor da conduta também se revela aplicável em relação a eventuais circunstâncias qualificadoras e causas de aumento de pena. Tomando como exemplo a previsão do inc. IV do §2º do art. 121 do Código Penal, tem-se que o homicídio será qualificado quando praticado "à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação *ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido*". Determinar o que viria a caracterizar um tal recurso capaz de dificultar a defesa da vítima costuma ser uma tarefa de alguma maneira complexa e objeto de corriqueiras disputas forenses, como sói ocorrer em situações que reivindicam o emprego de métodos de interpretação analógicos.[501] Perceber, contudo, que se está diante de uma

[500] Nesse sentido, por todos, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 93.

[501] Partindo-se da premissa de que a interpretação analógica, que não se confunde com a analogia, seria o método de interpretação utilizado para a determinação do sentido de determinados termos genéricos de equiparação incluídos no próprio preceito normativo – destacando-se, a título de exemplo, o "outro meio cruel", previsto como circunstância qualificadora do homicídio. Em tais casos, coloca-se sempre o problema de

hipótese qualificadora que se justifica precisamente em razão de um mais acentuado desvalor da conduta parece iluminar a verificação das situações enquadráveis à qualificadora, mediante a análise do específico sentido de desvalor associado às hipóteses equiparadas. Pois se os demais casos que se afiguram suscetíveis de enquadramento à qualificadora correspondem às situações de traição, emboscada e dissimulação, é porque o maior desvalor associado a essa qualificadora se liga ao *modo insidioso* empregado no ataque.[502] Sendo isso verdadeiro, não seria qualquer situação concreta que em algum grau acarretasse à vítima maior dificuldade de defesa que seria apta a justificar a incidência da referida qualificadora. Sob essa lógica, não parecem aqui enquadráveis, por exemplo, os casos que retratam uma simples situação de "inferioridade numérica"[503] ou de "agressor armado".[504] Tais casos, como já referido, ainda que possam em algum grau retratar situação de emprego de recurso que dificulta a defesa da vítima, não apresentam o específico sentido de desvalor que o legislador parece haver atribuído àquela previsão legal. Assim, por não haver uma correspondência material entre o desvalor da conduta verificado no caso concreto e o

delimitar o tipo de situação que tal referência normativa é capaz de abarcar. Adotando, também, uma distinção entre interpretação analógica e analogia, sendo a última referível ao processo de integração do direito, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 208 et seq. Contrário a essa distinção, QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 88-89.

[502] Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 90.

[503] Reconhecendo tal circunstância como fundamento para a admissibilidade da qualificadora, a título de exemplo: "Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO TENTADO – PRONÚNCIA – DESCLASSIFICAÇÃO [...]", julgamento do qual se extrai: "[...] Os acusados se utilizaram de recurso que dificultou a defesa da vítima, pois foi a mesma apanhada desprevenida e em inferioridade numérica, de forças e de armas" [...]". (TJSP; Recurso em Sentido Estrito 0032883-27.2015.8.26.0405; Relator (a): Willian Campos; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Osasco - Vara do Júri/Execuções Criminais; Data do Julgamento: 04/10/2018; Data de Registro: 05/10/2018). "Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JURI. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. [...] Por derradeiro, presentes indícios de que os denunciados, juntamente aos demais inimputáveis, teriam atacado as vítimas em superioridade numérica e de armas, surpreendendo-as, de modo que os vitimados tiveram sua atuação defensiva restringida, de rigor a inclusão da qualificadora do emprego de recurso que dificultou a defesa das vítimas ao juízo de pronúncia [...]". (TJRS. Apelação Criminal, Nº 70082658220, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em: 18-12-2019)

[504] Circunstância que tem sido reconhecida, com bastante frequência, na jurisprudência, como fundamento para a admissibilidade da qualificadora. Nesse sentido: "Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO.[...] Recurso que dificultou a defesa da vítima: é de ser mantida, também, a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, visto que há indícios de que a vítima teria sido atingida quando estava chegando em casa, estava sozinha e desarmada. [...]". (TJRS. Recurso em Sentido Estrito, Nº 70082316746, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em: 21-11-2019). Ainda: "Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. [...]. Recurso que dificultou a defesa da vítima: manutenção. Parte da prova oral indica que a vítima estaria desarmada e que o acusado teria ameaçado os vizinhos para que esses não prestassem socorro ou chamassem a polícia. [...]". (TJRS. Recurso em Sentido Estrito, Nº 70082120841, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em: 24-10-2019).

desvalor projetado e subjacente à previsão legal, fica obstada a incidência daquela previsão legal.

Mas a dimensão concreta do desvalor da conduta não cessa na análise da adequação típica dos comportamentos, tampouco na análise da incidência de eventuais circunstâncias qualificadoras ou causas de aumento de pena. Como foi objeto de longa exposição ainda neste capítulo, também o juízo de imputação – seja a imputação do resultado, seja a imputação subjetiva – pressupõe a análise do desvalor da conduta. Em especial em relação à imputação subjetiva, viu-se que dolo e culpa são expressões jurídicas de uma distinta graduação de desvalor que pode ser atribuída ao comportamento.

Para finalizar, é interessante notar que o mesmo exercício de análise da correspondência material entre o desvalor da conduta revelado por um comportamento concreto e o desvalor da conduta que subjaz às previsões legais se afigura aplicável em relação à análise das causas de exclusão de crime. Tome-se, por exemplo, a situação de legítima defesa. Não se considera antijurídico o comportamento daquele que, por exemplo, mata alguém, contanto que o faça em uma situação de legítima defesa, e aja por ela motivado. Fizemos já referência, aliás, ao problema da dimensão subjetiva das causas de justificação. Tomemos novamente a situação do indivíduo que, com a intenção de vingar a morte de seu irmão, dispara contra seu desafeto B, vindo a descobrir que o último, imediatamente antes de ser alvejado, estava prestes a matar A com a arma de fogo que trazia consigo. Encontrar-se-iam, aqui, todos os requisitos objetivos exigidos pelo art. 25 do Código Penal para a configuração da legítima defesa: agressão injusta, atual ou iminente e repelida com o moderado emprego dos meios necessários, podendo-se dizer inclusive que o disparo de A foi o que lhe salvou a vida. Ainda assim, referida situação não se afigura elegível para a aplicação da excludente da legítima defesa, diante da falta de consciência da situação justificante. O que isso parece demonstrar é que, em uma corriqueira situação de legítima defesa, ao eventual desvalor de resultado que poderia estar consubstanciado na morte de outra pessoa, não se verificaria um correspondente desvalor da conduta em grau capaz de justificar a punição, uma vez que, em situações desse gênero, o indivíduo age com o intuito único de se defender, não se afigurando reprovável ou censurável esse comportamento, que tendencialmente seria adotado por qualquer indivíduo que se encontrasse nas mesmas circunstâncias. Contudo, o presente exemplo, diferentemente, retrata situação em que o comportamento se revela, sim, desvalioso. E isso porque a motivação relativa à agressão injusta e a finalidade de defesa dão aqui lugar à finalidade de vingança, que empresta ao comportamento maior grau de reprovação. Assim, ainda que o comportamento tenha,

objetivamente, repelido uma agressão injusta iminente, o fato é que o indivíduo não agiu amparado por essa situação ou com essa finalidade, o que torna perceptível o desvalor da conduta. A concorrência do desvalor do resultado com o maior desvalor da conduta aqui verificado determina a relevância penal do fato.

O que tudo nos leva a reiterar, já em linha de conclusão, que o juízo de desvalor da conduta apresenta duas dimensões diversas que se relacionam com o seu momento de análise: por um lado uma *dimensão abstrata*, a qual corresponde aos critérios de vinculação, condicionamento e orientação do labor legislativo na identificação dos comportamentos que configuram crime, na previsão abstrata das penas, bem como possíveis causas de exclusão do crime e parâmetros ou variáveis para a dosimetria da pena; de outro lado uma *dimensão concreta*, na qual o julgador leva a efeito, a partir de um juízo de correspondência material entre o grau de desvalor revelado pelo caso concreto e aquele entrincheirado na moldura típica e nas hipóteses de exclusão do crime, o exame da adequação típica do comportamento e das eventuais circunstâncias excludentes, decidindo, também, sobre a modalidade de imputação subjetiva a ser reconhecida, bem como sobre a eventual incidência de circunstâncias qualificadoras ou privilegiadoras, causas de aumento e diminuição da pena e demais parâmetros relacionados à dosimetria da pena.

4.7.5 Dimensão Negativa e Dimensão Positiva

Viu-se já que ao lado do desvalor do resultado, a configuração concreta do crime reclama, também, a existência de um conteúdo mínimo de desvalor da conduta. Não há, portanto, crime sem desvalor da conduta.

Imagine-se que um indivíduo esteja conduzindo o seu veículo dentro do limite de velocidade permitido na rodovia e que, surpreendido ao visualizar um pedestre atravessando a faixa, e na tentativa de frear, por pouca familiaridade com a condução de veículos manuais, acabe confundindo os pedais, pisando no pedal da embreagem, o que culmina com o atropelamento do pedestre. No presente caso parece claro que se cuida de um comportamento penalmente relevante, suscetível de imputação do delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor. E isso porque ao desvalor de resultado consubstanciado na lesão à vida soma-se o desvalor da conduta decorrente da imperícia do motorista na condução do veículo, no erro na execução do processo de frenagem. Por outro lado, não seria essa a conclusão acaso o condutor tivesse levado o pé ao pedal do freio e se constatasse que os freios do veículo não funcionaram adequadamente em razão de um defeito

de fábrica. Nessa variação do exemplo, por não se surpreender qualquer conteúdo de desvalor no comportamento do condutor, o fato não se afiguraria imputável sequer a título de culpa. O que, por sua vez, já não ocorreria acaso se constatasse que o veículo apresentava condições precárias, e que o não funcionamento dos freios se deveu à falta de manutenção no sistema de frenagem, o que teria sido evitado acaso o veículo tivesse sido submetido às revisões recomendadas. Veja-se que, aqui, novamente, o comportamento do condutor é reprovado em razão da sua negligência na manutenção do veículo.

O exemplo apresentado, com as suas três variações, tem por finalidade demonstrar algo evidente: a imputação de um crime somente pode ser admitida quando for possível surpreender no comportamento um mínimo conteúdo de desvalor que se some ao desvalor do resultado. Cuida-se, então, da necessidade de uma *dupla valoração negativa*: uma valoração negativa em relação ao resultado, e outra em relação à conduta. Afinal de contas, o *desvalor* não é outra coisa senão um *juízo negativo de valor*, cujo cerne, como já visto, está na reprovação que se faz do comportamento.

A questão é interessante na medida em que a valoração de um comportamento pode resultar, ao menos em tese, três juízos: um comportamento pode se sujeitar a um *juízo negativo*, a um *juízo neutro* ou a um *juízo positivo*. O comportamento do motorista que tenta frear, mas não logra êxito em razão de um defeito de fábrica no sistema de freios, em que pese não possa ser considerado um comportamento *negativo*, tampouco se sujeita a um juízo *positivo*, na medida em que nada há nesse comportamento que mereça algum tipo de enaltecimento. Por sua vez, o comportamento daquele que conduz seu veículo acima do limite de velocidade, mas o faz com o intuito único de levar ao hospital uma pessoa gravemente ferida, sujeita-se, ao menos em princípio, a um *juízo positivo*, na medida em que a transgressão se justifica pela promoção do salvamento de pessoa ferida, inclusive ao custo da própria segurança do motorista, no que se surpreende, também, um componente de altruísmo.

A tarefa de determinar o tipo de valoração de um comportamento, contudo, nem sempre é tão simples. Os exemplos da realidade são consideravelmente mais complexos, na medida em que um comportamento se apresenta sempre como um complexo de múltiplos elementos, podendo mostrar-se, dessa forma, positivo sob determinados prismas ou em relação a alguns aspectos específicos, e neutro ou negativo em relação a outros. Daí podermos falar em uma *dimensão negativa* e em uma *dimensão positiva* dos comportamentos, querendo com a primeira aludir aos aspectos em relação aos quais o comportamento se mostra reprovável, e, com a segunda, os aspectos em relação aos quais o

comportamento se sujeita a um juízo de valor positivo. Ao intérprete – compreendendo-se, nesse caso, tanto o legislador, quanto o julgador – caberá sempre a árdua tarefa de analisar globalmente o comportamento, em toda a sua complexidade, bem como de compreender a forma de interação entre as suas dimensões positiva e negativa, de modo a determinar o seu sentido prevalente.

A complexidade de fatores que compõem o comportamento, e a correlata possibilidade de valorações opostas de cada um desses fatores, pode ser bem ilustrada através da figura típica prevista no artigo 134 do Código Penal brasileiro, que prevê o crime denominado de "abandono de recém-nascido". Tal dispositivo criminaliza a conduta de "expor ou abandonar recém-nascido, *para ocultar desonra própria*", cominando-lhe a pena de detenção, de seis meses a dois anos, a qual pode ser de dois a seis anos em caso de morte da vítima. Veja-se que, nesse caso, a ação de abandonar recém-nascido, em si considerada desvaliosa, é destinada à ocultação de uma desonra própria, circunstância essa (proteção da honra) que o legislador brasileiro (ao menos aquele da década de 40) considerou sob certo aspecto mais nobre do que o simples abandono motivado por questões de natureza diversa, invocando-se, aqui, o chamado *motivo de honra*.[505] Tanto é assim que o crime de abandono de incapaz, previsto no imediatamente anterior artigo 133 do Código Penal brasileiro, que proíbe o comportamento de "abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono" – sem, portanto, fazer qualquer vinculação à finalidade de ocultação da desonra própria –, prevê pena significativamente superior: detenção, de seis meses a três anos, a qual, em caso de morte da vítima, pode chegar a quatro a doze anos de reclusão, o dobro da pena cominada ao delito de abandono de recém-nascido. É dizer, abandonar um recém-nascido, pessoa que à toda evidência se afigura muito mais vulnerável do que a maioria das pessoas consideradas incapazes – e que, portanto, sob esse aspecto específico, deveria ser tido como um comportamento ainda mais grave do que aquele configurador do delito de abandono de incapaz –, constitui comportamento que, em sua globalidade, revela-se menos reprovável, pelo simples fato de que, aqui, a finalidade de ocultação da desonra opera como um elemento que, aos olhos do legislador brasileiro, se não justifica um tal comportamento, ao menos o torna mais compreensível, integrando, então, o que podemos denominar de *dimensão*

[505] Hungria, por exemplo, refere-se a essa figura típica como "abandono de recém-nascido 'honoris causa'", a qual considera ser uma "modalidade do abandono de incapaz prevista como *delictum privilegiatum*", fundamentando-se o privilégio legal "na específica consideração do motivo de honra". (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955a. v. 5: Decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136. p. 436.).

positiva desse comportamento. Inclusive, a confirmar isso, note-se que em eventual situação de abandono de recém-nascido em que não se verifique que a finalidade de ocultação da desonra própria tenha sido o fator que tenha animado o comportamento, a conduta somente poderia ser enquadrada ao tipo do abandono de incapaz, o qual prevê, como já se disse, sanção consideravelmente mais grave.[506]

Tal exemplo apenas confirma que a valoração de um comportamento não se esgota na consideração de um único aspecto, como uma intenção, motivação ou finalidade. Cuida-se de uma tarefa que pressupõe a consideração de uma multiplicidade de aspectos, em contexto de extrema complexidade, uma vez que aspectos considerados positivos ou louváveis atribuíveis a um dado comportamento podem perfeitamente conviver com outros considerados negativos ou reprováveis.

Paralelamente, como dito na abertura, a imputação de um crime somente pode ser admitida quando for possível surpreender no comportamento um mínimo conteúdo de desvalor que se some ao desvalor do resultado. Pois esse mínimo conteúdo de desvalor resulta precisamente da análise do sentido prevalente do comportamento. Apreciando-se negativamente esse comportamento, em seu sentido prevalente – é dizer, consideradas já tanto sua dimensão positiva, quanto sua dimensão negativa –, é que se afigura possível falar em crime.

Por certo que não se cuida de tarefa simples e tampouco pautada pela objetividade. É particularmente complexo definir *quando* ou *a partir de que ponto* um comportamento pode ser considerado na sua globalidade penalmente desvalioso, ou, em outras palavras, sob que circunstâncias uma sua eventual dimensão positiva será suficiente para, por exemplo, impedir a afirmação de um juízo global negativo sobre o comportamento.

Isso mostra, aliás, que, à diferença do que sucede em relação ao desvalor do resultado, o juízo sobre o desvalor da conduta se caracteriza pela sua relativa fluidez. É dizer, não parece haver um ponto preciso, uma *red line* a partir da qual se possa, de maneira objetiva e falseável, com precisão matemática e de forma isenta de qualquer controvérsia, asseverar o caráter prevalentemente desvalioso do comportamento, de modo a justificar a sua consideração como crime. Não deixa de ser reflexo disso a previsão de diversas circunstâncias incidentes na pena – vetores a serem considerados na fixação da pena-base, circunstâncias atenuantes ou agravantes, causas de aumento ou diminuição de pena – que

[506] Ver, sobre isso, nota 531, com a referência à posição segundo a qual o delito de abandono de recém-nascido constituiria uma espécie de delito privilegiado, com *nomen juris* próprio, em relação ao delito de abandono de incapaz.

respondem precisamente a essa fluidez do juízo de desvalor da conduta, na medida em que oportunizam ou a diminuição da pena quando o desvalor geral da conduta se mostrar atenuando diante da consideração de algum aspecto positivo do comportamento que já não tenha sido compreendido na descrição típica, ou o aumento da pena quando o desvalor geral da conduta se mostrar exasperado diante da consideração de algum aspecto negativo do comportamento que já não tenha sido compreendido na descrição típica.

Um exemplo, em particular, afigura-se bastante profícuo: a situação do homicídio praticado por motivo de relevante valor social ou moral, o qual, a teor da legislação penal brasileira, deve ter a pena diminuída de um sexto a dois terços.[507] Nas palavras de Regis Prado, motivo de relevante valor moral é "aquele cujo conteúdo revela-se em conformidade com os princípios éticos dominantes em uma determinada sociedade", ou, ainda segundo o autor, "os motivos nobres e altruístas, havidos como merecedores de indulgência".[508] Imagine-se, então, a situação do indivíduo que, por absoluta comiseração, abrevia, a pedido, a vida de ente querido, que se encontra não somente em irremediável estado terminal, mas em profundo sofrimento. Imagine-se que tal comportamento tenha sido praticado mediante enorme relutância interna, tendo o indivíduo, inclusive, agido em prejuízo de seu desejo pessoal, que seria o de manter a vítima viva o maior tempo possível. Trata-se de situação que, segundo a própria Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal,[509] justificaria a aplicação da hipótese prevista no §1º do art. 121 do Código Penal brasileiro, considerando-se ser o caso de motivo de relevante valor moral.[510] Veja-se que, nesse exemplo, o que está em causa é, precisamente, uma motivação nobre e altruísta; afinal de contas, o comportamento adotado não teve senão o objetivo de atender ao desejo da vítima, liberando-a de seu sofrimento, ao custo, inclusive, do sofrimento do próprio agente que lhe causou a morte. Cuida-se, assim, de um aspecto do comportamento que, isoladamente, sujeita-se a um juízo positivo, a tal ponto de algumas tradições jurídicas não considerarem a

[507] Art. 121. Matar alguem: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.
[508] PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. p. 63.
[509] A própria Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal utiliza esse exemplo de aplicação da referida causa de diminuição de pena. Extrai-se dela que por motivo de relevante valor social ou moral "o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanástico)".
[510] Na doutrina, também considerando esse motivo como configurador da causa de diminuição de pena, entre outros PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. p. 63.

eutanásia como crime,[511] visto que tal especificidade do comportamento eliminaria o juízo de desvalor da conduta. Não foi essa, contudo, a leitura do legislador brasileiro, visto que tal circunstância não foi contemplada como causa de exclusão do crime, podendo-se inferir, consequentemente, que, aos olhos da legislação pátria, tal circunstância não se mostra suficiente presta a eliminar o desvalor da conduta segundo uma análise do sentido prevalente do comportamento –[512] sendo certo, contudo, que tal atentado à vida apresenta um menor grau de desvalor do que, por exemplo, um simples atentado à vida desacompanhado de qualquer motivação relevante, justificando-se, por isso, a incidência da já referida causa de diminuição de pena.

Tal exemplo parece confirmar a já destacada fluidez do juízo de desvalor da conduta, na medida em que embora seja, ao menos em tese, possível comparar o grau de desvalor de dois comportamentos distintos – por exemplo, um homicídio motivado por comiseração e outro por disputa relacionada ao domínio de ponto de tráfico – , já não parece existir um marco objetivo a partir do qual se possa, de maneira objetiva e falseável, asseverar a existência de um comportamento penalmente desvalioso segundo o seu sentido global. Afinal, se outras tradições jurídicas consideraram a motivação relacionada à comiseração uma circunstância capaz de eliminar o desvalor global da conduta de matar, não foi esse o caminho adotado pelo legislador brasileiro.

---

[511] Inserem-se, aqui, por exemplo, os casos de Holanda, Bélgica e Luxemburgo. Sobre isso, com grande profundidade sobre a situação de cada país, ver GRIFFITHS, John; WEYERS, Heleen; ADAMS, Maurice. *Euthanasia and Law in Europe*; Oxford: Hart Publishing, 2008. passim.

[512] Compreensão essa que encontra eco, por exemplo, na autorizada doutrina de Hungria. Para o autor, "repugna à razão e à consciência humanas que se possa confundir com a prática deliberada de um homicídio o nobre sentimento de solidariedade e abnegação que manda acudir os enfermos e os desgraçados". Alega ainda Hungria, na defesa da percepção de que o homicídio por comiseração não poderia ser impune, o argumento de que "o sofrimento é um fator de elevação moral", bem como o argumento, de cunho declaradamente religioso, de que "eliminar o sofrimento com a morte [...] é desconhecer que uma alma sobrevive ao perecimento do corpo e que a dor é o crisol em que essa alma se purifica e se redime para a sua progressiva ascensão às claridades eternas", já que "os brados, os gemidos da dor humana ecoam, retumbam no seio infinito de Deus", e que "o sofrimento é o preço da perfeição moral, é o tributo de peagem na peregrinação do homem pelo mundo". (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955a. v. 5: Decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136. p. 436.). Tal posição, que não é por nós endossada, apenas é referida com o objetivo de se ilustrar a dificuldade – quiçá a impossibilidade – de se estabelecer um ponto preciso, uma *red line* a partir da qual se possa, de maneira objetiva e falseável, com precisão matemática e de forma isenta de qualquer controvérsia, asseverar o caráter prevalentemente desvalioso do comportamento, sobretudo quando esse apresentar, concomitantemente, aspectos positivos e negativos. Sempre poderá haver disputa argumentativa sobre qual seria o sentido prevalente do comportamento. Se para Hungria, por exemplo, o homicídio por comiseração não eliminaria o desvalor geral da conduta, parece perfeitamente argumentável, por outro lado, partindo de uma lógica de respeito à dignidade e à liberdade de autodeterminação, que tal prática seja percebida como nobre, capaz de eliminar esse desvalor geral da conduta, implicando, consequentemente, a sua não punição. O que parece ser, diga-se uma vez mais, o caminho adotado por outras tradições jurídicas. Ver, nesse sentido, nota 511.

Consideradas essas dificuldades, o capítulo seguinte tratará precisamente de decompor o juízo de desvalor da conduta, apresentando os seus múltiplos elementos integrantes, aprofundando os seus parâmetros, tudo de maneira a fornecer subsídios para a tarefa de analisar o sentido prevalente dos comportamentos.

5 ELEMENTOS DO JUÍZO DE DESVALOR DA CONDUTA

5.1 INTRODUÇÃO

Nas linhas precedentes, buscou-se demonstrar a multidimensionalidade do juízo de desvalor da conduta. Defendeu-se que tal juízo possui, entre outras, uma dimensão ontológica e outra normativa, cada qual integrada por múltiplos elementos, ambas indispensáveis para a afirmação de um comportamento penalmente desvalioso.

Os tópicos anteriores, no entanto, conquanto possam ter antecipado uma ou outra consideração acerca dos elementos que integram cada uma dessas dimensões – ontológica e normativa –, não tiveram tanto a preocupação de elencar e sistematizar tais elementos; o que se buscou foi apenas demonstrar que a compreensão de desvalor da conduta necessariamente reivindica aspectos ontológicos e normativos. Para fazê-lo, suscitaram-se exemplos, justificações foram apresentadas, e algumas ideias necessariamente tiveram de ser precipitadas, sem, contudo, qualquer pretensão de completude expositiva.

O presente capítulo, diferentemente, avançando aquelas considerações, possui precisamente o desiderato de apresentar, de forma sistemática, os elementos que integram as dimensões ontológica e normativa do juízo de desvalor da conduta.

5.2 DIMENSÃO ONTOLÓGICA DO DESVALOR DA CONDUTA

O juízo de valor direcionado ao comportamento, a partir do qual se estabelece o seu eventual desvalor, reclama a análise dos dados empíricos através dos quais ele se manifesta. Como muito bem já disse Schünemann, "sem uma realidade a se valorar, não pode haver valoração".[513]

Com efeito, como já tivemos a oportunidade de destacar, o direito penal não é e nem poderia ser – sob pena de comprometimento de sua legitimidade – indiferente a eventuais dados empíricos, como propugna, por exemplo, o mais radical normativismo.[514] Se a consideração exclusiva de dados da realidade para a edificação do sistema penal incorre na chamada "falácia naturalista", o desprezo de todo e qualquer dado da realidade constitui

[513] SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 140.

[514] Referimo-nos, aqui, em especial, a construções como a de JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. passim.

falácia diversa: a falácia normativista.[515] Conquanto a perspectiva adotada no presente trabalho, no que diz respeito particularmente à problemática da imputação subjetiva, seja a de um normativismo em sentido forte, segundo a qual o que determina a modalidade de imputação subjetiva é o juízo de valor que recai sobre o comportamento, e não uma específica qualidade desse, isso não quer significar que para esse juízo de valor sejam irrelevantes os dados empíricos através dos quais os comportamentos se expressam. Todo o contrário: elementos empíricos como, por exemplo, a intenção, exercem enorme influência na forma como tais comportamentos são socialmente percebidos, e tal percepção, consequentemente, acaba por penetrar em nossa racionalidade jurídica.[516]

Pois bem. O conjunto de dados empíricos através dos quais o comportamento se expressa corresponde ao que denominamos de *dimensão ontológica* do desvalor da conduta. Cuida-se, assim, dos seus elementos ou componentes suscetíveis a verificação, os quais abrangem tanto os dados da realidade que se inserem na psique do indivíduo e que concorrem, ainda que interna e psicologicamente, na realização do comportamento – o que denominaremos de *dimensão subjetivo-interna* do desvalor da conduta –, quanto as características da conduta em si – o que denominaremos de *dimensão objetivo-exterior* do desvalor da conduta.

Por se tratar de dados da realidade, ainda que situados no *forum internum* do agente, as proposições relativas à existência de tais dados sujeitam-se a juízos de *verdadeiro* ou *falso* – adotando-se, no particular, uma noção de verdade como correspondência. A afirmação, por exemplo, de que A agiu com a intenção de matar B pode ser considerada verdadeira ou falsa conforme corresponda ao efetivo estado anímico de A na realização do seu comportamento. A afirmação, por exemplo, de que C, ao agir, possuía conhecimento da proibição, também pode ser considerada verdadeira ou falsa conforme a circunstância de A ter agido com ciência ou ignorando a existência de norma proibitiva. A afirmação, por

---

[515] Termo utilizado por SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 130.

[516] Para Diaz Pita, a presença do elemento volitivo no dolo constitui circunstância "presente em nossa racionalidade jurídica", citando, para demonstrá-lo, a reação do cidadão comum à situação em que recebe um esbarrão de seu colega de trabalho, e à situação diversa, em que recebe um soco na mandíbula após uma discussão – exemplo esse já foi apresentado ao longo do presente trabalho. Segundo a autora, a percepção distinta que se tem entre um e outro caso decorre do fato de em apenas um deles a dor física gerada como consequência ter sido causada sem intenção. E arremata a autora: "se esta percepção é assim no âmbito extrajurídico, é inexplicável a razão pela qual se nega na comissão de um delito que existe algo mais nos delitos dolosos que o simples conhecimento da situação típica e que este 'algo mais', como fenômeno psicológico (desejo, querer, indiferença), é suscetível de normativização". (DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-21. p. 16.).

exemplo, de que D atentou contra o patrimônio de E mediante uma simples subtração, mediante grave ameaça ou mediante algum tipo de fraude também se sujeita a simples observação, admitindo, por consequência, que se a qualifique como verdadeira ou falsa, a depender do *modus operandi* adotado por D. A afirmação, finalmente, de que E agiu compelido por determinados elementos contextuais que lhe exerceram algum tipo de constrição – por exemplo, a ameaça de F para que alterasse o teor de seu depoimento – sujeita-se a uma qualificação de verdadeira ou falsa, a depender do fato de a ameaça de F efetivamente ter influenciado a ação de E.

Afirmar que o processo de aferição de todos esses dados, no plano concreto-aplicativo, corresponda a um juízo descritivo longe está de querer significar, por exemplo, que o juízo de imputação subjetiva também seja meramente descritivo – aliás, já se defendeu, aqui, inclusive em relação ao dolo, o seu caráter marcadamente adscritivo, na medida em que se cuida de um título jurídico de atribuição. O que apenas se está a afirmar é que os dados da realidade, dos quais os juízos de valor que compõem o desvalor da conduta arrancam, não podem ser substituídos por juízos adscritivos. A realidade que se valora não pode ser deturpada pelo intérprete em razão das consequências jurídicas que possa entender a ela aplicáveis.

Com efeito, ninguém pode negar a distância abissal que separa as sentenças "*A agiu com intenção, e por isso será punido com a pena X*", e "*A deve ser punido com a pena X, logo, agiu com intenção*". Enquanto a primeira sentença exprime uma lógica defensável de observação da realidade e atribuição de consequências, na segunda sentença há uma grave inconsistência lógica: um juízo valorativo acerca do merecimento da pena é o que está na base da constatação de um dado da realidade. Ora, a atribuição de um estado psicológico como a intenção, tal como sucede em relação à verificação de qualquer outro dado da realidade, não pode se basear em outra coisa que não na observação dos fatos. O juízo do intérprete não pode ser constitutivo da realidade que se valora – embora o possa ser da valoração daquela realidade, isto é, estabelecendo como aquela realidade deve ser valorada e a que consequências a ela devem ligar-se. Ao contrário, no que diz respeito especificamente à aferição da realidade, o juízo do intérprete deve ser meramente declaratório ou descritivo.[517] Qualquer coisa diferente disso esbarrará em um insuperável problema de

[517] Em cujo particular nos encontramos muito próximos de Zaffaroni, para quem o direito deve "respeitar o 'ser' da conduta". Ainda segundo o autor, "o direito em geral – e o direito penal em particular – limita-se a agregar um desvalor jurídico a certas condutas, mas em nada muda o ôntico da conduta". O desvalor, complementa Zaffaroni, "não pode alterar o objeto, porque se o altera estará desvalorando algo distinto do

legitimidade: afinal de contas, o intérprete não pode ter a pretensão de criar a realidade que interpreta.[518]

Não cremos, contudo, haver qualquer contradição em sustentar, a par disso, que a aferição daquela realidade, mediante juízo meramente descritivo, seja incapaz de determinar, por si só e sem qualquer intermediação valorativa, o enquadramento jurídico a ser dado ao fato. Retomando o exemplo da imputação subjetiva, o que se está a dizer é que o simples fato de se constatar, por exemplo, a existência de uma dada intenção não é, por si só, definitivo para a imputação do dolo, da mesma maneira que a constatação da ausência dessa intenção com muito mais razão não pode ser considerada determinante para se afirmar a impossibilidade de imputação do dolo. Aferir a existência do desvalor da conduta e, por conseguinte, determinar a modalidade de imputação subjetiva, é algo que pressupõe, sim, juízos de valor. Da mesma maneira que determinar o enquadramento típico, a incidência de causas de justificação e exclusão do crime, e quantificar a pena. A categoria do desvalor da conduta possui, portanto, uma inafastável dimensão normativa. Daí, contudo, a dizer-se que o intérprete cria a realidade que interpreta, há uma enorme distância. Em última análise, dizer-se, por exemplo, que "*a conduta de A, diante das circunstâncias e da reprovabilidade revelada, deve ser considerada dolosa a despeito de não ter A agido intencionalmente*", o que parece perfeitamente admissível, não pode ser considerado o mesmo que dizer "*a conduta de A, diante das circunstâncias e da reprovabilidade revelada, deve ser considerada intencional*". A intencionalidade, como qualquer dado da realidade, somente pode ser aferida mediante observação.[519] Se o *dolo* é uma categoria jurídica, um título

objeto". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 372.).

[518] Socorremo-nos, no particular, mais uma vez de Zaffaroni, para quem "quando o direito desvalora uma conduta, ao mesmo tempo a conhece, realiza a seu respeito um ato de conhecimento, e o legislador limita-se a considerá-la desvalorada (má)", destacando, também, que "desde uma posição realista, este ato não agrega coisa alguma ao 'ser' da conduta". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 371.).

[519] A presente afirmação possui implicações no campo processual. Ao se afirmar que dados da realidade se submetem a observação, a juízos meramente descritivos, e que o intérprete não pode ter a pretensão de criar a realidade que interpreta, não se deve ver nisso qualquer espécie de apologia à chamada "verdade real" como um princípio reitor do processo penal. Não ignoramos o fato de que a verdade real jamais será obtida por meio do processo penal. Como se sabe, há duas concepções distintas a respeito da prova e sua finalidade: uma demonstrativa e outra persuasiva. O modelo demonstrativo supõe possível a introdução da verdade nos autos, de maneira que a reconstrução do fato por meio da prova tem como ponto de chegada a sua determinação fidedigna e exata, a chamada verdade real. Por outro lado, o modelo persuasivo sustenta que a prova se insere em um contexto mais propriamente argumentativo do que demonstrativo – o que se provam não seriam tanto os fatos, quanto as alegações relativas a esses fatos. Diversamente do modelo demonstrativo, o que se busca, então, não é a realidade em si, mas uma reconstrução próxima dela, uma verdade de caráter aproximativo, sujeita a limites decorrentes da falibilidade dos instrumentos de reconstrução, bem como de considerações éticas e jurídicas – em especial, o respeito às regras e garantias processuais. Nesse sentido, KNIJNIK, Danilo.

jurídico de atribuição, o mesmo não se pode dizer da *intenção*, um dado empírico sujeito a observação.

Ao falarmos, então, da dimensão ontológica do desvalor da conduta, a premissa a se ter é a de que *o que aconteceu na realidade importa*. Importa, afinal, saber se o indivíduo agiu com intenção ou não, por reprovável que eventual comportamento não intencional já

A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 11-12. O modelo demonstrativo, via de regra, por possuir a pretensão de atingimento da chamada verdade real, acaba por ser associado a um processo de viés inquisitório, na medida em que nesse sistema o acusado sabidamente figura como objeto do processo e não como sujeito destinatário de direitos e garantias – expedientes como, por exemplo, a tortura voltada para a busca da confissão são admitidos exatamente por supostamente promoverem uma reconstrução eficiente dos fatos. Por outro lado, o modelo persuasivo se associa a um processo de caráter preponderantemente acusatório, na medida em que tal sistema reconhece as limitações reconstrutivas impostas por imperativos éticos e jurídicos, o que obviamente somente pode conduzir a uma verdade de caráter aproximativo. E mais não se pode exigir do processo penal, realmente. Mas há uma enorme distância entre reconhecer que o processo penal jamais conseguirá apreender o fato mesmo – pois o que se terá dele é sempre uma reconstrução imperfeita –, e afirmar que, em razão disso, a conclusão do intérprete seja constitutiva do fato julgado. Irretocável, nesse sentido, a afirmação de Schünemann, para quem "a dificuldade da prova processual não pode, assim, ser confundida com a inexistência da própria realidade" (SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 140). Ora, a circunstância, por exemplo, de alguém agir ou não com intenção não depende do juízo que faça o intérprete, ainda que o reconhecimento processual dessa circunstância o dependa. Fatos existem com independência do processo e do juízo que o intérprete possa vir a fazer. A interpretação que um eventual magistrado faça, com base na prova, de que um acusado tenha agido, por exemplo, com intenção, não impede de reconhecer a possibilidade de tal circunstância não ter efetivamente ocorrido. E isso porque se sabe das limitações inerentes ao processo penal democrático, que deve, tanto quanto possível, respeitados todos os limites inerentes às garantias fundamentais, buscar a mais exata representação do fato comportada pelos seus meios de prova. Não se abandona, portanto, a relação entre prova e verdade, como pretendem alguns. Entende-se, com BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 382, que essa relação apenas deixa de ser de identidade para ser teleológica: é altamente desejável que o sistema chegue a um juízo de fato o mais próximo possível da verdade, porque, afinal de contas, é essa pretensão que, em última análise, legitima a atividade jurisdicional, com o intuito de resolver adequadamente o conflito. E, nesse sentido, subscrevemos, também, o posicionamento de Weigend, para quem, embora a busca da verdade não possa ser o propósito último do processo penal, o objetivo processual de resolução de conflitos "não pode ser atingido por uma disposição aberta baseada em uma versão ficcional dos fatos", já que "justiça (ou qualquer resultado satisfatório de um processo criminal) não pode se basear em falsidade ou ficção" (WEIGEND, Thomas. Is the criminal process about truth?: a german perspective. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 26, n. 1, 2003, p. 169). Fosse a verdade descartada por completo do processo, com um objetivo desejável, como explicar teoricamente uma condenação injusta? É dizer, de que circunstância ou consideração deriva a injustiça de uma condenação injusta, senão da falsa reconstrução dos fatos promovida em um dado processo? É certo que uma condenação também poderá ser qualificada como injusta se, por exemplo, a despeito de o condenado ser efetivamente o autor do crime imputado, perceber-se que o processo deixou de observar os direitos e garantias fundamentais dos quais era destinatário. No entanto, será que o estrito cumprimento das regras processuais e constitucionais, por si só, permite qualificar uma decisão como justa? Acaso poderá ser considerada justa a decisão condenatória de um inocente, porém no contexto de um processo que tenha observado rigorosamente todas as regras aplicáveis? Se a resposta a essa última questão for negativa, é porque a verdade – aqui compreendida como correspondência – não pode ser descartada como um objetivo do processo. Aliás, fosse ela descartada como um objetivo a ser buscado no processo, qual passaria a ser o critério para se determinar, nos autos de um dado processo, a versão vencedora? Acaso poderia o julgador atribuir valor preponderante a uma prova que sabe não retratar a realidade (tome-se, por exemplo, eventual depoimento de testemunha, cuja falsidade de seu teor seja descoberta através de interceptações telefônicas)? O que queremos dizer é que, em última análise, o fato de a reconstrução promovida processo ser imperfeita não deve ser um argumento para que ela seja abandonada em favor de uma leitura construtivista ou relativista, que não reconhecesse o papel da realidade julgada e sua independência em relação ao juízo do intérprete.

possa se mostrar; importa, afinal, saber se o indivíduo considerou ou não a possibilidade de ocorrência do resultado, por inescusável que fosse já a sua não consideração; importa, afinal, saber se o indivíduo agiu com efetivo conhecimento da proibição que recaía sobre o seu comportamento, por inescusável que possa ser a eventual falta desse conhecimento; importa, afinal, saber se eventual delito foi premeditado pelo agente, bem como o grau de premeditação, ainda que a sua não premeditação não elimine a reprovação geral do comportamento. É certo que nenhum desses aspectos é intrinsecamente relevante, submetendo-se todos eles a juízos de valor determinativos da sua relevância penal. Isso, no entanto, não exclui a importância da determinação do fato em si, pois é com base no estabelecimento do fato e de suas circunstâncias que o juízo de valor terá lugar. Um fato, um juízo de valor; outro fato, outro juízo de valor.

Fixadas tais premissas, voltemos nossa atenção, no plano da dimensão ontológica do desvalor da conduta, para o que denominaremos de dimensão subjetivo-interna do comportamento, analisando os seus elementos integrantes.

5.2.1 A Dimensão Subjetivo-interna do Desvalor da Conduta

Por dimensão subjetivo-interna do desvalor da conduta nos referimos a todos os processos mentais que acompanham um determinado comportamento, os quais se situam no *forum internum* do sujeito e que, não obstante a sua difícil verificação, revelam-se de extrema relevância para a percepção jurídico-penal dos comportamentos.

O exame da dimensão subjetivo-interna do desvalor da conduta não pode, contudo, se limitar ao simples elenco dos aspectos subjetivos. E isso porque a questão é complexa: em primeiro lugar, porque envolve a demonstração de que não há um, mas múltiplos aspectos subjetivos que concorrem em um dado comportamento; em segundo lugar, porque demanda uma análise prévia acerca da natureza ontológica ou atributiva dos chamados estados mentais – que não vão, aqui, associados ao dolo ou a culpa, em relação aos quais já nos posicionamos no sentido de sua natureza atributiva; em terceiro lugar, porque pressupõe o enfrentamento da questão atinente à legitimidade da valoração jurídico-penal de elementos psicológicos. Apenas após o enfrentamento dessas questões é que estaremos em condições de apresentar uma sistemática acerca daquilo que denominamos de dimensões subjetivas do comportamento, bem como dos seus elementos integrantes.

5.2.1.1 Sobre a Pluralidade de Aspectos Subjetivos do Comportamento

Cada comportamento humano que tem lugar na vida cotidiana é permeado por uma pluralidade de estados mentais, muitos dos quais sobrepostos e entrecruzados, os quais intervém para a determinação do seu sentido, bem como da forma como é socialmente valorado. Pense-se no trivial exemplo do indivíduo que fornece uma moeda a um pedinte.[520] Uma série de considerações de índole subjetiva se impõem aqui para que se possa determinar se esse comportamento pode ser considerado, de fato, como uma ação de "dar esmola" e, em caso positivo, como se poderia valorar essa ação.

Em primeiro lugar, o que quis o indivíduo realizar? Acaso teve ele consciência e vontade de fornecer uma moeda a um pedinte? Acaso a moeda tenha acidentalmente caído de sua mão, dificilmente tal ação teria o sentido que damos à ação de "dar esmola" – é dizer, dificilmente se diria, nesse caso, que o sujeito "deu esmola", pois mais adequada seria a afirmação de que "derrubou uma moeda"; acaso o indivíduo tenha entregue a moeda na crença equivocada de estar entregando ao pedinte um lacre de latinha de refrigerante, tampouco parece que essa ação teria o sentido que se atribui à ação de "dar esmola"; finalmente, acaso o indivíduo tenha entregue a moeda ao pedinte na suposição de estar remunerando um flanelinha que guardaria o seu carro, tal ação tampouco possuiria o sentido que normalmente se atribui ao ato de "dar esmola".[521] Veja-se, então, que, ao menos na linguagem cotidiana, em alguma medida o próprio sentido objetivo da ação depende, já de partida, daquilo que o agente pretendeu realizar. A ação de "dar esmola a um pedinte" parece percebida como tal somente quando o indivíduo a realiza de maneira consciente e intencional.

Em segundo lugar, mesmo tendo o indivíduo pretendido realizar a ação de dar esmola, ainda poderão ser auditadas as razões determinantes para a sua ação.[522] Tal questão desdobra-se, na realidade, em duas outras: i) o que o levou a essa prática? ii) o que pretendeu o indivíduo com essa prática? Conquanto a resposta a tais perguntas eventualmente possa

---

[520] Exemplo que tomamos emprestado de MONTENEGRO, Lucas. *Por que se qualifica o homicídio*? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio (Lei 13.104, de 2015). São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 74 et seq.

[521] Conforme bem observa MONTENEGRO, Lucas. *Por que se qualifica o homicídio*? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio (Lei 13.104, de 2015). São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 74.

[522] O que Montenegro denomina de "atitude interna", que não se confunde com aquilo que o agente pretendeu realizar, mas antes diz respeito às razões ou à sua atitude espiritual quanto ao que foi realizado. (MONTENEGRO, Lucas. *Por que se qualifica o homicídio*? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio (Lei 13.104, de 2015). São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 74.).

coincidir – o indivíduo objetiva algo com a prática, e por isso age –, isso não impede de reconhecer que uma coisa são *as razões que explicam* a ação do indivíduo; outra, *os objetivos* que com ela ele busca. Partindo do exemplo já apresentado, a ação de dar esmola, ainda que consciente e intencional, pode ser explicada, por exemplo, por um sentimento de dever cívico que o indivíduo carrega ou, diversamente, por uma eventual dificuldade psicológica de confrontação social que o impeça de responder negativamente ao apelo do pedinte. Tais circunstâncias, como se vê, explicam o porquê de ter o indivíduo agido, e embora possam sinalizar, cada qual, um eventual objetivo correlato à ação de dar esmola em cada situação, com ele não coincidem conceitualmente.

A pergunta relativa, então, ao que pretendeu o indivíduo ao agir refere-se a uma terceira questão. Já não se trata, aqui, de saber se o indivíduo quis ou não a realização, tampouco do porquê de ter agido, mas sim dos objetivos que com sua ação buscou atingir. No exemplo utilizado, a ação de dar esmola pode ter como exemplos de finalidades ajudar o próximo, livrar-se do pedinte para que pare de incomodar ou mesmo uma demonstração de benevolência destinada a angariar a admiração de terceiros – poder-se-ia pensar, aqui, de forma similar, no indivíduo que organiza um evento de caridade com o intuito único de se promover socialmente, pouco ligando para as pessoas que dele se beneficiariam.

Mas não cessam aí as considerações de índole subjetiva ou interna que parecem relevantes para a valoração de um dado comportamento. Coloca-se ainda o problema de saber como o indivíduo visualiza a repercussão de sua ação no contexto social. Afinal, mesmo uma ação positiva – como, em tese, a de dar esmola – não necessariamente receberá a mesma consideração acaso a autopercepção do indivíduo seja a de uma ação negativa. Indaga-se, nesse sentido: seria possível dizer que age bem aquele que acredita estar agindo mal? Imagine-se, por exemplo, que o indivíduo dê a esmola acreditando que o valor doado será utilizado para uma criança adquirir bebidas alcóolicas – o que acaba não ocorrendo. Ou, mesmo que não aja sob essa crença, acredite ele que o ato de dar esmola seja errado por, por exemplo, fomentar a prática por parte do pedinte, implicando que, a longo prazo, não se sinta ele estimulado a tentar ingressar no mercado de trabalho. Tal ação pode ou deve receber a mesma valoração que aquela do indivíduo que dá esmola convicto de que está a fazer um bem ao próximo? E, correlato a esse problema, um outro: o fato de supor o indivíduo que dá esmola a existência de uma proibição formal de doação de esmolas altera a maneira como esse comportamento pode ser percebido?

Veja-se, então, a quantidade de condicionantes subjetivas que incidem no processo de valoração de um mesmo comportamento objetivo – destacando-se que o termo subjetivo,

aqui, alude aos processos mentais do agente, os quais se estabelecem no seu *forum internum*. O direito penal, constructo social que é, não é indiferente a essas ponderações, de maneira que cada um dos estados mentais acima apresentados – entre outros, conhecimento, vontade, finalidade ou intenção e motivos – deverá exercer influência no processo de valoração jurídico-penal dos comportamentos. À pergunta, portanto, sobre se o uso de conceitos de origem psicológica no direito penal seria uma mera relíquia naturalista a ser erradicada, respondemos, como Schünemann, negativamente.[523]

Mas à diferença do exemplo apresentado – ação de dar esmola –, em geral positivamente valorado, o direito penal lida com comportamentos desvaliosos – que se submetem, portanto, a um juízo de reprovação. Tomemos, então, um comportamento negativo enquadrável como crime. Imaginemos a hipotética situação do indivíduo que, sem ter realizado qualquer aquisição, recebe em sua caixa de correio um aparelho celular que lhe fora enviado por equívoco, dele se apropriando. Tal conduta, em tese, se amolda à descrição típica do art. 169 do Código Penal brasileiro, dispositivo que criminaliza o comportamento de se apropriar de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza. A multiplicidade de aspectos subjetivos de relevo, destacados no caso anterior, também intercede nesse exemplo. Em primeiro lugar, caberia perguntar se o que indivíduo quis realizar efetivamente foi o ato de se apropriar do item a ele enviado por equívoco. Acaso terá ele tido conhecimento de que recebia um celular por equívoco, ou sequer terá fiscalizado o conteúdo das encomendas recebidas? Acaso terá ele sabido que estava a receber um aparelho celular que não fora encomendado, ou terá ele assumido, diversamente, que essa teria sido uma das inúmeras encomendas por ele realizada em data anterior, ainda que dela não se recorde (imagine-se, por exemplo, que se trate de um comerciante, que adquira e receba diariamente diversos itens)? Assumindo que o indivíduo tenha consciência de que estava a se apropriar de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, e que essa era precisamente a ação que pretendera realizar, poder-se-ia questionar, a partir disso, quais as razões determinantes desse comportamento. Veja-se que o mesmo comportamento poderia ser valorado de maneira diversa acaso se constatasse que o indivíduo é cleptomaníaco, e que o seu comportamento fora motivado por compulsão; se se constatasse, diferentemente, que a situação é a de um agir motivado por graves dificuldades financeiras; ou, ainda, que se cuidasse de um agir motivado por pura ganância. Ainda, o mesmo comportamento pode ter

[523] SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 130.

sido posto em prática com finalidades distintas: por exemplo, causar prejuízo à agência dos correios ou vender o aparelho celular e doar o dinheiro para entidades beneficentes. Finalmente, poderia o indivíduo perfeitamente acreditar que, por ter recebido o aparelho em sua caixa de correio, estaria ele autorizado a utilizá-lo.

Percebe-se, então, ao fim e ao cabo, que se está diante de distintas categorias, em que pese todas elas situadas na dimensão interna ou psíquica do fato. De fato, há uma distinção bastante relevante, não somente na dogmática penal, mas já na própria linguagem cotidiana, entre os significados de *conhecimento, vontade, finalidade ou intenção* e *motivação*. Cuida-se de uma pluralidade de estados mentais associados a cada comportamento humano, os quais influenciam amplamente a maneira como esse comportamento é socialmente percebido. Tais estados mentais serão analisados pormenorizadamente em tópico posterior.[524] Algumas considerações preliminares acerca da natureza desses estados mentais, contudo, afiguram-se bastante oportunas.

5.2.1.2 O Caráter Descritivo ou Adscritivo dos Estados Mentais

Acompanhando de perto a literatura anglo-saxônica, denominaremos de *estados mentais* o gênero conceitual que inclui, entre outros, os conceitos de *conhecimento, vontade, finalidade ou intenção* e *motivação*.[525] Conquanto o termo "estado" não possa ser aqui utilizado no sentido de um específico arranjo ou conformação de propriedades físicas – como se poderia dizer, por exemplo, na química, de um estado físico ou gasoso –, já que tais estados mentais não necessariamente repercutem em "eventos mentais",[526] a expressão se presta, ao menos, a demarcar a ideia de que se cuida de fatos relativos à psique do indivíduo, e que não possuem a sua existência condicionada pelo reconhecimento do intérprete. Sobre isso, aliás, já se disse que o estado mental de um homem é tão real quanto qualquer outro fenômeno biológico, tal como a digestão.[527]

Essa é uma questão bastante relevante, na medida em que a ruptura com um conceito psicológico de dolo em favor de uma perspectiva normativa, o que parece ser uma

[524] Sobre isso, ver nosso item 5.2.1.4.
[525] Seguindo, aqui, SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, p. 530.
[526] SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, p. 529.
[527] SEARLE, John R. *Intentionality*: an essay in the philosophy of mind. Cambridge: University Press, 2004. p. 264.

tendência nas mais modernas produções relacionadas à matéria,[528] tem conduzido a um fenômeno de normativização, também, dos já referidos estados mentais que acompanham os comportamentos, com o que não concordamos.[529] Esse fenômeno, diga-se de passagem, implica já a própria negação da qualidade de estados mentais dos elementos subjetivos relativos atrás referidos.[530] Contudo, como já dissemos anteriormente, segundo a nossa perspectiva, se o *dolo* é uma categoria jurídica, um título jurídico de atribuição – o que foi aqui reconhecido –, o mesmo não se pode dizer do *conhecimento*, da *vontade*, da *finalidade* e da *motivação*, estados mentais que intercedem nos comportamentos humanos, e que se afiguram suscetíveis de observação e descrição.[531]

Cuida-se, no particular, de uma polêmica que nem de perto se limita ao campo jurídico-penal, havendo uma significativa disputa nos campos da psicologia e da filosofia sobre o caráter descritivo ou atributivo desses estados mentais. O movimento teórico que talvez melhor represente uma oposição a essa perspectiva seja o behaviorismo, o qual, aplicado ao campo da psicologia, particulariza-se pelo desprezo pela introspecção como método de averiguação dos estados mentais, colocando o acento nos dados comportamentais, compreendidos, então, não como simples meios para a revelação de estados conscientes, mas antes como objetos dotados de valor intrínseco.[532] As premissas fundamentais do raciocínio

---

[528] Sobre isso, ver nosso item 4.3.

[529] Valendo novamente lembrar, aqui, a afirmação de Zaffaroni, no sentido de que "não há um conceito jurídico-penal de conduta humana: o suposto conceito jurídico-penal de conduta deve coincidir com o ôntico-ontológico". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 372.). O mesmo deve valer, então, para os atributos da conduta, sobre os quais recai o juízo de desvalor. Poderíamos dizer, assim, parafraseando o autor, que tampouco haveria um conceito jurídico-penal de conhecimento e vontade diverso daquele que corresponde ao seu uso compartilhado na linguagem cotidiana.

[530] Veja-se, por exemplo, a afirmação de Cabral, para quem "a intenção não é um estado mental". (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, FAE Centro Universitário, v. 3, n. 4, p. 207-234, jan./jun., 2011. p. 228.).

[531] O que, por sinal, é reconhecido inclusive por autores que trabalham com concepções marcadamente normativistas de dolo. Veja-se, por todos, Perez Barberá, que com base precisamente nesse pressuposto – a saber, o de que o conhecimento não passaria de um dado empírico, ontológico – critica de forma contundente as teorias cognitivas que, em pretenso antagonismo com as teorias psicológicas de dolo, nada mais fariam do que, ainda segundo uma perspectiva psicológica ou ontológica do dolo, propor o abandono do elemento volitivo em favor do elemento psicológico relativo ao conhecimento. Sustenta o autor, a esse respeito, que o conhecimento, tal como a vontade, "nada mais é do que um estado mental e, portanto, um dado empírico" (PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. *Cuardernos de Derecho Penal*, n. 6, 2012, p. 12-13).

[532] É o que se pode inferir de WATSON, John B. Psychology as a Behaviorist Views it. *Psychological Review*, n. 20, 1913, p. 158-177, texto considerado o grande marco do behaviorismo. Conforme o autor, "a psicologia, como o behaviorista a vê, é um ramo experimental puramente objetivo das ciências naturais. Seu objetivo teórico é a previsão e o controle do comportamento. A introspecção não forma parte essencial de seus métodos, tampouco o valor científico de seus dados depende da facilidade com que eles podem ser interpretados em termos de consciência". Ainda, Watson defende "ter chegado o tempo em que a psicologia deve descartar toda referência à consciência; o tempo em que ela não deve mais se iludir achando que se trata de tornar estados mentais o objeto de observação".

behaviorista, ao menos segundo a formulação original de Watson, seriam as seguintes: i) a psicologia deve ser uma ciência; ii) o princípio fundamental da ciência é o de que os seus dados devem derivar de fenômenos publicamente observáveis; iii) a consciência, tida por objeto de estudo da psicologia, não satisfaz esse princípio, pois não pode ser publicamente observada; iv) o método utilizado para o estudo da consciência, a chamada introspecção, não é um método científico; v) consequentemente, a psicologia, dessa maneira considerada, não poderia ser tida como uma ciência.[533] A consequência dessas observações é a de que uma abordagem verdadeiramente científica na psicologia necessariamente deveria abandonar a consciência como objeto de estudo, passar a estudar unicamente os fenômenos publicamente observáveis, nomeadamente os comportamentos, e desenvolver métodos para a observação pública desses comportamentos.[534]

Alguns anos após a obra de Watson, Skinner transporta a teoria do behaviorismo do campo estrito da psicologia para a filosofia da ciência. Conforme Harzem, a rejeição da consciência e de seus termos correlatos foi agravada por Skinner, que os rotulou de "termos mentalísticos", propondo a sua eliminação não somente da psicologia, mas da própria linguagem científica.[535] De fato, embora reconheça Skinner que tal abordagem seria especialmente positiva para psicologia, afirma ele que "a atitude operacional, a despeito das suas falhas, é uma coisa positiva em qualquer ciência".[536] Ainda conforme Skinner, "a fraqueza das atuais teorias da linguagem pode ser localizada no fato de que uma concepção objetiva do comportamento humano ainda está incompleta",[537] afirmando o autor que "a superioridade da hipótese comportamental (*behavioral*) não é meramente metodológica", e que "o aspecto da visão daquilo que pode ser definido de forma comportamental é básico para o termo como estabelecido por uma comunidade verbal e, portanto, mais efetivo no

[533] Essa decomposição do raciocínio de Watson é feita por HARZEM, Peter. Behaviorism for new psychology: what was wrong with behaviorism and what is wrong with it now. *Behavior and Philosophy*, Cambridge, v. 32, n. 1, p. 5-12, 2004. p. 7-8.
[534] HARZEM, Peter. Behaviorism for new psychology: what was wrong with behaviorism and what is wrong with it now. *Behavior and Philosophy*, Cambridge, v. 32, n. 1, p. 5-12, 2004. p. 8.
[535] HARZEM, Peter. Behaviorism for new psychology: what was wrong with behaviorism and what is wrong with it now. *Behavior and Philosophy*, Cambridge, v. 32, n. 1, p. 5-12, 2004. p. 8.
[536] SKINNER, Burrhus Frederic. The operational analysis of psychological terms. *Psychological Review*, 52 (4), 1945, p. 271.
[537] SKINNER, Burrhus Frederic. The operational analysis of psychological terms. *Psychological Review*, 52 (4), 1945, p. 270.

discurso público".[538] A construção do autor é, por tudo isso, denominada, inclusive pelo próprio,[539] de "behaviorismo radical".[540]

Essa forma de ver as coisas possui implicações muito nítidas em relação ao problema dos estados mentais subjacentes aos comportamentos criminosos. Afinal de contas, dado que os estados mentais seriam todos eles fenômenos da consciência, internos e, pois, insuscetíveis de observação pública, fácil é concluir que, a partir dessa orientação teórica, conhecimento, vontade, finalidade ou motivação não deveriam sequer ser tratados como objeto de estudo, ou, pelo menos, não como elementos que habitam o plano interno ou psicológico, a psique do indivíduo, podendo ser considerados, quando muito, como propriedades reveladas pela ação.[541] Fundadas, assim, as bases teóricas para uma perspectiva atributiva dos estados mentais atinentes aos comportamentos humanos e presentes na gramática jurídico-penal.

Há boas razões, contudo, para que uma tal perspectiva seja rechaçada. Já no próprio campo filosófico, esse pensamento encontra uma forte oposição, por exemplo, em Searle. Para ele, "realmente existem coisas como fenômenos mentais intrínsecos que não podem ser reduzidos a outra coisa ou eliminados por algum tipo de redefinição".[542] Para Searle, estados mentais são tão reais quanto quaisquer fenômenos biológicos.[543]

Segundo vemos, a mais contundente crítica que Searle dirige ao behaviorismo – ou, pelo menos, aquela de maior relevo para a problemática objeto da presente pesquisa – é

---

[538] SKINNER, Burrhus Frederic. The operational analysis of psychological terms. *Psychological Review*, 52 (4), 1945, p. 277.

[539] O termo vem à tona nos comentários finais do autor – e dos demais conferencistas – às exposições havidas no simpósio em que teve lugar a conferência que originou a publicação referida nas notas anteriores, encontrando-se tais comentários em SKINNER, Burrhus Frederic [et al]. Rejoinders and second thoughts. *Psychological Review*, 52 (4), 1945, p. 278-294, em especial na p. 294.

[540] A respeito do behaviorismo radical, conferir SCHNEIDER, Susan M.; MORRIS, Edward K. A history of the term *Radical Behaviorism*: from Watson to Skinner. *The Behavior Analyst*, 10, n. 1, 1987, p. 27-39.

[541] Do campo do direito penal, trabalhando a partir desse paradigma teórico, VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 163 et seq. Essa também é a perspectiva de Cabral, para quem, conquanto criticando as perspectivas processualistas que partiriam de uma "visão behaviorista da intenção", acabe por adotar uma visão claramente behaviorista, afirmando que "a intenção não é um estado mental, não é um pensamento, não é o que acontece 'na cabeça do sujeito'", mas antes "a intenção é a própria ação ou omissão significada em seu contexto". (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, FAE Centro Universitário, v. 3, n. 4, p. 207-234, jan./jun., 2011. p. 218 e p. 228, respectivamente.).

[542] SEARLE, John R. *Intentionality*: an essay in the philosophy of mind. Cambridge: University Press, 2004. p. 262.

[543] SEARLE, John R. *Intentionality*: an essay in the philosophy of mind. Cambridge: University Press, 2004. p. 264.

aquela relativa aos conceitos de objetividade e subjetividade utilizados.[544] Com efeito, uma das premissas centrais do behaviorismo é a de que o princípio fundamental da ciência é o de que os seus dados devem derivar de fenômenos publicamente observáveis; logo, questões relativas à consciência e determinados estados mentais, por não poderem ser publicamente observados, não se qualificariam como objeto de estudo científico. No entanto, Searle destaca que tal raciocínio promove uma confusão indevida entre os planos ontológico (i. e., relativo à existência) e epistemológico (i.e, relativo ao conhecimento), pois os conceitos de objetividade e subjetividade como características da realidade (*features of reality*) estariam sendo confundidos com os conceitos de objetividade e subjetividade como características de afirmações (*features of claims*).[545] Para Searle, enquanto a ontologia estaria associada à pergunta "qual é o modo da existência do fenômeno?", a epistemologia está associada à pergunta "como nós descobrimos sobre o fenômeno?".[546] Do ponto de vista epistemológico, uma proposição é *subjetiva* quando a sua validade ou invalidade depende de certas atitudes, sentimentos ou pontos de vista (como exemplo, a afirmação de que "Rembrandt é um artista melhor do que Rubens"); uma proposição é *objetiva*, por outro lado, quando a sua validade ou invalidade pode ser estabelecida apenas com base na existência de fatos no mundo, de maneira independente, portanto, das atitudes ou sentimentos de qualquer pessoa (como exemplo, a afirmação de que "Rembrandt viveu em Amsterdã durante o ano de 1632").[547] Em um sentido ontológico, por outro lado, os termos "objetivo" e "subjetivo" são predicados de determinadas entidades ou tipos de entidades, e se referem aos seus "modos de existência".[548] Em uma perspectiva ontológica, enquanto dores seriam entidades ontologicamente subjetivas, pois o seu modo de existência seria interior, dependente da circunstância de serem sentidas por sujeitos, montanhas, contrariamente, seriam entidades ontologicamente objetivas, porque o seu modo de existência é independente da percepção de qualquer indivíduo.[549] Para o autor, é perfeitamente possível fazer declarações epistemologicamente subjetivas sobre entidades ontologicamente objetivas – por exemplo, "Monte Everest é mais bonito do que o Monte Whitney" –, assim como fazer declarações

[544] A questão é objeto de referência do autor em diversos trabalhos. Ver, por exemplo, SEARLE, John R. *The rediscovery of the mind*. Cambridge: MIT Press, 1994. p. 94 et seq.;. e SEARLE, John. *The construction of social reality*. New York: Free Press, 1995. p. 8 et seq., e SEARLE, John. Consciousness, unconsciousness and intentionality. *Philosophical Issues*, n. 1, p. 45-66, 1991.
[545] Nesses exatos termos, SEARLE, John R. Social ontology and political power. *In*: SMITH, Barry *et al*. *The mistery of capital and the construction of social reality*. Chicago: Open Court, 2008. p. 19-34. p. 21, e, de forma similar, SEARLE, John. *The construction of social reality*. New York: Free Press, 1995. p. 8.
[546] SEARLE, John. Consciousness, unconsciousness and intentionality. *Philosophical Issues*, n. 1, 1991, p. 47.
[547] SEARLE, John. *The construction of social reality*. New York: Free Press, 1995. p. 8.
[548] SEARLE, John. *The construction of social reality*. New York: Free Press, 1995. p. 8.
[549] SEARLE, John. *The construction of social reality*. New York: Free Press, 1995. p. 8.

epistemologicamente objetivas sobre entidades ontologicamente subjetivas – por exemplo, "tenho dor nas costas".[550] Veja-se que, nesse último caso, a validade ou invalidade da afirmação é obtida a partir da constatação de um fato, estabelecendo-se, portanto, de maneira independente de uma opinião ou atitude (não está em causa se a dor é suportável ou não, se é justificável ou não, mas sim se a dor efetivamente existe), o que faz dela uma declaração epistemologicamente objetiva; contudo, o fenômeno da dor, em si, possui um modo de existência subjetivo, pois sua existência é interna, manifestando-se somente para o sujeito que a sente.[551]

Fundamental é, portanto, para Searle, não confundir esses dois sentidos (epistemológico e ontológico) de objetividade e subjetividade, pois muitos dos equívocos filosóficos relevantes decorrem precisamente da confusão entre esses dois tipos de objetividade, sendo que apenas um deles (o epistemológico) que constituiria uma característica necessária do conhecimento científico. Segundo essa forma de ver as coisas, é perfeitamente possível a existência de uma ciência objetiva, que permita fazer afirmações objetivamente verdadeiras, a respeito de uma área cuja existência seja subjetiva – como, por exemplo, determinados sentimentos, percepções ou estados mentais que são experimentados somente pelo sujeito.[552] Tais afirmações, ainda que direcionadas a entidades subjetivas (cuja existência é percebida somente para o indivíduo), sujeitam-se a um controle de falseabilidade baseado na constatação de fatos, o que, segundo nossa interpretação, é o que define, para Saerle, o conceito epistemológico de objetividade, característica necessária do conhecimento científico.

Essas considerações são da maior relevância, uma vez que permitem inferir, com muita clareza, qual seria o estatuto dos estados mentais: são eles entidades ontologicamente subjetivas, dado que possuem a sua existência interna, manifestando-se somente perante os indivíduos que os detêm; apesar disso, uma afirmação sobre a sua existência se afigura epistemologicamente objetiva, no sentido de que o seu valor de verdade não depende de determinadas percepções ou opiniões pessoais. Esse seria, então, para Searle, o maior problema do behaviorismo: confunde a epistemologia do mental com a ontologia, pois trabalha a partir da lógica de que, porque descobrimos sobre estados mentais através da

---

[550] SEARLE, John. *The construction of social reality*. New York: Free Press, 1995. p. 9.
[551] É o que se pode inferir de SEARLE, John. *The construction of social reality*. New York: Free Press, 1995. p. 9.
[552] SEARLE, John. Our shared condition – consciousness. Palestra proferida no TED Talks, mai. 2013. Disponível em: https://www.ted.com/talks/john_searle_our_shared_condition_consciousness. Acesso em: 20 de novembro de 2019.

observação de comportamentos, tais estados mentais consistiriam já nos próprios comportamentos.[553]

Essa percepção, contudo, como há pouco se disse, encontra-se amplamente difundida na dogmática penal contemporânea. Não são poucos os autores que sustentam uma visão comportamentalista dos estados mentais, que desprezam por completo a sua relevância como objeto autônomo de interesse jurídico-penal, associando-os conceitualmente aos comportamentos por meio dos quais se revelam.[554] A lógica é rigorosamente a mesma da perspectiva behaviorista atrás exposta: porque descobrimos os estados mentais mediante a observação de comportamentos, tais estados mentais não possuiriam existência autônoma, e se afigurariam jurídico-penalmente irrelevantes. E por aí se explicam, então, afirmações como: "o dolo não pode ser considerado uma categoria ontológica, representada por uma realidade psicológica, entre muitas razões, *pela impossibilidade de sua identificação*";[555] "o dolo *não existe*, se atribui";[556] "a ação não 'é' uma realidade ontológica, mas simplesmente a representação de um sentido de atitude dolosa que permite uma adscrição";[557] "é errôneo compreender a intenção como algo que está na cabeça do agente";[558] "o agente jamais pode

[553] SEARLE, John. Consciousness, unconsciousness and intentionality. *Philosophical Issues*, n. 1, 1991, p. 47.
[554] Nesse sentido, Posner, quem, embora reconhecendo que "explicações mentalistas são inescapáveis no presente", afirma que "o ceticismo relacionado a entidades inobserváveis, especialmente a mente, pode ajudar a esclarecer uma diversidade de questões na teoria do direito", e que "muito do progresso limitado que o direito fez como método de controle social efetivo, particularmente na área da justiça criminal, teve lugar através da substituição da explicação mentalista pela explicação comportamental (*behavioral*)". (POSNER, Richard. The jurisprudence of skepticism. *Michigan Law Review*, v. 86, 1988, p. 866 e 869, respectivamente). Defende o autor, ainda, que "o papel de entidades mentais no direito, tais como 'intenção', deve diminuir à medida que o direito se torna mais sofisticado". (Ibid., p. 868.). Essa posição também pode ser encontrada em VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 163 et seq., assim como em artigo traduzido para o português: VIVES ANTÓN, Tomás S. Reexame do dolo. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 85-116. O autor é seguido de perto por GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Dolus in re ipsa. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 7, n. 13, p. 111-134, jul./dez. 2015. p. 119, quem defende que "o procedimento mais racional, seguro e transparente para atribuir intencionalidade ao sujeito reside nas suas manifestações externas", e que "as intenções já foram expressadas na ação". Entre nós, uma tal perspectiva é adotada por BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84, e CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-143.
[555] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 81.
[556] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 81.
[557] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 72.
[558] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-143. p. 128.

manipular o significado de sua intenção privadamente";[559] "o juiz jamais tem condições de saber o que acontece privada e psicologicamente na cabeça do agente", logo, "teorias que partem de um conceito psicológico do querer não apresentam uma solução teórica e filosoficamente adequada para a compreensão do elemento intencional do dolo";[560] "o pensamento não é um processo interno";[561] "a ideia de que os sentimentos de dor e 'o interno' somente são privadamente conhecidas pelo próprio sujeito é um equívoco", pois "o 'interno' e a dor somente têm significado publicamente, nunca privadamente",[562] "a intenção não é uma arbitrariedade do sujeito",[563] "o contexto dos fatos, em Direito Penal, é seguramente o mais importante critério para atribuir as intenções";[564] e assim por diante.

A nossa discordância se mostra parcial em relação a algumas das afirmações acima – nomeadamente, aquelas que se referem ao *dolo* –, e total em relação a outras – nomeadamente, aquelas que se referem a estados mentais, tais como a vontade, o querer ou o saber. A discordância é parcial em relação às primeiras pelo fato de termos identificado a necessidade de uma cisão conceitual entre o dolo, um título jurídico de atribuição, e eventuais dados empíricos que, juntamente com outros elementos, autorizam a sua atribuição. Como já demos a entender algumas vezes, segundo nossa percepção, enquanto o dolo é normativo, os estados mentais não o são; trabalha-se, aqui, com dois processos de aferição qualitativamente distintos: em relação aos estados mentais, um juízo de correspondência; em relação ao dolo ou à modalidade de imputação subjetiva, um juízo de valor. Por outro lado, a partir do momento em que uma formulação arranca da premissa de que o conceito de "dolo" é diretamente dependente da aferição de estados mentais determinados, como o "querer" ou o "saber" – ainda que não se denomine isso de "estados

[559] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-143. p. 128.
[560] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-143. p. 129.
[561] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-143. p. 133.
[562] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-143. p. 136.
[563] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-143. p. 140.
[564] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-143. p. 141.

mentais" –,[565] passamos a discordar das afirmações do tipo acima, como, por exemplo, a de que "o dolo não existe". Em outras palavras, não nos parece problemático afirmar que o dolo deva ser atribuído e que não possa ser associado a um estado mental específico; o que nos parece, sim, equivocado é seguir associando o dolo a determinados estados mentais, porém ressignificando esses estados mentais e lhes negando o estatuto de entes ontologicamente subjetivos, considerando-os como objeto de atribuição. Por essa razão, nossa divergência será ainda maior em relação àquelas afirmações que sequer se referem ao dolo, mas se referem diretamente aos estados mentais, considerando-os como objeto de adscrição. Todas essas afirmações, em última análise, parecem incorrer em equívoco similar àquele denunciado por Searle em relação ao behaviorismo: confundem os planos epistemológico e ontológico.[566] Por uma dificuldade epistemológica, sobre o conhecimento do estado mental – uma entidade ontologicamente subjetiva, de existência interna –, tais formulações retiram conclusões sobre a sua ontologia, ou negando a sua existência (p. ex., "o dolo não existe" ou "intenções não existem"), ou, a partir de uma associação do estado mental às ações, propondo a sua objetivização (p. ex., "o pensamento não é um processo interno"), concebendo-os como um constructo objetivo e independente da percepção do próprio agente sobre o seu comportamento.[567]

Além dessa confusão conceitual, entre os planos ontológico e epistemológico, há outros argumentos bastante relevantes pelos quais entendemos que estados mentais não podem ser objeto de adscrição. Alguns desses argumentos foram apresentados anteriormente, por ocasião da nossa crítica a um modelo de direito penal normativista livre de dados empíricos, e então a título de exemplificação.[568] Dado, contudo, que a questão

[565] É que, para Cabral, "a intenção não é um estado mental". (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-143. p. 139.).

[566] Tal falha também é apontada por Tavares, que a ela se refere como uma "desordem metodológica": sustenta o autor que se confunde "a questão da definição do dolo, com base em seus elementos empíricos ou até mesmo metodológicos, com a questão de sua afirmação epistemológica, que diz respeito à sua prova no processo penal". (TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 259.).

[567] É bem verdade que há autores que buscam escapar dessa crítica. A sofisticada formulação de Porciúncula é disso um exemplo. O autor, de maneira coerente, trata de demarcar a sua divergência em relação a posições também consideradas adscritivas, na medida em que não defende a atribuição de estados mentais sob a justificativa da sua inacessibilidade. O conhecimento, para o autor, não deveria ser "deduzido" do comportamento. A questão parece ser mais profunda: o que estaria em causa, se bem entendemos, é que critérios externos seriam a própria condição de possibilidade do inteligir sobre o interno. (PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" e lo "subjetivo" en el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014. p. 308-310). Ainda assim, não nos parece que do fato de critérios externos serem condição de possibilidade de um inteligir sobre os estados mentais – no sentido de que estipulam um acordo quanto ao seu significado – exclua a circunstância de que tais estados mentais existam com independência do seu reconhecimento pelo intérprete, e com independência do sentido que lhes possa vir a ser por ele atribuído.

[568] Sobre isso, ver nosso item 4.4.

novamente se coloca, porque se cuida da apresentação da dimensão ontológica e subjetiva do desvalor da conduta, e considerando que a existência de um caráter ontológico e subjetivo dos estados mentais é precisamente posta em causa por diversos autores, permitimo-nos, de maneira a enfrentar essa objeção, resgatar alguns daqueles argumentos, que apresentaremos aqui de maneira bastante sintética, acrescendo-os a outros que se afiguram particularmente apropriados a esse enfrentamento e oponíveis aos críticos dessa orientação.

Resumidamente, podemos dizer que a consideração de estados mentais como dados da realidade, insuscetíveis de atribuição, impõe-se, além do já exposto, por uma pluralidade de razões.

Em primeiro lugar, porque nossas práticas sociais demonstram que julgamentos morais são amplamente influenciados por considerações relativas à atitude psicológica do agente, fato que é documentado no campo da cognição moral (*moral cognition*). Já se comprovou, a esse respeito, em pesquisas realizadas com crianças de diversas faixas etárias, que quanto mais madura a pessoa, maior a sua sensibilidade, em seus julgamentos morais, para com informações atinentes às intenções;[569] comprovou-se, também, que casos de tentativa de fazer mal a alguém são considerados, em geral, tão nocivos e reprováveis quanto os casos em que o sujeito consegue, com sucesso, fazer mal a alguém – é dizer, para a maioria das pessoas, o simples *acreditar* estar colocando veneno no café, ainda que disso não tenha resultado qualquer dano, torna o comportamento tão reprovável quanto se o veneno efetivamente tivesse sido colocado e causado a morte.[570] O que há, entre uma e outra situação, é uma distinção que passa pela constatação de um fato no mundo: a intenção, ou não, de fazer mal a outrem. Assim, se, na esteira do que vimos destacando, o direito penal deve necessariamente refletir as valorações difundidas em uma dada sociedade e cultura, não é de causar estranheza que os estados mentais titulados pelos indivíduos se afigurem extremamente relevantes para as escolhas incriminatórias do legislador, bem como para a resposta sancionatória considerada adequada. E, bem por isso, destacam Malle e Nelson, com absoluta razão, que "nenhum ser humano moderno aceitaria como justo e equitativo um

[569] YOUNG, Liane; CUSHMAN, Fiery; HAUSER, Marc; SAXE, Rebecca. The neural basis of the interaction between theory of mind and moral judgement. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 104, n. 20, 8235-8240, May 15, 2007. Disponível em: https://doi.org/10.1073/pnas.0701408104. Acesso em: 28 de julho de 2019.
[570] YOUNG, Liane; CUSHMAN, Fiery; HAUSER, Marc; SAXE, Rebecca. The neural basis of the interaction between theory of mind and moral judgement. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 104, n. 20, 8235-8240, May 15, 2007. Disponível em: https://doi.org/10.1073/pnas.0701408104. Acesso em: 28 de julho de 2019.

sistema jurídico que renunciasse a considerações sobre o estado mental do agente ao cometer um crime ou transgressão".[571]

Em segundo lugar, não se trata apenas de uma prática social destituída de relevância jurídico-penal. A atribuição de relevância aos estados mentais encontra eco nas nossas práticas jurídicas, sendo nítido que a consideração do estado mental do agente é determinante em diversos níveis teóricos e práticos. Apenas para citar alguns exemplos – já expostos com maior minúcia em tópicos anteriores –, a averiguação do estado mental do agente é algo que pode determinar a possibilidade e modalidade de imputação subjetiva, o juízo de adequação típica – com particular clareza nos casos de tentativa e de tipos que reclamam fins especiais –, a incidência de eventuais excludentes de ilicitude ou culpabilidade e a existência de concurso de agentes. Com efeito, falou-se já do quão relevante pode se mostrar, para a decisão acerca da imputação do dolo ou da culpa, a constatação acerca da intenção, pois se a sua falta não necessariamente afastará a possibilidade de imputação do dolo, a sua presença torná-lo-á praticamente indiscutível, sob pena de se atentar contra a mais básica sensibilidade jurídica;[572] além da intenção, o próprio conhecimento – incluindo os conhecimentos especiais do autor –, considerado indispensável, mesmo em um sentido psicológico, para boa parte das formulações reconhecidamente normativistas.[573] Falou-se, também, que aqueles que desprezam a análise de estados mentais para a valoração dos comportamentos via de regra ignoram o alcance total dos problemas interpretativos aí gerados: é que não se trata somente da distinção entre dolo ou culpa, mas da própria análise do enquadramento típico, em especial nas situações de identidade objetiva, em que apresentam enorme relevância os chamados elementos subjetivos do tipo – por exemplo, definir se o sujeito praticou um crime de sequestro ou extorsão mediante sequestro tende a ser muito

[571] MALLE, Bertram F.; NELSON, Sarah E. Judging mens rea: the tension between folk concepts and legal concepts of intentionality. Behavorial Sciences and the Law, 21: 563-580 (2003), p. 563 e 564, respectivamente. Disponível em: https://doi.org/10.1002/bsl.554. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

[572] Lembrando-se novamente, no particular, a existência de alguma dissidência em relação a essa posição, o que somente se revela possível em perspectivas cognitivistas do dolo, e em formulações absolutamente consequentes com os seus pressupostos – que não são a totalidade. Paradigmático, nesse sentido, é o chamado "caso Thyren", que retrata a situação de um indivíduo que tenta matar outrem mediante um disparo de longa distância, em circunstâncias tais que tornem praticamente impossível a obtenção do resultado visado. A elevada improbabilidade do resultado – a sinalizar a ausência de um perigo qualificado – seria, em tese, um fator determinante para o afastamento da responsabilidade dolosa, a despeito da declarada intenção do indivíduo. Nesse sentido, ver GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: RAPOSO, João António *et al*. (org.). *Líber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-905. p. 894. Porém, como o próprio autor destaca, nem todos os cognitivistas estão dispostos a aceitar tal solução, o que apenas prova o nosso ponto original: estados mentais se afiguram extremamente relevantes para a determinação da modalidade de imputação subjetiva.

[573] Caso, por exemplo, de ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008c. p. 101-132. p. 120-121.

problemático, senão impossível, quando se despreza o concreto estado mental do agente. Tampouco esse estado mental é considerado irrelevante quando se pretende decidir pela incidência ou não de eventual circunstância excludente do crime: aquele que age, por exemplo, em situação de legítima defesa não terá a ilicitude do seu comportamento afastada se sua ação não tiver sido motivada por essa circunstância.[574] Da mesma maneira que o reconhecimento do concurso de agentes depende, entre outras coisas, de um liame subjetivo, o qual não pode ser determinado sem recorrer ao exame da dimensão psicológica do comportamento.[575] Isso para ficarmos com apenas alguns exemplos da recorrente utilização da análise de estados mentais nas nossas práticas jurídicas. À afirmação, portanto, de que tais estados mentais não são objeto de interesse jurídico-penal, podemos responder que se cuida, quando muito, de uma projeção ideal de intervenção penal, sem correspondência, contudo, com as práticas vigentes. Afinal de contas, uma formulação normativista consequente terá de reconhecer que *em todos os casos citados* aquilo que o agente efetivamente pensa – isto é, o seu efetivo estado mental – não possui relevância, estabelecendo-se sempre uma atribuição de estado mental baseada no seu comportamento. E isso, definitivamente, não parece ser uma boa descrição daquilo que efetivamente sucede na prática.

Em terceiro lugar, a ideia de que estados mentais são objeto de atribuição apresenta dois graves problemas de legitimidade. Até que ponto é possível dizer que alguém agiu com intenção quando não compartilha dessa percepção sobre o seu próprio ato? Embora faça sentido, para determinar um estado mental, analisar o comportamento da pessoa, não necessariamente esse juízo terá como resultado a exata compreensão daquele estado mental. Em outras palavras, como destaca Simons – rejeitando a alegação de que estados mentais

---

[574] Nesse sentido, conferir, por exemplo, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 315.

[575] Fala Stratenwerth, por exemplo, em relação à coautoria, nos requisitos da "decisão comum ao fato" e da "realização em comum". Segundo o autor, a existência de uma decisão comum acarreta uma conexão entre os diversos intervenientes em um delito, de maneira tal que permite gravar a cada um deles com a parte realizada pelos demais. (STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. Traducción de: Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor (Navarra) Thomson Civitas: 2005. p. 334 et seq.). Nota-se, aí, a relevância dos estados mentais também na configuração do concurso de agentes, pois sem que se verifique uma tal decisão comum, inviável o reconhecimento do concurso. Mais do que isso: veja-se que, como bem lembra Stratenwerth, o próprio alcance do acordo recíproco é significativo: afinal, se dois indivíduos ajustam matar um homem, sendo que um deles atua com a intenção, também, desconhecida pelo outro, de subtrair pertences, então cometerá o primeiro somente um delito de homicídio, mas não o de roubo. (ibidem, p. 336). No contexto brasileiro, a referência a um dado psicológico como fundamentador do concurso de agentes é ainda mais recorrente. Nesse sentido, ver, por todos, Bitencourt, que chega a referir a necessidade de um "liame psicológico entre os vários participantes". (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 563).

seriam somente "constructos artificiais, em última análise redutíveis ou descritíveis como algo diferente, como o comportamento do agente" –, o estado mental da pessoa não é idêntico à sua evidência, de maneira que se a pessoa deve ser punida, em parte, por atitudes subjetivas, "seria simplesmente errado puni-la, também, pelo que os outros pensam sobre as suas atitudes",[576] algo que se admite no contexto das formulações teóricas criticadas.[577] Há uma enorme distância entre reconhecer que o processo penal jamais conseguirá apreender o fato mesmo – pois o que se terá dele é sempre uma reconstrução imperfeita –, e afirmar que, em razão disso, a conclusão do intérprete seja constitutiva do fato julgado. Bem por isso, afirma Schünemann que "a dificuldade da prova processual não pode, assim, ser confundida com a inexistência da própria realidade".[578] E como há pouco se disse, não há confundir o plano epistemológico com o plano ontológico.

A esse problema de legitimidade, liga-se outro, também relacionado à legitimidade, porém em outro sentido: a ausência de deferência em relação às escolhas incriminatórias feitas pelo legislador. O legislador, como já se disse, no processo de criminalização de comportamentos, não se afasta das valorações sociais que legitimam e orientam a intervenção penal. Também por isso, como já dito, a atribuição de relevância aos estados mentais constitui uma prática social que encontra reflexos na ordem jurídica. De modo que considerar irrelevantes esses estados mentais, associando-os a comportamentos objetivos ou propondo a sua atribuição mediante critérios de outras ordens, que não o juízo de correspondência, não deixa de representar uma espécie de "ativismo doutrinário".[579] Afinal de contas, com que autoridade uma formulação teórica que se postula como uma via de explicação e interpretação do direito poderá se arvorar em proposições que contrariam

---

[576] SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, p. 531.

[577] Lembrando-se, aqui, que tais formulações admitem "a possibilidade de incongruência entre a realidade psicológica interna da intenção do agente e a atribuição que se lhe faz". (BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 68).

[578] SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 140

[579] Parte do ativismo judicial que hoje vemos predominar no Brasil se deve à doutrina jurídica. Existe o que podemos denominar de *ativismo doutrinário*. Partindo-se da premissa de que ativismo judicial consiste, em essência, na falta de deferência do Judiciário em relação a decisões tomadas por outros Poderes, no exercício legítimo de suas competências constitucionais (nesse sentido, ver CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 167 et seq.), ativismo doutrinário seria a falta de deferência da doutrina em relação às escolhas do legislador. Muitos autores, pretensamente "descrevendo" o direito vigente, na realidade estão apenas a propor a prevalência de suas teorias, em desconsideração do direito vigente. Com que legitimidade a doutrina faz isso? A doutrina, como já referido, não possui legitimidade democrática, ao contrário do legislador. E essa proliferação de teorias – supostamente descritivas, mas na realidade críticas ao direito vigente – acaba contribuindo para alimentar o ativismo judicial, na medida em que coloca à disposição do julgador um vasto cardápio teórico para que as decisões sejam tomadas em violação à ordem jurídica vigente.

enunciados jurídicos em plena vigência? Ressalvados os casos de antinomias e incompatibilidade entre dispositivos jurídicos de distinta hierarquia jurídica, em que a solução da problemática não prescinde da observância do próprio direito vigente, não é dado ao intérprete – e, por consequência, não poderia o jurista – desconsiderar as escolhas do legislador, por absoluta ausência de legitimidade democrática. O jurista não possui legitimidade democrática e não pode, portanto, impor suas visões de justiça em detrimento daquelas do legislador. Como bem lembra Stuckenberg, "em uma democracia, é prerrogativa da legislatura – e não de estudiosos que não foram eleitos – determinar quais interesses públicos merecem a proteção do direito penal".[580] Tendo isso em vista, seria razoável considerar, por exemplo, que nos tipos penais em que o legislador exige que o agente atue "*sabendo*" de uma circunstância – pense-se, por exemplo, no delito de receptação –, ou com alguma "*finalidade*" transcendente – pense-se, por exemplo, no delito de extorsão mediante sequestro –, tais termos devam ser reinterpretados, devendo-se ler, no lugar de "coisa que *sabe* ser produto de crime", "coisa que, pelas circunstâncias fáticas, seja possível imputar ao agente um conhecimento ficto acerca da sua procedência ilícita, independentemente da existência do seu conhecimento concreto sobre a origem da coisa"? Como já se disse, aqueles que postulam a abolição de estados mentais do direito penal não precisam lidar somente com a problemática do dolo e da culpa, devendo se ocupar, também, desse tipo de problema. E, nesse sentido, não parece que a proposição de uma releitura ou uma reinterpretação de todos os tipos penais alusivos a estados mentais se mostre respeitosa em relação às escolhas do legislador.

Em quarto lugar, a perspectiva atributiva dos estados mentais impossibilita – ou ao menos dificulta consideravelmente – o exercício de controle de racionalidade das decisões judiciais. Afinal de contas, se estados mentais não são constatados mediante observação, mas sim atribuídos, coloca-se o problema de saber quais os critérios que permitiriam essa atribuição concretamente.[581] E, nesse ponto, há disputa teórica. Diversas são as propostas, e

---

[580] STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, v. 2, n. 1, 2014, p. 10. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/redppc/issue/view/2321. Acesso em: 25 de novembro de 2019.

[581] Nesse sentido, não podemos senão concordar com a crítica de Lucchesi, no sentido de que "há, no juízo de adscrição, grande parcela de subjetividade na captação do sentido da ação pelo observador", e que "muito embora o direito penal fundado na filosofia da linguagem possa fornecer importantes critérios para a desconstrução de proposições dogmáticas relativas ao dolo e ao uso de conceitos psicológico-descritivos, entende-se que nenhuma vertente dessa corrente dogmático-filosófica tenha sido capaz até o momento de expressar um juízo concreto de atribuição de conhecimento a partir de bases objetivas". Mais do que isso: como muito bem destaca o autor, essa perspectiva, com o escopo de evitar supostas arbitrariedades decorrentes de uma investigação do ânimo do agente, nada mais faz do que legitimar essa arbitrariedade. (LUCCHESI,

não parece que a doutrina esteja sequer evoluindo para algum tipo de consenso.[582] Se, por exemplo, a efetiva *intenção* do agente ao agir passa a ser considerada juridicamente irrelevante, que outro critério será capaz de angariar convergência e adesão necessárias para que a atribuição dessa intenção seja considerada legítima perante a coletividade? E se o julgador, aderindo à ideia de que estados mentais são atribuídos, decida trabalhar com um critério de atribuição diverso daquele considerado adequado? Parece-nos, assim, que na falta de um consenso em relação aos critérios da atribuição dos estados mentais, o próprio processo de atribuição estará fadado a se tornar uma perigosa abertura para discricionariedades.[583] A existência de um consenso mínimo – inclusive compartilhado pela sociedade – em relação a esses critérios seria fundamental para viabilizar o controle de racionalidade das decisões judiciais.[584] Contudo, o que se vê, ao contrário, é um processo de "juridicização" dos estados mentais ou dos conceitos a eles relativos, os quais terminam por se afastar do próprio sentido corrente que lhes é dado pela linguagem cotidiana, em favor de construções de elevada abstração e questionável legitimidade democrática.

E, aqui, chegamos a um novo problema: parcela da doutrina que preconiza que estados mentais são atribuídos, imputados de acordo com o sentido do comportamento, e não possuem existência independente do intérprete, defende essa formulação invocando o argumento de que a posição antagônica – a saber, aquela que defende a existência autônoma dos estados mentais, no *forum internum* do agente, independente do seu reconhecimento pelo intérprete – não seria capaz de fornecer critérios seguros para o seu reconhecimento. Segundo vemos, sucede exatamente o contrário. Ora, assumindo-se a existência autônoma de estados mentais, adotando-se uma perspectiva psicológica, o seu critério de reconhecimento passa a ser a mera observação dos fatos – ainda que nem sempre a conclusão dessa observação corresponda ao estado mental em si, diante das limitações processuais

---

Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 146-147.).

[582] Basta ver a distância que separa formulações, por exemplo, como a de RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La atribución del conocimento en el ámbito de la imputación dolosa.* 1998. 663 p. Tesis doctoral – Universitat Pompeu Fabra. Barcelona: 1998. p. 389 et seq., VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 251 et seq., e BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84.

[583] Veja-se que o próprio Busato, adepto de uma perspectiva atributivista dos estados mentais, concorda que "o principal problema de negar a realidade do dolo é o risco de gerar decisões arbitrárias", na medida em que "se admite, assim, a possibilidade de incongruência entre a realidade psicológica interna da intenção do agente e a atribuição que se lhe faz". (BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 68).

[584] Com o que também parece concordar Busato, quando sustenta que "o que aparece na perspectiva normativa do dolo é uma 'crise de legitimidade', que conduz à necessidade de critérios concretos que ofereçam justificações adequadas para a atribuição do dolo". (BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 68).

existentes. Por outro lado, sob o pretexto de fornecer critérios "mais seguros e transparentes",[585] ou uma "maior facilidade de análise",[586] a doutrina que defende uma perspectiva adscritiva dos estados mentais acaba por propor critérios consideravelmente mais vagos ou por vezes até confusos, que podem ser considerados qualquer coisa, menos mais seguros, ou de mais fácil análise. Apenas para exemplificar, veja-se a formulação de Busato, principal representante brasileiro da teoria significativa da ação, da qual extraímos as seguintes passagens, que muito pouco parecem contribuir para se elucidar o conteúdo não somente dos estados mentais, mas da modalidade de imputação subjetiva que disso derivaria: "a ação não 'é' uma realidade ontológica, mas simplesmente a *representação de um sentido de atitude dolosa que permite adscrição*";[587] o dolo é "a exata *atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico*, na qual se expressam simultaneamente *conhecimento e vontade*";[588] o dolo é "identificado segundo um *compromisso de atuar* por parte do autor";[589] o dolo "resulta um dolo neutro, ou seja, é a *intenção de realizar* o fato antijurídico";[590] "a identificação da intenção subjetiva cumpre a tarefa de possibilitar a *atribuição ao agente de um compromisso com a ação* ofensiva realizada, mas não faz parte da própria ação";[591] citando Carbonell Matteu: "dolo significa *compromisso com esse significado*" (da ação), e "supõe, neste caso, *intenção*",[592] reconhecendo a necessidade de ir além, e buscando apresentar critérios para "determinar quando se pode falar de um *compromisso com a decisão contra o bem jurídico*", o autor propõe, ainda com base em Vives Antón, a análise das "*competências* do autor, ou seja, as técnicas que o autor domina", para se entender "*suas intenções* expressadas na ação",[593] ainda citando Vives Antón, "o dolo como compromisso supõe a necessidade de *conhecimento*, de saber, mas também um *grau de vontade*: *a intenção*

[585] GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Dolus in re ipsa. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 7, n. 13, p. 111-134, jul./dez. 2015. p. 119.
[586] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-143. p. 142.
[587] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 72.
[588] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 72.
[589] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 74.
[590] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 74.
[591] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 75.
[592] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 76.
[593] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 76.

que pode entender-se como um *querer*, não naturalístico, mas *normativo*"; a vontade, por sua vez, seria "fundamentalmente, *o entendimento da ação legitimada pela linguagem social e por uma lógica reconhecida e comum de atribuição de significado*",[594] "a postura de inclusão da vontade no conceito de dolo é importante para estabelecer limites entre o dolo e a imprudência, pois do contrário, a mera indiferença perante o direito, própria da culpa, poderia caracterizar uma responsabilidade dolosa";[595] "a compreensão do significado ou sentido do dolo resulta de um *processo de comunicação*";[596] "o processo que se desenvolve com o objetivo de afirmar o dolo [...] é o processo de comunicação de um sentido";[597] citando Habermas, o processo de comunicação se estabelece em uma dimensão tripla: "como expressão da intenção do falante, como expressão para o estabelecimento de uma relação interpessoal entre falante e ouvinte e como expressão de algo no mundo", sendo essas dimensões entendidas como "o sentido derivado do processo de comunicação";[598] o sentido de qualquer mensagem "dependerá sempre da presença da identificação da tripla dimensão referida por Habermas, ou seja, a referência ao mundo subjetivo, ao mundo objetivo e ao mundo social";[599] a intencionalidade "é resultado de um processo de atribuição que corresponde à mensagem que a ação do sujeito produz".[600] Perceba-se, então, a quantidade de critérios diversos e pouquíssimo elucidativos que o autor fornece ao longo de sua exposição: decisão contra o bem jurídico, compromisso de atuar, compromisso com o significado, compromisso com a decisão contra o bem jurídico, entre outros; e, após tanto circular por esses critérios, o autor, com o escopo de concretizá-los, termina por defender a inclusão da vontade no conceito de dolo, definindo-a primeiro como "*o entendimento da ação legitimada pela linguagem social e por uma lógica reconhecida e comum de atribuição de significado*",[601] e posteriormente associando o conceito de *vontade* a uma "intenção que deve ser compreendida como um querer normativo", sugerindo, se bem o entendemos, que

[594] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 77.
[595] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 77.
[596] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 77.
[597] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 77.
[598] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 79.
[599] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 80.
[600] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 79.
[601] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 77.

a intencionalidade se constituiria a partir de um processo comunicativo, mediante a referência ao mundo subjetivo, ao mundo objetivo e ao mundo social. Como resultado, a construção parece cíclica, pois o autor termina por condicionar o dolo a um conceito bastante vago de intencionalidade, que seria dado pelo mundo subjetivo, pelo mundo objetivo e pelo mundo social, sem fornecer o pretenso critério mais preciso que permitiria constatar, ao fim e ao cabo, a intencionalidade no caso concreto – observa-se, aliás, que o mundo subjetivo, o mundo objetivo e o mundo social não necessariamente convergirão em relação ao sentido do comportamento do agente. Tais problemas ficam, portanto, sem resposta. Acaba o autor por retornar a Hassemer, concordando com a "união quase inseparável que existe entre o dolo e a sua prova".[602] Quais os ganhos em termos de interpretação? Emblemática, também, a definição de Cabral, para quem o elemento intencional do dolo não deve ser compreendido em termos psicológicos, mas antes como "intenção significada de acordo com os critérios existentes no contexto do ato e com uma expressão de sentido intersubjetivamente construída".[603] Ainda que se assuma a coerência interna das múltiplas definições acima – o que sequer parece induvidoso –, pergunta-se: essas construções representam algum tipo de ganho em termos de clareza e segurança jurídica quando comparadas com aquelas que se arvoram em uma perspectiva psicológica dos estados mentais? Não nos parece que seja o caso.[604] Muito pelo contrário.

Finalmente, parece haver uma falta de pertinência na concepção atributiva dos estados mentais a partir do momento em que o dolo deixa de ser associado a um específico estado mental. Ora, se se concede que o dolo é um título jurídico de atribuição, não dependente de determinado estado mental, passa a ser absolutamente desnecessário normativizar, paralelamente, conceitos como o de "*saber*" e "*querer*" –[605] ligados,

---

[602] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84. p. 80.

[603] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-143. p. 143.

[604] Com o que parece concordar, em parte, Lucchesi, quando afirma que "ao buscar superar as eventuais falhas geradas pela noção de um conhecimento psicológico-descritivo, a teoria do conhecimento atributivo-normativo a partir da filosofia da linguagem mais se aproxima do que se afasta das insuficiências apontadas". (LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 147.). No entanto, no que consideramos uma certa contradição, o autor ainda assim faz a defesa de uma perspectiva normativa do conhecimento, acabando por incorrer nas mesmas críticas que direcionamos à perspectiva atacada: em especial, aqui, a ausência de um critério seguro para a atribuição do conhecimento. É sintomático, aliás, que o autor defenda a necessidade de "normativizar o conhecimento", por um lado, mas, por outro lado, defenda que "a atribuição não pode estar integralmente sujeita ao sentido captado pela subjetividade do observador". (Ibid., p. 148.). No fim do dia, o critério não é apresentado, o que acaba por contribuir para a discricionariedade relativa ao juízo de atribuição.

[605] Assim, por exemplo, VIVES ANTÓN, Tomás S. Reexame do dolo. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 85-116.

respectivamente, às dimensões cognitiva e desiderativa dos comportamentos. Afinal de contas, bastaria reconhecer, por exemplo, que o conceito de dolo não necessariamente se sujeitará, em todos os casos, à verificação de uma intenção. Por que, afinal, a imputação do dolo tem de exigir uma intenção? De maneira que, das duas, uma: ou se entende que essa formulação segue associando o dolo e a culpa a determinados estados mentais, apenas normativizando o significado desses estados mentais, concebendo-os em sentido não psicológico – mas sujeitando-se, consequentemente, a boa parte das críticas que direcionam às teorias tradicionais; ou se entende, diferentemente, que tal formulação efetivamente promove uma desassociação entre dolo e determinados estados mentais (tais como a intenção), mas acaba por promover uma "dupla normativização": não somente o dolo e a culpa, mas também os estados mentais são atribuídos. Cuida-se, nesse último caso, de uma construção demasiado artificial e de questionável utilidade.

5.2.1.3 Sobre a Legitimidade da Valoração Jurídico-Penal da Atitude Interna. Algumas Linhas sobre o Chamado "Direito Penal do Autor" e o Problema da Separação entre Diereito Penal e Moral

É certo, porém, que as razões para a desconsideração dos estados mentais como objeto de estudo no campo da dogmática penal, ao menos segundo as construções mais modernas, não se limitam somente à alegada incapacidade do objeto – estados mentais –, em razão de sua aparente indemonstrabilidade, de servir de base para uma análise cientificamente embasada acerca dos critérios de imputação subjetiva. Um poderoso argumento diverso também costuma ser invocado nesse contexto: o da impossibilidade de o direito penal, nas balizas de um Estado de Direito, ocupar-se de atitudes psicológicas. Cuida-se, aqui, de um argumento de orientação liberal, que coloca em questão a própria *legitimidade* da intervenção penal em algum grau orientada por considerações relativas ao *forum internum* dos indivíduos. Tal argumento, por ser bastante contundente, merece alguma atenção de nossa parte.

Com efeito, a história do direito penal, lamentavelmente, apresenta episódios sombrios, envolvendo construções doutrinárias que oferecem suporte teórico a modelos de intervenção penal pouco vocacionados aos ares democráticos. Um bom exemplo disso é a Escola de Kiel, que ofereceu fundamentação teórica para o modelo de intervenção penal nacional-socialista, propondo a substituição do paradigma da intervenção penal sobre o ato,

fundada no princípio da culpabilidade, em favor de um modelo de "direito penal do autor" (*Täterstrafrecht*), postulando o castigo do modo de ser do indivíduo,[606] sendo para isso central uma concepção de direito penal e de ilícito amplamente baseada na vontade – o chamado "direito penal da vontade" (*Willensstrafrecht*).[607] Outro bom exemplo é o da Escola Positiva italiana, que, de forma similar, promove um deslocamento do centro de análise do fenômeno criminoso do fato para o agente e sua personalidade. O foco passa a ser não o mal praticado, mas o próprio "homem delinquente";[608] a dimensão do ilícito, paralelamente, passa a ser associada à manifestação da vontade criminosa reveladora de uma temibilidade do agente.[609] Inaugura-se, assim, nos dois casos, um paradigma de *direito penal do autor*, em que a intervenção penal se orienta e justifica não mais pelo fato praticado, mas por um determinado modo de ser do autor, ou por simples pensamentos não revertidos em ação.

Contudo, já fizemos referência, neste trabalho, à representatividade da obra de Beccaria, quem sustentou, ainda no século XVIII, que a verdadeira medida do crime é o "dano à nação", e não a intenção de quem o comete.[610] Tal autor inaugurara, naquela oportunidade, uma orientação liberal que, posteriormente, viria a ser aprofundada e posta em evidência como uma perspectiva diametralmente oposta àquela que defende a intervenção penal sobre o simples pensamento: a do chamado *direito penal do fato*. Assim, como uma espécie de bandeira contra a intervenção penal orientada à repressão da simples vontade má como tal – o chamado *direito penal do autor* –, a doutrina há muito passou a invocar, quase como uma espécie de *slogan*, o paradigma do *direito penal do fato*, fundado em premissas diametralmente opostas: ao direito penal não deve interessar a figura do indivíduo, sua trajetória, convicções ideológicas ou religiosas, mas tão somente o fato praticado.

A oposição, contudo, entre os paradigmas do direito penal do autor e do direito penal do fato acabaria por refletir em polêmicas teóricas situadas em diversas áreas do

---

606 Sobre o ponto, MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*: concepto y método. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003. p. 238, e JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo. Carl Schmitt y las ideas penales de la Escuela de Kiel. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 62, , p. 451-482, enero/dic. 2009. p. 473.

607 JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo. Carl Schmitt y las ideas penales de la Escuela de Kiel. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 62, , p. 451-482, enero/dic. 2009. p. 473.

608 Paradigmática, aqui, a obra de LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução da 2ª edição francesa por Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. passim, que, ao defender a tese do "delinquente nato", oferecia suporte teórico para uma imputação penal totalmente centralizada na figura do autor e na periculosidade por ele representada.

609 Representando essa orientação, GAROFALO, Raffaele. *Criminologia*: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione. Roma – Torino – Firenze: Fratelli Bocca, 1885. p. 61, e FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. O criminoso e o crime. Com prefácio do Prof. Beleza dos Santos. Tradução: Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999. p. 481 et seq.

610 BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Edizione di riferimento: a cura di Renato Fabietti. Mursia: Milano, 1973. p. 20.

pensamento jurídico-penal. Concepções de injusto[611] e culpabilidade,[612] concepções sobre o fundamento da punição da tentativa,[613] concepções sobre as finalidades da pena e critérios de dosimetria:[614] em todas essas áreas se fez presente a contraposição entre os paradigmas do direito penal do autor e do direito penal do fato, mediante a confrontação de concepções concorrentes, algumas mais vocacionadas ao fato, algumas mais vocacionadas ao agente. E, no que diz respeito particularmente ao problema da imputação subjetiva, não são poucos os autores que sustentam que a valoração, pelo direito penal, de estados mentais ou elementos anímicos em geral representaria nada menos do que a consagração ilegítima de um paradigma de direito penal do autor.

Peralta, por exemplo, vai nessa linha, ao afirmar – é certo que especificamente em relação à intenção – que ao considerá-la relevante "se estaria abandonando o direito penal do fato e se recairia em um direito penal do autor".[615] Para esse autor, "um direito penal do fato somente poder levar em consideração questões internas na medida que sirva para a imputação da situação objetiva que se quer evitar", sendo que "ter em consideração as intenções para a imposição ou medição da pena é olvidar os limites do direito penal". Assim, arremata o autor, em afirmação absolutamente central ao problema do qual nos ocupamos, que "para a determinação do desvalor da ação não é relevante determinar qual foi a intenção do agente".[616]

Também Puppe parece compartilhar de parcela desse criticismo. Ainda que a autora não faça referência específica à intenção, incluindo em sua crítica apenas aspectos mais evidentemente não perscrutáveis por um direito penal liberal, é o que se extrai do contexto

---

[611] Sobre as distintas concepções de delito engendradas por um modelo de direito penal do autor e outro de direito penal do fato, incluindo a referência, no último, de uma variante objetiva e outra subjetiva, mais centrada no ânimo do autor, ver STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. Traducción de: Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor (Navarra) Thomson Civitas: 2005. p. 62 et seq.

[612] No âmbito da culpabilidade, Zaffaroni refere a existência de uma "culpabilidade de ato", segundo a qual o que se reprova ao homem é a sua ação, a partir da possibilidade de autodeterminação havida no caso concreto, e uma "culpabilidade de autor", segundo a qual o que se reprova ao homem é a sua personalidade. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 547.).

[613] Especificamente sobre a discussão no campo do fundamento da punição da tentativa, remetemos o leitor a DARCIE, Stephan Doering. *O fundamento da tentativa em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 82 et seq.

[614] Sobre a contraposição entre uma culpabilidade de autor e outra culpabilidade do fato aplicada à problemática da aplicação da pena, ver STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. passim.

[615] PERALTA, José Milton. *Motivos reprochables*: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 171.

[616] PERALTA, José Milton. *Motivos reprochables*: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 171.

de sua exposição, na medida em que defende uma concepção normativa de dolo, independentemente de dados psíquicos, afirmando que "um direito penal liberal e alinhado ao Estado de Direito deve proteger o acusado de ter sua pessoa, considerada de modo integral, como objeto de valoração jurídica";[617] que "o mesmo vale sobre o seu caráter, sobre suas inclinações que nada têm a ver com o fato, sobre sua orientação geral, por exemplo, face à violência, sobre sua vida pregressa e sobre seu comportamento posterior ao fato";[618] e, finalmente, que "valoração alguma desses elementos deve servir, portanto, para um julgamento sobre se o agente merece a pena mais rigorosa do delito doloso ou sobre se ele merece ser punido mais brandamente em razão da culpa, ou mesmo, que não seja punido".[619]

Entre nós, uma posição desse tipo parece ser defendida por Greco. O autor trata – criticamente – das teorias volitivas do dolo, expondo o aspecto que, segundo cada uma delas, justificaria a maior severidade da punição do dolo. No contexto da teoria da prevenção geral negativa, citando Feuerbach, afirma que o dolo seria resultado de "perigosos e hostis afetos e paixões", tratando a sanção de coibir "o desejo antijurídico"; no contexto da teoria da prevenção geral positiva, por sua vez, a maior punição do crime doloso decorreria, citando Brammsen, do fato de que "quem atua com vontade manifesta um maior desprezo pelo bem jurídico, o que abalaria de modo mais intenso a confiança da comunidade no ordenamento jurídico", cuidando-se de um "questionamento interno da ordem jurídica".[620] Em relação a todas essas teorias, afirma Greco, criticamente: "bastará que se critique o moralismo destas propostas, o fato de que elas levem a que se castigue o autor não pelo que fez, mas por sua atitude interna".[621]

A exemplo de Greco, Stoco, em seu recente trabalho sobre culpabilidade e medida da pena, veio a manifestar sua discordância quanto à possibilidade de valoração jurídico-penal de elementos anímicos para a imposição da pena. Segundo a autora, não seria dado ao direito penal "sondar as profundezas ou sutilezas morais dos crimes nem os aspectos

---

[617] PUPPE, Ingeborg. Concepções acerca do conceito de dolo eventual. *In*: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner (org.). *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019a. p. 83-105. p. 86-87.). p. 104.

[618] PUPPE, Ingeborg. Concepções acerca do conceito de dolo eventual. *In*: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner (org.). *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019a. p. 83-105. p. 86-87.). p. 104.

[619] PUPPE, Ingeborg. Concepções acerca do conceito de dolo eventual. *In*: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner (org.). *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019a. p. 83-105. p. 86-87.). p. 104.

[620] GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: RAPOSO, João António *et al.* (org.). *Líber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-905. p. 900.

[621] GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: RAPOSO, João António *et al.* (org.). *Líber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-905. p. 900.

profundos da motivação de seus autores, nem a pena poderia pretender abordar o aspecto moral ou psíquico do criminoso para melhorá-lo", pois, ao fazê-lo, ter-se-ia uma "intromissão na vida privada, que não é questão do Estado".[622] Ainda, considerando a função de proteção de bens jurídicos que se atribui ao direito penal, o agravamento da pena – que é o objeto da investigação de Stoco – não poderia legitimamente encontrar justificativa "em razões morais e em elementos que digam respeito à esfera íntima do cidadão", visto que tal equivaleria a um "extrapolamento ilegítimo da simples atribuição de responsabilidade jurídico-penal".[623] Arremata a autora, de maneira crítica, que "a imposição de moralidade por meio da inflição da pena" violaria o paradigma de direito penal do fato–[624] no que aproxima essa prática, portanto, do paradigma do direito penal do autor –, afirmando, além disso, que "a prevenção da pura imoralidade situa-se fora da tarefa atribuída ao direito penal".[625]

Há uma questão implícita em relação a todas essas formulações, que se prende à controvertida relação entre direito penal e moral. Cuida-se de uma questão de relevo monográfico, e que, por essa razão, não pode ser enfrentada *ex professo* no presente trabalho. Algumas ponderações, no entanto, devem ter lugar, na medida em que a questão se mostra prejudicial em relação à proposição apresentada.

A separação entre direito penal e moral é repetida por boa parte dos autores como um verdadeiro dogma e, como sói ocorrer quando dogmas são invocados, não se verifica uma maior preocupação quanto à sua fundamentação. Há aspectos, no entanto, que escapam às análises superficiais dessa questão. De partida, impõe-se perguntar: em que sentido se pode dizer que direito penal e moral não devem – e não podem – se misturar? Ou, em outros termos: o que se quer dizer quando se propõe uma separação absoluta entre direito penal e moral?

Essa simples questão parece já suscitar alguma divergência. No mais das vezes, a separação entre direito penal e moral é invocada *em um sentido fraco*, significando o seguinte: *o direito penal não deve intervir sobre comportamentos meramente imorais*. É dizer, o simples predicado de *imoral* não torna um comportamento criminoso. Condutas que

---

[622] STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 66-67.
[623] STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 67.
[624] STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 67-68.
[625] STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 67.

não traduzam qualquer conteúdo de ofensividade não podem, portanto, ser consideradas criminosas, por imorais que possam ser – pense-se, por exemplo, no indivíduo que joga lixo na rua ou que fura uma fila, ou, para ficarmos com um exemplo quiçá um pouco mais relacionado à realidade da legislação penal brasileira, o caso do adultério.[626]

Na atualidade, contudo, poucos ousarão discordar dessa afirmação, sobretudo no contexto de uma compreensão dualista do injusto. De fato, parece haver algum consenso quanto ao fato de que não se afigura permitida, nos marcos de um Estado Democrático de Direito, a tutela da própria moral como tal.[627] E isso decorre, em larga medida, da adoção da teoria do bem jurídico.[628]

O problema é que do fato de o direito penal não intervir sobre comportamentos meramente imorais, que não apresentem danosidade social, não decorre, por si só, a conclusão de que haveria uma separação absoluta entre direito penal e moral. A tese que postula uma separação absoluta entre direito penal e moral, de modo que a moral não exerça qualquer tipo de influência sobre o conteúdo do direito penal, em nenhum plano de análise, refere-se a uma separação entre direito penal e moral tomada *em um sentido forte*.

E há pelo menos dois argumentos que colocam sob dúvida a tese da separação entre direito penal e moral em um sentido forte, mesmo que se aceite a ideia de que comportamentos meramente imorais não deveriam ser objeto do direito penal.

Em primeiro lugar, a relação entre direito e moral é objeto de disputa não somente no campo do direito penal, mas principalmente no próprio campo da própria teoria do direito. Cuida-se, conforme Alexy, de uma polêmica de mais de dois mil anos, e que representa a essência do desacordo teórico entre positivistas e não-positivistas.[629] Há autores que admitem abertamente a correção moral do direito, ou que defendem que a moral integraria o que se deve entender por direito, de maneira que, de uma forma ou outra, o processo de interpretação do direito não poderia ser dissociado da moral. Alexy e Dworkin são bons

---

[626] O adultério figurava como crime, previsto no art. 240 do Código Penal brasileiro, até sua revogação pela Lei 11.106/2005.

[627] Assim, por todos, FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime*: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 140.

[628] É comum a referência de que, com a consagração da ideia de bem jurídico, afasta-se o direito penal da perspectiva de uma tutela de comportamentos meramente imorais. Nesse sentido, por todos, SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los limites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Marcial Pons: Madrid; Barcelona, 2007. p. 203 et seq.

[629] ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 3.

exemplos disso, para ficarmos apenas com esses dois. [630] [631] E, curiosamente, esses autores não raramente têm suas teses citadas pelos mesmos penalistas que defendem a separação absoluta entre direito penal e moral – o que não deixa de representar uma certa contradição. Assumindo-se, então, a perspectiva desses autores, mesmo que se aceite a ideia de que direito penal não deve se ocupar de comportamentos meramente atentatórios à moral – tese da separação em sentido fraco –, no processo concreto de interpretação do direito aspectos morais fatalmente serão levados em consideração para a determinação do conteúdo das normas existentes, de modo que a tese da separação absoluta entre direito penal e moral – isto é, em um sentido forte – com isso estaria rechaçada.

Em segundo lugar, a própria intervenção penal compreendida de acordo com o ideário liberal – isto é, uma intervenção penal mínima, criteriosa e tão deferente quanto possível em relação à preservação da liberdade e demais direitos fundamentais – não deixa de ser assim, também, precisamente *em decorrência de* considerações morais. Feinberg, por exemplo, considera a exigência de dano (*harm*) um limite moral à intervenção penal.[632]

---

[630] Alexy defende abertamente a tese da vinculação entre direito e moral, ao menos no que denomina de "perspectiva do participante" do sistema jurídico – assim compreendidos aqueles que, em um sistema jurídico, participação do processo de argumentação sobre aquilo que é preconizado. Para ele, normas, decisões e sistemas jurídicos possuem necessariamente uma "pretensão à correção", de maneira que sistemas jurídicos que não a possuem "não são sistemas jurídicos". (ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 43). Além disso, o chamado "argumento dos princípios" também demonstraria a vinculação entre direito e moral. Segundo esse argumento, também nas situações de abertura do direito positivo, não agiria o julgador de maneira livre, com base em critérios extrajurídicos, estando também nessas situações legalmente vinculado, entrando em cena as decisões baseadas em princípios. Para Alexy, o processo de ponderação que envolve a utilização dos princípios envolve o emprego de argumentos morais. Nas suas palavras, "ao menos uma parte dos argumentos com os quais o juiz fundamenta a conclusão de sua ponderação tem, quanto a seu conteúdo, o caráter de argumentos morais", disso resultando que "a pretensão à correção jurídica necessariamente vinculada à decisão inclui uma pretensão à correção moral". (Ibid., p. 93.). Ainda segundo o autor, "a conexão necessária entre o direito e a moral correta é estabelecida pelo fato de a pretensão à correção incluir uma pretensão à correção moral que se estende aos princípios que são tomados como base". (Ibid., p. 95.).

[631] Em Dworkin, a vinculação entre direito e moral pode ser extraída da sua concepção de direito como uma "prática interpretativa", como aparece em DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 410. Com efeito, Dworkin trabalha uma concepção de direito como integridade, que une a ciência do direito (*jurisprudence*) e o processo de adjudicação, fazendo "o conteúdo do direito depender não de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas em interpretações mais concretas e refinadas da mesma prática legal que se busca interpretar". O autor faz uso, aqui, da famosa metáfora do "romance em cadeia" (*chain novel*), comparando o processo de interpretação do direito ao de diversos romancistas que se colocam diante da tarefa de escrever novos capítulos a partir de capítulos já redigidos, de maneira que cada capítulo escrito é adicionado ao romance e entregue ao próximo romancista, e assim por diante. Nessa situação, espera-se que cada romancista "assuma suas responsabilidades de continuidade da maneira mais séria; o seu objetivo é criar conjuntamente, tanto quanto possível, um único romance que seja o melhor que pode ser. (Ibid., p. 229.). Parece-nos possível, nessa construção, falar de uma concepção de direito associada à moralidade, ainda que no sentido de uma moralidade política, na medida em que o autor entende que, nessa reconstrução de sentidos, não estaria em causa uma moral individual, mas sim uma moralidade comunitária. Nesse sentido, DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 197.

[632] FEINBERG, Joel. *Harm to others*: the moral limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984. passim.

Sustenta ele que "dados os custos inerentes da criminalização, quando uma particular proibição legal ultrapassa o limite da legitimidade moral, torna-se ela própria um sério crime moral";[633] seu propósito declarado não é determinar aquilo que uma legislatura deve escolher incluir em um código penal ideal, mas antes "aquilo que ela pode incluir, se escolher dentro dos limites que a moralidade impõe às decisões legislativas",[634] de maneira que sua obra inteira, de quatro volumes, consiste em uma "descrição das limitações morais (*moral constraints*) à atividade legislativa", mediante a apresentação de "um conjunto coerente e plausível de princípios morais para guiar o legislador".[635] Ainda para Feinberg, determinados tipos de interferências na esfera de liberdade – o autor cita o exemplo de um indivíduo ruivo que, arbitrariamente, impede outro, moreno, de circular na rua – afiguram-se "ilegítimas, impróprias e moralmente ilícitas", e ainda que o direito confira poder a determinadas autoridades para exercer esse tipo de restrição – por exemplo, atribuindo a pessoas ruivas o direito de restringir a circulação de pessoas morenas –, o exercício desse poder seria moralmente ilegítimo; nas palavras do autor, "mesmo que a constituição dê à legislatura poderes para criar uma lei desse tipo, seria *errado* para a legislatura exercer essa autoridade constitucional de uma maneira tão arbitrária".[636] Parece bastante evidente, portanto, que, ao menos na perspectiva de Feinberg, os critérios que devem orientar a intervenção penal – entre eles, convém lembrar, o do dano (*harm*) – são limites impostos pela própria moralidade, sendo possível dizer, nesse sentido, que a corriqueira afirmação de que o direito penal não deve se ocupar de comportamentos meramente atentatórios à moral não somente não conduz à tese da separação absoluta entre direito penal e moral, como, na verdade, a infirma: essa limitação não deixa de consistir, ela própria, em uma imposição moral.[637]

---

[633] FEINBERG, Joel. *Harm to others*: the moral limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 4.
[634] FEINBERG, Joel. *Harm to others*: the moral limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 4.
[635] FEINBERG, Joel. *Harm to others*: the moral limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 4.
[636] FEINBERG, Joel. *Harm to others*: the moral limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 6-7.
[637] Em certo sentido, também parece o reconhecer KERCHOVE, Michel Van de. Penal, ética. In: CANTO-SPERBER, Monique (org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2013, p. 782. Para esse autor, aqueles argumentos pragmáticos que via de regra são invocados por instrumentalistas trazem implícitos julgamentos morais. Em especial, quando afirmam que a principal função do direito penal é a proteção as pessoas e da propriedade, e que o sistema penal deveria se desembaraçar das incriminações puramente morais para se concentrar somente no essencial. No entanto, como bem observa o autor, "essa afirmação revela, na verdade, claramente uma apreciação relativa à gravidade comparativa de comportamentos dos quais eles desejam respectivamente a descriminalização e a manutenção da incriminação, apreciação sem a qual todo cálculo em termos de custo-benefício parece logicamente impossível". É dizer, o autor, com muita propriedade, denuncia precisamente aquilo que sustentamos no texto: a posição sobre aquilo que o direito penal *deve* e *não deve* tutelar não deixa de passar – e ser legitimada – por uma determinada apreciação moral.

Ainda, uma clara demonstração de que a impossibilidade de criminalização de comportamentos meramente atentatórios à moral não implica a separação entre direito penal e moral nos é dada por Figueiredo Dias. Segundo esse autor, ao examinar precisamente as relações entre direito penal e moral, da função do direito penal de tutelar bens jurídicos fundamentais da comunidade decorreria "o mandamento de banir do seu âmbito todas e quaisquer '*excrescências moralistas*' e permitir que ele se concentre, tanto quanto possível, no seu núcleo essencial".[638] Esse movimento – que o autor considera representar uma destruição, no âmbito jurídico-penal, "de todo o dogmatismo moral" – constitui, no entanto, conforme ele mesmo considera, uma exigência, "ela mesma, *moralmente fundada*".[639] (grifo nosso). Percebe-se, então, que embora o autor defenda uma separação entre direito penal e moral em um sentido fraco – tomado como a impossibilidade de tutela penal da moral como tal –, o próprio autor termina por implicitamente reconhecer a influência da moral no direito penal ao sustentar que esse afastamento se imporia como uma "exigência moralmente fundada". Em última análise, a conclusão é que considerações morais, de uma forma ou de outra, acabam por influenciar o conteúdo do direito penal, na medida em que a proibição de criminalização de comportamentos meramente atentatórios à moral teria uma clara dimensão moral, por paradoxal que isso possa soar.

Essas considerações parecem demonstrar que a separação entre direito penal e moral não é algo que possa ser "dado de barato", pois há argumentos sólidos para se sustentar que as valorações jurídico-penais devem ser ético-socialmente[640] referendadas. Não é um

---

[638] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Lei criminal e controlo da criminalidade: o processo legal de criminalização e descriminalização. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43. Lisboa: 1983, p. 78.

[639] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Lei criminal e controlo da criminalidade: o processo legal de criminalização e descriminalização. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43. Lisboa: 1983, p. 78-79.

[640] Não se desconhece a existência de uma distinção teórica entre os termos ética e moral, ainda que na filosofia tais termos sejam utilizados, via de regra, como sinônimos, em alusão ao estudo do agir corretamente. Quando a distinção aparece, no entanto, o termo "ética" normalmente é associado aos princípios ou padrões de certo ou errado impostos externamente, determinados pela coletividade, enquanto o termo "moral" é associado ao senso pessoal de certo e errado, imposto, pois, internamente. Enquanto a ética seria externa, a moral seria interna. Em sentido bastante similar, destacando precisamente a prescindibilidade dessa distinção para a sua obra, mas anotando a existência de uma distinção corrente em termos similares aos aqui destacados, ver Peña y González, para quem "segundo um discurso hoje mais ou menos difundido, a moral seria subjetiva, coisa de cada qual, ligada a sua particular cosmovisão, a suas crenças ideológicas ou religiosas, ao passo que, frente a ela, se ergueria uma ética pública". (PEÑA Y GONZÁLEZ, Lorenzo. *Visión lógica del derecho*: una defensa del racionalismo jurídico. Ciudad de Mexico: Plaza y Valdés: 2017. p. 299 et seq.). Sendo adotada essa distinção conceitual de maneira rigorosa, parece-nos que aquilo que os autores via de regra pretendem aludir quando fazem referência à separação entre "direito e moral", e à circunstância de o direito penal não tutelar comportamentos meramente imorais, na realidade, seria mais propriamente uma referência à ética – compreendida como os padrões de certo ou errado impostos externamente –, e não à moral – compreendida como o senso de certo e errado imposto internamente. Finalmente, Dworkin, assumindo uma distinção que admite "talvez pareça especial", sustenta que "os padrões morais prescrevem como devemos tratar os outros; os padrões éticos, como nós mesmos devemos viver". (DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*:

acidente, portanto, que já se tenha dito que o direito penal cuida apenas do "mínimo ético".[641] Afinal de contas, a afirmação de que o direito penal busca assegurar um "mínimo ético" traz consigo a ideia de que a parcela de comportamentos dos quais o direito penal se ocupa representa apenas as mais graves violações éticas. A essa ideia, por sua vez, subjazem outras duas ideias implícitas: i) nem todos os comportamentos atentatórios à moral podem ser objeto do direito penal; ii) porém, aqueles comportamentos dos quais o direito penal se ocupa são, necessariamente, atentatórios à moral.

A procedência ou improcedência dessa última afirmação pode ser testada mediante a seguinte indagação: *poderia o direito penal proibir comportamentos eticamente defensáveis, plenamente adequados aos padrões morais vigentes na sociedade*? Com efeito, se por um lado é possível afirmar que o direito penal não pode tutelar a moral como tal, e que comportamentos meramente imorais não devem ser considerados crime, a questão já não parece tão simples quando o que está em causa é saber se poderiam ser considerados criminosos aqueles comportamentos que se mostram defensáveis a partir de uma determinada concepção ética, sobretudo quando predominante em uma dada sociedade e em uma dada cultura. Sendo a resposta negativa, fica mais uma vez comprometida a tese da separação em um sentido forte, segundo a qual direito penal e moral deveriam ser absolutamente dissociados.

E nos parece que a resposta, de fato, não pode ser senão negativa. Como bem destaca Ferreira da Cunha, "só é materialmente penal matéria anti-ética" e "só se encontrará dotado de dignidade penal o que tiver uma clara dimensão anti-ética".[642] O que, como já dito, não equivale a dizer que o direito penal possa tutelar a moral como tal, pois haverá imoralidades das quais, por consideráveis que sejam, o direito penal não poderá se ocupar[643] – o jurista, aliás, observa o autor, deve "bater-se pela despenalização daquilo que é

justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2017. p. 291.). Tendo em vista, então, a existência de uma distinção não muito consistente no emprego dos termos, serão eles utilizados, para fins da presente pesquisa, indistintamente.

[641] Fazendo essa defesa na atualidade, FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 184-187.

[642] FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *A constituição do crime*: da substancial constitucionalidade do direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 65.

[643] FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *A constituição do crime*: da substancial constitucionalidade do direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 65.

estritamente moral".[644] Apesar disso, é possível falar, ainda com Ferreira da Cunha, que "são valores morais todos os valores real, efectiva, materialmente penais".[645]

A questão é da maior relevância. Até que ponto é possível sustentar que as valorações jurídico-penais – em especial, a escolha dos comportamentos criminalizáveis – sejam absolutamente dissociadas de juízos ético-sociais? Essa tese deveria valer para o bem (impossibilidade de criminalização de comportamentos meramente imorais) e, por um dever de coerência, também para o mal (possibilidade de criminalização de comportamentos moralmente defensáveis). É dizer, adeptos da tese da separação absoluta entre direito penal e moral devem ser capazes de afirmar, sem vacilar, que a aceitação ou justificabilidade moral de um comportamento não representa obstáculo para a sua criminalização ou para a atribuição concreta de responsabilidade penal. Mas essa não parece ser a tendência encontrada na doutrina. Feinberg, por exemplo, defende que a configuração do dano (*harm*) que justifica a intervenção penal reivindica, como um dos seus requisitos, a injustificabilidade moral (*moral indefensibility*) do comportamento.[646] E tal exigência nos parece perfeitamente válida e em conformidade com as práticas jurídicas vigentes.

Com efeito, não nos parece que o *não* jurídico-penal – para utilizarmos, aqui, a expressão de D'Avila–,[647] com o intenso custo à liberdade que lhe é intrínseco, possa recair sobre comportamentos que sejam plenamente aceitos e defensáveis segundo os padrões morais vigentes em uma dada sociedade situada no tempo. O juízo de criminalização de condutas, da mesma forma que o juízo de imputação, não pode ser indiferente à questão relativa à imoralidade do ato proibido.[648] Oportunas, aqui, as palavras de Hassemer, quem nos lembra que "o direito penal não deve – e também nem pode – se afastar dos padrões culturais de ação", e que os padrões básicos, incluindo-se aqui a relação com a

---

[644] FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *A constituição do crime*: da substancial constitucionalidade do direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 66.
[645] FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *A constituição do crime*: da substancial constitucionalidade do direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 66.
[646] FEINBERG, Joel. *Harm to others*: the moral limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 107 et seq. O termo é utilizado pelo autor no sentido de que a conduta criminosa não pode possuir uma adequada justificação ou desculpa. Como bem destaca o autor, seu objetivo é "formular princípios para determinar quando a interferência legal na liberdade do cidadão é moralmente legítima", de maneira que "quaisquer que sejam os princípios que adotemos para decidir o que pode ser corretamente proibido pelo direito sob ameaça de punição, parece evidente que apenas aquelas pessoas que, sem uma boa razão, voluntariamente violam o direito, apenas aquelas cuja conduta danosa seja indesculpável ou injustificável, é que devem ser condenadas e punidas".
[647] D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 198-218. p. 200-201.
[648] Assim, KERCHOVE, Michel Van de. Penal, ética. In: CANTO-SPERBER, Monique (org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2013, p. 782.

responsabilidade, é que determinam as instituições, e não o contrário.[649] Ainda conforme Hassemer, o direito penal "não pode afastar-se demasiadamente das atribuições da culpabilidade no seu cotidiano".[650]

E se o direito penal não pode e não deve se afastar das atribuições de culpabilidade do cotidiano, convém observar, ainda na companhia de Hassemer, que "o juízo moral está profundamente enraizado em nossa cultura".[651] E, como se sabe, uma das características do juízo moral é precisamente a de se ocupar da "consciência subjetiva", do "interior dos agentes morais", apreciando "não somente suas ações, mas também seus propósitos e seus desejos".[652] Se assim o é, e se há uma necessidade de consistência entre valorações jurídico-penais e as valorações ético-sociais, parece se impor a conclusão de que elementos anímicos do comportamento relevam, também, para o direito penal – a questão, por certo, é *como* isso pode ser feito de maneira a se respeitar uma concepção liberal de direito penal.

A experiência social cotidiana demonstra precisamente a relevância, para o julgamento das ações, das intenções e disposições do agente,[653] de maneira que inexiste fundamento racional para se afastar do pensamento jurídico-penal o que se pode definir como "o grau de participação interna no acontecimento exterior", tal como sucede na vida cotidiana.[654] E, como mais uma vez observa Hassemer com acuidade, "nós mensuramos a reprovação (também) de acordo com o grau de participação interna que nós vemos ou supomos no acontecimento exterior".[655]

---

[649] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 297. Convém lembrar, a esse respeito, também a fala de Mir Puig, para quem o sistema normativo jurídico é condicionado por considerações também valorativas que o legislador encontra e das quais não dispõe. Há, portanto, dois níveis de normatividade: um deles representado por valorações culturais não jurídicas e o outro pelas normas jurídicas. Nesse contexto, defende Mir Puig "uma limitação da liberdade normativa do direito positivo, exigindo sua subordinação a valorações culturais fundamentais", de tal forma que "o normativo jurídico há de estar limitado pelo normativo cultural" (MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (en línea). 2005, núm. 7-18, p. 18:1-18:24. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf. Acesso em: 30 de dezembro de 2019, p. 18:11.)

[650] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 297.

[651] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 298.

[652] PEÑA Y GONZALO, Lorenzo. Juicio moral y juicio jurídico-penal: consideraciones sobre la sentencia de la manada. Disponível em: https://lorenzopena.es/ms/juiciomoral.pdf. Acesso em: 4 de dezembro de 2019.

[653] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 295.

[654] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 297.

[655] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 298.

A questão parece, em certo sentido, inescapável. Mesmo entre os autores que buscam de alguma maneira se afastar de considerações morais, raros são aqueles que conseguem fazê-lo de maneira coerente,[656] sem recorrer a ficções teóricas que soam como burlas retóricas, que apenas parecem "maquiar" aquilo que, na realidade, não passa de incursões teóricas na atitude interior do agente. É de se indagar, nesse caso: qual o ganho científico em se invocar a bandeira da separação entre direito penal e moral, em se afirmar que o juízo de culpabilidade não pode ser influenciado por considerações morais, mas, paralelamente, seguir a considerar critérios como, por exemplo, vontade, motivos, sentimentos expressados no fato e finalidades reprováveis perseguidas pelo agente, ainda que com outra roupagem ou colocação sistemática? Toda proposição teórica tem um preço, e seus proponentes devem estar dispostos a pagar o preço de suas teorias.

Por tudo isso, não vemos como subscrever a tese de que estados mentais não devem ser considerados. A desconsideração desses estados mentais, segundo vemos, representa uma ruptura ilegítima com os padrões de atribuição de responsabilidade socialmente concebidos.[657] E o direito penal, já se disse, deve necessariamente valorar as instituições e os instrumentos da vida cotidiana.[658]

---

[656] Um exemplo de posicionamento que, embora não coincidente com a nossa posição – muito pelo contrário –, prima pela absoluta coerência, podemos encontrar em STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. passim. A autora defende, como já expusemos, uma compreensão, em síntese, de que o direito penal não poderia se imiscuir na atitude interna do agente. Boa parte dos autores que apresentam posição similar acabam por incorrer em contradições, como, por exemplo, a de sustentar a irrelevância de alguns desses aspectos para a configuração do injusto, mas admiti-los, posteriormente, no âmbito da culpabilidade, em especial na graduação da pena. E tal contradição não passa despercebida pela autora, que, adotando uma concepção de injusto mais ampla, para fins de graduação da pena, nem por isso abre mão das premissas que lhe servem como ponto de partida. Adota, assim, o critério do "ponto de vista da vítima", o qual, defende ela, limita a importância de determinados vetores tradicionalmente invocados na aplicação da pena como de natureza subjetiva, "nomeadamente os motivos, os sentimentos expressados no fato, e as finalidades reprováveis perseguidas pelo agente", advertindo, com grande razão, que "sem um limite justificador para esses fatores, corre-se o risco de apenas mudar de lugar sistemático todas aquelas circunstâncias que, como visto, não são admissíveis em um direito penal do fato; significaria esvaziar a carga subjetivista do conceito tradicional de culpabilidade e preencher o conteúdo do injusto de ação com toda sorte de incursões na atitude interior do autor". (Ibid., p. 137-138.). Segundo vemos, é precisamente isso que sucede na maioria das vezes: postula-se, quase que de forma meramente retórica, que o direito penal não possa se ocupar da atitude interna do agente, admitindo-se, paradoxalmente, que isso ocorra na fixação da pena, como se, nesse âmbito, o mesmo expediente pudesse ser considerado legítimo.

[657] O que representa um problema de legitimidade. Como também destaca Hassemer, a política criminal deve necessariamente levar em consideração as valorações sociais, incluindo as chamadas "irracionalidades sociais"; ainda que possa tratar de modificá-las a longo prazo, não pode simplesmente negá-las, pois "uma política criminal que está muito adiante do seu tempo, perde a ligação com o seu tempo e, por sua vez, se torna irracional, alheia à realidade, perigosa". (HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 298.).

[658] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 297.

A tese, contudo, de que, para o direito penal, elementos anímicos devem ser considerados não constitui, nem de longe, uma incitação ao *direito penal do autor*. Parece haver, nessa acusação, um pulo lógico – quando não algum estratagema retórico –, pois da premissa de que o direito penal não pode intervir sobre o simples pensamento não revertido em ação, sobre um simples dado anímico ou atitude de rebeldia frente ao direito, não decorre a conclusão de que o direito penal não poderia sequer considerar esses elementos anímicos. Essa conclusão, no mínimo, não prima pelo rigor argumentativo. Afinal de contas, quando se fala sobre a relevância de estados anímicos não se está a propor, ao mesmo tempo, o abandono de demais critérios, como, por exemplo, o da ação (*nullum crimen sine actione*) e o da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*).

A questão, há muito, já fora apontada por Welzel, que, de forma muito clara – quiçá antevendo as críticas que sua formulação acabaria por angariar – fez questão de esclarecer que "tampouco em um direito penal da vontade a vontade má é punida como tal", assumindo relevância apenas aquela "vontade que se concretiza".[659] Observou ainda o autor que o direito penal "não pode afetar o mero ânimo de obrar", e que "o dolo, como mera decisão de um fato, é penalmente irrelevante" .[660.]

O mesmo ponto também é tratado por Simons. Para o autor, "estados mentais, por si sós, são somente parte da história": a pessoa, por exemplo, que recebe bens objeto de furto, sabendo que são objeto de furto, não é culpada pelo seu conhecimento, mas sim pela conduta que decidiu adotar à luz do seu conhecimento.[661]

O que há, portanto, não é uma proibição de o direito penal considerar elementos internos, mas antes uma proibição de o direito penal *limitar* o conceito de crime à simples atitude psicológica do agente, dando-se por satisfeito com a intervenção sobre um dado estado anímico ou atitude de rebeldia frente ao direito, independentemente dos resultados ocasionados.

Com essa singela constatação, cai por terra a tese de que a consideração de elementos anímicos equivaleria à transformação do paradigma de um direito penal do fato em um direito penal do autor: não há estado anímico que, isoladamente considerado, possa

---

[659] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 189.
[660] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 73. Fazendo eco a essa afirmação, HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de "desvalor de acción" y "desvalor de resultado o sobre el estado de cosas". *In*: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*: obras completas. Libro homenaje. Tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 233-259. p. 236.
[661] SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, p. 502.

ser criminalizado. Em outras palavras, não possui relevância jurídico-penal a chamada *nuda voluntas*.

Por outro lado, na existência de uma conduta e de um resultado jurídico, estados anímicos possuem, sim, significado, o que não invalida em nada o paradigma do direito penal do fato. Afinal de contas, a atitude psicológica do agente é também um dos elementos que se apresenta no fato, que faz dele jurídico-penalmente relevante e que distingue um fato jurídico-penalmente relevante de outro fato jurídico-penalmente relevante. Por exemplo, o fato consistente no indivíduo portar uma arma dentro da mala que pretende despachar no aeroporto, com conhecimento dessa circunstância, é diverso do fato relativo ao indivíduo que porta a mesma arma, dentro da mesma mala, porém sem conhecimento dessa circunstância, em situação que a doutrina denomina de *erro de tipo*. Da mesma forma, o fato das lesões corporais praticadas mediante disparo de arma de fogo na perna da vítima é diverso do fato da tentativa de homicídio praticada mediante disparo de arma de fogo na perna da vítima: ainda que haja identidade objetiva entre os comportamentos, a atitude psicológica do agente ao realizá-los define o tipo de fato de que se está a tratar. Estados anímicos, portanto, são partes constitutivas dos fatos dos quais o direito penal se ocupa em um modelo de *direito penal do fato*.

Estamos de pleno acordo, portanto, com Stratenwerth, quando afirma que embora os princípios do Estado de Direito proíbam imiscuir-se na atitude interna daquele que se comporta conforme a lei, isso não impede "a pergunta pelos motivos do infrator do direito": pelo contrário, "do ponto de vista da inobservância do direito, do significado simbólico da violação do direito, a atitude interna do autor do delito é de importância completamente essencial".[662]

5.2.1.4 Dimensões Subjetivas do Comportamento

Vimos já que, mesmo a partir de uma perspectiva subjetiva, um comportamento apresenta diversas dimensões. Não só se explica um comportamento a partir da consideração de sua dimensão cognitiva e volitiva – historicamente consagradas no contexto do tratamento doutrinário do dolo –, mas também a partir das razões e das finalidades que intercedem na ação, além da percepção que o agente possui sobre o seu próprio agir.

---

[662] STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. Traducción de: Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005. p. 66.

Entende-se, aqui, que tais elementos condicionam o juízo de valor que recai sobre os comportamentos. E por ser assim, parece-nos que um esforço classificatório contribuiria significativamente para que o intérprete – seja ele o legislador, no processo de criminalização de comportamentos, seja o julgador, no processo de análise do juízo de adequação típica – esteja em condições de identificar, com alguma clareza, os vetores que intercedem nesse juízo, bem como a maneira como se relacionam.

O que se apresenta, a partir de agora, é, precisamente, uma proposta de sistematização desses elementos que integram a dimensão subjetiva do desvalor da conduta. Tal empreendimento, porém, esbarra em algumas dificuldades, que devem ser esclarecidas com precedência.

A primeira delas, a ausência de consenso doutrinário acerca da definição desses elementos. Apenas para ilustrar, a doutrina, de um modo geral, não converge em relação aos conceitos, por exemplo, de *vontade*, *intenção*, *ânimo* e *finalidade*. Para alguns autores, alguns desses termos seriam equivalentes; para outros, não. Mesmo entre os autores que os distinguem, não necessariamente há correspondência entre as respectivas definições fornecidas a respeito de cada qual. Esse é um problema, diga-se de passagem, que se surpreende, também, em outras tradições jurídicas. Nos Estados Unidos, por exemplo, há uma distinção relevante entre termos como *reason*, *ground* e *motive*, bem como entre os termos *intention*, *purpose*, *aim* e *goal*, distinção essa em relação a qual não há consenso algum.[663] Em uma tradição mais próxima, verifica-se, na Alemanha, uma também importante – embora muito mais consolidada – distinção entre os termos *Absicht* e *Vorsatz*,[664] ao passo que, na língua espanhola, percebe-se um uso não tão uniforme entre os termos *voluntad*, *intención*, *finalidad* e *ánimo*.[665]

Uma segunda dificuldade é o fato de a legislação não contribuir em nada para uma sistemática racional. Em determinadas situações, um mesmo termo é utilizado com sentidos diferentes; em outras, dois termos distintos são utilizados com o mesmo sentido. Apenas para exemplificar, o "*fim* de obtenção de dados" de que nos fala o art. 154-A do Código Penal, que prevê o crime de invasão de dispositivo informático,[666] não parece ter o mesmo

---

[663] Ver, por exemplo, a tentativa de uma definição, em meio a essa polêmica, por parte de ROSS, Jenifer. Reason, ground, intention, motive and purpose. *The Modern Law Review*, vol. 53, may 1990. p. 391-396.

[664] Sobre isso, ver JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1963. t. 5: La culpabilidade. p. 484-485.

[665] Conferir, por exemplo, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Los elementos subjetivos del tipo legal*. Buenos Aires: B de F. 2008. p. 81 et seq.

[666] Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações

sentido do "*fim* de educação" de que nos fala o art. 136 do Código Penal, que prevê o crime de maus-tratos,[667] nem tampouco do "*fim* de esbulho possessório" de que nos fala o art. 161, §1º, II, do Código Penal, que prevê o crime de esbulho possessório.[668] Paralelamente, o "*intuito* de haver indenização" de que nos fala o art. 171, §2º, inc. V, do Código Penal, que prevê o crime de estelionato na modalidade de fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro,[669] não parece idêntico ao "*intuito* de lucro" de que nos fala o art. 229 do Código Penal, que prevê o crime de manutenção de casa de prostituição,[670] ao passo que parece muito similar, se não idêntico, ao "*fim* de obter vantagem como condição ou preço de resgate" de que nos fala o art. 159 do Código Penal, que prevê o crime de extorsão mediante sequestro.[671] Ou seja, não só um mesmo termo por vezes é utilizado em alusão a aspectos subjetivos distintos, mas, também, termos diferentes, por vezes, são utilizados para se fazer referência a um mesmo aspecto subjetivo.

Soma-se a isso o fato de que a linguagem cotidiana tampouco elucida a questão, na medida em que os termos acima destacados não raramente são utilizados de maneira indistinta. Pense-se, por exemplo, que, na linguagem cotidiana, o indivíduo que deseja assistir a uma partida de futebol do seu time do coração, quando questionado pelo seu colega de trabalho, no meio do expediente, se pretende ir ao jogo, poderá dizer que tem *vontade* de assistir ao jogo, bem como a *intenção* ou o *propósito* de fazê-lo. Acaso o indivíduo consiga antecipar todos os seus compromissos profissionais de maneira a se liberar mais cedo, poderá ele dizer que tal procedimento foi realizado com a *intenção*, com a *finalidade*, com o *propósito* ou com o *objetivo* de comparecer ao estádio para assistir ao jogo.

---

sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa

[667] Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

[668] Art. 161 - Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa. §1º - Na mesma pena incorre quem: [...] II - invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

[669] Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. [...] § 2º - Nas mesmas penas incorre quem: [...] V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro.

[670] Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

[671] Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - reclusão, de oito a quinze anos.

Considerando, assim, que o emprego dos termos não é homogêneo nem na doutrina, nem na legislação e nem mesmo na linguagem cotidiana, a sistemática que a seguir se apresenta terá como base o aspecto substancial, é dizer, o tipo de elemento subjetivo a que se alude com o emprego daquelas expressões. É dizer, cuida-se de analisar, mesmo sem maior apego aos termos alusivos a estados mentais, quais são, essencialmente, os aspectos subjetivos que estão a ser aludidos com o emprego de cada um deles, buscando identificar uma correspondência entre eles em atenção ao tipo de consideração subjetiva que se está a fazer. Ato contínuo, determinadas as distintas considerações subjetivas, declinaremos aqueles termos que, segundo nossa visão, se revelam mais adequados para exprimi-los.

Essa tarefa, como se vê, parece reivindicar um esforço de "agrupamento conceitual", de acordo com o tipo de influência que cada estado mental exerce sobre o comportamento. Como já dito na abertura, um comportamento apresenta, mesmo no plano subjetivo, diversas dimensões. Cada uma dessas dimensões exprime uma distinta perspectiva do comportamento. Quando se fala, por exemplo, que o indivíduo teve a *intenção* de matar ou que agiu com *indiferença* quanto à possibilidade de matar, ou mesmo que *rejeitava* a ideia de matar, o que se tem são estados mentais diversos e excludentes, porém relacionados a uma mesma perspectiva: a da vontade. Tais comportamentos exprimem graus diferentes de vinculação afetiva do indivíduo em relação ao resultado morte. Esses estados mentais, portanto, em que pese distintos, dizem respeito a uma mesma forma de perspectivar o comportamento, isto é, a partir da vontade que o indivíduo possui de gerar o resultado.

Entendemos que todos os comportamentos penalmente relevantes podem ser subjetivamente analisados a partir de quatro perspectivas fundamentais: i) o que o agente sabia ao agir (*dimensão cognitiva*); ii) o que o agente pretendeu realizar (*dimensão desiderativa*); iii) por que e para que o agente buscava tal realização (*dimensão justificadora*); iv) como o agente visualiza essa realização no contexto pessoal e social (*dimensão ética*). Cada uma dessas dimensões é composta por determinados tipos de estados mentais, no mais das vezes excludentes entre si, e que, uma vez associados aos estados mentais relacionados às outras dimensões, compõem a base subjetiva sobre a qual recairá o juízo de valor determinativo do desvalor subjetivo da conduta. Pense-se, por exemplo, que, na *dimensão desiderativa*, o indivíduo poderá agir com intenção ou com indiferença, mas não com os dois estados mentais. Paralelamente, agindo com intenção, poderá o indivíduo, na *dimensão cognitiva*, ter certeza sobre a ocorrência do resultado como um desdobramento natural de sua conduta, ou apenas representar a sua possível ocorrência, mas, novamente, não poderá ocorrer as duas coisas simultaneamente. Assumindo que tenha agido com

intenção e tenha representado como certa a ocorrência do resultado, poderá o indivíduo ter agido de maneira a atingir uma determinada finalidade e motivado por uma determinada razão – circunstâncias que se situam na *dimensão justificadora* do comportamento –, podendo-se constatar, no âmbito da *dimensão ética*, que o indivíduo agiu com plena consciência de que seu comportamento é suscetível de reprovação.

Tais dimensões serão pormenorizadamente analisadas, com seus elementos integrantes, nas linhas que seguem.

5.2.1.4.1 Dimensão Cognitiva

Os comportamentos do homem em sociedade, em geral, são orientados pelo conhecimento e direcionados pela vontade. Não somente aqueles que ao direito penal interessam: cuida-se, essencialmente, da maneira como o ser humano se relaciona com os objetos no mundo. Como observa Castilla del Pino, a vinculação do sujeito aos objetos pressupõe processos cognitivos e processos desiderativos: o indivíduo *conhece* e, dentro daquilo que conhece, *deseja*.[672]

Com efeito, o indivíduo que possui fome sabe que ela tendencialmente cessará após ingerir algo, daí porque se dirige a um restaurante para almoçar – sabendo, também, que naquele local encontrará alimentos para consumo, e que somente será autorizado a consumir sua refeição se pagar por ela, pelo que leva consigo a carteira; o indivíduo que está atrasado para o trabalho sabe que precisa se arrumar mais depressa e conduzir mais rápido para chegar pontualmente, daí porque se comporta dessa maneira; o indivíduo sabe que assistir à partida do seu time do coração lhe dará prazer, daí porque decide ligar a televisão para acessar o canal que transmite o jogo.[673]

Conhecimento e vontade são, portanto, não propriedades do dolo ou da culpa, mas propriedades do comportamento humano em geral. E, como fica claro com os exemplos acima, *conhecer* é um pressuposto do *querer*. Zaffaroni também adverte para isso, ao afirmar que para "querer pintar a igreja da Antuérpia", Van Gogh tinha que "conhecer a igreja da

[672] CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*. Barcelona: Tusquets Editores, 2001. p. 55.
[673] Essa relação entre o aspecto do conhecimento e o aspecto da intenção é bastante aprofundada em DUFF, Antony. *Intention, agency and criminal liability*. Philosophy of action and the Criminal Law. Oxford: Basil Blackwell, 1990. p. 55 et seq. Trabalha ele a partir da ideia de que a imediata razão para uma ação envolve um desejo quanto ao resultado da ação, somado à crença de que a ação pode conduzir ao resultado. Por exemplo, não se pode dar uma volta na rua com a intenção de encontrar uma determinada pessoa, se não se possui a menor ideia de que a pessoa pode ser encontrada no passeio.

Antuérpia e os meios de que necessitava para pintá-la".[674] Em uma perspectiva jurídico-penal, um pressuposto lógico para se afirmar, por exemplo, que "o indivíduo A *quer* matar o indivíduo B" é a circunstância de que o indivíduo A, ao agir, tenha ciência de que o seu comportamento, acaso posto em prática, conduzirá à morte de B.

Daí que a percepção ou representação de um objeto constitui já um tipo de vinculação psicológica.[675] Os processos de representação, conforme Castilla del Pino, podem assumir quatro formas: copulativa (eu e P), disjuntiva (eu ou P), implicativa (eu, logo P) e inferencial (eu, quiçá P).[676] Para o autor, o sujeito trabalha a partir de uma "gramática cognitiva", que se expressa por meio de sentenças como "eu e você", "você está diante de mim", "a criança tem um violino", "se eu for, talvez a veja".[677] Esse discurso demonstra "a organização espaço-temporal do sujeito sobre a realidade que tem diante de si", na qual se situa virtualmente "no centro do eixo de coordenadas desde o qual apreende a perspectiva da mesma como totalidade estruturada (*Gestalt*)".[678]

E, segundo vemos, parece que por meio dessas percepções ou desses processos lógicos básicos se revelam os processos cognitivos que se afiguram relevantes para o direito penal. É dizer, o sujeito representa os objetos que tem diante de si (por exemplo, o indivíduo possui a representação de que está diante de uma arma), as alternativas de comportamento que tem diante de si (por exemplo, sabe que pode simplesmente contemplar a arma ou, diferentemente, dispará-la para o alto ou na direção de uma pessoa) e os possíveis desdobramentos dos comportamentos que vier a adotar (por exemplo, sabe que ao disparar a arma para o alto existe uma baixa possibilidade de ferir alguém mortalmente, ao passo que, ao disparar a arma na direção da cabeça de uma pessoa, tal possibilidade é amplamente potencializada, a ponto de ser praticamente certa a morte da pessoa).

Essas representações são extremamente relevantes no processo de imputação subjetiva. A doutrina corrente sói definir o dolo como "conhecimento e vontade de realização da conduta típica",[679] definição essa da qual deriva a constatação correlata de que seriam dois os chamados "elementos do dolo": o cognitivo, por um lado, e o volitivo, por

---

[674] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 435.
[675] CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*. Barcelona: Tusquets Editores, 2001. p. 55.
[676] CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*. Barcelona: Tusquets Editores, 2001. p. 55.
[677] CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*. Barcelona: Tusquets Editores, 2001. p. 55.
[678] CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*. Barcelona: Tusquets Editores, 2001. p. 55-56.
[679] Nesse sentido, também fazendo referência à existência de uma tal definição geral, SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. *In*: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 128, e, entre nós, TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 249.

outro. A existência de um determinado grau de conhecimento seria, portanto, decisiva para a imputação do dolo.[680]

Já no que diz respeito à imputação da culpa, o conhecimento não é considerado indispensável. Em que pese a existência, na doutrina e na jurisprudência, de uma modalidade de culpa – denominada *culpa consciente* – na qual o sujeito atua com conhecimento acerca da possibilidade de ocorrência do resultado como desdobramento de sua conduta, a imputação do crime culposo pode ter lugar mesmo quando o sujeito age sem esse conhecimento, em modalidade de culpa denominada de *culpa inconsciente*.[681] Assim, o indivíduo que não consegue frear seu veículo a tempo de impedir o atropelamento de um pedestre que atravessa a rua na faixa de pedestres poderá responder culposamente pela morte do pedestre se se constatar que a ausência de eficiência na frenagem deveu-se à ausência de manutenção periódica de seu veículo, que se encontrava com pneus e freios em condições precárias. Nesse caso, embora não tenha o indivíduo representado a possibilidade de se envolver em um acidente de trânsito com resultado morte, é certo que o resultado era objetivamente previsível.

Assim, embora não se possa dizer que a afirmação de um desvalor da conduta em grau mínimo dependa de algum grau de conhecimento concreto – vide as denominadas situações de culpa inconsciente, em que há desvalor da conduta *a despeito* da ausência de conhecimento –, é inegável que a existência desse conhecimento e o grau desse conhecimento se revelam como fatores de larga influência no juízo de desvalor da conduta. E tanto é assim que a existência de algum grau de conhecimento – por exemplo, sobre a previsão da possibilidade de ocorrência do resultado – é o que define o aparecimento de uma modalidade de culpa que se considera mais intensa (a chamada culpa consciente), e é pressuposto para a imputação dolosa, não faltando, inclusive, quem considere o grau de

[680] Exceção feita, ao menos segundo parcela da doutrina, aos chamados casos de "cegueira deliberada", nos quais se propõe a possibilidade de imputação dolosa – na modalidade de dolo eventual – mesmo quando não há conhecimento concreto por parte do autor. Nesse sentido, entre nós, ver, por todos, PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. passim. E, explicitamente, p. 203 e p. 227.

[681] Daí porque Roxin, por exemplo, sustenta que na culpa consciente haveria um tipo subjetivo, dado pela representação das circunstâncias do fato e do risco não permitido, e pela confiança na não realização do tipo, enquanto na culpa inconsciente faltaria precisamente um tipo subjetivo. (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 1022.). Em sentido contrário, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 889 et seq.

conhecimento concreto o elemento exclusivo do dolo – notadamente os defensores das chamadas teorias cognitivas de dolo.[682]

Mas a influência do conhecimento em relação ao juízo de desvalor da conduta – e, consequentemente, em relação à modalidade de imputação subjetiva – não é um problema somente de *grau*. Afinal de contas, viu-se já que são múltiplos os processos cognitivos que se afiguram relevantes para o direito penal. E falhas de conhecimento podem suceder em distintos planos cognitivos: poderá o indivíduo, por exemplo, representar corretamente os objetos que possui diante de si, mas deixar de representar adequadamente as consequências advindas do seu comportamento; ou poderá ser o caso de o indivíduo já não representar adequadamente sequer os objetos que possui diante de si.

Considerando-se, então, a influência que a dimensão cognitiva dos comportamentos exerce sobre o juízo de desvalor da conduta, seja no que diz respeito ao objeto do conhecimento, seja no que diz respeito ao grau desse conhecimento – e considerando, também, a dinâmica existente entre esses dois planos –, parece oportuno aprofundar essas questões nas linhas subsequentes.

a) Objeto do conhecimento

Quando se fala em *conhecimento*, a primeira questão que se coloca é saber qual o objeto desse conhecimento. Em outras palavras, ao dizer que o indivíduo agiu *com conhecimento*, é preciso determinar, em primeiro lugar, a que seria relativo esse conhecimento ou, de forma mais simples, *o que* o indivíduo, afinal de contas, conhecia.

Insistimos, aqui, que há três tipos de representações que se afiguram potencialmente relevantes para a valoração jurídico-penal dos comportamentos: a representação dos objetos; a representação das alternativas de comportamentos disponíveis; e a representação dos desdobramentos decorrentes dos comportamentos. Disso decorre a possibilidade de se falar em *três* distintos objetos de conhecimento: i) circunstâncias relacionadas ao fato; ii) alternativas disponíveis; e iii) resultado. Desses três objetos, dois deles (i e iii) são amplamente abordados na literatura jurídico-penal, com evidente impacto no plano da imputação subjetiva.[683]

---

[682] Sobre elas, ver nosso item 4.3.

[683] Veja-se, por exemplo, Simons, que assume a existência de duas categorias de objetos de conhecimento: *circunstâncias* e *resultados* (SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, p. 535).

Com efeito, parece evidente a necessidade de se distinguir o conhecimento relativo ao *resultado* do comportamento – na definição de Simons, aquelas "circunstâncias físicas que o agente muda ou possui o poder de mudar – do conhecimento relativo às c*ircunstâncias do fato* – que consistem, segundo o mesmo autor, em "todas as outras condições físicas, afora a própria conduta do agente".[684] A doutrina penal, via de regra, refere-se ao conhecimento relativo às circunstâncias do fato quando apresenta, no tratamento do dolo, a existência dos elementos cognitivo e volitivo. Fala-se, nesse caso, que o elemento cognitivo ou intelectual seria dado precisamente pela consciência ou conhecimento da realização dos elementos objetivos do tipo.[685] Na falta desse conhecimento, ficaria excluído o dolo, em situação dogmaticamente cunhada de "erro de tipo", prevista na nossa legislação no art. 20 do Código Penal, dispositivo esse que estabelece que "o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei". A exclusão do dolo, contudo, somente é admitida se o erro recair sobre circunstância elementar do tipo, de maneira que nos casos de simples erro sobre o objeto, erro sobre a pessoa ou erro não essencial sobre o processo causal, não há qualquer óbice, segundo doutrina majoritária, à imputação do resultado a título de dolo.[686]

Por outro lado, a doutrina se refere ao problema do *conhecimento do resultado* com particular frequência no contexto da discussão relativa aos critérios de distinção entre dolo eventual e culpa consciente. O termo resultado, aqui, como objeto do conhecimento, abrange todas aquelas circunstâncias e desdobramentos decorrentes do comportamento, isto é, a

---

[684] SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, p. 535.

[685] Nesse exato sentido, CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*: parte general. Teoría jurídica del delito, 1. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997. v. 2. p. 124. Muito próximo, WESSELS, Johannes. *Direito penal*: parte geral. Aspectos fundamentais. Tradução do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFE, 1976, p. 50, para quem, citando entendimento dominante na doutrina, o dolo seria a vontade de realização do tipo penal "com o conhecimento de todas as suas circunstâncias objetivas", e JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 315, que correlaciona o momento intelectual do dolo à sua exclusão legal nos casos de erro de tipo, em clara demonstração de que o momento intelectual do dolo está a ser associado ao conhecimento relativo às circunstâncias do fato. Segundo o autor, "se se exclui o dolo por falta de conhecimento das circunstâncias que pertencem ao tipo legal, disso se deduz a *contrario sensu* que o dolo requer o conhecimento de tais circunstâncias". De se destacar, também, a posição de Luzón Peña, que apresenta uma perspectiva um pouco mais abrangente do conhecimento, sustentando que o dolo exigiria "o conhecimento dos elementos objetivos, positivos e negativos, do tipo global de injusto, ou seja, tanto dos elementos objetivos do tipo positivo ou indiciário como da falta de concorrência dos elementos que são requisitos das causas de atipicidade ou de justificação" (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal*: parte general, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 408)

[686] Jescheck chega a falar, aqui, que a exclusão do dolo somente tem lugar nos casos em que o desvio ocorrido em relação ao curso causal suponha "uma valoração ético-jurídica do fato diversa". (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed.Granada: Comares, 2002.). Entre nós, Cirino dos Santos trata tais casos como situações de "atribuição subjetiva do resultado em desvios causais". (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 147 et seq.).

projeção dos efeitos produzidos pelo comportamento. As chamadas *teorias cognitivas* do dolo fundamentam a imputação dolosa precisamente em um tipo de conhecimento que tem por objeto o resultado, pois se busca, de um modo geral, condicionar o aparecimento do dolo ao conhecimento, pelo agente, de um determinado grau de perigo de realização do resultado em decorrência do comportamento. Tais teorias parecem divergir apenas em relação ao grau e à qualidade desse perigo: fala-se na representação da possibilidade (Schröder e Schmidhäuser), na representação de uma probabilidade (H. Mayer), na representação de um perigo desprotegido (Herzberg) ou na representação de um perigo doloso (Puppe).[687] Nitidamente, o *conhecimento do resultado*, ou pelo menos o grau desse conhecimento, aparece, então, como um elemento decisivo para a valoração jurídico-penal do comportamento, capaz de condicionar a modalidade da imputação subjetiva.

Impõe-se, pois, uma conclusão provisória: *a existência de conhecimento se revela como um fator de influência na valoração jurídico-penal do comportamento seja no que diz com o conhecimento das circunstâncias do fato, seja no que diz com o conhecimento do resultado.* É dizer, parece absolutamente livre de controvérsias a afirmação de que o comportamento daquele que atua com pleno conhecimento sobre as circunstâncias do fato não pode ser, ao menos em princípio, equiparado ao comportamento daquele que age sem o conhecimento dessas circunstâncias (por exemplo, a conduta do indivíduo que conduz o seu veículo *sabendo* que possui drogas no porta-malas é diferente da conduta do indivíduo que conduz o mesmo veículo sem o conhecimento dessa circunstância) – não se hesitaria, nesse caso, em se reconhecer hipótese de erro de tipo. Da mesma forma, não parece haver polêmica na afirmação de que o comportamento daquele que age com plena convicção de que o seu comportamento conduzirá à morte de outra pessoa não recebe, ao menos em princípio, a mesma valoração que o comportamento daquele que age sem sequer desconfiar dessa possibilidade – tendencialmente, imputar-se-ia o dolo na primeira situação, e a culpa na segunda.

Parece-nos, então, possível afirmar que ações esclarecidas tornam o indivíduo responsável. Quanto maior o seu conhecimento, quanto mais nítida for a sua representação, maior será, tendencialmente, a reprovação que recai sobre o seu comportamento e, consequentemente, também maior será, tendencialmente, sua responsabilidade.[688]

---

[687] Sobre tais teorias, ver ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 433 et seq., bem como, em detalhes e com apreciação crítica, VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 127 et seq.

[688] Os graus de conhecimento serão abordados no tópico subsequente.

Uma observação ainda se afigura relevante: do ponto de vista estritamente subjetivo, *a reprovação que recai sobre o comportamento não depende da circunstância de o conhecimento corresponder efetivamente à realidade*. E isso parece demonstrável a partir de alguns exemplos retirados das práticas vigentes.

Tomemos, por exemplo, os casos de erro sobre o objeto (*error in objeto*), erro sobre a pessoa (*error in persona*) e erro sobre o processo causal. Em tais casos, denominados de situações de erro de tipo acidental, considera-se que o erro é absolutamente irrelevante para a responsabilização criminal, a tal ponto de a legislação estabelecer, no §3º do art. 20[689] do Código Penal brasileiro, que "não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime". O mesmo, aliás, sucede na hipótese de *aberratio ictus*, uma vez que o art. 73 do Código Penal brasileiro[690] preconiza que "quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código".

Cuida-se, aqui, de uma clara indicação do peso que se atribui à representação do agente. E isso porque, nesses casos, a medida da responsabilidade não é dada pelas circunstâncias reais, mas antes pela projeção do indivíduo, pela sua representação, ainda que totalmente dissociada da realidade. O que vale, aqui, é a decisão tomada à luz da representação que possuía. Assim, a cidadã que, pretendendo matar seu cônjuge, acaba por matar, por equívoco de representação, colega de trabalho desse, com feições similares e que se encontrava excepcionalmente ocupando a sua estação de trabalho, não responderá por homicídio culposo – por alegadamente não ter agido com a intenção de matar aquela pessoa específica –, nem tampouco por homicídio simples – por não ter, afinal de contas, matado o seu cônjuge –, mas sim por homicídio qualificado, nos termos do art. 121, §2º, inc. VII, do Código Penal brasileiro,[691] tendo em vista a regra do §3º do art. 20 desse mesmo diploma legal.

---

[689] Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. [...] § 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

[690] Art. 73 - Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

[691] Art. 121. Matar alguem: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. [...] § 2° Se o homicídio é cometido: [...] VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema

Poder-se-ia eventualmente contra-argumentar que essa interpretação não se sustenta, que o conhecimento do agente não possui o peso que se pretende a ele atribuir, invocando-se, para tanto, os exemplos de crime impossível e da chamada tentativa irreal. Assim, o indivíduo que ministra substância abortiva à sua esposa, acreditando estar ela grávida, não responderá por tentativa de aborto, acaso sua esposa não esteja, efetivamente, grávida. Falar-se-ia, nesse caso, de *impropriedade absoluta* do objeto, a justificar a incidência da figura do art. 17 do Código Penal brasileiro,[692] também denominada de tentativa inidônea.[693] Da mesma maneira, aquele que pretende matar seu desafeto por meio de reza ou bruxaria, tampouco responderá pela tentativa, podendo-se falar, nesse caso, de *ineficácia absoluta do meio,* também se justificando a incidência daquele dispositivo legal. Tais argumentos, então, supostamente demonstrariam que a representação do sujeito deve necessariamente corresponder à realidade, pois, não fosse assim, não se poderia justificar a não punição nesses exemplos, ou a própria existência da regra contida no art. 17 do Código Penal brasileiro. O que sucede, aqui, contudo, é coisa diversa: os fatos descritos não apresentam qualquer conteúdo de desvalor de resultado, de maneira que a imputação da tentativa, nesses casos, violaria o princípio da ofensividade. E essa é a razão de ser daquele dispositivo legal, que consiste precisamente na expressão positiva infraconstitucional do princípio da ofensividade.[694] Por se trabalhar com uma concepção *dualista* de injusto – que exige, para além do desvalor da conduta, o desvalor de resultado –, não se afigura possível conceber a intervenção penal no caso. Isso não invalida, por outro lado, a afirmação de que, sobretudo no primeiro caso descrito, seja possível falar em desvalor da conduta, considerando-se, principalmente, a decisão de agir ministrando a substância abortiva à luz da representação existente, a saber, a de que sua esposa estava grávida. Parece perfeitamente possível falar, nesse caso, de um conhecimento titulado pelo agente, o qual, mesmo não correspondendo à realidade, serve de base para o juízo negativo de valor sobre o comportamento. No segundo caso, diferentemente, e antecipando algumas conclusões dessa

prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

[692] Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

[693] Em termos, diga-se de passagem, que consideramos mais adequados, conforme tivemos a oportunidade de expor em DARCIE, Stephan Doering. *O fundamento da tentativa em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 49 et seq.

[694] Nesse sentido, D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 76 et seq. Também defendemos tal posição em DARCIE, Stephan Doering. *O fundamento da tentativa em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 49 et seq.

pesquisa, parece-nos que há, para além da ausência de desvalor de resultado, também a ausência de desvalor da conduta, porém em sua dimensão objetiva: tal comportamento não é capaz de gerar qualquer tipo de risco. O que, a exemplo do que destacamos em relação à situação anterior, não impede de afirmar que, do ponto de vista estritamente subjetivo, o comportamento se revela desvalioso pelo fato de o indivíduo, supondo a existência de um potencial lesivo nas condutas de rezar ou fazer bruxaria, decidir-se por essa prática. Em última análise, parece-nos plenamente válida a afirmação inicial, no sentido de que a reprovação que se direciona ao comportamento esclarecido não depende da circunstância de o conhecimento corresponder efetivamente à realidade.

Sendo isso verdadeiro, parece, então, que o conhecimento de que aqui se fala, como substrato relevante para o juízo de desvalor da conduta, expressa-se por meio de um estado mental que mais propriamente poder ser chamado de *crença*. E isso porque o termo *conhecimento* parece sugerir implicitamente a existência de uma correlação entre aquilo que o indivíduo acredita e aquilo que efetivamente sucede. Mas, como visto, não é isso o que está em causa, na medida em que, ao menos do ponto de vista da reprovação subjetiva, o que se considera é apenas aquilo que o agente acredita. Daí porque esse *conhecimento*, segundo alguma doutrina norte-americana, seja melhor expresso pelo termo *belief*, que poderia ser traduzido como "crença", do que pelo termo *knowledge*.[695]

Uma última palavra parece necessária sobre os possíveis objetos de conhecimento. Dissemos que são três os objetos de conhecimento que se afiguram penalmente relevantes: i) circunstâncias relacionadas ao fato; ii) alternativas disponíveis; e iii) resultado. E dissemos, também, que, desses objetos, dois (i e iii) são tradicionalmente abordados na literatura jurídico-penal, em matéria de imputação subjetiva. A questão relativa ao conhecimento sobre as alternativas disponíveis, por outro lado, salvo equívoco, não recebe da doutrina qualquer atenção, motivo pelo qual a ela destinamos algumas breves considerações.

Imagine-se situação hipotética em que um indivíduo, com pleno conhecimento das circunstâncias de fato que se apresentam, bem como com pleno conhecimento acerca dos potenciais desdobramentos nocivos – por ele indesejados – do comportamento que acaba por

[695] Assim, SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, p. 541. O raciocínio do autor é praticamente idêntico ao nosso, no particular. Segundo o autor, quando uma determinada regra exige "conhecimento" (knowledge), e não simplesmente crença, acaba por impor uma exigência adicional que escapa ao plano da chamada *mens rea*, nomeadamente, a circunstância de que a proposição em que se acredita seja verdadeira. Nas palavras do autor, "para ser culpado do crime de receber com conhecimento (*knowingly*) propriedades subtraídas, o indivíduo deve acreditar (*believe*) que a propriedade é subtraída, e a propriedade deve, de fato, ter sido subtraída".

adotar, falhe ao perceber uma alternativa de comportamento. É dizer, o indivíduo acredita estar em uma "encruzilhada", quando, na realidade, dispõe de um caminho factível e capaz de obviar as consequências indesejadas que parecem impor-se. Consequências essas que, diga-se de passagem, o indivíduo tem como certas diante do comportamento adotado.

Cuida-se de uma situação bastante específica, de difícil visualização. E isso porque, em geral, parte-se da premissa – até certo ponto fundada – de que o indivíduo, ao se deparar com uma situação em que projeta possíveis consequências negativas como decorrência de um comportamento, sempre terá a possibilidade de se abster dessa prática. E essa sempre seria, então, uma alternativa de que disporia em situações de risco projetado de prática de um resultado indesejado: a abstenção.

Essa é a razão pela qual a situação parece mais configurável em matéria de crimes omissivos. E isso porque, nesses casos, depara-se o sujeito com uma situação na qual tem o dever de intervir. E sabe o indivíduo que, nesses casos, ao deixar de fazê-lo, o seu comportamento tendencialmente conduzirá a consequências indesejadas.

Como se sabe, a configuração do crime omissivo, seja ele próprio ou impróprio, pressupõe a verificação de uma possibilidade de agir, a teor do art. 13, §2º, do Código Penal brasileiro. Acaso não disponha ele de qualquer possibilidade de ação, não se configura o crime omissivo. No entanto, parece possível projetar situações em que o indivíduo se omita na crença equivocada de que não dispõe de qualquer possibilidade de ação, embora tal possibilidade exista e seja a ele acessível. Veja-se que, nesse caso, não há propriamente um problema de representação relativo às circunstâncias do fato, dado que o sujeito tem plena ciência da situação que se lhe apresenta; ao mesmo tempo, tampouco há problema de representação quanto às consequências da sua omissão, dado que o indivíduo sabe que, ao se abster, o resultado indesejado é inafastável. Sua falha, portanto, é não representar uma alternativa de ação que se afigurava viável e acessível. Parece-nos que, nesse caso, a doutrina muito provavelmente afastaria a incidência do dolo, a despeito de o sujeito ter agido com pleno conhecimento de que sua omissão significaria a produção do resultado. Salvo melhor juízo, é o que se pode extrair das referências doutrinárias à necessidade de o elemento intelectual do dolo, no caso dos crimes omissivos, abranger todas as elementares do tipo omissivo, incluindo a capacidade de ação–[696] faltante no exemplo citado, ao menos na

[696] Jescheck, por exemplo, citando situações de omissão em que não se afigura demonstrável uma resolução propriamente de abandonar o curso das coisas – por exemplo, da esposa que descobre o plano do marido de roubar um banco, ou da esposa que descobre que seu amante planeja matar seu marido, mas nada faz para evitar o assassinato –, afirma que, nesses casos, "o dolo se esgota no conhecimento da situação típica e na

percepção equivocada do omitente. E isso, segundo vemos, é um forte argumento a favor da tese de que o conhecimento relativo às alternativas de comportamento é, ao lado do conhecimento relativo às circunstâncias do fato e às consequências do comportamento, um tipo de conhecimento relevante para o juízo de desvalor sobre o comportamento. A exemplo do que citamos anteriormente em relação aos demais objetos de conhecimento, quanto mais esclarecido é o comportamento, maior será, tendencialmente, a reprovação que recairá sobre ele. Isso serve, também, para esse caso: afinal de contas, não se pode equiparar o comportamento daquele que se omite sabedor de que dispõe de meios para intervir, ao comportamento daquele que, embora ciente das consequências de sua omissão, acredita sinceramente não haver meios disponíveis para intervir.

A despeito de a situação acima aludida ser mais facilmente enquadrável aos casos de omissão, parece-nos que também é possível imaginar casos de comportamentos comissivos nos quais a ação lesiva do indivíduo é realizada na expectativa de impedir um desfecho mais desfavorável. Pense-se, por exemplo, numa situação de estado de necessidade em que determinado cidadão, deparando-se com um indivíduo gravemente ferido em um membro, sabedor de que a amputação desse membro lhe salvaria a vida, e acreditando ser essa a única maneira de mantê-lo vivo, decida realizar o procedimento, sem perceber a existência de um caminho alternativo que comprovadamente lhe preservaria não só a vida, mas, também, o seu membro amputado.[697] [698] Coloca-se, aqui, a mesma situação anterior: o indivíduo tem a representação exata da situação que se apresenta, bem como das consequências que advirão do seu comportamento – privação permanente de um dos membros da vítima. Mais do que isso: nesse caso é possível afirmar, inclusive, que o indivíduo agiu com intenção inequívoca de amputar o membro da vítima, diante do que, ao menos em tese, afigurar-se-ia sob certo ponto de vista – nomeadamente, do ponto de vista

consciência da própria capacidade de ação", não se podendo falar, aqui, em intenção. Mais adiante, afirma que, nessas situações, em que pese não se possa falar de uma intenção ou de uma autêntica resolução, "resulta determinante a representação que tenha o omitente sobre a situação típica, a posição de garante e a possibilidade de ação". (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 680-681.).

[697] Não nos parece que essa seja a situação paradigmática que a doutrina costuma tratar sob o título de "erro de tipo permissivo". E isso porque, nesses casos, o agente supõe erroneamente a existência de uma situação de fato que, acaso existente, excluiria a ilicitude do comportamento. Contudo, no exemplo tratado, não há equívoco de representação por parte do agente em relação às circunstâncias do fato. Sua leitura quanto a essas circunstâncias, ao contrário, é precisa: acaso o indivíduo não tivesse agido, teria a vítima, de fato, morrido, tendo sido a amputação uma alternativa realmente eficaz para o impedimento da morte, ainda que não fosse essa a melhor alternativa disponível.

[698] Trata-se de um exemplo que, embora bastante extremo, possui grande afinidade com situações de alguma maneira corriqueiras na realidade médica, de modo que uma análise mais detida dessa questão parece ser frutífera, também, em relação ao trato da matéria do erro médico com relevância jurídico-penal.

daqueles que associam o dolo à intenção – defensável a imputação das lesões a título de dolo. Ainda assim, não parece que o desvalor desse comportamento seja equiparável àquele que se pode surpreender nos crimes dolosos, nos quais, via de regra, o indivíduo, ciente das circunstâncias dos fatos e das implicações esperadas de sua conduta, e plenamente ciente inclusive da possibilidade de um ou mais comportamentos alternativos – entre eles, o de se abster de qualquer prática – decide-se, ainda assim, pelo comportamento danoso, sabedor – e, inclusive, desejoso – de causar a amputação. Nesse caso, seja porque houve uma falha na representação das alternativas de que dispunha, seja inclusive porque o indivíduo agiu motivado pela situação de urgência que se impunha, e com a finalidade única de salvar a vida da vítima, parece possível afirmar a existência de um conteúdo de desvalor muito mais correlacionado àquele próprio da imputação culposa, pelo que se afigura a nosso ver mais acertado, no caso, o reconhecimento de uma situação de excesso culposo, punível nos termos do parágrafo único do art. 23 do Código Penal brasileiro.[699] [700] Ou seja, não vemos como

[699] Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

[700] Não nos parece tampouco que a situação se enquadre naquilo que a doutrina denomina de "excesso exculpante", no qual, via de regra, o equívoco de representação decorre de uma situação de perturbação mental, pânico ou susto. Parte-se da premissa de que uma coisa é o excesso puro e simples, o qual poderá ser imputado a título de dolo (quando o agente possui consciência de que ultrapassa os limites da atuação necessária), culpa (quando o agente não possui consciência de que ultrapassa os limites da atuação necessária, em hipótese de erro vencível) ou mesmo não ser imputado (quando o agente não possui consciência de que ultrapassa os limites da atuação necessária, em hipótese de erro invencível). Assim, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 444 et seq. Em leitura próxima, sem referência, contudo, à possibilidade de não imputação do excesso, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal*: parte general, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 608-609. Uma situação bastante específica, contudo, apresenta-se quando o excesso é determinado por perturbação mental, susto ou medo. Em tais casos, admite-se a não punição, via de regra falando a doutrina em exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Defendendo tratar-se o excesso decorrente de perturbação mental, susto ou medo, de situação de exclusão da culpabilidade – referindo-se, convém observar, especificamente ao excesso na situação de legítima defesa –, entre outros, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 528, e STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. Traducción de: Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005. p. 204-205, quem defende, inclusive, que a solução de impunidade não deve se aplicar somente aos casos de atuação inconsciente além dos limites da atuação necessária, mas também aos casos de atuação consciente. Idêntica é a posição, no particular, de ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 933, e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 626-627. Essa discussão será retomada em nosso item 5.2.1.4.3.1. O que nos interessa por ora discutir, no entanto, é que no exemplo tratado no texto, não há necessariamente que se imaginar uma situação de medo, susto ou perturbação mental. Pode-se perfeitamente conceber que a escolha pela amputação tenha decorrido de um ato de reflexão e frieza – não se podendo falar, então, em "excesso exculpante", ao menos no sentido tradicionalmente atribuído pela doutrina. Mas mesmo o fato de o equívoco não se dever a uma situação de perturbação mental, susto ou medo, isso não altera o fato de que o sujeito falhou ao identificar as alternativas de comportamento possíveis, agindo sem essa representação, devendo responder, portanto, não dolosa, mas culposamente.

possível, nesse contexto, imputar ao agente o excesso a título de dolo, ainda que tenha ele agido com a inequívoca intenção de amputar o membro da vítima. Tal solução por certo não seria a mesma acaso se constatasse, por parte do agente, a plena ciência acerca da existência de alternativas de comportamento, contexto em que muito provavelmente se afiguraria mais adequada a imputação do excesso a título de dolo.

Sendo isso verdadeiro, fica demonstrado que o conhecimento relevante para o direito penal não é somente aquele que tem por objeto as circunstâncias do fato, tampouco somente aquele que tem por objeto o resultado da conduta, afigurando-se de fundamental importância, também, aquele conhecimento que recai sobre as *alternativas de ação disponíveis*.

b) Graus de conhecimento

Mas uma coisa é o objeto do conhecimento – que, como se viu, pode se relacionar ao fato e suas circunstâncias, ao resultado do comportamento e às alternativas de comportamento disponíveis; coisa diversa é o grau de conhecimento que o sujeito pode possuir com relação a qualquer desses conhecimentos.

Na medida em que vimos, também, que, do ponto de vista do juízo de desvalor relacionado à dimensão cognitiva do comportamento, tais conhecimentos devem ser tomados em um sentido subjetivo, associado à ideia de crença, e independentemente da efetiva correspondência com os dados da realidade (ou, em outros termos, com independência da procedência ou improcedência dessa crença), é possível afirmar que o grau de conhecimento pode variar desde a certeza de que uma proposição é verdadeira, até a certeza de que ela é falsa.[701]

Conforme sistemática apresentada por Simons[702], em ordem decrescente de segurança quanto à crença (*belief*) em uma determinada proposição, assumindo-se que "P" seja a proposição referida a uma circunstância ou a um resultado, teríamos os seguintes graus: 1. Crença de que P. 2. Crença de que P é praticamente ou substancialmente certo. 3. Crença de que P e não-P são igualmente prováveis. 4. Crença de que há um risco substancial de P. 5. Crença de que não-P.

O próprio autor reconhece a existência de graus intermediários. Por exemplo, entre os graus 2 e 3, o Model Penal Code define o conceito de *knowledge* como a "crença em uma

[701] SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, p. 539.
[702] SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, p. 539.

elevada probabilidade".[703] Ao mesmo tempo, entre os graus 4 e 5, afigurar-se-ia potencialmente enquadrável o conceito de "previsão real" (*actual foresight*), segundo qual o indivíduo acredita que o evento possui uma "chance não-trivial" de ocorrer – embora o mesmo conceito, por vezes, conforme o próprio autor ressalva, acabe por ser relacionado simplesmente à circunstância de o indivíduo ter considerado o risco, independentemente da sua crença quanto à probabilidade de ocorrência.[704]

Nossa tradição jurídica, contudo, trabalha a partir de parâmetros diversos, e via de regra relacionados somente àquele conhecimento que tem por objeto as consequências da ação. E bom exemplo disso são as diversas teorias que propõem critérios para distinguir o dolo da culpa a partir do grau de conhecimento – as já reiteradamente citadas *teorias cognitivas* do dolo. Como já se disse, enquanto algumas dessas teorias se distinguem por exigirem graus distintos de representação do perigo, diferenciando-se quase que sob um aspecto quantitativo – por exemplo, aquelas que exigem a representação de uma possibilidade e aquelas que exigem a representação de uma probabilidade–, outras parecem reivindicar determinadas qualidades do perigo representado – por exemplo, um "perigo desprotegido" ou um "perigo doloso".[705]

No entanto, o aspecto cognitivo, como já se disse, é uma propriedade do comportamento humano em geral, e por certo não somente do comportamento doloso. Daí que, ao rol de teorias que associam o dolo – em sua modalidade eventual ou indireta – a determinados graus de conhecimento, seja necessário acrescer, também, o grau de conhecimento via de regra associado à imputação culposa – tanto na chamada culpa consciente, quanto na chamada culpa inconsciente –, bem como aquele associado ao dolo direto tanto de primeiro, quanto de segundo graus.

Com efeito, se no dolo direito de segundo grau imputa-se o resultado tido como uma consequência necessária do comportamento, uma consequência, em outras palavras, que o agente tem como certa,[706] tem-se que a certeza constitui um grau de crença eventualmente encontrado em determinadas situações penalmente relevantes. Cuida-se, por sinal, da mais intensa forma de aparecimento da dimensão cognitiva do comportamento. Por

---

[703] SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, p. 539, nota 262.
[704] SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, p. 539, nota 262.
[705] Sobre tais teorias, ver VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 127 et seq.
[706] Assim o define, por exemplo, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 367.

outro lado, na culpa consciente, fala-se, via de regra, que o agente prevê a possibilidade de ocorrência do resultado, *mas confia que o resultado não ocorrerá*.[707] Na culpa inconsciente, por sua vez, o que falta ao agente é, precisamente, a previsão da possibilidade de ocorrência do resultado.[708]

Viu-se já que a modalidade de imputação subjetiva não pode ser associada diretamente a um determinado estado mental, como, por exemplo, o conhecimento. Tal conhecimento necessariamente deverá ser associado, entre outras coisas, a um grau de vontade, bem como, potencialmente, a uma finalidade e a um modo de realização do comportamento, tudo de maneira a se estabelecer o tipo de responsabilidade subjetiva. Sendo assim, não é o simples fato de o agente possuir uma ou outra crença que determinará, sem mais, a modalidade de imputação subjetiva. Não obstante, a análise dos estados mentais que via de regra são associados aos conceitos de dolo direto, indireto, culpa consciente e inconsciente, parece-nos um importante parâmetro para a observação dos graus de conhecimento que um comportamento penalmente relevante poderá, eventualmente, possuir.

Tudo isso considerado, a partir não somente da doutrina germânica que inspira a produção teórica nacional, mas também da literatura anglo-saxônica – afinal de contas, com independência da procedência da doutrina, o que nos interessa, neste ponto, são as propriedades do comportamento humano em geral – é possível trabalhar com os seguintes graus de conhecimento, assumindo-se que "P" consiste em uma proposição relativa a uma circunstância do fato ou a um resultado:

1. Crença de que P é certo.
2. Crença de que P é praticamente certo.
3. Crença de que P possui mais chances do que não-P.
4. Crença de que P e não-P são igualmente possíveis.
5. Crença de que não-P possui mais chances do que P.
6. Crença de que P é praticamente impossível e, portanto, não ocorrerá.
7. Crença de que não-P é certo.
8. Ausência de qualquer crença sobre P.

---

[707] Nesse sentido, por todos, ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 1019. Falando em uma atitude de descuido ou leviandade como fundamento para a afirmação da culpabilidade pelo delito culposo, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 898.

[708] Assim, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 611.

Como se percebe, há graus de conhecimento que se afiguram *tendencialmente* mais relacionados a determinadas modalidades de dolo e de culpa. Enquanto o estado 1, ao menos em princípio, aparenta ser mais relacionado à figura do dolo direto de segundo grau, os graus 2 e 3 aparentam ser associados ao dolo eventual – podendo, também, ser associados ao dolo direto de primeiro grau, contanto que associados, conforme doutrina mais tradicional, a algum grau de vontade de realização do resultado.[709] O grau 4 demonstra, em tese, compatibilidade tanto com o chamado dolo eventual, quanto com a culpa consciente. Essa, por sua vez, normalmente está em causa nos graus 5 e 6, enquanto a culpa inconsciente se associa aos graus 7 e 8. Novamente, importa destacar que essa não é uma associação necessária, mas apenas mais frequente – afinal de contas, como já amplamente referido, a determinação do tipo de responsabilidade subjetiva pressupõe a análise de outros aspectos concorrentes.

Assim, a título meramente ilustrativo, parece possível fazer as seguintes associações *tendenciais* no que diz respeito às proposições relativas ao resultado (PR) e sua combinação com as hipóteses de ocorrência ou não desse resultado – compreendendo-se, nesse caso, o resultado como resultado naturalístico exigido pelo tipo:

Quadro 1:

Grau de conhecimento	**Ocorrência de R**	**Inocorrência de R**
1. Crença de que PR é certo.	Crime doloso	Crime tentado
2. Crença de que PR é praticamente certo.	Crime doloso (dolo direto ou dolo eventual)	Crime tentado (tentativa e dolo eventual)
3. Crença de que PR possui mais chances do que não-PR.	Crime doloso (dolo eventual)	Crimes de periclitação da vida e da saúde (dolo de perigo); ou Indiferente penal
4. Crença de que PR e não-PR são igualmente possíveis.	Crime doloso (dolo eventual); ou Crime culposo (culpa consciente)	Indiferente penal
5. Crença de que não-PR possui mais chances do que PR.	Crime culposo (culpa consciente)	Indiferente penal
6. Crença de que PR é praticamente impossível e, portanto, não ocorrerá.	Crime culposo (culpa consciente)	Indiferente penal
7. Crença de que não-PR é certo.	Crime culposo (inconsciente)	Indiferente penal

[709] Referimo-nos, aqui, em especial, às concepções volitivas de dolo, que fundamentam o dolo eventual em algum conteúdo de vontade. Sobre isso, ver itens 4.5. e 5.2.1.4.2.

8. Ausência de qualquer crença sobre PR.	Crime culposo (inconsciente); ou Indiferente penal	Indiferente penal

Fonte: Elaborado pelo autor.

Também é necessário esclarecer que os graus de conhecimento em questão podem dizer respeito tanto a uma circunstância de fato, quanto ao resultado esperado. O que significa, por exemplo, que ter uma crença em "P" pode significar tanto a crença de que uma circunstância existe (como, por exemplo, que os produtos recebidos são objeto de crime) quanto, diferentemente, a crença em um determinado resultado (por exemplo, que, ao agir de determinada maneira, causará a morte de outrem).[710]

Seria de se perguntar, sobre isso, se o juízo de valor que recai sobre o conhecimento que tem como objeto as circunstâncias do fato se apresenta de maneira simétrica ao juízo de valor que recai sobre o conhecimento que tem por objeto os resultados do comportamento. Por exemplo, imaginando-se a situação de um indivíduo que recebe coisa que, segundo acredita, tem boa probabilidade de ser produto de crime, seria de se questionar se esse grau de conhecimento bastaria para que se pudesse a ele imputar o crime de receptação, previsto no art. 180 do Código Penal brasileiro.[711]

Cuida-se de questão que mereceria maior aprofundamento pela doutrina. Parece argumentável, ao menos a partir das práticas vigentes, que, verdadeiramente, o conhecimento relativo às circunstâncias do fato seja valorado a partir de *standards* diversos daquele conhecimento relativo à projeção do resultado, ao menos em relação ao grau exigido. E isso no seguinte sentido: a imputação do crime, ao menos na forma dolosa, não parece ser admitida com facilidade fora dos casos em que o indivíduo representa como certa uma determinada circunstância; apesar disso, parece livre de controvérsia o fato de que até mesmo em situações nas quais o indivíduo não representa como certa a ocorrência de um resultado ainda assim seria possível, a depender de outros fatores, a imputação do dolo.

A disciplina legal do crime de receptação de alguma maneira lança luzes interessantes à elucidação dessa questão. Veja-se que a legislação trabalha com três situações: i) coisa que se *sabe* ser produto de crime; ii) coisa que se *deve saber* ser produto de crime; iii) coisa que *se deve presumir* obtida por meio criminoso. A inclusão, na

[710] SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, p. 539.
[711] Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

modalidade do *caput*, de uma exigência de conhecimento poderia ser interpretada como um pleonasmo legislativo, já que, sendo o dolo compreendido, na linha da doutrina tradicional, como conhecimento e vontade de realização da conduta típica, e sabendo-se que, a teor do art. 20 do Código Penal brasileiro, o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal exclui o dolo, mesmo que não houvesse qualquer referência explícita à circunstância de o agente *saber* ser a coisa produto de crime, o crime não estaria configurado sem esse conhecimento. Ao utilizar tal redação, o legislador não somente torna explícita a exigência de que o indivíduo *saiba* que a coisa é produto de crime, de modo a não admitir a imputação da receptação dolosa fora desses casos, mas também prevê modalidades diversas do crime que se configuram precisamente quando esse conhecimento não se apresentar em grau máximo, fortalecendo a conclusão de que a imputação dolosa, ao menos no caso da receptação, não poderia prescindir desse tipo de conhecimento. Especificamente no caso do §3º do art. 180 do Código Penal brasileiro,[712] tem-se a chamada *receptação culposa*, que prevê pena consideravelmente mais baixa, distinguindo-se da modalidade do *caput* exatamente por dispensar o conhecimento sobre a origem da coisa.

Mas se a análise resta facilitada em relação ao delito de receptação, precisamente porque a graduação relativa ao conhecimento foi incluída nas redações típicas, a questão não se coloca de maneira tão simples em outros casos, nos quais a referência ao grau de conhecimento exigido não se faz presente na redação do tipo. Pense-se, por exemplo, no indivíduo que, em um aeroporto, é abordado por um estranho, que lhe oferece enorme quantia em dinheiro para despachar uma mala em seu nome, ao que aceita a proposta, sendo a bagagem despachada e se constatando, no raio x, que ela se encontra carregada com significativa quantidade de drogas. Nesse caso, muito embora se possa afirmar que o indivíduo representava uma elevada probabilidade de a mala possuir conteúdo suspeito, especificamente drogas, dado que em momento algum ele manipulou a mala ou tampouco foi informado sobre o seu conteúdo – suponhamos, inclusive, que o proponente tenha apresentado alguma outra justificativa implausível – não se poderia dizer que ele tinha certeza disso, ou mesmo que ele conhecesse efetivamente a circunstância, posteriormente constatada, de estar transportando drogas. A questão é da maior relevância, uma vez que, sendo considerado que a exigência de um conhecimento efetivo – i.e., em grau máximo,

[712] Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (...) § 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: (...) Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas.

quando o cidadão tem por certa a circunstância – seja determinante para a imputação dolosa, então somente se poderia cogitar no caso de um comportamento culposo; e, como se sabe, não havendo previsão legal de tráfico de drogas culposo, seria o comportamento impune. Contudo, em casos similares a esse, a jurisprudência tem admitido a imputação do delito de tráfico de drogas, a despeito da falta desse conhecimento, reconhecendo tratar-se de hipótese de dolo eventual, sob a justificativa de que o agente, ao realizar tal empreitada em tais circunstâncias, teria "assumido um risco" .[713]

Precisamente aqui, aliás, se insere a problemática relativa às situações de cegueira deliberada, e a polêmica imputação, nesses casos, do dolo eventual. Trata-se de tema bastante controverso na doutrina e na jurisprudência pátrias – podendo-se diagnosticar, no particular, a existência de uma tendência jurisprudencial de admitir a imputação do dolo eventual,[714] acompanhada de uma tendência doutrinária muito mais pronunciada de criticar

[713] Apenas para exemplificar, veja-se: "EMENTA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. [...] ART. 33 DA LEI 11.343/06. DOLO EVENTUAL. ERRO DE TIPO NÃO COMPROVADO. [...] 3. O delito de tráfico de drogas admite o dolo na modalidade genérica, consistente na vontade livre e consciente do agente de importar e transportar substância que sabe ser entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. 4. Hipótese em que a ré foi contratado como "mula", e, sob esta condição, assumiu o risco na empreitada criminosa. Caracterizado, assim, o dolo eventual da agente, o que basta à perfectibilizacão do delito de tráfico de entorpecentes. [...] (TRF4, ACR 5000330-52.2013.4.04.7001, SÉTIMA TURMA, Relatora SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, juntado aos autos em 20/11/2019). Do inteiro teor, extrai-se: "[...] No caso dos autos, não obstante a ré afirme desconhecer a presença de medicamentos no interior das caixas de videogame que transportava para o seu contratante (Roberto), admitiu que há aproximadamente quatro anos viajava uma vez por mês ou a cada 15 dias a Foz do Iguaçu para realizar o transporte, até São Paulo, da mala que era entregue por Roberto, recebendo a quantia R$600,00 mais o valor das passagens a cada viagem. Resta claro que Josiane atuava como 'mula'. Logo, valendo-se a ré dessa atividade como meio de sustento, *dela se esperava um mínimo de interesse em saber que produtos exatamente estava transportando na região de fronteira*. Ocorre que assim não agiu, *assumindo o risco* de importar produtos proibidos -inclusive drogas, como é o caso-, o que é suficiente à subsunção da conduta ao tipo penal descrito no art. 33, c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006" (grifos nossos). Também diagnosticando uma tendência jurisprudencial de imputação dolo em tais casos, PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p 187 et seq.

[714] A título de exemplo: "EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO. ART. 334-A, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL C/C ART. 3º DO DECRETO-LEI Nº 399/68. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. NÃO CONSTATADA. AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOLO EVENTUAL. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] 2. À luz da teoria da cegueira deliberada, não é dado ao agente se eximir da responsabilidade ao se colocar voluntariamente numa posição da alienação diante de situações suspeitas, procurando não se aprofundar no conhecimento das circunstâncias objetivas. Configurado o dolo do réu, no mínimo, em caráter eventual, pois aceitou participar do transporte de produto ilícito do qual possuía plena possibilidade de conhecer de sua ilicitude." (TRF4, ACR 5000338-71.2019.4.04.7016, SÉTIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 18/12/2019)". Ainda: "EMENTA: PENAL. DESCAMINHO. ARTIGO 334, CAPUT C/C §1º, "C", DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CEGUEIRA DELIBERADA. MOTORISTA. CONDENAÇÃO. [...] 5. Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também quem assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Ao indivíduo que, como motorista, transporta mercadorias estrangeiras, não é dado excluir a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto ou objetos da carga, quando teriam condições de aprofundar o seu conhecimento. [...] (TRF4, ACR 5002971-36.2016.4.04.7121, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 05/12/2019).

essa posição.[715] A polêmica fica a dever-se ao fato de a cegueira deliberada retratar exatamente a situação anterior: o sujeito age sem a certeza quanto à existência de uma determinada circunstância, mas antes com uma simples crença de que tal circunstância se apresenta em grau de possibilidade ou probabilidade. O agente opera, pois, com um grau de conhecimento inferior relativo às circunstâncias do fato, colocando-se, então, o problema de saber se esse inferior grau de conhecimento seria suficiente para autorizar a imputação do resultado a título de dolo.

Por um dever de coerência, considerada a nossa defesa acerca de uma perspectiva normativa de dolo, que o define como um título jurídico de atribuição, resultado – e não causa – do juízo de desvalor da conduta, e não atrelado conceitualmente a determinados estados mentais, parece-nos razoável admitir que, em certas situações, mesmo um grau de conhecimento inferior, mais especificamente aqueles descritos nos itens 2 e 3, possa, quando associado a outros aspectos – subjetivos, objetivos e normativos – justificar a imputação do dolo eventual. Parece-nos, aliás, um tanto incoerente para aqueles que defendem uma perspectiva normativa de dolo, não raro colocando em dúvida a própria existência de estados mentais, que defendam, ao mesmo tempo, que o *conhecimento* absoluto do agente seja um fator imprescindível para a imputação dolosa. No mínimo, isso soa um tanto arbitrário: por qual razão, por exemplo, a intenção não poderia ser interpretada em sentido psicológico – invocando-se, também, a impossibilidade de se auditar o psicológico do sujeito –, mas, em relação ao conhecimento, tais óbices não existiram? Arbitrário, também, é tolerar que os diversos graus de conhecimento inferiores ao da certeza se afigurem compatíveis com a imputação dolosa somente quando esse conhecimento se referir à produção do resultado, mas considerá-los absolutamente incompatíveis com a imputação dolosa quando tal conhecimento tiver por objeto as circunstâncias do fato. Como se não estivéssemos a falar de dois tipos de conhecimentos que se afiguram igualmente relevantes para a orientação ética do indivíduo, bem como para a sua orientação perante a ordem jurídica. E se se pode dizer que se decide contra o bem jurídico não somente aquele que tem certeza, mas também aquele que, sabedor da elevada probabilidade de seu comportamento desencadear um resultado nocivo, decide ainda assim atuar, por uma questão de coerência o mesmo deveria valer para aquele que é sabedor da elevada probabilidade de existência de uma circunstância que, acaso

[715] De maneira crítica, divergindo quanto à corriqueira associação entre os casos de cegueira deliberada e o dolo eventual, LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018. passim. E, de forma mais explícita, p. 189 et seq. Em sentido contrário, a também recente obra de PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. passim. E, explicitamente, p. 203 e p. 227.

efetivamente presente, torne o comportamento criminoso e representativo de uma ofensa a um bem jurídico. Aliás, é interessante observar o seguinte: enquanto, em relação ao grau de conhecimento sobre o resultado, a ausência de certeza quanto a esse se deve, muitas vezes, a fatores que o indivíduo não necessariamente controla – por exemplo, a trajetória do projetil, a presteza no atendimento da vítima etc. –, nos casos normalmente tratados como de "cegueira deliberada" o indivíduo tem como certo que, acaso a circunstância sobre a qual desconfia esteja efetivamente presente, o resultado juridicamente desvalioso fatalmente ocorrerá – por exemplo, o indivíduo, embora não tenha certeza da existência de drogas dentro da mala, tem ao menos a certeza de que, na hipótese de a mala estar efetivamente carregada com drogas, estará ele a praticar o delito de tráfico de drogas, ocasionando um resultado juridicamente desvalioso. E, mesmo com essa convicção, bastante para instituir um dever de informação ou de abstenção, decide-se o indivíduo pela prática do comportamento, normalmente visando à obtenção de algum tipo de benefício – é dizer, o indivíduo deixa de se informar ou de se abster precisamente porque a prática do comportamento lhe trará benefícios, os quais decide priorizar em detrimento dos interesses violados com a sua prática. Diga-se, ademais, que não se trata de uma mera desconfiança, mas antes de uma crença de graus 2 ou 3, a ponto de o indivíduo não poder sequer falar em surpresa diante da revelação da circunstância. Poder-se-ia ainda especular que, nos casos mais paradigmáticos de cegueira deliberada, sua convicção ao agir é tamanha que, acaso viesse o indivíduo a ser expressamente informado sobre a existência da circunstância que escolheu ignorar, prosseguiria na prática ainda assim, ignorando a informação e, muito provavelmente, amaldiçoando aquele que lhe a forneceu – dado que, no mais das vezes, o intuito da ignorância não é o de uma tranquilidade ética, mas o de uma expectativa de proteção jurídica, a qual se vê frustrada diante do fornecimento indesejado da informação. Daí a impossibilidade, também, em se falar que o sujeito que age nessas condições incorre em "erro", a se justificar o tratamento dispensado pelo art. 20 do Código Penal brasileiro: ora, aquele que age acreditando que a presença de uma circunstância é mais provável do que improvável não "erra"; mais propriamente se pode dizer que ele "acerta", pois a realidade se revela precisamente da maneira como o indivíduo reputa mais provável. Daí que, segundo vemos, a hipótese denominada de "erro" parece reservada às situações em que o sujeito ou estima a inocorrência da circunstância mais provável que sua ocorrência, ou sequer delibera

a respeito – sendo certo que, quanto maior o sujeito estimar a chance da circunstância estar presente, com maior razão se poderá considerar o erro vencível.[716]

Diante disso, ainda a título meramente ilustrativo, parece possível fazer as seguintes associações *tendenciais* no que diz respeito às proposições relativas a circunstâncias de fato (PCF) e sua combinação com as hipóteses de verificação ou não dessa circunstância – considerando-se tais circunstâncias como circunstâncias elementares e, pois, prejudiciais à adequação típica:

Quadro 2

Grau de conhecimento	**Ocorrência da circunstância de fato**	**Inocorrência da circunstância de fato**
1. Crença de que PCF é certo.	Crime doloso	Delito putativo (crime impossível, por impropriedade absoluta do objeto)
2. Crença de que PCF é praticamente certo.	Crime doloso (dolo eventual), situação de cegueira deliberada	Indiferente penal
3. Crença de que PCF possui mais chances do que não-PCF.	Crime doloso (dolo eventual), situação de cegueira deliberada	Indiferente penal
4. Crença de que PCF e não-PCF são igualmente possíveis.	Crime culposo (culpa consciente), punível se houver previsão legal	Indiferente penal
5. Crença de que não-PCF possui mais chances do que PCF.	Erro de tipo, situação de crime culposo (se o erro for vencível), punível se houver previsão legal, e indiferente penal (se o erro for invencível)	Indiferente penal
	Erro de tipo, situação de crime culposo (se o erro for vencível), punível se houver previsão legal, e	Indiferente penal

[716] Também argumentando pela impossibilidade de subsunção das situações de cegueira deliberada às hipóteses de erro, realizando uma ampla exposição sobre a distinção dogmática entre as situações de *erro* e *ignorância*, PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 127 et seq., em especial p. 138. A posição do autor, contudo, não coincide com aquela aqui adotada: considera ele que o *erro* somente existiria nos casos de *defeito de representação*, enquanto a ignorância ocorreria nos casos de *ausência de representação*. Estamos aqui a considerar que não somente um defeito de representação – o que, segundo vemos, poderia ser associado à crença, como certo, sobre não-PCF –, mas também a ausência de representação de PCF justificariam falar em erro. O que não poderia ser qualificada como erro, segundo vemos, é a situação em que o sujeito projeta a maior probabilidade de ocorrência de uma circunstância que, de fato, vem a ocorrer.

6. Crença de que PCF é praticamente impossível e, portanto, não ocorre.	indiferente penal (se o erro for invencível)	
7. Crença de que não-PCF é certo.	Erro de tipo, situação de crime culposo (se o erro for vencível), punível se houver previsão legal, e indiferente penal (se o erro for invencível)	Indiferente penal
8. Ausência de qualquer crença sobre PCF.	Erro de tipo, situação de crime culposo (se o erro for vencível), punível se houver previsão legal, e indiferente penal (se o erro for invencível)	Indiferente penal

Fonte: Elaborado pelo autor.

Tudo considerado, cruzando-se as duas associações realizadas, parece confirmada a ideia de que o conhecimento relativo às circunstâncias do fato tende a ser valorado a partir de *standards* ligeiramente diversos daquele conhecimento relativo à projeção do resultado. A imputação dolosa, no que diz respeito aos conhecimentos que têm por objeto as circunstâncias do fato, exige um maior grau de convicção do que aquele exigido em relação ao conhecimento sobre o resultado do comportamento: a doutrina – parece-nos que majoritária – não a admite nas situações 2 e 3, ao passo que, segundo nossa visão, isso parece admissível nas situações 2 e 3, mas não na situação 4. Além disso, enquanto graus inferiores de crença quanto à ocorrência do resultado (5, 6, 7 e 8) já justificam a responsabilização criminal a título de culpa quando o resultado se verificar, esses mesmos graus de conhecimento relativos às circunstâncias do fato somente permitirão a responsabilização a título de culpa quando se constatar a existência de um erro vencível. Fora desses casos, não haverá qualquer desvalor que justifique a imputação do resultado a título de culpa.

Finalmente, uma palavra sobre a questão dos *conhecimentos especiais* do autor. Dado que, segundo nossa compreensão, os conhecimentos que integram a dimensão cognitiva do comportamento devem ser tomados em sentido subjetivo, associados à noção de crença, parece evidente que o grau de conhecimento que o sujeito titula – e que se submete à valoração – abrange, também, os seus conhecimentos especiais. Nesse sentido, determinar se o indivíduo agiu com a crença de que o resultado era *certo* ou *provável* não depende das considerações ordinárias de uma pessoa "média" sobre a situação que se apresentava, mas

sim pelo seu conhecimento concreto, incluindo as informações que dispunha em razão de suas experiências pessoais ou habilidades extraordinárias, nas quais baseou a sua projeção.

5.2.1.4.2 Dimensão Desiderativa

O comportamento humano não é pautado exclusivamente pela dimensão cognitiva. Na realidade, como ensina Castilla del Pino, sequer há discurso exclusivamente cognitivo, na medida em que na simples eleição de um conteúdo é possível surpreender uma relação afetiva ou preferencial.[717] Nem mesmo discursos científicos fogem a essa regra: a escolha de um tema, a elaboração de um roteiro de pesquisa, sua estruturação e estilo de redação são todos aspectos que exprimem uma relação afetiva ou preferencial por parte do pesquisador.

Daí que, como já dissemos anteriormente, a vinculação do sujeito aos objetos pressuponha processos cognitivos e processos desiderativos: o indivíduo *conhece* e, dentro daquilo que conhece, *deseja*.[718] Essa vinculação afetiva para com o objeto consiste na capacidade de o sujeito com ele identificar-se, "tornando-o seu empírica ou virtualmente", atraindo para si o objeto e com ele formando uma unidade ou estrutura.[719] Cuida-se de uma vinculação que se afigura tão mais visível quanto mais intenso o desejo, embora tal estrutura – afetiva ou desiderativa – não seja essencialmente distinta a depender do grau de desejo verificado.[720]

A exemplo do que destacamos em relação à dimensão cognitiva, também parece possível falar, aqui, de uma "gramática afetiva": essa, diferentemente, caracteriza-se pelos juízos de valor do próprio sujeito sobre aqueles juízos lógicos que pautam a sua vinculação cognitiva, ou seja, a maneira como ele valora ou quer aquela realidade, a maneira como aquela realidade o afeta, tanto no sentido da sua aceitação, quanto no sentido da sua rejeição.[721] Tal gramática se exprime por meio de sentenças como "o menino quer a sua mãe", "P ama Q", "X odeia Z", entre outras.[722]

Segundo vemos, tais processos desiderativos possuem correspondência com os processos desiderativos que se afiguram relevantes para o direito penal. Quando se diz, por

[717] CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*. Barcelona: Tusquets Editores, 2001. p. 56.
[718] CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*. Barcelona: Tusquets Editores, 2001. p. 55. Também adotando essa orientação no âmbito jurídico-penal, DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-21. p. 14.
[719] CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*. Barcelona: Tusquets Editores, 2001. p. 57.
[720] CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*. Barcelona: Tusquets Editores, 2001. p. 57.
[721] CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*. Barcelona: Tusquets Editores, 2001. p. 57.
[722] CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*. Barcelona: Tusquets Editores, 2001. p. 57.

exemplo, que o indivíduo, para além de representar a possibilidade de ocorrência de um resultado como desdobramento de seu comportamento – por exemplo, a morte de outrem –, age com a *intenção* de obtê-lo, sendo-lhe *indiferente*, *aceitando-o* ou *rejeitando-o*, estamos precisamente examinando a dimensão desiderativa do seu comportamento, que, em última análise, *exprime a forma como o indivíduo se vincula afetivamente com um dado objeto da vontade* – nesse caso, como ele se vincula afetivamente com o resultado projetado (morte).

Trata-se de um aspecto tradicionalmente relevante para a determinação da imputação subjetiva. Em particular, mas não só, dentre os finalistas, com a relevância que tal escola tende a atribuir às chamadas estruturas lógico-reais, como, por exemplo, a finalidade.[723]

Com efeito, são inúmeras as construções teóricas que condicionam a imputação do dolo a algum tipo de inclinação desiderativa do agente em relação ao fato típico. Arrancam desse pressuposto, basicamente, as chamadas *teorias volitivas* do dolo. O dolo direto, por exemplo, normalmente é associado ao comportamento praticado com *intenção*;[724] na modalidade indireta ou eventual, há múltiplas teorias a respeito, algumas das quais invocam estados anímicos como, por exemplo, o da *indiferença*[725] ou o da *aprovação* ou *consentimento*.[726]

Por sua vez, a culpa ordinariamente é definida como a modalidade de imputação subjetiva que tem lugar nos casos em que o sujeito *não quis* o resultado, mas a ele deu casa em razão da violação a um dever de cuidado objetivo.[727] Chega-se inclusive a falar, por conta disso, que não haveria sequer uma dimensão subjetiva a ser analisada na culpa, que se definiria, então, em termos estritamente objetivos.[728]

Destacamos já por diversas vezes que as noções de dolo e culpa não estão associadas a estados mentais pré-determinados, sejam eles cognitivos ou desiderativos. No entanto, esses estados mentais se afiguram como o substrato sobre o qual recai o juízo de valor que

---

[723] Sobre isso, ver itens 2.2.3, 4.3 e 4.4.

[724] Assim, por todos, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 318.

[725] Construção originalmente formulada por Engisch. Sobre isso, ver ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* Madrid: Civitas, 1997. p. 432.

[726] Posição sustentada pela jurisprudência alemã. Nesse sentido, ver ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* Madrid: Civitas, 1997. p. 430-432.

[727] Nesse sentido, conferir, por todos, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 868 et seq.

[728] Assim, conferir, por todos, STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. Traducción de: Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005. p. 418.

dá forma ao desvalor da conduta, o qual, por sua vez, justificará a imputação dolosa ou culposa.[729]

Trata-se, aqui, de uma simetria em relação às práticas sociais. O juízo de valor que direcionamos aos comportamentos cotidianos passa, em boa medida, pela consideração do aspecto desiderativo do comportamento. Como, afinal de contas, o indivíduo se vincula afetivamente àquela realização? Trata-se de algo que o indivíduo buscava, rejeitava ou sequer considerava? Tais questões determinam a maneira como percebemos um dado comportamento.

Hassemer já pôs em evidência a necessidade de o direito penal distinguir os "graus de participação interna", os quais passam necessariamente pelo exame da dimensão desiderativa do comportamento. Como bem destaca o autor, a distinção entre graus de participação interna atende a "critérios de justiça", bem como a "esquemas de racionalidade que dominam no nosso cotidiano e determinam a nossa cultura", afigurando-se, inclusive, como uma diferenciação "obrigatoriamente histórica".[730] Para o autor, não se pode pretender afastar do pensamento jurídico-penal o grau de participação interna no acontecimento exterior, pois o direito penal acabaria por descambar em uma irracionalidade. Assim, por um critério de correção e justiça, impõe-se ao direito penal "não considerar a lesão causada por distração do mesmo modo que a por desleixo e que a intencional",[731] sendo certo que a medida da reprovação se estabelece, também, "de acordo com o grau de participação interna que nós vemos ou supomos no acontecimento exterior".[732]

Nessa precisa perspectiva, a análise da dimensão desiderativa do comportamento mostra-se da maior relevância para o juízo de valor determinativo do desvalor da conduta. Daí a necessidade de aprofundar, nas linhas subsequentes, algumas questões atinentes ao objeto da vontade, aos graus de vontade, bem como algumas associações tendenciais entre os graus de vontade e conhecimento, por um lado, e a modalidade de imputação subjetiva, por outro.

Mas antes disso, e a título preliminar, impõe-se uma importante delimitação conceitual: *por dimensão desiderativa do comportamento se alude, aqui, ao aspecto do comportamento que exprime a vinculação afetiva do sujeito com o objeto*. Essa vinculação

---

[729] Sobre isso, ver item 4.4.

[730] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 294.

[731] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 297-298.

[732] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 298.

afetiva, por sua vez, é medida pelo *direcionamento da sua vontade*. A vontade, por conseguinte, consiste no *índice da sua vinculação afetiva*, pois o seu direcionamento é que determinará o tipo de vinculação afetiva existente entre o sujeito e o objeto. Quando A, por exemplo, direciona a sua vontade à obtenção de R, tem-se um tipo de vinculação afetiva (intenção); quanto A, por outro lado, direciona à sua vontade à não-R, tem-se outro tipo de vinculação afetiva (rejeição). Pode-se dizer, portanto, que, de certa maneira, a vontade constitui a "matéria prima" daquilo que designamos de dimensão desiderativa do comportamento.[733]

a) Objeto da vontade

A pergunta pela vontade do sujeito, a exemplo da pergunta sobre o seu conhecimento, pressupõe um predicado: *vontade do quê?* Cuida-se de uma pergunta extremamente relevante, e da qual depende diretamente a classificação dos estados mentais não somente integrantes da dimensão desiderativa do comportamento, mas também da sua dimensão justificadora. Na realidade, as perguntas sobre se o sujeito *quis* X (dimensão desiderativa) e sobre as *razões pelas quais* quis X (dimensão justificadora) não só são interdependentes, como se encontram diretamente subordinadas a um objeto de referência discursivo: o que é X?

Há uma certa complexidade envolvida nessa matéria, tendo em vista que, em uma cadeia de comportamentos, apresentam-se diversos objetos de referência; e a vinculação afetiva do sujeito, que caracteriza a dimensão desiderativa do comportamento, depende

[733] Considerando a infinidade de posições doutrinárias acerca de termos como *vontade, intenção, finalidade, propósito* e *desejo*, para ficarmos apenas com alguns exemplos, uma proposta classificatória não pode deixar de ter algum grau de discricionariedade, ou ao menos se basear em algumas escolhas. O cuidado, segundo vemos, deve estar na coerência em relação a essas escolhas. Dissemos que a dimensão desiderativa do comportamento reflete a *vinculação afetiva do sujeito com o objeto*, e que essa vinculação afetiva é medida pelo direcionamento da sua *vontade*. Nossa escolha pelo uso do termo "vontade" em detrimento do termo "desejo" – a despeito de falarmos em dimensão *desiderativa* – decorre do fato de o termo *desejo* carregar uma certa ambiguidade, podendo ser confundido com determinadas resoluções de vontade que jamais são postas em prática, e que habitam somente a esfera íntima. Nesses termos é, por sinal, a distinção proposta por RODRIGUEZ DEVESA, Jose Maria; SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español*: parte general. 18. ed. Dykinson, Madrid: 1995. p. 463. Em sentido similar, Welzel, nitidamente relacionando o verbo *querer* ao substantivo *vontade*, afirma que "'querer' não quer dizer, em direito penal, querer 'ter' ou 'alcançar' (no sentido do aspirado), mas sim 'querer' concretizar". (WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 74.). Muito próximo, BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MARALÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1999. v. 2. p. 69, quem, buscando definir o "dolo", destaca não se tratar "de um simples querer", mas sim de "uma vontade em realização, isto é, um querer que se materializa em atos". Diante disso, utilizamos o termo "vontade" por entender que o seu uso – ao menos jurídico-penal – já carrega implícito o sentido de uma vontade manifestada em um comportamento.

diretamente do objeto de referência do discurso. O ato de matar, por exemplo, pode ser decomposto pelas "subcondutas" de empunhar uma arma, municiá-la, erguer o braço, pressionar o gatilho uma primeira vez e pressionar o gatilho uma segunda vez. Cada uma dessas subcondutas se afigura como um potencial objeto de referência discursivo. Ou seja, se se pode dizer, por um lado, que a conduta de pressionar o gatilho foi praticada com a *intenção* de matar, poder-se-ia dizer, também, que a conduta de municiar a arma foi praticada com a *intenção* de dispará-la. Ou seja, a depender do referencial discursivo, a vontade terá ora um objeto, ora outro.

Imaginando-se, por exemplo, uma situação típica de crime culposo, em que o sujeito, andando alguns quilômetros acima do limite de velocidade, acabe por atropelar pedestre, por não conseguir frear a tempo, pode-se dizer que a conduta de matar, nesse caso, é decomposta pelas subcondutas de conduzir o veículo, impor velocidade acima do limite permitido e deixar de frear o automóvel. Nesse caso, nenhuma das condutas foi praticada com a intenção de matar. A conduta de conduzir o veículo é intencionalmente dirigida a viabilizar o deslocamento; a conduta de impor velocidade acima do limite é praticada com a intenção de permitir que o indivíduo chegue mais cedo em sua residência; por sua vez, chegar mais cedo em sua residência é um estado de coisas desejável ao indivíduo, para que ele possa dispor de mais tempo de convício com sua filha, que dorme cedo. Se se perguntar, nesse caso, se o indivíduo agiu com a intenção de chegar mais cedo em sua residência, a sua resposta necessariamente será positiva; mas se a pergunta for se ele agiu com a intenção de matar, a sua resposta será negativa.

Pode-se dizer, portanto, que a dimensão desiderativa de um comportamento pressupõe, sempre, um objeto de referência X.[734] E a determinação desse objeto de referência condiciona não somente o grau de vontade com que o sujeito o quer, mas, também, as razões que levam o indivíduo a agir (dimensão justificadora do comportamento). Se se questiona ao sujeito A que adquire uma arma o motivo pela qual a comprou, poderá ele sustentar, além da circunstância de ela estar em liquidação, que deseja com ela matar B; mas se se questionar a A o motivo pelo qual deseja matar B, poderá ele sustentar que deseja fazê-lo para que possa obter o domínio de um ponto de venda de drogas; finalmente, se se questionar a A o motivo

[734] Isso é o que Searle denomina de "intencionalidade". Para ele, a intencionalidade consiste em uma propriedade de estados mentais de serem dirigidos a determinados objetos. Por exemplo, ter uma crença, é ter uma crença sobre algo ser de uma ou de outra maneira; ter um temor, é ter um temor de algum acontecimento; ter um desejo, é ter um desejo de alguma coisa. Intencionalidade, então, significaria *direcionalidade*. Sobre isso, ver SEARLE, John R. *Intentionality*: an essay in the philosophy of mind. Cambridge: University Press, 2004. p. 1.

pelo qual deseja obter o domínio da exploração de tal ponto de venda de drogas, poderá ele sustentar que deseja fazê-lo para enriquecer.

Isso não invalida o fato de que tais estados mentais existem, e sua existência não é condicionada pelo discurso.[735] O sujeito possui o desejo de comprar uma arma, da mesma maneira que possui o desejo de matar B, da mesma maneira que possui o desejo de dominar um ponto de tráfico, da mesma maneira que possui o desejo de enriquecer. E a circunstância de possuir esses desejos constitui-se em um fato autônomo, com existência própria e independente do reconhecimento do intérprete. No entanto, a classificação e ordenação lógica dessa multiplicidade de desejos que habitam o psicológico do agente pressupõe sempre um objeto de referência.

Segundo vemos, tal objeto de referência discursivo será sempre dado pelo comportamento típico. É dizer, *o comportamento típico fixa um referencial discursivo para se determinar as dimensões desiderativa e justificadora do desvalor da conduta.*

Assim se operam os juízos de valor cotidianos. Quando se percebe que o indivíduo furou uma fila de banco, o juízo sobre esse comportamento pressupõe a informação sobre se teve ou não a intenção de fazê-lo. Mas essa intenção é sempre uma *intenção de algo*, de modo que o referencial discursivo já está dado pelo comportamento consistente em "furar a fila".

Perceba-se que, em bom rigor, a pergunta do direito penal não é "*o que o sujeito quis?*", mas sim "*o sujeito quis ou não X*"? A vontade do sujeito e sua graduação, portanto, não possuem valor isolado, no vácuo, mas sim um valor vinculado a um determinado comportamento típico que se afigura como objeto do discurso. E é a esse objeto que se faz referência quando se diz que o sujeito agiu com *intenção*, *indiferença*, *consentimento* ou *rejeição*.

Quando se diz, então, por exemplo, que o sujeito "transporta drogas", estabelece-se um referencial discursivo a partir do qual se pode graduar a sua vontade: o sujeito *intencionava* transportar drogas, ou foi *indiferente*, *consentiu* ou *rejeitou* essa prática? Da

[735] Parece partilhar dessa percepção, por exemplo Searle. Segundo o autor, quando se depara com situações nas quais haveria uma duplicidade de componentes – por exemplo, Édipo pretendia casar com Jocasta, mas, ao casar-se com ela, casou-se com sua mãe, coisa que não pretendia – pode-se dizer que "a ação era intencional na descrição 'casar-se com Jocasta' e não-intencional na descrição 'casar-se com a mãe'". Isso, no entanto, quer dizer que a ação possui elementos que se inserem nas "condições de satisfação" da intenção, e outros não. Seria equivocado, por isso, segundo ele, reputar isso "em termos de descrições de ação", pois o que se sugeriria, nesse caso, é que o preponderante não é a ação, em si, mas o modo como ela é descrita, embora, na realidade, a pretensão do autor seja precisamente atribuir preponderância "aos fatos que as descrições descrevem". (SEARLE, John R. *Intentionality*: an essay in the philosophy of mind. Cambridge: University Press, 2004. p. 95 et seq.).

mesma forma quando se diz que "*o sujeito A matou o sujeito B*": o sujeito A, ao agir, *intencionava* matar B, ou foi *indiferente, consentiu* ou *rejeitou* essa prática?

Mas se a dimensão desiderativa possui como referencial discursivo o comportamento típico, a questão ganha contornos ligeiramente diferenciados quando se trabalha no plano abstrato ou legislativo. Nesse caso, por óbvio, não há comportamento típico que possa ser utilizado como objeto de referência; antes disso, ao legislador é que cumpre eleger o comportamento que deverá servir de referência para a determinação das dimensões subjetivas da ação. Ao identificar, em tais situações, o comportamento que conduz ao estado de coisas que pretende coibir, o legislador automaticamente fixará o referencial discursivo a partir do qual será direcionada a análise das dimensões desiderativa e justificadora do comportamento.

b) Graus de vontade (ou tipos de vinculação afetiva)

A vontade, conforme já exposto, é a medida da vinculação afetiva do sujeito com um dado objeto, de maneira que o seu direcionamento determina o tipo de vinculação afetiva existente.

Quando nos referimos, aqui, a *direcionamento da vontade*, fazemos referência ao direcionamento da vontade com relação a um determinado objeto de referência. É dizer, analisa-se como o sujeito orienta a sua vontade no que diz respeito a um específico fato típico. Se tomamos como exemplo a situação do médico que, no tratamento de um paciente, acaba por ministrar-lhe medicamento em uma dosagem que vem a lhe ocasionar a morte, podemos questionar: como o médico dirigiu a sua vontade em relação ao objeto *comportamento-de-causar-a-morte*? A conclusão poderá ser a de que ele dirigia a sua vontade contrariamente ao resultado morte, ainda que não tenha sido esse o desfecho ocorrido; nesse caso, ter-se-á uma vinculação afetiva de *rejeição*. Por outro lado, o questionamento poderia ser formulado de outra maneira: como o médico dirigiu a sua vontade em relação ao objeto *comportamento-de-ministrar-dose-X-de-medicamento*? Nesse caso, podemos concluir que o médico dirigiu a sua vontade no sentido de ministrar tal medicamento, pelo que se pode falar de uma ação *intencional*. O direcionamento da vontade, assim, é percebido sempre com relação a um específico objeto.

Há diversos tipos de vinculação afetiva – ou, se se preferir, diversos graus de vontade. É dizer, nossa relação afetiva com os objetos não se esgota no *querer* ou *não querer*, no *atuar a favor* ou no *atuar contra*.

Simons, partindo de premissas similares às nossas, apresenta uma perspectiva de que haveria três graus de vontade (*states of desire*). Assumindo-se que P seja a proposição referida a um determinado objeto, tal como defendemos, teríamos os seguintes graus de vontade: 1. O sujeito quer P; 2. O sujeito não possui preferência entre P e não-P; 3. O sujeito quer não-P.[736]

Não nos parece que esse quadro seja capaz de esgotar todos os graus de vontade existentes, ou todos os tipos de vinculação afetiva possíveis entre o sujeito e o objeto. Se é bem verdade que os graus 1 e 3 são bastante evidentes e facilmente constatáveis, cremos que, entre eles, existam ao menos dois graus intermediários, passíveis de identificação em determinados comportamentos penalmente relevantes.

A esse respeito, afigura-se particularmente útil o exame das teorias que se propõem a fornecer critérios ou termos para a distinção entre dolo eventual e culpa consciente com base no tipo de disposição anímica do sujeito em relação ao resultado – as chamadas teorias *volitivas do dolo*. Tais teorias, normalmente, trabalham com termos que conquanto não possam propriamente ser chamados de "estados mentais", são alusivos a determinadas disposições anímicas do sujeito em relação ao resultado. Duas teorias despontam aqui: a chamada "teoria da indiferença" e a chamada "teoria do consentimento". A teoria da indiferença, de Engisch, condiciona a imputação do dolo – ao menos na sua modalidade eventual – aos casos em que o sujeito "recebe com indiferença as consequências acessórias negativas meramente possíveis", excluindo-o, por outro lado, nos casos em que "considera indesejáveis essas consequências e tem por isso a esperança de que não se produzam".[737] Além da chamada "teoria da indiferença", possui bastante notoriedade a chamada "teoria do consentimento", que reconhece o dolo eventual nas situações em que o sujeito "aprova" o resultado, ou nas quais se constate que ele haveria atuado da mesma maneira ainda que

[736] SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, p. 542.
[737] Nesse sentido, expõe ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 432.

possuísse conhecimento seguro a respeito.[738] [739] Tais teorias, então, traduzem disposições anímicas que, embora similares, não se deveriam confundir: uma coisa seria, então, a *indiferença* – quando o sujeito não possui qualquer preferência acerca da produção ou não do resultado; coisa diversa seria o *consentimento* ou o *assentimento*, quando, embora o sujeito esboce uma preferência contrária, essa não se mostra suficiente para demovê-lo da prática do comportamento, diante do que o resultado pode ser considerado por ele tolerado, embora não se insira em sua preferência.

Mas isso não esgota todas as possibilidades relativas aos graus de vontade. A exemplo do que destacamos em relação à dimensão cognitiva do comportamento, o aspecto desiderativo também constitui uma propriedade do comportamento humano em geral, e não somente do comportamento doloso praticado na forma do dolo eventual. Daí que a análise acerca dos tipos de vinculação afetiva do sujeito se beneficie, também, da análise da

---

[738] Assim a define JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 324. Cuida-se de posição sustentada originalmente pela jurisprudência alemã. Nesse sentido, ver ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 430-432. Tal posição é sustentada, na doutrina, entre outros autores, por Cavaleiro de Ferreira, para quem o dolo eventual se imputa nos casos em que o agente, na dúvida, age porque aceita ou consente na realização do crime, de modo a realizar o fim que se propõe; o agente, aqui, assume um risco para realizar um fim ou, conforme o autor, "conforma-se, dá o seu assentimento a essa realização para não desistir da realização do seu propósito final". (CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de direito penal*: parte geral. I. A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. II. Penas e medidas de segurança. Coimbra: Almedina, 2010. p. 297.).

[739] No modelo anglo-saxônico, haveria um terceiro nível de imputação subjetiva, entre *knowledge* e *negligence*, ao qual se alude com o emprego do termo *recklessness*. Segundo o Código Penal modelo, Section 2.02(2), "c", esse tipo de responsabilidade subjetiva existiria na ação que o sujeito pratica quando "conscientemente desconsidera um risco substancial e injustificável de que o elemento material do crime exista ou de que resulte da sua conduta", sendo que tal risco deve ser "de tal natureza e grau que, considerando a natureza e propósito da conduta do autor e as circunstâncias por ele conhecidas, a sua desconsideração envolva um desvio grosseiro do padrão de conduta que uma pessoa cumpridora da lei observaria na posição do autor". (AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI). *Model Penal Code*: Official Draft and Explanatory Notes: Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington, D.C., May 1962. Philadelphia, PA.: ALI, 1985. Disponível em: http://bit.ly/2FWc5lj. Acesso em: 12 dez. 2019.). Cuida-se de um grau de imputação subjetiva que, como se vê, não se encontra condicionado, em nenhuma medida, à verificação de algum elemento volitivo, à diferença do que sucede em relação às teorias volitivas do dolo eventual. Daí porque exista alguma disputa na doutrina brasileira e estrangeira de influência germânica sobre se tal modalidade de imputação subjetiva estaria mais vinculada ao que nós denominamos de *dolo eventual* ou, diferentemente, ao que denominamos de *culpa consciente*. Relacionando tal modalidade de imputação subjetiva ao dolo eventual, OXMAN, Nicolás. *Sistemas de imputación subjetiva en derecho penal*: el modelo angloamericano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 70. Em favor dessa associação, dois argumentos: em primeiro lugar, a circunstância de essa modalidade de imputação subjetiva (*recklessness*) exigir a desconsideração consciente de um "risco substancial" (nesse sentido, WECHSLER, Herbert. The treatment of *mens rea* in the Model Penal Code. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 339, jan. 1962, p. 29); em segundo lugar, porque, de forma similar ao que sucede na legislação brasileira em relação à excepcional punição da culpa, também no Código Penal modelo (Section 2.02(3)), há disposição no sentido de que, na falta de uma exigência específica em termos de culpabilidade prescrita pela legislação, considera-se que a pessoa pode responder pelo crime acaso tenha agido *purposely*, *knowingly* ou *recklessly*; ou seja, no silêncio legal, inviável a punição da conduta a título de *negligence*, mas não a título de *recklessness*, no que se teria, também aqui, uma certa proximidade com a situação do dolo eventual, em oposição ao tratamento dispensado à culpa.,

vinculação afetiva que via de regra se surpreende nas situações em relação às quais se reconhece o dolo direto – de primeiro e de segundo graus –, bem como a imputação da culpa – bem como nas situações às quais corriqueiramente se imputa a chamada culpa consciente e a chamada culpa inconsciente.

O dolo direto é tradicionalmente associado à *intenção*.[740] Cuida-se da modalidade de dolo que se imputa nos casos em que o sujeito persegue a ação típica ou o resultado pressuposto pelo tipo.[741] Daí falar Jiménez de Asúa, com razão, em uma "vontade direcionada ao resultado".[742] Trata-se de uma modalidade de imputação subjetiva que poderia ser associada, pelo seu conteúdo, àquela que, no contexto anglo-saxônico, se denomina de *purpose*.[743] Reconhece-se esse tipo de responsabilidade subjetiva, naquele contexto, nos casos em que se afigura como um objetivo consciente do autor se comprometer com uma conduta daquela natureza, ou com a produção de um resultado daquele tipo.[744]

O dolo direto de segundo grau, diferentemente, tem como traço distintivo a circunstância de que o agente não deseja o resultado, mas, no plano cognitivo, o percebe como uma consequência necessária do seu comportamento.[745] Dado que, ao se definir o dolo direto de segundo grau, não se faz qualquer referência a um elemento de vontade, atrelando-se a definição apenas àquilo que o autor projeta como certo, parece defensável associar essa modalidade de imputação àquela que, no modelo anglo-saxônico, se denomina de *knowledge*,[746] atribuível, precisamente, às situações nas quais o sujeito age "consciente de

---

[740] Na Alemanha, inclusive, a primeira modalidade de dolo é a *intenção*. O que lá se denomina de "dolo direto" (*dolus directus*), na realidade, corresponde ao que aqui denominamos de "dolo direto de segundo grau". Ver, sobre isso, as definições de "intenção" e "*dolus directus*" fornecida por JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 318-320.

[741] Assim, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 318.

[742] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1963. t. 5: La culpabilidade. p. 485.

[743] Tal associação pode ser vista em OXMAN, Nicolás. *Sistemas de imputación subjetiva en derecho penal*: el modelo angloamericano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 70.

[744] Section 2.02(2), "a", do Código Penal modelo. (AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI). *Model Penal Code*: Official Draft and Explanatory Notes: Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington, D.C., May 1962. Philadelphia, PA.: ALI, 1985. Disponível em: http://bit.ly/2FWc5lj. Acesso em: 12 dez. 2019.). Sobre o ponto, ver WECHSLER, Herbert. The treatment of *mens rea* in the Model Penal Code. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 339, jan. 1962. p. 28 et seq.

[745] Assim, por todos, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 367.

[746] Associação que também é feita por OXMAN, Nicolás. *Sistemas de imputación subjetiva en derecho penal*: el modelo angloamericano. Valencia: Tirant lo Blanch. 2016, p. 70. Veja-se, por exemplo, que Wechsler, ao buscar estabelecer a distinção entre as modalidades de imputação subjetiva relativas a *knowledge* e *recklessness*, sustenta que a última envolve a criação consciente de um risco, e que se assemelha a *knowledge* por reivindicar, também, um elemento de consciência (*awareness*); contudo, essa consciência de risco, em se

que sua conduta é a causa praticamente certa da ocorrência do resultado".[747] Do ponto de vista estritamente desiderativo, não parece possível estabelecer qualquer distinção entre os casos aos quais a doutrina normalmente atribui o dolo eventual e aqueles a que atribui o dolo direto de segundo grau – a distinção, na realidade, se estabelece no plano cognitivo, pois, enquanto no dolo direto de segundo grau, o sujeito tem o resultado como uma consequência necessária, no dolo indireto ele apenas representa uma probabilidade relevante.[748] Esse cenário, portanto, não parece se alterar se se imaginar que, em ambos os casos, o sujeito possa vir a agir com *indiferença*; inclusive, parece razoável supor que alguém que tenha como certo um resultado, que o visualize como uma consequência necessária de seu comportamento, e ainda assim decida agir, tendencialmente sinta indiferença quanto a ele.

As modalidades de culpa, por sua vez, traduzem, conforme o comum dos autores, ou a situação em que o sujeito prevê a possibilidade de ocorrência do resultado, mas confia na sua não realização (culpa consciente), ou a situação em que o sujeito sequer prevê tal possibilidade (culpa inconsciente).[749] Cuida-se, também, de uma distinção que se estabelece no plano estritamente cognitivo, muito embora seja possível examinar, aqui, os tipos de vinculação afetiva que podem ter lugar nesses casos. Repare-se, por exemplo, que na culpa consciente, diferentemente daquilo que se afirma sobre o dolo eventual, o sujeito não consente com a realização do fato típico, conquanto preveja tal possibilidade – o que significa dizer que o sujeito, se não admite tal desfecho, *rejeita-o*. Já na culpa inconsciente, dado que sequer há previsão sobre o resultado, não se pode visualizar nenhum tipo de vinculação afetiva com o fato típico, a não ser que se trabalhe com presunções ou ilações, como, por exemplo, *qual seria a reação do sujeito acaso soubesse* o desfecho – o que, do nosso ponto de vista, afigura-se inadmissível. A ausência de vinculação afetiva, contudo,

---

tratando de *recklessness*, seria "mais de probabilidade do que de certeza" (WECHSLER, Herbert. The treatment of *mens rea* in the Model Penal Code. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 339, jan. 1962, p. 29). Dado, então, que *knowledge* envolveria esse elemento de certeza – ou de uma probabilidade próxima disso –, e considerada, também, a proximidade que a própria doutrina atribui a *purpose* e *knowledge*, não parece desarrazoado estabelecer um paralelo em relação ao nosso dolo direto de segundo grau.

[747] Section 2.02(2), "b", do Código Penal modelo. (AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI). *Model Penal Code*: Official Draft and Explanatory Notes: Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962. Philadelphia, PA.: ALI, 1985. Disponível em: http://bit.ly/2FWc5lj. Acesso em: 12 dez. 2019.).

[748] Em sentido contrário, definindo o "dolo de consequências necessárias" como aquele no qual se produz um fato típico "indissoluvelmente ligado ao perseguido pelo autor, e que, por isso mesmo, é conhecido *e querido* por ele" – reconhecendo, portanto, um grau de vontade diverso daquele que se pode encontrar no dolo eventual, BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MARALÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1999. v. 2. p. 69.

[749] Assim, ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 1019 et seq.

não pode ser associada à ideia de *rejeição*: na rejeição, há uma vontade direcionada contra o objeto; nesse caso, há uma ausência de consideração. O que não autoriza, também, que se diga que, nesse caso, o comportamento *não possuiria uma dimensão desiderativa*. A afirmação, aliás bastante recorrente, de que, na culpa, não haveria um tipo subjetivo,[750] na medida em que o sujeito "não possui uma vontade dirigida ao resultado", parece-nos, também, equivocada. Não somente pela circunstância de a culpa admitir, em determinados casos, um grau de conhecimento – que se qualifica, por si só, como um aspecto subjetivo do comportamento –, mas, principalmente, pelo fato de que mesmo a afirmação de uma inexistência constitui uma posição substantiva, tanto quanto a afirmação de uma existência. As afirmações, por exemplo, de que "a caixa de papelão contém os livros A e B", "a caixa de papelão contém os livros C e D" e "a caixa de papelão não contêm livros" constituem três tipos de afirmações sobre o conteúdo da caixa de papelão. A última afirmação mostrar-se-ia substancialmente errada, portanto, acaso se viesse a descobrir que a caixa de papelão continha, sim, algum livro. Quando se afirma, então, que "na culpa não há uma vontade dirigida ao resultado", está-se, na realidade, apenas fazendo uma afirmação substantiva sobre o conteúdo subjetivo do comportamento ao qual se imputa a responsabilidade culposa: não ostenta ele nenhum tipo de vinculação desiderativa com o resultado. Essa afirmação, contudo, que é tão falseável quanto as demais – pois acaso a vinculação desiderativa exista, a afirmação estará equivocada –, não autoriza a dizer que tal comportamento não possua uma dimensão subjetiva, mas apenas que, do ponto de vista desiderativo, tal comportamento deve

[750] Veja-se, por exemplo, a posição de Pérez del Valle, para quem a tradução de qualquer conceito relativo ao delito culposo em termos psicológicos se afigura praticamente impossível. (PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *La imprudencia en el Derecho penal*: el tipo subjetivo del delito imprudente. Barcelona: Atelier, 2012. p. 191-192.). Sustentando não ser recomendável a divisão entre um tipo objetivo e um tipo subjetivo em relação aos crimes culposos – ainda que reconhecendo a circunstância de a ação imprudente revelar um aspecto externo e outro interno, ver STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. Traducción de: Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005. p. 418. Para o autor, isso se deve ao fato de que, no comportamento negligente, "a vontade de realização do autor imprudente não se dirige ao resultado típico", de maneira que a sua relevância não decorre do seu conteúdo propriamente, mas antes de uma comparação com a conduta devida. Entre nós, em sentido muito similar, defende a desnecessidade de uma divisão entre tipo subjetivo e objetivo TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 138, muito embora o autor também não deixe de reconhecer que a ação negligente possui, sim, um componente subjetivo "representado pela relação volitiva final". Na realidade, o autor compreende que, no delito negligente, o sujeito também delimita o seu comportamento a partir de fins que projeta, mas não o conduz corretamente, consciente ou não dessa circunstância – cuida-se, em outras palavras, de uma conduta voluntariamente orientada no sentido de um fim pretendido, e que se limita – ou "*finaliza*", nos termos do autor, considerando se tratar também de uma manifestação final – no resultado proibido. No entanto, apesar de reconhecer um componente subjetivo representado pela relação volitiva final, entende o autor que essa relação não interessa à realidade normativa, a qual se limita a confrontar a conduta concretamente realizada e aquela imposta pelo dever de cuidado. (Ibid., p. 136-168.). Em sentido contrário, sustentando a existência de um tipo subjetivo do crime culposo, STRUENSEE, Eberhard. El tipo subjetivo del delito imprudente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 40, fasc. 2, 1987, p. 423-450.

apresentar-se como a caixa vazia, sendo essa, então, a sua característica desiderativa distintiva.

Tudo isso considerado, a partir dos diversos cenários analisados, afigura-se possível trabalhar com os seguintes tipos de vinculação afetiva (ou graus de vontade), os quais parecem para abranger todos os tipos de comportamentos penalmente relevantes – assumindo-se, aqui, que "PFT" consista em uma proposição relativa a um fato típico, como, por exemplo, "portar drogas" ou "matar B":

1. Intenção de PFT.
2. Indiferença para com PFT.
3. Consentimento em relação a PFT.
4. Ausência de vinculação afetiva.
5. Rejeição a PFT.

A *intenção* é o tipo de vinculação afetiva que ocorre quando o sujeito direciona a vontade ao objeto (PFT). Trata-se, em outras palavras, de uma vontade dirigida a favor. Nesse sentido, pode-se falar que se trata do mais elevado grau de vontade, pois o sujeito, aqui, *quer* o objeto (PFT), age com a intenção de obtê-lo.

A *indiferença* é o tipo de vinculação afetiva que ocorre quando o sujeito não direciona a sua vontade nem a favor, nem contra o objeto. O sujeito, nesse caso, não possui preferência entre PFT e não-PFT. Diz a si mesmo: "tanto faz". Seu comportamento é, pois, realizado com absoluta independência de PFT e não-PFT, e a consideração de PFT e não-PFT – que é uma premissa para que se possa falar em indiferença – é irrelevante para o comportamento adotado.

O *consentimento* é o tipo de vinculação afetiva que ocorre quando o sujeito, embora direcione sua vontade contra o objeto (ou a favor de não-PFT), com ele (PFT) se resigna. O sujeito, nesse caso, possui preferência por não-PFT, mas admite PFT. Diz a si mesmo: "prefiro que não, mas aceito". Não há, propriamente, indiferença, pois o sujeito se inclina a não-PFT, embora não a ponto de alterar o rumo do seu comportamento.

Situações há, ainda, de absoluta *ausência de vinculação afetiva* nos casos em que o sujeito sequer formula uma vontade. Em tais casos, pelo fato de não haver formulação de vontade, não se poderia sequer falar em indiferença: afinal, indiferença pressupõe uma formulação de vontade que não é direcionada nem a favor de PFT, nem a favor de não-PFT.

Finalmente, a *rejeição* é o tipo de vinculação afetiva que ocorre quando o sujeito repudia o objeto.[751] A vontade do sujeito, nesse caso, existe e se dirige a não-PFT, de maneira que o sujeito não tolera PFT. Nesse caso, para que se possa falar em rejeição de PFT, pressupõe-se a consideração prévia da possibilidade de PFT e não-PFT.

Diante disso, a título meramente ilustrativo, parece possível fazer as seguintes associações *tendenciais* no que diz respeito aos graus de conhecimento e aos graus de vontade, e sua relação com a modalidade de imputação subjetiva atribuída:

Quadro 3

Graus de vontade / Graus de conhecimento	A. Intenção	B. Indiferença	C. Consentimento	D. Ausência de vontade	E. Rejeição
1. Crença de que PR é certo.	Dolo direto	Dolo direto de 2º grau	Dolo direto de 2º grau	Dolo eventual	**Incompatível**
2. Crença de que PR é praticamente certo.	Dolo direto	Dolo eventual	Dolo eventual	Dolo eventual	Culpa consciente
3. Crença de que PR possui mais chances do que não-PR.	Dolo direto	Dolo eventual	Dolo eventual	Dolo eventual	Culpa consciente
4. Crença de que PR e não-PR são igualmente possíveis.	Dolo direto	Dolo eventual	Dolo eventual	Culpa consciente	Culpa consciente
5. Crença de que não-PR possui mais chances do que PR.	Dolo direto	Dolo eventual	Culpa consciente	Culpa consciente	Culpa consciente
6. Crença de que PR é praticamente impossível e, portanto, não ocorrerá.	Dolo direto	Culpa consciente.	Culpa consciente	Culpa consciente.	Culpa consciente
7. Crença de que não-PR é certo.	**Incompatível**	Culpa consciente	Culpa consciente	Culpa inconsciente	Culpa inconsciente
8. Ausência de qualquer crença sobre PR.	**Incompatível**	**Incompatível**	**Incompatível**	Culpa inconsciente	**Incompatível**

[751] O rechaço constitui, para Castilla del Pino, uma das formas básicas de vinculação. Conforme o autor, "devemos abandonar a ideia de que somente existe um tipo de vinculação desiderativa, a possessiva ou amorosa; há outro tipo exatamente oposto, a vinculação aversiva, que supõe o rechaço do objetivo". Ao contrário, assim, do que se poderia supor, o rechaço não constituiria, então, uma renúncia ao objeto – e essa é a razão pela qual o distinguimos da situação de ausência de vontade –, mas antes "uma poderosa forma de vinculação com ele". (CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*. Barcelona: Tusquets Editores, 2001. p. 57.).

Fonte: Elaborado pelo autor.

Essas associações, destaca-se, sinalizam apenas tendências, um ponto de partida, ou, se se preferir, uma espécie de modelo de imputação subjetiva *default*. Mesmo porque a modalidade de imputação subjetiva dependerá sempre do juízo geral sobre o desvalor da conduta, o qual não só não se esgota na dimensão subjetiva do comportamento – dependendo, também, de uma dimensão objetiva e normativa –, como, também, nem sequer a dimensão subjetiva do comportamento se esgota na sua dimensão cognitiva e desiderativa.[752] O que significa dizer que a imputação seja do dolo, seja da culpa, pressupõe, ainda, a análise de elementos subjetivos como a finalidade e a motivação do comportamento, além da percepção, do autor, quanto à reprovabilidade do seu comportamento, o que se soma a elementos objetivos, como a forma de realização, o grau de risco gerado pelo comportamento, entre outras coisas.

Ainda assim, essas associações parecem demonstrar um pouco da dinâmica entre os diversos aspectos subjetivos do comportamento, e permitem algumas conclusões prévias.

Em primeiro lugar, percebe-se claramente que um grau maior de conhecimento (por exemplo, 1) justifica uma maior reprovação, da mesma maneira que um grau maior de vontade (por exemplo, A); de forma correspondente, um grau menor de conhecimento (por exemplo, 6), justifica uma menor reprovação, da mesma maneira que um grau menor de vontade (por exemplo, E). Assim, comportamentos que combinam maior grau de conhecimento e vontade (1A, 2A, 1B, 2B, entre outros), tendem ao *dolo*, enquanto comportamentos que combinam menor grau de conhecimento e vontade (7E, 7D, 6E, 6D, entre outros) tendem à *culpa* – observe-se, nesse sentido, como são dispostos os quadrantes relativos ao dolo e aqueles relativos à culpa, praticamente em simetria, com um corte praticamente diagonal, a demonstrar o avanço do dolo à exata medida do avanço do grau de conhecimento, bem como do grau de vontade, e da culpa em sentido oposto.

Quadros interessantes surgem, porém, em dois cenários. Em primeiro lugar, quando, por exemplo, um grau intermediário-avançado de conhecimento (como, por exemplo, 3), é combinado com um menor grau de vontade (como, por exemplo, D ou E), e vice-versa. Em segundo lugar, quando um grau bastante avançado de conhecimento (como, por exemplo, 1

[752] Não muito distante, sustenta Correia que dolo e culpa – que, na sua ótica e na de boa parte da doutrina então em voga, constituiriam formas de culpabilidade –, "na medida em que se estruturam como juízos de valor, não podem nunca fazer-se coincidir com meros acontecimentos naturais", acontecimentos esses que podem, "quando muito, ser pressupostos – pontos de apoio ou referência – daqueles juízos". (CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1. p. 376.).

ou 2) é combinado com um grau extremamente baixo ou inexistente de vontade (por exemplo, D e E), e vice-versa – gerando algumas situações que consideramos de incompatibilidade lógica. Tais cenários representam as situações mais problemáticas. E embora algumas das "imputações *default*" acima possam ser objeto de alguma controvérsia, ao menos parecem demonstrar que se cuida de um juízo que sofre influência de uma série de elementos, que é composto por uma pluralidade de vetores, e não pode, por isso, ser conceitualmente identificado com um tipo de estado mental. Sobretudo nesses casos mais problemáticos, há uma forte tendência de que as demais dimensões subjetivas do comportamento (justificadora e ética), bem como as dimensões objetiva e normativa, sejam capazes de alterar a percepção sobre o comportamento, o seu conteúdo de desvalor e, consequentemente, a modalidade de imputação subjetiva atribuída.

5.2.1.4.3 Dimensão Justificadora

A valoração de um comportamento pressupõe não somente o exame daquilo que o agente sabia (dimensão cognitiva) e de como orientava a sua vontade em relação a essa realização (dimensão desiderativa), mas, também, das razões dessa realização. A isso denominamos de *dimensão justificadora* do comportamento.

A justificação de um comportamento, nesse preciso sentido, não possui relação conceitual com as chamadas *causas de justificação* – ainda que essas possam ser inseridas, também, nessa dimensão. A justificação a que fazemos referência não pressupõe que o comportamento, diante dos elementos que a integram, seja considerado lícito, admissível, tolerado ou desculpável: pelo contrário, casos há, inclusive, em que o exame da dimensão justificadora do comportamento acaba por lhe agregar ainda maior conteúdo de desvalor. *Cuida-se de examinar a constelação de fatores subjetivos que, a partir da percepção do autor, explicam o comportamento adotado.* Por dimensão justificadora deve-se entender, assim, o conjunto de fatores subjetivos de influência sobre o comportamento adotado, os quais, em outras palavras, explicam esse comportamento, independentemente da aceitabilidade ou não desses fatores.

Quando o indivíduo A mata o indivíduo B, afora o problema de saber como A direcionava a sua vontade em relação a essa realização, – é dizer, se, por exemplo, A tinha a intenção ou não de matar B, ou se apenas agiu de maneira indiferente a esse desfecho –, coloca-se o problema de saber as razões que levaram A a agir, ou o que pretendia A com essa realização. Com efeito, o juízo jurídico-penal que recai sobre o comportamento de A

não é o mesmo se imaginarmos que, em um primeiro cenário, a morte de B tenha decorrido de um desejo genuíno, por parte de A, de privá-lo de sofrimento, considerando a existência de uma doença terminal, e, em um segundo cenário, que a morte de B tenha decorrido do desejo de A de herdar o patrimônio de B. Parece claro que há uma diferença substancial entre as duas situações, ainda que em ambas A tenha agido com conhecimento e vontade. Ou seja, cuida-se de uma distinção que não se estabelece na dimensão cognitiva e tampouco na dimensão desiderativa – essencialmente idênticas nos dois cenários –, mas sim na dimensão justificadora do comportamento.

Tal questão se liga diretamente ao problema dos motivos em direito penal. Aliás, não somente dos motivos propriamente ditos, mas, também, das finalidades ulteriores de um determinado comportamento – elementos que, em geral, são tratados ora como elementos subjetivos especiais do tipo, ora como aspectos intensificadores ou atenuadores da culpabilidade.[753] Por se tratar de uma questão que se reveste de alguma complexidade e não é de nenhuma maneira imune a polêmicas, o seu adequado enfrentamento pressupõe, em primeiro lugar, algumas considerações acerca da controvérsia que paira sobre a valoração jurídico-penal dos motivos do crime; em segundo lugar, diante da larga polissemia encontrada, uma definição de motivos; em terceiro lugar, uma apresentação dos tipos de motivos que podem ser encontrados na legislação, propondo-se, no particular, uma classificação própria.

5.2.1.4.3.1 O Especial Problema da Relevância Penal dos Motivos

Se há um aspecto subjetivo do comportamento que suscita polêmicas quanto à possibilidade de valoração penal é aquele relativo aos motivos do crime. O termo "polêmica", aliás, talvez seja generoso, uma vez que predomina amplamente na literatura jurídico-penal a posição segundo a qual os motivos do crime não poderiam ser valorados, a tal ponto de se haver já afirmado que "dificilmente alguma parte do direito penal esteja mais definitivamente estabelecida do que aquela de que o motivo é irrelevante".[754] Essa ideia se

[753] Sobre isso, ver POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Los elementos subjetivos del tipo legal*. Buenos Aires: B de F. 2008. p. 81 et seq. Entre nós, conferir MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 75 et seq.

[754] HALL, Jerome. *The general principles of Criminal Law*. 2 th. Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1960. p. 88.

encontra de tal maneira arraigada na cultura jurídica anglo-saxônica que a ela deu-se o nome de "máxima da irrelevância dos motivos" (*the irrelevance-of-motive maxim*).[755]

Isso talvez explique a falta de atenção que a temática da motivação tem recebido da doutrina.[756] Assume-se, quase que como um dogma, que a motivação não deveria constituir um aspecto a ser considerado como critério de atribuição de responsabilidade, não se ocupando a doutrina, no entanto, de justificar essa afirmação.

Em geral, a máxima da irrelevância dos motivos vem associada a ideias que já foram aqui apresentadas e refutadas anteriormente, por ocasião da análise da legitimidade da valoração jurídico-penal da atitude interna do agente em relação ao fato.[757] Essencialmente, invocam-se os argumentos das "ações externas" e da "moralização do direito",[758] em relação aos quais já nos posicionamos e deixamos de reiterar para evitar tautologia.[759] Com um acréscimo relevante nesse caso: boa parte dos autores que refutam a possibilidade de valoração jurídico-penal da motivação tem a dificuldade de lidar com a ambiguidade que representa esse rechaço à motivação, por um lado, e a aceitação paralela da valoração penal do conhecimento e da vontade – aspectos igualmente subjetivos, que

---

[755] A expressão, bastante utilizada na literatura atual, é atribuída a BINDER, Guyora. The rhetoric of motive and intent. *Buffalo Criminal Law Review*, New York, v. 6, p. 1-96, Apr. 2002, trabalho no qual o autor apresenta um histórico detalhado quanto ao surgimento e desenvolvimento dessa ideia (sobre o ponto, ver, em especial, p. 34 et seq.).

[756] Sobre isso, fazendo referência aos escassos trabalhos a respeito da matéria na literatura alemã, GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Recensión a José Milton Peralta, Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal. Marcial Pons: Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012. *InDret*: revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2014. Disponível em: http://bit.ly/2TorWB5. Acesso em: 19 dez. 2019. No Brasil, há duas monografias clássicas a respeito do tema da motivação: VERGARA, Pedro. *Dos motivos determinantes no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980 (cuja primeira edição data de 1937), e SOUSA NETO, Joaquim de. *O motivo e o dolo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. A esse cenário veio a somar-se, recentemente, a belíssima obra de MONTENEGRO, Lucas. *Por que se qualifica o homicídio*? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio (Lei 13.104, de 2015). São Paulo: Marcial Pons, 2017. Afora tais monografias, é possível encontrar, a respeito do tema da motivação, algumas referências esparsas nas obras que tratam dos chamados "elementos subjetivos do tipo". Nesse sentido, dedicando particular atenção ao tema da motivação, ver MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 91 et seq.

[757] Sobre isso, ver nosso item 5.2.1.3.

[758] Tais argumentos são assim apresentados, também, por MONTENEGRO, Lucas. *Por que se qualifica o homicídio*? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio (Lei 13.104, de 2015). São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 117 et seq.

[759] Especificamente no que diz respeito com a compatibilidade entre a valoração penal dos motivos e uma perspectiva de direito penal do fato, parece inteiramente válida a observação de Peralta, no sentido de que a motivação somente poderá importar quanto constituir a razão para a prática do comportamento. É dizer, não se pode punir alguém, por exemplo, por ser racista, afigurando-se necessária a constatação de que *o fato foi praticado* por uma razão racista – podendo-se dizer, com o autor, que "para o 'sim ou não' da pena" não basta o caráter perigoso ou imoral do sujeito se não houver um fato externo capaz de legitimar a pena perante ele. (PERALTA, José Milton. *Motivos reprochables*: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 199 e p. 207-209.).

também habitam o *forum internum* do agente, e de comprovação igualmente complexa, mas, por alguma razão, considerados não problemáticos –, por outro.[760]

Afora isso, percebe-se que as críticas direcionadas à valoração penal da motivação não são minimamente respaldadas pelas escolhas incriminatórias e sancionatórias que perpassam a legislação pátria. Basta observar, apenas para citarmos alguns exemplos mais evidentes, o fato de os motivos se apresentarem como um dos vetores de determinação da pena-base,[761] além do fato de a motivação fútil ou torpe constituir circunstância agravante nos crimes em geral,[762] bem como circunstância qualificadora no crime de homicídio[763] e, mais recentemente, com o advento da Lei 13.968/2019, causa de aumento de pena considerável no crime de auxílio a suicídio.[764] Especificamente no crime de homicídio, prevê-se como circunstâncias qualificadoras as circunstâncias de o delito ser praticado mediante paga ou promessa de recompensa, bem como de o crime ser praticado de maneira a assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime.

O fato de a legislação atribuir à motivação tal relevância parece ser, afinal, um contundente argumento a favor da tese que o direito penal não é indiferente à motivação. Poder-se-ia, no entanto, argumentar que os motivos do crime poderiam ser valorados somente para efeitos de dosimetria da pena, como vetores de culpabilidade, mas não para a determinação dos comportamentos penalmente relevantes.[765] Trata-se de uma tese, diga-se

---

[760] Como bem observa Chiu, embora, de fato, existam complicações relacionadas à comprovação dos motivos, essas complicações não se afiguram muito diferentes daquelas já existentes para a demonstração dos estados mentais exigidos nas distintas modalidades de *mens rea*. (CHIU, Elaine M. The challenge of motive in the Criminal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, New York, v. 8, p. 653-729, 2005. p. 681.). Daí que tal argumento só possa ser sustentado de maneira coerente por aqueles autores que consideram estados mentais como objeto de atribuição. Sobre tal posicionamento, ver nosso item 5.2.1.2.

[761] Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

[762] Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime [...] II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; [...].

[763] Art. 121. Matar alguem: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. [...] §2° Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo futil; [...] V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

[764] Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça. Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. [...] §2º Se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. [...] §3º A pena é duplicada: I - se o crime é praticado por motivo egoístico, torpe ou fútil.

[765] Assim, de forma bastante direta, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981. t. 3. p. 381. De forma não inteiramente coincidente, mas julgamos que não tão distantes, ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 312, e JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 341, com a ressalva, por parte desses autores, de que os elementos subjetivos pertencentes ao injusto seriam os que caracterizam a vontade do autor,

de passagem, bastante difundida na literatura anglo-saxônica, segundo a qual a motivação se afiguraria relevante para efeito de fixação da pena (*sentencing*), mas não para a determinação da responsabilidade penal (*criminal liability*).[766] Essa compreensão, inclusive, participa da já referida "máxima da irrelevância dos motivos", pois, mesmo entre aqueles que sustentam a irrelevância dos motivos para a determinação da responsabilidade penal, não se nega a sua influência no processo de fixação da pena.[767] Essa visão, no entanto, segundo vemos, apresenta impropriedades consideráveis.

Em primeiro lugar, porque não parece minimamente coerente sustentar a legitimidade da valoração de um dado elemento para justificar a quantificação da pena e, paralelamente, a ilegitimidade desse mesmo elemento para justificar a sua imposição.[768] Ou bem o Estado detém legitimidade para considerar determinados aspectos para efeitos de intervenção penal, ou não detém. Que se sustente, então, que o Estado não detém legitimidade sequer para considerar os motivos para o fim de dosar a pena.[769] Do contrário,

---

referindo-se à modalidade comissiva, ao bem jurídico ou ao objeto da ação, sendo elementos subjetivos da culpabilidade aqueles que se relacionam à formação da vontade e que dizem com a atitude interna.

[766] Defendendo essa posição, entre outros, GARDNER, Martin R. The mens rea enigma: observations on the role of motive in the Criminal Law past and present. *Utah Law Review*, Utah, n. 3, p. 635-750, 1993, e KAUFMAN, Whiltey R. P. Motive, intention and morality in the Criminal Law. *Criminal Justice Review*, v. 28, n. 2, autumn 2003, p. 317 et seq. Em sentido crítico, entre outros, BINDER, Guyora. The rhetoric of motive and intent. *Buffalo Criminal Law Review*, New York, v. 6, p. 1-96, Apr. 2002. p. 82, e HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, [*s. l.*], v. 8, n. 1, p. 3-14, 1989. p. 3.

[767] Kaufman, por exemplo, define essa visão ortodoxa – por ele endossada – como sendo aquela que segundo a qual "embora um bom ou mal motivo do agente possa ser relevante para julgar a culpabilidade moral da pessoa, é irrelevante para a sua responsabilidade criminal" (KAUFMAN, Whiltey R. P. Motive, intention and morality in the Criminal Law. *Criminal Justice Review*, v. 28, n. 2, autumn 2003, p. 317). O autor esclarece que essa "doutrina ortodoxa" sustenta a irrelevância dos motivos "especificamente para a responsabilidade penal (*criminal liability*)", pois, tradicionalmente, tanto promotores quanto juízes levam a motivação em consideração para efeito, por exemplo, de mitigação das sentenças. Mais do que isso: destaca Kaufman que, por vezes, um promotor decide não processar um crime diante da constatação de que o indivíduo agiu com um bom motivo (citando, por exemplo, o caso da eutanásia), e, em outros casos, decide processar um crime "de forma mais vigorosa" quando motivado por uma motivação abjeta como, por exemplo, ódio racial. (Ibid., p 318-319.). Segundo o autor, portanto, a "máxima da irrelevância dos motivos" não nega a influência da motivação para fins de quantificação da pena.

[768] Questionando precisamente a ausência de justificativa razoável para que um determinado elemento seja considerado na fixação da pena (*sentencing*), mas não para a determinação da responsabilidade (*criminal liability*), apontando a existência de uma certa arbitrariedade na definição daquilo que deve ser valorado em uma etapa e noutra. (HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, [*s. l.*], v. 8, n. 1, p. 3-14, 1989. p. 3.). Essa mesma crítica já fora feita, entre nós, por Sousa Neto, que, em tom crítico, indagava: "por que se despreza o motivo onde êle atua (no dolo) para ser invocado e pesado na fixação da pena? Por que é que a quantidade da pena depende deles se a pena (a punição) deles independe? Diz-nos a lógica que a pena e, não, a sua quantidade, é que devia estar subordinada à motivação do delito". (SOUSA NETO, Joaquim de. *O motivo e o dolo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 76-77.).

[769] Nesse sentido se posiciona, por exemplo, STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 137 et seq., propondo uma limitação da importância de vetores subjetivos tradicionalmente invocados na aplicação da pena, "nomeadamente os motivos, os sentimentos expressados no fato, e as finalidades reprováveis perseguidas pelo agente". Trata-se de uma posição coerente com a ideia – por nós rechaçada – de que o direito penal não poderia se ocupar da atitude interna do agente

mais parece que se está diante de uma tentativa de conciliar uma perspectiva liberal dos motivos, que defende a sua não-consideração, com uma legislação que nitidamente tomou rumo diverso, considerando os motivos como fatores jurídico-penalmente relevantes. A dogmática definitivamente não anda bem quando trata de emprestar à legislação lógica e racionalidade opostas àquelas que presidiram a sua elaboração.

Em segundo lugar, essa leitura sequer descreve adequadamente as práticas vigentes na legislação. Já tivemos a oportunidade de anotar a existência de tipos penais cuja configuração encontra-se condicionada à verificação de determinados motivos: falamos, por exemplo, do crime de ultraje a culto religioso (art. 208 do Código Penal brasileiro), que prevê a conduta de "escarnecer de alguém publicamente, *por motivo de crença ou função religiosa*", bem como do crime de terrorismo (art. 2º da Lei 13.260/2016), que prevê a prática de determinados comportamentos (especificados no §1º do art. 2º daquele diploma legal) "*por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião*". A esse rol poderíamos acrescer, também, os crimes de racismo, previstos na Lei 7.716/1989, os quais reclamam, para sua configuração, que os comportamentos sejam praticados "*por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*".

Percebe-se, então, que, nos casos citados, a motivação não opera como um simples elemento que se presta a graduar a pena, mas antes se oferece como um aspecto do comportamento que condiciona a própria existência do crime. Tome-se, por exemplo, a conduta do sujeito que nega a outrem atendimento em restaurante aberto ao público: tal comportamento não possui qualquer relevância penal; no entanto, se a negativa de atendimento tiver sido motivada por discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia ou religião, ter-se-á caracterizado o crime do art. 8º da Lei 7.716/1989. Tome-se, ainda, a conduta do sujeito A, cidadão comum, que mata o sujeito B, presidente da república: tal comportamento, a depender da motivação com que praticado, poderá caracterizar crime contra a vida (art. 121 do Código Penal brasileiro), crime contra a segurança nacional (art. 29 da Lei 7.170/1983) ou mesmo terrorismo (art. 2º, §1º, inc. V, da Lei 13.260/2016), ainda que nos três casos o comportamento seja igualmente intencional.

E isso para não falarmos sequer das situações previstas nas causas excludentes de ilicitude e culpabilidade, nas quais a motivação se oferece como um fator fundamental para a configuração do crime ou para o dimensionamento da responsabilidade penal.[770] Não há

[770] Observe-se, por exemplo, que mesmo autores que se alinham a um ideário considerado liberal, e que tendem a rechaçar a relevância da motivação para a valoração do tipo e da culpabilidade, admitem, como Peralta, "que

falar em legítima defesa, por exemplo, se o indivíduo não agir motivado pela situação de defesa que se apresenta, e com o intuito de repelir a agressão. Esse é o fundamento pelo qual se exige o conhecimento da situação justificante, e sob tal pressuposto é que se entende afastado o desvalor da conduta.[771] E prova da força que a motivação exerce nessas situações é que mesmo nos casos de excesso de legítima defesa, sobretudo quando decorrentes de perturbação ou medo, há quem, como Jescheck, entenda ser o "desvalor da ação amplamente compensado pela situação defensiva e vontade de salvação".[772] A tal ponto, aliás, de se defender a impunidade não somente da superação inconsciente dos limites da defesa, mas, também, da sua superação consciente.[773]

Ao que tudo indica, então, a tese segundo a qual a motivação não deveria relevar para efeito de responsabilidade penal, limitando-se a incidir na fixação da pena, não somente não demonstra consistência, como tampouco encontra correspondência nas nossas práticas jurídicas.

Dirá Kaufman, no entanto, que a demonstração de que a motivação se encontra incorporada à descrição de diversos tipos de crime não se presta a rechaçar a máxima da irrelevância dos motivos. Na realidade, sustenta o autor que a afirmação de que os motivos são irrelevantes para a definição da responsabilidade penal, na realidade, é imprecisa: o que a doutrina ortodoxa sustenta é que "os motivos são irrelevantes para a responsabilidade penal a não ser que sejam feitos especificamente relevantes como parte da definição de um

---

a força dessa afirmação" – é dizer, a irrelevância das razões pelas quais o sujeito agiu – "se relativiza se o sujeito nos informa que agiu porque se defendia de um ataque injusto ou porque estava em um estado de necessidade", de tal maneira que "a situação muda notavelmente e já não estamos dispostos a prescindir da apreciação dos seus motivos". (PERALTA, José Milton. *Motivos reprochables*: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 200.).

[771] Jescheck faz referência a alguns casos na jurisprudência alemã, nos quais se reconhece, por exemplo, na legítima defesa, que a atuação dirigida à preservação de interesses legítimas "deve ser um motivo do autor", ou que se exige "a vontade de salvar a vida", ou, ainda, no estado de necessidade, que a intervenção tenha lugar "para enervar o perigo". Assim, afirma o autor que no contexto de uma teoria pessoal do injusto, na qual o conteúdo do injusto depende da direção volitiva do autor, impõe-se "a exigência de que em todas as causas de justificação o ânimo do autor deva coincidir com a intenção da proposição permissiva, pois somente sob esse pressuposto se eliminar o desvalor da ação do fato". (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 353.).

[772] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 529.

[773] Nesse sentido, entre outros, ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 933, STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. Traducción de: Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005. p. 204-205, e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 626-627.

crime".[774] Assim, o que a máxima da irrelevância dos motivos postularia não é a desconsideração das escolhas valorativas feitas pelo legislador – notadamente nos casos como, por exemplo, dos crimes de ódio, em que se entendeu ser a motivação um fator relevante para a determinação da culpabilidade –, mas apenas que os motivos do réu para a prática do crime não sejam levados em consideração pelo julgador nos casos em que o legislador não o direcionou a examiná-los.[775] Sobre essa afirmação, algumas observações parecem oportunas.

Por um lado, o autor possui inteira razão quando defende que a instância mais adequada para a discussão acerca dos motivos suscetíveis de consideração penal é a instância legislativa. E isso porque, quando uma determinada motivação é incorporada à legislação seja para efeito de majoração ou mitigação da pena, seja para a definição de um tipo de crime ou como causa de sua exclusão, publiciza-se uma escolha valorativa fundamental e se oportuniza a sua discussão pública.[776] A escolha é, por conseguinte, submetida à crítica – incluindo-se a crítica acadêmica. Impede-se, com isso, que decisões sobre a responsabilidade penal e sua extensão sejam tomadas a partir de pautas morais do julgador, não raro de maneira velada, sem que se possa exercer qualquer tipo de controle acerca dos critérios de adjudicação de responsabilidade utilizados.

Por outro lado, a simples afirmação de que "os motivos são irrelevantes para a responsabilidade penal a não ser que sejam feitos especificamente relevantes como parte da definição de um crime" em nada contribui para a elucidação da questão essencial, que é saber, afinal, o que autoriza a consideração eventual dos motivos – ainda que seja pelo legislador – como um aspecto de relevância penal. A questão pode ser posta nos seguintes termos: por que, em certos casos, o legislador faz dos motivos um aspecto de relevância penal?

Segundo vemos, motivos relevam para o juízo sobre o desvalor da conduta. Uma motivação considerada negativa – como, por exemplo, o homicídio praticado mediante paga – opera de maneira a maximizar o juízo de desvalor do comportamento, enquanto uma motivação positiva – como, por exemplo, a defesa ou a necessidade – opera de maneira a

---

[774] KAUFMAN, Whiltey R. P. Motive, intention and morality in the Criminal Law. *Criminal Justice Review*, v. 28, n. 2, autumn 2003, p. 318.
[775] KAUFMAN, Whiltey R. P. Motive, intention and morality in the Criminal Law. *Criminal Justice Review*, v. 28, n. 2, autumn 2003, p. 318.
[776] Como bem destaca Husak, "a incorporação dos motivos ao direito penal substantivo publicizaria qualquer significância que os motivos deveriam ter. Por exemplo, se uma agressão motivada por ódio racial é considerada mais reprovável que uma agressão motivada por ciúmes sexuais, esse julgamento deveria ser explicitamente incluído no código penal". (HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, [*s. l.*], v. 8, n. 1, p. 3-14, 1989. p. 4.).

mitigá-lo ou mesmo eliminá-lo. Nesse sentido, casos há em que um determinado comportamento, mesmo praticado com conhecimento e intenção, não se apresenta como desvalioso a ponto de justificar a intervenção penal. A motivação opera, nesses casos, como elemento que intensifica o conteúdo de desvalor, de maneira a fazer do comportamento – antes da consideração da motivação, um simples indiferente penal – um comportamento penalmente relevante. Pense-se, aqui, no já citado exemplo do racismo: a simples negativa injustificada de atendimento a outrem em restaurante aberto ao público não possui qualquer relevância penal; o fato, no entanto, de tal negativa haver sido motivada, por exemplo, por preconceito de raça, torna o comportamento a tal ponto desvalioso que se estabelece, a partir disso, a sua dignidade penal. Pense-se, ainda, no comportamento denominado de *stalking*: a teor da legislação brasileira, não se pune a simples perturbação à tranquilidade alheia decorrente da perseguição obsessiva, exigindo-se ainda que tal perturbação decorra de "*acinte ou motivo reprovável*", do que se infere que a motivação reprovável, somada aos demais elementos típicos, agrega ao comportamento um conteúdo de desvalor que lhe confere relevância como contravenção penal. Poderíamos ainda prosseguir com diversos exemplos, mas nosso ponto de vista, a esta altura, parece já compreendido.

A ideia de que a motivação constitui fator que agrega maior desvalor ao comportamento não é propriamente nova. Schmidhäuser, por exemplo, sustentou, já em 1958, a tese de que determinados elementos de atitude interna ensejam maior reprovabilidade.[777] Segundo o autor, o elemento de atitude interna "aponta um aumento da culpabilidade, uma vez que denota, de forma imediata, um comportamento moralmente reprovável do agente por meio da indicação do valor moral violado".[778] Por sua vez, Mir Puig tratou de demonstrar que esses elementos relativos à atitude interna deveriam ser entendidos não como intensificadores de culpabilidade, mas antes "como manifestações do desvalor do ato".[779] Segundo nossa perspectiva, tais percepções são, de certa maneira,

[777] Essa tese foi desenvolvida na obra *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht* ("Elementos de atitude interna no direito penal"). Para uma exposição dos argumentos centrais de Schmidhäuser, consultar MONTENEGRO, Lucas de. *Por que se qualifica o homicídio*? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio (Lei 13.104, de 2015). São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 72-77.

[778] SCHMIDHÄUSER apud MONTENEGRO, Lucas de. *Por que se qualifica o homicídio*? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio (Lei 13.104, de 2015). São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 77.

[779] Defende Mir Puig que a atitude interna do agente não deveria ser examinada em sede de culpabilidade. Na realidade, o esquema dogmático segundo o qual a culpabilidade teria a função precisamente de examinar a atitude interna do agente conduziria à necessidade lógica de irrestrita valoração penal dessa atitude por parte do julgador, o que o autor não considera salutar. Por essa razão, defende o autor que sejam remetidos ao injusto "a totalidade do objeto de valoração jurídico-penal, de modo que os eventuais casos em que a lei – e não a dogmática – obrigue a tomar em consideração a atitude interna do autor se entendam como manifestações do

conciliáveis: dado que a ideia de reprovabilidade constitui um dos aspectos que presidem o juízo de desvalor da conduta, não há qualquer contradição em se sustentar que o tipo de disposição anímica em questão (a saber, a motivação), quando negativamente valorada, enseja maior reprovabilidade e, nessa medida, agrava o desvalor da conduta. Paralelamente, quando positivamente valorada, enseja menor reprovabilidade[780] e, assim, atenua o desvalor da conduta. Dessa precisa dinâmica podem surgir tipos de crimes específicos – cujo conteúdo de desvalor necessariamente passa por uma determinada motivação reclamada pelo tipo – ou causas de aumento ou diminuição de pena.

Não nos sensibiliza, aqui, o rótulo de "antiliberal" que essa perspectiva – a saber, da consideração da motivação como aspecto de influência no desvalor da conduta – poderia receber.[781] Em primeiro lugar, porque já tivemos a oportunidade de manifestar nossa divergência em relação aos principais argumentos que via de regra lhe são direcionados: os argumentos das "ações externas" e da "moralização do direito". Mas, principalmente, porque nossa preocupação, aqui, é muito menos propositiva do que descritiva: trata-se de identificar os aspectos que orientam o legislador e julgador na identificação dos comportamentos penalmente desvaliosos segundo as práticas jurídicas vigentes.

E nesse preciso ponto reside boa parte do nosso dissenso em relação a "perspectivas liberais" relativas à motivação, as quais, operando a partir da realidade existente – a saber, a circunstância de que a motivação habita diversos dispositivos existentes na legislação – tratam de associar a ela um conteúdo considerado compatível com o ideário liberal. Os termos da adequação a esse ideário liberal, no entanto, via de regra não se mostram

---

desvalor do ato" (MIR PUIG, Santiago. Los terminos 'delito' y 'falta' en el Código penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 26, fasc./mes 2, 1973, p. 332). Também Luzón-Peña considera que os chamados "elementos de atitude interna" (tais como "desconsideração", "motivos abjetos", "motivo de ocultar sua desonra", entre outros) não possuem relação com a culpabilidade, que teria por objeto o exame da normal motivabilidade do sujeito pela norma, mas sim "cofundamentam, agravam ou diminuem o desvalor subjetivo (às vezes, subjetivo-objetivo) da ação e determinam a classe e gravidade do tipo", devendo ser considerados, nesssa qualidade, como elementos subjetivos do injusto (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal*: parte general, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 395).

[780] Para Díez Ripollés, a motivação com que o sujeito atua impacta no juízo de reprovabilidade, já que o fato de alguém praticar um comportamento delitivo com base em um motivo valioso significa dizer que a pessoa "atua em função de impulsos que a sociedade estima dignos de apreço (os quais se representa ao sujeito como uma ideia ou fim a obter, igualmente valioso, e que transcende ao fim da ação concreta que realiza)". (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. La atenuante de obrar por motivos morales, altruístas o patrióticos de notoria importancia. *In*: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *Política criminal y derecho penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 347-386. p. 356.).

[781] A ideia de uma maior reprovabilidade ético-social como fundamento para as qualificadoras subjetivas é considerada antiliberal por MONTENEGRO, Lucas de. *Por que se qualifica o homicídio*? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio (Lei 13.104, de 2015). São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 78.

consistentes com as escolhas legislativas presentes ao menos no ordenamento jurídico brasileiro.

Peralta, por exemplo, propõe uma espécie de "inversão de sinais". Os motivos reprováveis, para o autor, sinalizam a total falta de justificação da conduta.[782] Inverte-se, assim, a lógica de que os motivos reprováveis agravariam o fato praticado em circunstâncias ordinárias: a sua presença, na realidade, constituiria apenas um obstáculo à sua atenuação.[783] A consequência lógica disso – reconhecida por Peralta – é a de que a conduta praticada com motivação reprovável "já não é mais o fato agravado, mas sim o *básico* sobre o qual se valorará a possível atenuação com apoio em circunstâncias que impliquem a presença de segmentos parciais de justificação (i. e., a negação de motivos reprováveis)".[784]

Tal perspectiva, no entanto, não se mostra compatível com algumas das características da nossa legislação, em especial o fato de a motivação ser suscetível a três níveis de valoração: positiva, neutra e negativa. O regime jurídico do homicídio é disso um bom exemplo: trabalha-se com a figura do homicídio qualificado, simples e privilegiado. Se a conduta praticada com motivação reprovável já não é mais considerada como o fato agravado, mas sim como a figura básica, para além da evidente ficção jurídica que isso representa,[785] estaria esvaziada a figura do homicídio simples. Paralelamente, a situação gerada, salvo melhor juízo, seria a de uma perversão do princípio da presunção de inocência dogmaticamente institucionalizada – e, segundo vemos, há muito pouco de liberal em se partir da figura do homicídio qualificado como um homicídio *default*. Finalmente, ponto que nos parece essencial, uma tal proposta representaria uma clara ruptura com os padrões de atribuição de responsabilidade socialmente concebidos, na medida em que a motivação

[782] PERALTA, José Milton. *Motivos reprochables*: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 208.

[783] PERALTA, José Milton. *Motivos reprochables*: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 208-209.

[784] PERALTA, José Milton. *Motivos reprochables*: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 209.

[785] Segundo vemos, esquivar-se do problema da consideração negativa da motivação mediante a consideração da figura qualificada como figura básica constitui uma mera ficção jurídica. Ora, diante da alegada impossibilidade de se considerar um elemento interno como justificativa para a incidência da qualificadora do homicídio, e por se considerar que tais elementos internos somente poderiam operar em benefício do acusado, estabelece-se artificialmente que, doravante, todas as situações de homicídio serão tratadas, *a priori*, como homicídio na sua forma mais grave. Temos certa dificuldade em considerar essa proposta liberal. Mesmo porque a motivação, aqui, apenas aparentemente deixaria de ser considerada como um fator apto a agravar a resposta penal. Na prática, o que se teria é um cenário em que a motivação estaria, sim, sendo considerada – mesmo um maior rigor para o reconhecimento de uma causa de justificação não deixa de ser uma forma de consideração da motivação em prejuízo do imputado –, quando não operando como um vetor negativo implícito mesmo no mais básico homicídio praticado sem qualquer motivação.

ordinariamente se afigura, sim, como objeto de consideração neutra e, em casos especiais, especialmente positiva ou especialmente negativa. E a consideração negativa da motivação não decorre simplesmente da ausência de justificabilidade para a ação: um comportamento homicida praticado sem motivação (como, por exemplo, o do piloto que jogou o avião contra os Alpes) não é idêntico ao comportamento homicida praticado com motivação reprovável (como, por exemplo, do piloto que jogou o avião contra o World Trade Center),[786] ainda que nos dois casos os comportamentos não se mostrem justificáveis. Tais comportamentos, portanto, não deveriam ser juridicamente equiparados. Uma equiparação artificial desses comportamentos, segundo vemos, apenas contribuiria para a perda de legitimidade do direito penal.[787]

Finalmente, também é de se ressaltar a proposta de Montenegro, especificamente relacionada ao fundamento das qualificadoras subjetivas do homicídio. Segundo a perspectiva do autor, estar-se-ia diante de um cenário de violações simultâneas ao direito.[788] A prática do comportamento, a um só tempo, atentaria contra a vida e representaria uma censurável discriminação.[789]

A proposta de Montenegro, embora sólida, apresenta, na nossa visão, alguns problemas. Em primeiro lugar, não é universalizável, na medida em que não é capaz de explicar, em todos os casos, o apelo que o legislador faz à motivação – é dizer, nem todos os casos de referência à motivação permitem uma recondução à ideia de violações simultâneas ao direito. Além disso, e segundo ponto relevante, a visão de Montenegro não lida bem com a circunstância de o ordenamento jurídico considerar positivamente a motivação em diversos casos – pense-se, por exemplo, no cenário de violenta emoção ou de circunstâncias excludentes de ilicitude, tais como a legítima defesa e o estado de

---

[786] Exemplo que tomamos emprestado de MONTENEGRO, Lucas. *Por que se qualifica o homicídio*? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio (Lei 13.104, de 2015). São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 111-112.

[787] Também assim, ressaltando precisamente a importância da valoração da motivação como forma de "garantir maior aderência à observância do direito (*rule of law*)", e observando "somente através do alinhamento das normas sociais e legais pode o direito penal verdadeiramente atingir o controle social efetivo", CHIU, Elaine M. The challenge of motive in the Criminal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, New York, v. 8, p. 653-729, 2005. p. 673. De forma próxima, sustenta Gardner que sem um mecanismo para o exame dos motivos, "o direito se torna um exercício estéril de atribuição de culpa com base em estados mentais descritivos, sem a consideração de alegações de culpa moral ausente ou mitigada". (GARDNER, Martin R. The mens rea enigma: observations on the role of motive in the Criminal Law past and present. *Utah Law Review*, Utah, n. 3, p. 635-750, 1993. p. 742.).

[788] MONTENEGRO, Lucas. *Por que se qualifica o homicídio*? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio (Lei 13.104, de 2015). São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 109 et seq.

[789] MONTENEGRO, Lucas. *Por que se qualifica o homicídio*? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio (Lei 13.104, de 2015). São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 134 et seq.

necessidade, que, segundo boa parte da doutrina, exigem uma determinada motivação. Como justificar, nesses casos, uma resposta penal mais branda ou mesmo inexistente, sem recorrer ao argumento da menor reprovabilidade? Por certo que o fundamento já não poderia ser o mesmo – a saber, o da quantidade de "violações ao direito". E não nos parece razoável que motivações positivas sejam valoradas a partir de uma lógica, e aquelas negativas a partir de outra. Em última análise, ter-se-ia nesse expediente o emprego de uma racionalidade bastante artificial, nitidamente diversa daquela que se apresenta nas relações interpessoais que pautam a sociedade e que orienta o nosso legislador, com o que novamente se afastaria o direito penal dos padrões de atribuição de responsabilidade socialmente concebidos, comprometendo-se a sua legitimidade.

Segundo vemos, reconhecer abertamente a relevância dos motivos como fatores de influência no juízo de desvalor da conduta, capazes de condicionar, no plano abstrato, a definição dos comportamentos penalmente relevantes, e, no plano concreto, a modalidade de imputação subjetiva, não somente é a perspectiva que melhor descreve as práticas vigentes, mas, também, representaria um enorme ganho para a dogmática penal. Em primeiro lugar, porque, com isso, dar-se-ia um significativo passo no sentido de uma aproximação aos padrões de atribuição de responsabilidade socialmente concebidos, fortalecendo a legitimidade da intervenção penal – afinal, como bem destaca Sistare, em alusão precisamente à necessidade de valoração penal da motivação, o direito de uma sociedade deve ser sempre reconhecido pelos seus cidadãos como "expressão (induvidosamente imperfeita) da sua própria concepção de ordem social".[790] Em segundo lugar, porque através desse movimento se permitiria a realização de um maior escrutínio sobre os motivos que a ordem jurídica estaria em condições de reconhecer, bem como sua respectiva influência em termos de responsabilidade penal.[791] Por outro lado, seguir negando a relevância dos motivos não só equivale a fechar os olhos para as práticas jurídicas vigentes, mas, também, tende a fomentar um cenário de ampla discricionariedade na consideração dos motivos em direito penal, na medida em que se deixa de estabelecer parâmetros lógicos ou

[790] SISTARE, Christine. Agent motives and the Criminal Law. *Social Theory and Practice*, vol. 13, issue 3, 1987, p. 323. Ver, ainda, para posicionamentos similares, nossa nota 787.

[791] O que, segundo vemos, também serve como um argumento contra a crítica da indeterminação, tal como exposta por MONTENEGRO, Lucas. *Por que se qualifica o homicídio*? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio (Lei 13.104, de 2015). São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 82 et seq. O reconhecimento da motivação como potencial fator de recrudescimento do desvalor da conduta fomentaria o debate em torno da própria hierarquia entre os motivos, contribuindo para a sua paulatina definição. Em sentido coincidente, HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, [*s. l.*], v. 8, n. 1, p. 3-14, 1989. p. 4. Partilha dessa visão, também, CHIU, Elaine M. The challenge of motive in the Criminal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, New York, v. 8, p. 653-729, 2005. p. 677.

racionais para a sua valoração, concedendo-se ao intérprete ampla liberdade para uma valoração – quiçá até velada – da motivação segundo suas pautas pessoais.

5.2.1.4.3.2 Definição de Motivos

Parcela da dificuldade que se encontra ao analisar o problema da motivação decorre do enorme desacordo definitório existente. Em especial, coloca-se o problema de distinguir os conceitos de *intenção* e *motivação*, questão essa que divide consideravelmente a doutrina, inclusive porque tais termos são utilizados na linguagem ordinária praticamente de maneira intercambiável.[792]

Há uma clássica distinção na doutrina, segundo a qual a *intenção* ou a *finalidade* estariam ligadas à projeção de resultados antecipados pelo agente, àquilo que ele busca com a prática da conduta, enquanto a *motivação* estaria associada muito mais à ideia de causa psíquica determinante da ação.[793] Assim, enquanto a motivação estaria ligada à pergunta *por quê*, a intenção ou finalidade estaria ligada à pergunta do *para que* do comportamento.[794]

Essa perspectiva, no entanto, termina por dissociar dois aspectos que, substancialmente, e no mais das vezes, exercem idêntica influência na decisão pelo comportamento praticado. Trata-se, na realidade, de questões normalmente interdependentes, uma vez que a pergunta pelos motivos – ou pela causa de um comportamento – não raramente pode ser satisfatoriamente respondida mediante a invocação de um objetivo visado, o que se inseriria, segundo aquela definição, no conceito de intenção.

---

[792] Assim, BINDER, Guyora. The rhetoric of motive and intent. *Buffalo Criminal Law Review*, New York, v. 6, p. 1-96, Apr. 2002. p. 4. A esse respeito, também observa Díez Ripollés que a delimitação do conteúdo atribuível ao conceito de motivo encontra-se bastante vinculada à sua relação com o conceito de fim, de modo que o conteúdo que se pretenda atribuir ao conceito de motivo exige "adotar uma postura relativa a se o conceito de fim deve ou não ser incluído na noção de motivo". Assim, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. La atenuante de obrar por motivos morales, altruístas o patrióticos de notoria importancia. *In*: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *Política criminal y derecho penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 347-386. p. 350.

[793] Assim, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981. t. 3. p. 380, e, em sentido similar, MALINVERNI, Alessandro. *Scopo e movente nel diritto penale*. Torino: UTET, 1955. p. 67, para quem o termo fim (*scopo*) – considerado um "aspecto cognoscitivo" do fato psíquico – remete à "representação de um resultado que o agente busca conseguir", ao passo que o termo motivo (*movente*) – considerado um "aspecto afetivo" do fato psíquico – remete essencialmente ao "impulso determinante da ação".

[794] Zaffaroni, por exemplo, afirma que motivos, sempre reconduzidos à culpabilidade, seriam respostas ao "*woher*" ("de onde"), enquanto as demais tendências subjetivas relacionadas ao tipo subjetivo seriam respostas ao "*wohin*" ("para onde"). (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981. t. 3. p. 380.). No mesmo sentido é o posicionamento de MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 91 et seq. Peralta também afirma que os motivos respondem à questão "por que agiu o sujeito?", admitindo, por outro lado, que "a resposta pode ser *por* ou *para*" (por exemplo, por ódio racial, por prazer ou para satisfazer desejo sexual). (PERALTA, José Milton. *Motivos reprochables*: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 200.).

No oportuno exemplo de Sistare, se perguntássemos sobre o porquê de Jean Valjean haver furtado um pedaço de pão, ficaríamos igualmente satisfeitos seja com a resposta "porque ele estava com fome" (motivação), seja com a resposta "para comê-lo" (intenção).[795] Na realidade, como muito bem observa a autora, em muitos casos nós estamos tão familiarizados com determinados padrões de conduta que a simples descrição de um comportamento ou da sua finalidade já implica a sua explicação.[796]

E isso talvez explique a circunstância de, na linguagem cotidiana, buscarmos muitas vezes a explicação de um comportamento não a partir de suas causas, mas antes a partir de seus objetivos. Quando, por exemplo, ingressamos em um país estrangeiro, normalmente somos questionados sobre *"qual o motivo da visita"*, ao que tendemos a dar respostas como *"fazer compras"*, *"cursar uma pós-graduação"*, *"aperfeiçoar o idioma"*, *"conhecer o país"*, entre outras atinentes a objetivos futuros projetados, sendo precisamente esse o tipo de resposta que o guarda de fronteira espera receber. Quando, ainda, recebemos algum tipo de contato telefônico inesperado, podemos tanto indagar *"qual o motivo do seu contato?"* ou *"o que o senhor deseja?"*, e tais perguntas por certo serão percebidas como idênticas pelo interlocutor, e muito provavelmente receberão as mesmas respostas, que se relacionam com aquilo que se pretende com a ligação.

Daí que, considerada a íntima relação entre esses aspectos, parece inclusive arbitrário dissociá-los de maneira tão radical, sobretudo com a pretensão de lhes atribuir consequências jurídicas e dogmáticas tão drasticamente diversas, afirmando-se, por exemplo, que a intenção se afiguraria como elemento do injusto e a motivação, da culpabilidade, ou, no contexto anglo-saxônico, que a intenção seria elemento integrante do tipo de ofensa e da responsabilidade (*criminal liability*), enquanto a motivação seria pertinente apenas para a fixação da pena (*sentencing*).

Por outro lado, na literatura anglo-saxônica, é comum a referência a duas perspectivas tradicionais acerca da relação entre intenção e motivação: conforme uma delas, *motivos* seriam uma espécie do gênero *intenções*, devendo ser compreendidos como "intenções ulteriores" (*further intentions*); conforme a outra, *motivos* e *intenções* seriam conceitos completamente dissociados, sendo os motivos associados às noções de desejos,

[795] SISTARE, Christine. Agent motives and the Criminal Law. *Social Theory and Practice,* vol. 13, issue 3, 1987, p. 306.
[796] SISTARE, Christine. Agent motives and the Criminal Law. *Social Theory and Practice,* vol. 13, issue 3, 1987, p. 306.

impulsos ou razões para agir.[797] Dado que a segunda perspectiva corresponde, no essencial, àquela que acabamos de examinar, corrente na literatura nacional – segundo a qual a motivação estaria ligada ao *porquê*, enquanto a intenção estaria ligada ao *para que* do comportamento –, ocupemo-nos da primeira.

Segundo essa visão, motivos seriam aquelas intenções que vão além da intenção de praticar uma ação específica ou de produzir determinado resultado. Assim, se o indivíduo A dispara em B, amante de sua esposa, pode-se dizer que, a depender do referencial adotado, a morte de B é tanto um motivo quanto uma intenção – afinal de contas, a morte de B seria o *motivo* da aquisição da arma, mas seria, também, a *intenção imediata* do disparo.[798]

Essa perspectiva, contudo, esbarra no problema da cadeia de intenções. Conforme Husak, se motivos são intenções ulteriores (é dizer, a intenção com a qual um ato intencional é praticado), se o fim de uma ação pode ser o meio para outra e se muito daquilo que se faz envolve uma cadeia de intenções (por exemplo, puxar o gatilho do revolver para fazer o projetil entrar na cabeça da vítima, para fazer a vítima morrer, para tirá-lo do caminho, e assim por diante), então essa formulação acaba por esvaziar, do ponto de vista substancial, a distinção entre motivos e intenções, apresentando-a como um simples problema temporal.[799] Nesse sentido, sendo cada intenção considerada um motivo para aquela intenção que a precede, a única intenção que não poderia ser considerada simultaneamente um motivo é aquela presentemente posta em marcha pelo sujeito ativo do crime.[800]

Não é preciso grande esforço para perceber que essa perspectiva não suporta a tese da "irrelevância dos motivos". Afinal de contas, como bem observa Husak, "na medida em que o direito penal ocupa-se de intenções passadas, deve necessariamente se ocupar, também, de motivos, dado que toda intenção passada é um motivo".[801] A única forma de conciliar a tese da irrelevância dos motivos com essa definição seria considerar que, não obstante o direito penal se ocupe de motivos, apenas se ocuparia deles enquanto intenções. Mas se a lei penal possui – como, de fato, possui – diversos dispositivos que incorporam intenções ulteriores, não há como negar que a lei penal se ocupe de motivos. A solução que

---

[797] Tal sistemática acerca das perspectivas tradicionais de motivação, e sua relação com o conceito de intenção, pode ser vista em SISTARE, Christine. Agent motives and the Criminal Law. *Social Theory and Practice*, vol. 13, issue 3, 1987, p. 303, HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, 8, 1989, p. 5, e CHIU, Elaine M. The challenge of motive in the Criminal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, New York, v. 8, p. 653-729, 2005. p. 664.

[798] Tal perspectiva é assim apresentada, embora com discordância, por SISTARE, Christine. Agent motives and the Criminal Law. *Social Theory and Practice*, vol. 13, issue 3, 1987, p. 303.

[799] HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, 8, 1989, p. 5-6.

[800] HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, 8, 1989, p. 6.

[801] HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, 8, 1989, p. 6.

os adeptos dessa perspectiva oferecem, no entanto, não é essa, mas sim a de adotar uma outra terminologia para as intenções ulteriores que se afiguram como elementares de crimes: não se as considerariam mais *motivos*, mas antes *intenções específicas* (*specific intents*).[802] A conclusão, portanto, é de que se algo se apresentar relevante para a definição da responsabilidade penal, não poderá ser considerado, doravante, um motivo.[803]

Um dos pressupostos para a definição de *motivo*, no entanto, é que ela não seja circular. É dizer, não se pode buscar uma *definição* de motivo que apenas confirme a tese da sua irrelevância, classificando-se como *motivo* todo aquele estado anímico considerado irrelevante, e como *intenção* todos os demais estados anímicos, considerados relevantes.[804] Como bem observa Husak, não há nada no *conceito* de motivo que requeira a sua irrelevância, pelo que não se mostraria apropriado refutar uma *definição* de motivo através do argumento de que essa definição permitiria classificar como motivo um estado anímico considerado relevante para a responsabilidade penal.[805]

Se isso é verdadeiro – e nos parece ser o caso –, não há qualquer necessidade de se vincular o conceito de motivo, que consubstancia a dimensão justificadora do comportamento, a elementos subjetivos abordados seja na tipicidade, seja na culpabilidade. Uma tal definição, na realidade, deveria abranger todos os fatores subjetivos que explicam o comportamento adotado, independentemente do plano dogmático em que trabalhados. Mesmo porque, como já dito anteriormente, a categoria do desvalor da conduta não se limita, segundo nossa particular forma de ver as coisas, a um ou outro plano de análise do conceito analítico de crime.

Por tudo isso, parece-nos que a mais adequada definição seja aquela de Sistare, para quem os motivos são "*um conjunto polimorfo de iniciadores de ação*".[806] Tais motivos, assim, podem ser associados tanto a finalidades ulteriores do comportamento, quanto a

---

[802] A crítica de Husak, aqui, é direcionada abertamente à formulação de Glanville Williams, que afirma: "sempre que uma intenção de praticar outro crime esteja envolvida na definição do crime, ela é geralmente definida como uma intenção, e não como motivo" (WILLIAMS apud HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, 8, 1989, p. 6).

[803] HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, 8, 1989, p. 6.

[804] Trata-se de uma pertinente observação feita por HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, 8, 1989, p. 5.

[805] Como bem observa Husak, determinadas concepções de motivos têm sido rejeitadas pelo simples fato de serem incompatíveis com a tese da irrelevância dos motivos para a determinação da responsabilidade penal, o que representa uma clara tautologia (HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, 8, 1989, p. 5).

[806] SISTARE, Christine. Agent motives and the Criminal Law. *Social Theory and Practice*, vol. 13, issue 3, 1987, p. 306. A autora também conceitua motivos como "interesses, razões e valorações que originam ações e podem incluir intenções" (idem, p. 307). A definição de Sistare também é adotada por HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, 8, 1989, p. 8, e CHIU, Elaine M. The challenge of motive in the Criminal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, New York, v. 8, p. 653-729, 2005. p. 665-666.

razões ou qualquer outro estado mental que sirva de "gatilho" para o comportamento adotado.[807] Trata-se da definição que melhor se vincula à pluralidade de aspectos subjetivos que estão em causa na perspectiva justificadora do comportamento – que, como já visto, abrange a constelação de fatores subjetivos que dão razão ao comportamento adotado. E muito embora se cuide de uma definição de caráter mais funcional, não se nega, por outro lado, o caráter ontológico dos estados mentais que compõem a motivação–[808] o que se põe em evidência através dessa definição é apenas a influência que determinados estados mentais (por exemplo, o desejo de A de receber os bens de B) exercem sobre outros estados mentais (a intenção, de A, de matar B) e, consequentemente, sobre o comportamento adotado.

5.2.1.4.3.3 Tipos de Motivos

Se o que buscamos, então, é uma definição de motivo capaz de servir de base para o que denominamos de dimensão justificadora do comportamento, devemos trabalhar com a premissa de que motivos são *um conjunto polimorfo de iniciadores de ação*. Cuida-se de uma perspectiva híbrida, na medida em que nega tanto que os motivos devam ser sempre associados a objetivos buscados através do comportamento, quanto que os motivos jamais possam ser associados a esses objetivos.[809] Assim, como bem observa Husak, há comportamentos que são iniciados por determinados objetivos buscados ou pelas chamadas "intenções ulteriores", enquanto outros são iniciados simplesmente por razões ou outros estados mentais.[810] Quando um comportamento é praticado, por exemplo, "*por razões de preconceito de raça*", não está em causa um objetivo buscado; por outro lado, quando um comportamento é praticado "*com o intuito de obter vantagem*", cuida-se de um objetivo visado. Nos dois casos, no entanto, está-se diante de *iniciadores de ação*, isto é, daquelas considerações subjetivas que induzem no sujeito a intenção de agir e que, consequentemente, conduzem-no ao comportamento adotado. E dado que ambas possuem a mesma função, integrando a dimensão justificadora do comportamento, parece-nos que a tentativa de as distinguir quanto às suas consequências dogmáticas – associando uma delas, por exemplo,

[807] Também assim, CHIU, Elaine M. The challenge of motive in the Criminal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, New York, v. 8, p. 653-729, 2005. p. 666.
[808] E isso porque, em última análise, as razões que levam o sujeito a agir também se consubstanciam em pensamentos, por sua vez relacionados a conhecimentos e desejos que o autor possui, e que possuem existência autônoma, independentemente do seu reconhecimento pelo intérprete. Assim, o fato de o sujeito disparar com a *intenção* de matar, e com a *finalidade* de herdar os bens da vítima, não exclui a circunstância de que essa *finalidade*, a exemplo da intenção, também seja considerada um estado mental titulado pelo sujeito.
[809] HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, 8, 1989, p. 7.
[810] HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, 8, 1989, p. 7.

ao injusto, e a outra à culpabilidade, ou restringindo a influência de somente uma delas à dosimetria da pena – constitui exercício de teorismo, pervertendo a realidade das coisas. Melhor é reconhecer que, do ponto de vista material, ambas intervêm no juízo sobre o desvalor da conduta, preenchendo a dimensão justificadora do comportamento.

Isso não impede, por outro lado, para fins sistemáticos e classificatórios, e de maneira a contribuir para uma maior clareza na interpretação dos comportamentos, que possamos distinguir entre tais tipos de motivos.

E aqui, sim, parece pertinente arrancar da sistemática proposta por Norrie, para quem é possível falar de motivos como "causa da intenção" (*cause of intention*) e motivos como "formas de intenção" (*forms of intention*) – categoria na qual o autor insere a chamada "intenção ulterior" (*ulterior intention*).[811] Conforme Norrie, quando se fala de motivos como ciúmes, inveja ou ganância, o motivo se associa à ideia de causa de intenção (*cause of intention*); diferentemente, quando se fala que o indivíduo pratica um determinado comportamento, como colocar veneno na bebida, i) para causar a morte e ii) para herdar o dinheiro da vítima, embora os elementos i e ii também possam ser considerados motivos, assumem eles, diferentemente do exemplo anterior, a forma de intenções ulteriores (*ulterior intentions*) que motivaram o seu comportamento.[812]

Essa distinção, como se vê, é inteiramente consistente com a definição de motivos como "iniciadores de ação", na medida em que considera motivo tanto as finalidades ulteriores do comportamento, quanto as razões que servem de "gatilho" para a origem e direcionamento da vontade. Ao mesmo tempo, por inserir um componente associado à ideia de causa e consequência, é capaz de distinguir conceitualmente entre tais tipos de motivos.

Ainda assim, parece-nos possível aprimorar essa classificação. Em primeiro lugar, retirando da equação o uso recorrente na literatura norte-americana ao termo intenção, uma vez que, conforme vimos, tal termo já fora utilizado, no âmbito da dimensão desiderativa do comportamento, para exprimir o tipo de vinculação afetiva existente quando o sujeito dirige sua vontade ao objeto. O melhor substituto, quanto a nós, é o termo *finalidade*. Em segundo lugar, e partindo abertamente da relação causa/consequência que subjaz à formulação de Norris, propondo uma distinção entre aqueles motivos que explicam o comportamento a partir de uma condição retrospectiva, anterior ao comportamento – o que, doravante,

---

[811] NORRIE, Alan. *Crime, reason and history*: a critical introduction to Criminal Law. 2 th. Cambridge: University Press, 2006. p. 37.
[812] NORRIE, Alan. *Crime, reason and history*: a critical introduction to Criminal Law. 2 th. Cambridge: University Press, 2006. p. 37.

denominaremos de tipo de motivação de índole *retrospectiva* – e aqueles que explicam o comportamento a partir de uma condição prospectiva, dada pela circunstância de o agente esperar obter algo como resultado do comportamento, e que, nesse sentido, se afigura posterior ao comportamento – o que, doravante, denominaremos de tipo de motivação de índole *prospectiva*. No primeiro grupo, inserem-se motivos como ódio, inveja, ganância, preconceito de raça, entre outros; no segundo grupo, inserem-se motivos como intuito de obtenção de vantagem, ânimo de lucro, fim libidinoso, entre outros.

Apresentados os traços essenciais da distinção, tratemos de examinar alguns casos fornecidos pelo ordenamento jurídico, de maneira a inseri-los numa ou noutra categoria, e advertindo, uma vez mais, que os termos relativos a motivos que associaremos aos tipos de motivação acima delineados não correspondem necessariamente àqueles que o legislador emprega.

a) Motivação de índole prospectiva

Inserimos na denominada categoria de motivação de índole prospectiva aqueles motivos que explicam o comportamento a partir de uma condição prospectiva, posterior ao comportamento, que o agente espera obter como resultado de sua prática.

Há diversos termos-chave presentes na legislação que podem ou ser considerados motivos de índole prospectiva, ou que pelo menos se associam a motivos de índole prospectiva. Alguns dos mais comuns são *finalidade* (três incidências no Código Penal brasileiro), *fim* (trinta e oito incidências no Código Penal brasileiro), *fins* (quatro incidências no Código Penal brasileiro), *intuito* (doze incidências no Código Penal brasileiro), *propósito* (três incidências na Lei 13.620/2016) e *objetivo* (uma incidência no Código Penal brasileiro). Além desses termos, por si sós alusivos a motivações, em diversas oportunidades percebe-se que o legislador emprega a preposição *para* seguida da descrição de uma motivação tendencialmente enquadrável nessa categoria.

Examinando atentamente o sentido com que tais termos são empregados, é possível visualizar ao menos três situações diversas. Para efeitos definitórios e classificatórios, proporemos, portanto, a referência a três subcategorias de motivos de índole prospectiva: finalidades, fins e propósitos.

Casos há em que o comportamento intencional é praticado como meio para viabilizar um evento subsequente desejado, um estado de coisas externo à ação, temporalmente separado ou mesmo concomitante a ela. A situação paradigmática aqui é a dos chamados

crimes de resultado cortado, como, por exemplo, o crime de extorsão mediante sequestro, em que o tipo penal prevê o comportamento de sequestrar pessoa "*com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem*, como condição ou preço do resgate". A despeito de tais casos via de regra serem sinalizados pela legislação mediante o emprego da expressão "*fim de* (verbo)", ou mediante a construção "*para* (verbo)" parece-nos que a melhor expressão para exprimir esse tipo de motivação é *finalidade*.

Em outros casos, a motivação diz respeito a um estado de coisas subjetivo satisfeito pela ação em si. É dizer, a prática do comportamento, por si só, conduz a um estado de coisas subjetivo ou anímico, sendo a satisfação desse estado de coisas subjetivo aquilo que o agente busca com a prática do comportamento, e não um específico evento externo e independente da ação. A situação paradigmática aqui é a dos chamados crimes de tendência – os quais, segundo Tavares, "devem ser tratados como delitos de motivação" –,[813] nos quais a ação típica pressupõe que o agente atribua ao comportamento uma determinada conotação, sem o que o crime não se configura. Exemplo paradigmático dessa subcategoria seria o chamado "fim libidinoso", implicitamente reclamado por alguns tipos penais – por exemplo, um mesmo comportamento intencional (por exemplo, toque do médico ginecologista)[814] pode ser considerado criminoso ou não, a depender da conotação que o agente atribua a ele. Também o "fim de vingança ou humilhação", previsto como causa de aumento de pena no crime de divulgação de cena de sexo, inserido pela Lei 13.718/2018.[815] Para além dessa expressão, empregada na legislação, uma expressão bastante característica desse tipo de motivação é *ânimo,* utilizada com bastante frequência pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, o *animus injuriandi* em relação à injúria ou o *animus calumniandi* em relação à calúnia, que exprimem precisamente conotações que o próprio agente atribui ao comportamento, sem o que o crime não se configura. Entendemos que também o "intuito de lucro", em alguns casos, pode ser aqui enquadrado, notadamente nas situações em que tal

---

[813] TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 309. Na definição de Tavares, "os delitos de tendência são aqueles nos quais a ação típica está associada não apenas ao alcance do resultado, mas a um ânimo do agente de lesar de forma especial o bem jurídico: o médico realiza um exame ginecológico com o ânimo de satisfazer sua concupiscência e não apenas como forma de obter um diagnóstico". (Ibid., p. 308.).

[814] Exemplo que nos é dado, também, por TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 308.

[815] Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. § 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

"intuito de lucro" se relaciona a um determinado ânimo que é satisfeito através do próprio comportamento típico, e não depende de um evento posterior.

Em todos esses casos, percebe-se que o desvalor da conduta reclamado pelos tipos pressupõe uma determinada conotação atribuída pelo agente ao seu comportamento. Daí que a melhor expressão para exprimir esse tipo de motivação seja, a nosso ver, *fim.* A despeito de a expressão "com o *fim de* (verbo)" ser característica do tipo de motivação anterior, parece-nos mais indicada para aludir a esse tipo de motivação, dado que tal termo admite mais comumente as qualificações características das situações aqui tratadas ("fim libidinoso", por exemplo, ou o próprio "fim de vingança ou humilhação").

Finalmente, uma subcategoria muito próxima da anterior é aquela na qual a motivação aparece atrelada a uma determinada funcionalidade que o agente atribui ao seu comportamento. É dizer, não se liga propriamente a um evento ou estado de coisas exterior ao comportamento – afastando-se claramente da primeira classificação – , e, embora também envolva o aspecto da conotação atribuída ao comportamento – no que se aproxima da categoria anterior –, tal conotação se afigura muito mais vinculada a uma funcionalidade que o agente projeta em seu comportamento. Enquadra-se, aqui, o "fim de educação, ensino, tratamento ou custódia" a que alude o art. 136 do Código Penal brasileiro. Também se enquadram aqui os "propósitos sociais ou reivindicatórios", o comportamento praticado "visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar", bem como "o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais", todos previstos no §2º do art. 2º da Lei 13.250/2015. Tais casos parecem melhor retratados mediante o emprego da expressão *propósito*.

Nas três categorias, ao menos em relação aos exemplos citados, o desvalor da conduta contido na previsão típica pressupõe a presença de uma específica motivação, sem o que ou o comportamento se afigura como um indiferente penal, ou se enquadra a outro tipo de delito.

b) Motivação de índole retrospectiva

Inserimos na denominada categoria de motivação de índole retrospectiva aqueles motivos que explicam o comportamento a partir de uma condição que lhe antecede. Inserem-se nessa categoria, pois, quaisquer razões ou estados mentais que sirvam de "gatilho" para a formação e direcionamento da vontade, afigurando-se como exemplos o ódio, inveja, ganância, "preconceito de raça", "menosprezo à condição de mulher", "violenta emoção", medo e pânico, entre outros. Daí, como já dito, falar Norrie em motivos como "causa da

intenção" (*cause of intention*).[816] Isto é, há uma condição pretérita – por exemplo, sentimento de ódio – que desperta no agente a intenção de praticar um determinado comportamento.

O motivo de índole retrospectiva pode ser decisivo para o juízo de desvalor da conduta que se encontra contido na figura típica. Já se deu, aqui, o exemplo do crime de racismo: a simples negativa injustificada de atendimento a outrem em restaurante aberto ao público não possui qualquer relevância penal; o fato, no entanto, de tal negativa haver sido motivada, por exemplo, por preconceito de raça, torna o comportamento a tal ponto desvalioso que se estabelece, a partir disso, a sua dignidade penal.

A existência de uma motivação de índole retrospectiva não afasta a possibilidade de concorrência de outra motivação de índole prospectiva.

Quando reclamada pelo enunciado normativo – seja de um tipo penal, seja de uma causa de aumento ou de diminuição de pena – uma determinada motivação de índole retrospectiva, não fica com isso excluída a possibilidade de concorrência, no comportamento, de uma motivação de índole prospectiva. Apenas que, nesses casos, a motivação de índole prospectiva não se mostra relevante. Assim, por exemplo, para efeito de incidência da qualificadora do feminicídio, é irrelevante saber se o agente visava, com o seu comportamento, colocar fim ao relacionamento amoroso de sua ex-esposa ou se apenas pretendia impedi-la de iniciar qualquer outro relacionamento futuro: o que interessa é determinar se seu comportamento foi ou não motivado por menosprezo à condição de mulher. Por outro lado, casos há, como o do terrorismo, em que o tipo penal reclama a concorrência de uma motivação de índole prospectiva ("*quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública*") com uma motivação de índole retrospectiva ("*por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião*"), sem o que o comportamento não será considerado desvalioso a ponto de permitir a sua adequação típica. Em todos esses casos, portanto, a presença do motivo de índole retrospectiva é fundamental para o juízo de desvalor da conduta que se encontra contido na figura típica, sem o que, novamente, ou se cuidará de um indiferente penal, ou de um tipo de crime diverso.

As expressões-chave presentes na legislação mais alusivas a esse tipo de motivação são *razões* ou *motivos*. Aliás, segundo doutrina majoritária, o termo *motivo* estaria associado

[816] NORRIE, Alan. *Crime, reason and history*: a critical introduction to Criminal Law. 2 th. Cambridge: University Press, 2006. p. 37.

exclusivamente a esse tipo de motivação – que consideramos de índole retrospectiva –, e não se aplicaria aos casos apresentados no item anterior.[817]

Apesar disso, mesmo que os termos *razões* e *motivos* normalmente apareçam associados a esse tipo de motivação, nem sempre o emprego de tais termos corresponderá a uma motivação de índole retrospectiva. Tomemos o exemplo do "motivo torpe", previsto como qualificadora do homicídio: a casuística demonstra que, muitas vezes, o "motivo torpe" previsto nessa qualificadora é imputado diante de uma *finalidade* (segundo nossa classificação, um motivo de índole prospectiva) – a "disputa de domínio de tráfico", um exemplo bastante paradigmático encontrado na jurisprudência, não pode ser considerada uma condição retrospectiva, mas sim prospectiva, pois consiste em um estado de coisas que o sujeito pretende atingir com o comportamento. Da mesma forma, alguns dos exemplos de "motivo de relevante valor social ou moral" encontrados na doutrina são, na realidade, motivos de índole prospectiva, em geral finalidades – como, por exemplo, matar um estuprador para que ele não siga delinquindo. Dado que, segundo nossa particular compreensão, a circunstância de um motivo possuir caráter retrospectivo ou prospectivo não altera a sua influência sobre o comportamento – em qualquer caso, cuida-se de um iniciador de ação que, como tal, admite a qualificação de motivo –, não vemos problema em admitir a incidência seja da qualificadora, seja da causa de diminuição, mesmo nos casos em que se esteja mais propriamente diante de finalidades.[818] Parece-nos que o melhor, nesse caso, é interpretar o termo *motivo* no sentido geral apresentado, como iniciador de ação, independentemente da sua classificação como de índole prospectiva ou retrospectiva.

5.2.1.4.4 Dimensão Ética

O desvalor de um comportamento também é julgado em virtude do conhecimento ético-social do seu autor. Um mesmo comportamento, ainda que atentatório a determinados bens reconhecidamente valiosos, é interpretado de maneira substancialmente diferente quando se constata que o seu autor não possui ciência do significado desse comportamento segundo os valores ético-sociais vigentes.

---

[817] Assim, por todos, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981. t. 3. p. 380.

[818] Essa posição, segundo vemos, não se mostra sustentável para aqueles autores que defendem uma dissociação absoluta entre motivos e finalidades, inserindo aqueles na culpabilidade e esses, no injusto. A partir desse pressuposto teórico, não nos parece possível admitir que a previsão legal de uma circunstância relativa à culpabilidade possa ser preenchida mediante a referência a elementos subjetivos relacionados ao injusto.

Mais precisamente, segundo vemos, há duas questões distintas aqui envolvidas, mas que fundamentam a dimensão ética do comportamento: i) a percepção que o autor detém acerca dos padrões ético-sociais vigentes relacionados ao comportamento que pratica; ii) a própria percepção moral do autor, o seu juízo de certo ou errado, sobre o comportamento que pratica, independentemente dos padrões ético-sociais vigentes. O primeiro caso denominaremos de *percepção de reprovabilidade social*; o segundo, de *autopercepção de reprovabilidade*.

No que diz respeito à percepção de reprovabilidade social, a questão pode ser associada ao tratamento da consciência da ilicitude em direito penal, entrando em cena os casos paradigmáticos de erro de proibição ou de erro sobre a existência e os limites das causas de justificação. Sobre o ponto, não nos interessa tanto a discussão relativa à colocação sistemática do problema da consciência da ilicitude na teoria do delito –[819] na qual não pretendemos adentrar –, mas sim o impacto substancial dessa condição na valoração jurídica do comportamento. E, sobre isso, parece livre de dúvidas a afirmação de que a ausência da consciência da ilicitude gera uma menor reprovação em relação ao comportamento – a polêmica estaria apenas em saber até que ponto essa menor reprovação deveria prejudicar a possibilidade de imputação do dolo.

Veja-se que, para Figueiredo Dias, na base da ausência da consciência do ilícito encontra-se um "erro ou engano da consciência ética", cuja falta de censura, é bem verdade, depende da circunstância de se poder considerar que tal erro não se funda "numa atitude desvaliosa e juridicamente censurável do agente".[820] É certo que o autor, de maneira até um tanto obscura, trata de distinguir a questão da "consciência do ilícito" com a questão da "consciência da imoralidade da ação".[821] No entanto, se também a consciência do ilícito não se associa ao problema do conhecimento ou desconhecimento da lei, e deve ser recolhida com base na "apreensão do sentido ou significado social desvalioso correspondente",[822] parece-nos inegável a sua conotação ética, se assumirmos que essa se liga a padrões de certo

[819] Naucke considera que a "colocação sistemática da consciência do ilícito no sistema do fato punível é considerada como um dos problemas sistemáticos mais difíceis". (NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal*. Una introducción. Traducida por Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006. p. 345.).
[820] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 629.
[821] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 550. O que, diga-se de passagem, também é feito por ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 866.
[822] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 548.

e errado relativos ao comportamento e que são impostos externamente. No mínimo porque, como o próprio Roxin reconhece, essas valorações sociais e morais seriam consideradas ao menos um indício de vencibilidade do erro de proibição.[823] De qualquer modo, parece-nos mais precisa a colocação de Jescheck, quando define o conteúdo da consciência da ilicitude como a consciência, pelo agente, de que o seu comportamento "contradiz às exigências da ordem comunitária".[824]

Mas há casos em que o problema não recai propriamente na percepção que o agente possui dos padrões de comportamento impostos externamente – e, portanto, da reprovabilidade social do seu comportamento. Falamos, daí, em uma carência de *autopercepção de reprovabilidade* nos casos específicos em que o indivíduo, mesmo conhecedor dos padrões ético-sociais vigentes, tem o comportamento não somente como aceitável, mas plenamente defensável segundo a sua moral individual. Entram em cena, aqui, os interessantes casos tratados sob a epígrafe dos crimes culturalmente motivados,[825] além dos chamados fatos de consciência.[826]

Tomemos dois exemplos paradigmáticos: o caso Kimura[827] e o caso Kargar.[828] No primeiro, Fumiko Kimura, cidadã que viveu muito tempo no Japão, jogou-se no Oceano Pacífico com seus dois filhos pequenos; enquanto ela sobrevive diante da intervenção de equipes de resgate, as crianças acabam falecendo, imputando-se-lhe, em consequência, o

---

[823] ROXIN, Claus. *Derecho penal.* Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 866. Marinucci e Dolcini, mesmo aparentemente avessos à vinculação entre direito penal e as normas ético-sociais, fazem referência a entendimento da *Corte costituzionale* no sentido de que nos casos de normas ético-sociais subjacentes às normas incriminadoras, seria quase impensável que o cometimento do delito seja acompanhado de uma alegação de desconhecimento da ilicitude do comportamento. (MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistemática. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.).

[824] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 487.

[825] Sobre a temática, remetemos o leitor para as obras de referência, que são DE MAGLIE, Cristina. *Crimes culturalmente motivados*: ideologias e modelos penais. Tradução de Stephan Doering Darcie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. passim. e SILVA DIAS, Augusto. *Crimes culturalmente motivados*: o direito penal ante a "estranha multiplicidade" das sociedades contemporâneas. Coimbra: Almedina, 2018. passim.

[826] Sobre os chamados "fatos de consciência", ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 652 et seq., e ROXIN, Claus. Mais uma vez: sobre a valoração jurídico-penal do fato de consciência. *In*: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização de Alaor Leite. Tradução de Luís Greco *et al*. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 191-213. p. 191-213.

[827] Cujo relato podemos encontrar em DE MAGLIE, Cristina. *Crimes culturalmente motivados*: ideologias e modelos penais. Tradução de Stephan Doering Darcie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 122 et seq., e também em SILVA DIAS, Augusto. *Crimes culturalmente motivados*: o direito penal ante a "estranha multiplicidade" das sociedades contemporâneas. Coimbra: Almedina, 2018. p. 217 et seq.

[828] Cujo relato, por sua vez, também nos é trazido por DE MAGLIE, Cristina. *Crimes culturalmente motivados*: ideologias e modelos penais. Tradução de Stephan Doering Darcie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 129 et seq.

crime de homicídio. Questionada sobre o fato, relatou o contexto de um marido infiel por anos, um casamento destruído e, paralelamente, uma vida totalmente reclusa e centrada na família – cuidava-se da "devota mulher e mãe japonesa, que esperava todas as noites o marido e que lhe lavava os pés quando ele retornava do trabalho".[829] Diante da notícia do caso, a comunidade japonesa residente nos Estados Unidos realiza uma petição, com mais de 25.000 assinaturas, postulando um tratamento mais brando, tendo em vista que, segundo o costume japonês, "Kimura tentou cometer o chamado *oyako-shinju*", o qual, embora punido no Japão, constitui "um modo não raro de resolver certas situações intoleráveis", e que, no direito japonês, é tratado como uma hipótese de homicídio involuntário.[830]

Por sua vez, no caso Kargar, tem-se a situação de um afegão refugiado há poucos anos nos Estados Unidos, e que é surpreendido por uma vizinha beijando o pênis do seu filho, de 18 meses, sendo denunciado. A polícia localiza, na casa de Mohammad Kargar, um álbum de família que contém inclusive uma fotografia que retrata Kargar beijando o genital de seu filho. Acaba sendo preso e, também, denunciado por *gross sexual assault*.[831]

Em tais casos, ao lado do componente motivacional, que talvez seja até mais evidente – possuindo clara relação, assim, com o que denominamos de *dimensão justificadora* do comportamento –, é possível perceber, também, que os indivíduos, mesmo eventualmente conhecedores dos padrões éticos vigentes na sociedade em que se inserem, orientam seus comportamentos a partir de padrões morais diversos, impostos por sua cultura, segundo os quais suas condutas ou se mostram perfeitamente toleradas, como no caso Kargar, ou menos reprováveis, como no caso Kimura.

Problema similar verificamos nos chamados "fatos de consciência", nos quais o agente se coloca diante de "um sentimento subjetivo de estar incondicionalmente obrigado".[832] Conforme Roxin, há, nesses casos, mais do que a mais forte das convicções pessoais, mas antes uma "decisão séria, moral [...], que o indivíduo vivencia em seu íntimo como obrigatória em determinadas circunstâncias e incondicionalmente imperativa".[833]

---

[829] DE MAGLIE, Cristina. *Crimes culturalmente motivados*: ideologias e modelos penais. Tradução de Stephan Doering Darcie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 122.
[830] DE MAGLIE, Cristina. *Crimes culturalmente motivados*: ideologias e modelos penais. Tradução de Stephan Doering Darcie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 122.
[831] DE MAGLIE, Cristina. *Crimes culturalmente motivados*: ideologias e modelos penais. Tradução de Stephan Doering Darcie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 129.
[832] ROXIN, Claus. Mais uma vez: sobre a valoração jurídico-penal do fato de consciência. *In*: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização de Alaor Leite. Tradução de Luís Greco *et al*. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 191-213. p. 194.
[833] ROXIN, Claus. Mais uma vez: sobre a valoração jurídico-penal do fato de consciência. *In*: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização de Alaor Leite. Tradução de Luís Greco *et al*. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 191-213. p. 194.

Pense-se, por exemplo, no caso apresentado por Roxin, do muçulmano religioso que reage, por injúria verbal, a uma crítica ao Profeta, baseada no fato de que "sua consciência religiosa não permite deixar sem resposta um tal ato sacrílego".[834]

Não está no nosso horizonte apresentar uma solução aos complexos casos de crimes culturalmente motivados e dos fatos de consciência, problemas de dimensões monográficas, considerando-se a multiplicidade e complexidade dos fatores envolvidos – desde a necessidade de proteção dos bens jurídicos, interesses da vítima, soberania nacional, por um lado, até questões relativas à proteção à cultura, respeito a minorias e liberdade de crença por outro. O que apenas se pretende frisar é que, do ponto de vista substancial, há uma carga de desvalor diversa quando se constata a existência de um comportamento praticado com plena consciência, pelo autor, quanto à sua reprovabilidade, e de outro comportamento que, embora praticado nas mesmas circunstâncias, seja posto em marcha sem que o agente tenha conhecimento do seu desajuste perante os padrões ético-sociais vigentes, ou convicto da sua retidão moral.

5.2.2 A Dimensão Objetivo-exterior do Desvalor da Conduta

Se a dimensão subjetivo-interna do comportamento diz respeito aos processos mentais que concorrem na prática do comportamento, a dimensão objetivo-exterior diz respeito aos seus caracteres objetivos, ou, em outras palavras, aos dados objetivos por meio dos quais o comportamento se revela, bem como a determinadas circunstâncias que o envolvem e que a ele se ligam.[835] De todos os aspectos envolvidos, consideramos que três deles se afiguram essenciais, e estarão sempre envolvidos em todo e qualquer comportamento penalmente desvalioso: i) comportamento humano, ativo ou passivo, dominado pela vontade; ii) o tipo de conduta e o seu modo de realização; e iii) a sua aptidão ao atingimento do resultado jurídico. Para além desses três aspectos, entram em cena outros vetores que influenciam o juízo de desvalor da conduta, intensificando-o ou mitigando-o.

Tais aspectos serão analisados de maneira pormenorizada nas linhas que seguem.

---

[834] ROXIN, Claus. Mais uma vez: sobre a valoração jurídico-penal do fato de consciência. *In*: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização de Alaor Leite. Tradução de Luís Greco *et al.* São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 191-213. p. 194.

[835] Em sentido similar, sustenta D'Avila que "o desvalor objetivo da conduta em si" afigura-se "compreensivo do modo e da forma através dos quais a ação é praticada". (D'AVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 99-126, jul. 2016. p. 114.).

5.2.2.1 Conduta como Comportamento Humano, Ativo ou Omissivo

Não é recente a busca da doutrina penal por um conceito jurídico-penal de ação.[836] Um conceito jurídico-penal de ação capaz de exercer as funções delimitadora, classificatória e definitória, suportando, consequentemente, todas as predicações exigidas pelo sistema analítico de delito com o qual se venha a trabalhar.[837]

Nossa preocupação, aqui, não é inteiramente coincidente. Já tratamos de apontar a necessidade de desvincular o conceito de desvalor da conduta, de vocação preponderantemente material, das amarras do conceito analítico de crime, de vocação preponderantemente metodológica. O que buscamos, então, não é um conceito base para o conceito analítico de crime, mas sim a identificação de todos os aspectos – sejam eles ontológicos ou normativos – que, por se relacionarem com o comportamento, venham a exercer algum tipo influência no juízo de desvalor da conduta.

Dado, porém, que nosso esforço é orientado a decompor a categoria do desvalor da conduta, esmiuçando-a em seus elementos integrantes, nada há de errado em afirmar que, na base do conceito jurídico-penal de conduta, deva haver um substrato objetivo que sirva de base para uma valoração subsequente, essa tendente a determinar a sua aprovação ou reprovação penal. Em termos similares, aliás, ao que propõe Luzón Peña, quando fala de um "modesto conceito ontológico (ou ao menos basicamente ontológico)", com "conteúdos normativos que lhe serão acrescidos (à ação) pelos restantes elementos do delito".[838] Tais elementos de índole normativa, quanto a nós, serão analisados à parte.[839]

Por uma questão de coerência classificatória, por mais que tenhamos maior simpatia pelo conceito social de ação com base para a teoria do delito, tal elemento reúne considerações normativas – notadamente, o aspecto da relevância social do comportamento, que pressupõe, segundo vemos, adscrição de sentido.[840] Sendo assim, tal conceito não

---

[836] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 233.
[837] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 234.
[838] LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal*: parte general, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 250.
[839] Item 5.3.
[840] Parece ser essa, também, a posição de Bottini, quando afirma que "para a identificação da omissão socialmente relevante parece adequada a ideia de expectativa". (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 31). Como se verá adiante, consideramos as expectativas sociais incidentes sobre o comportamento elemento integrante da sua dimensão normativa (item 5.3, em especial 5.3.4). E Bottini parece estar de pleno acordo com essa visão, quando afirma: "após definir a omissão como um não movimento voluntário – teoria ontológica –, é preciso definir a omissão relevante", ou, em outras

caberia dentro do que denominamos de dimensão ontológica da conduta, pois precipitaria considerações de índole normativas. Daí nossa adesão à posição de Luzón Peña, cujo conceito pessoal de ação, de caráter declaradamente ontológico e não normativo, revela-se funcional por abranger apenas a mínima estrutura da ação humana, dada pela "exteriorização mediante atividade ou passividade – movimento ou inamovibilidade – [...] da vontade consciente".[841]

Especificamente no que diz com a omissão, convém anotar a pertinente observação de Bottini, também adotando uma inicial perspectiva ontológica a ser posteriormente predicada, de que "omitir é deixar voluntariamente de realizar uma determinada ação possível".[842] Segundo essa perspectiva, a omissão se revela como um conceito relacional, pois alguém sempre se omite em relação a algo; afinal, o omitente pode, inclusive, agir enquanto se omite. No entanto, o que há são condutas distintas, "que podem ocorrer simultaneamente, mas não se confundem".[843] O que não retira uma tal definição do campo ontológico, pois não se invoca nenhuma expectativa de comportamento na definição. Conforme bem ilustra Bottini, "quando alguém corre, há uma omissão de ficar parado, mesmo que ninguém espere tal conduta", pelo que "existe uma distinção entre ação e omissão já no plano ontológico, sem a necessidade de qualquer elemento normativo para sua caracterização".[844]

Assim, reafirmamos que, como base da dimensão objetiva-exterior do desvalor da conduta, encontra-se sempre um comportamento humano, ativo ou omissivo, voluntário. O comportamento ativo se define, em termos ontológicos, como um fazer; o comportamento omissivo, como um não-fazer, como uma abstenção de fazer algo.

Mas convém esclarecer: visto isoladamente, tal substrato ontológico nada diz sobre a relevância penal do comportamento. O que, contudo, não invalida a circunstância de que a condição mínima para uma valoração, até mesmo por força do *nullum crimen sine actione*, seja sempre a de um comportamento humano, ativo ou passivo, voluntário.

---

palavras, "é preciso normatizar a omissão", o que, segundo o autor, ocorre com a invocação da ideia de expectativa. Assim, "a inatividade só será importante sob um prisma social se a ação omitida e possível era esperada, se havia uma expectativa sobre ela", pelo que se afigura necessário "um juízo de valor que se acople à estrutura ontológica, complementando-a". Tal juízo de valor, prossegue o autor, "não é elemento constitutivo da omissão como realidade fenomenológica, mas da omissão relevante". De forma derradeira, afirma Bottini que a omissão será relevante, "do ponto de vista normativo, se contrariar uma expectativa".

[841] LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal*: parte general, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 272.

[842] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 30.

[843] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 30.

[844] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 30-31.

5.2.2.2 Tipo de Conduta e Modo de Realização

Afora o aspecto relativo à existência de um comportamento humano, ativo ou passivo, e voluntário, a forma que o comportamento assume exerce notável influência sobre o juízo de desvalor que sobre ele recai.

No capítulo de abertura, destacamos que um mesmo estado de coisas pode ser obtido de diversas formas. O melhor exemplo disso talvez seja a disciplina legal dos crimes patrimoniais, na medida em que ali se verifica a existência de múltiplos tipos de comportamentos atentatórios a um mesmo bem jurídico-penal. Mas não só: o mesmo poderia ser dito, também, dos crimes contra a liberdade sexual, na medida em que existem pelo menos quatro tipos de crime diversos, todos relativos ao mesmo bem jurídico. Seria de se questionar, assim, o motivo pelo qual o legislador se dá o trabalho de prever diversos tipos de crime, inclusive com penas diversas, quando, do ponto de vista do resultado, tais comportamentos se mostram perfeitamente equiparáveis.

Não nos parece que a mera invocação do princípio da legalidade como justificativa para tanto seja uma resposta satisfatória. A uma, porque poderia perfeitamente o legislador fornecer descrições mais gerais, capazes de abranger diversas formas de agressão – se, por um lado, é bem verdade que isso se daria em certo prejuízo à exigência de taxatividade, por outro lado o emprego de tipos penais abertos não constituiria novidade alguma em nosso ordenamento jurídico. A duas, e principalmente, porque se percebe que, entre tais tipos penais, não há somente uma distinção relativa às condutas previstas, mas, também, relativa às penas cominadas a cada tipo penal.

Segundo vemos, *isso apenas pode ocorrer em razão da distinta valoração que o legislador penal faz de cada um desses modos de atentar contra o bem jurídico.* Subtrair, apropriar-se ou obter algo por meio fraudulento, apenas para tomarmos alguns exemplos, são comportamentos essencialmente distintos, e cada qual carrega um específico conteúdo desvalor que se reflete na pena cominada. É nítido, por exemplo, que o esbulho patrimonial decorrente de uma subtração direta não carrega o mesmo conteúdo de desvalor do que aquele decorrente de uma ação fraudulenta, ainda que, nessa, a própria vítima acabe por entregar seu patrimônio ao agressor. A carga de reprovação que se projeta sobre a violência representada por uma subtração parece ser inferior àquela que se projeta sobre o embuste, e isso não parece ter necessária relação com a aptidão do comportamento para lesar o bem

jurídico tutelado–[845] que não parece essencialmente diversa nos dois casos. No caso em questão, entendemos que isso se deve à instrumentalização a que se submete a vítima que age em equívoco. E isso explica a circunstância de a moldura sancionatória do estelionato ser superior àquela do furto. O que, no entanto, já não sucede nos casos em que a subtração direta característica do furto for exercida mediante o emprego de meio fraudulento, cenário em que ao desvalor próprio da violência da subtração se soma o desvalor do induzimento a erro, justificando a cominação de pena superior àquela prevista para os dois casos isolados.

Essa hipótese parece confirmada quando voltamos nossa atenção aos delitos sexuais. Tome-se, por exemplo, o crime de importunação sexual, que prevê a conduta de "*praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia*", cominando-lhe a pena de um a cinco anos de reclusão.[846] Cuida-se, aqui, objetivamente, da simples prática de um ato libidinoso sem anuência da vítima, mas que não envolve violência ou ardil de qualquer natureza. Nos casos, contudo, em que o mesmo ato libidinoso é praticado mediante o emprego de algum meio ardiloso ou fraudulento, induzindo-se a vítima a algum equívoco, configura-se o crime de violação sexual mediante fraude, ao qual é cominada a pena de dois a seis anos de reclusão.[847] Percebe-se, então, a existência de uma simetria em relação à disciplina dos crimes patrimoniais: o legislador considera o emprego de expedientes fraudulentos, que induzam a vítima a erro, particularmente reprováveis, refletindo isso na pena prevista para os respectivos comportamentos. E tal simetria é ainda ratificada quando observamos que, tanto nos crimes patrimoniais, quanto nos crimes sexuais, o emprego de violência física ou grave ameaça agrega tamanha reprovação ao comportamento que justifica o aparecimento de figuras típicas autônomas – roubo e estupro, respectivamente –, com penas consideravelmente mais elevadas.

O desvalor da conduta, então, na sua dimensão objetiva, *passa necessariamente pela forma com que se atenta contra um determinado bem jurídico, justificando, assim, a*

[845] Basta pensar que, por exemplo, do ponto de vista estritamente da aptidão do comportamento para lesionar o patrimônio, a destruição da coisa – que a inabilita por completo, inviabilizando a restituição – se revela mais eficiente do que a sua subtração. Ainda assim, a pena do crime de dano é inferior àquela prevista para o furto. O que decorre, segundo vemos, da maior carga de desvalor que o comportamento de subtrair algo – que envolve não somente o prejuízo, mas também a expectativa de um benefício ilegítimo correlato – carrega quando comparado com aquele de destruir algo.

[846] Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

[847] Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

previsão de diversos tipos de crime relacionados a um mesmo bem jurídico. Nesses diversos tipos de crime, o que o legislador faz é descrever formas de se atentar contra o bem jurídico.

Mas a descrição dessas formas de atentado pode assumir uma feição mais abrangente ou mais específica. Matar, por exemplo, consiste em uma descrição de comportamento extremamente abrangente, pois é possível matar através de diversas condutas concretas – por exemplo, colocando veneno na refeição da vítima, mediante disparos de arma de fogo, mediante atropelamento, ateando fogo, entre outros inúmeros comportamentos. Da mesma forma, é possível subtrair algo através de diversas condutas concretas: desde a mais rudimentar subtração em que o agente "enfia a mão" na bolsa da vítima, até a mais elaborada, em que o agente simula pagamentos a fornecedores da empresa em que é funcionário, recebendo tais quantias em contas suas e de terceiros. Nessa relação entre descrições gerais e descrições específicas se baseia, por sinal, a distinção entre os crimes de execução livre e os crimes de execução vinculada,[848] muito embora mesmo os crimes de execução vinculada possam ser realizados mediante diversas condutas concretas.[849]

O que se quer aqui anotar é que as descrições feitas pelo legislador de formas de atentar contra o bem jurídico devem ser percebidas sempre como gêneros de comportamentos, que estabelecem "molduras de sentido", e que sempre serão concretamente realizados através de condutas humanas ativas ou omissivas, dominadas pela vontade, e que possam ser subsumidas às molduras de sentido estabelecidas pelo tipo.

Mas além dos gêneros de comportamentos que o legislador estabelece – subtração, apropriação, obtenção por ardil, destruição, entre outros –, cada qual detentor de um conteúdo de desvalor específico, situações há em que o legislador vai além, prevendo modos específicos de realização dos comportamentos enquadráveis em um específico gênero. Seguindo o exemplo do furto, percebe-se que qualquer comportamento concreto enquadrável no gênero "subtração" detém conteúdo de desvalor suficiente para ser considerado penalmente relevante; no entanto, se tal comportamento ocorrer mediante rompimento de

---

[848] Segundo Faria Costa, consideram-se crimes de execução vinculada aqueles nos quais o tipo penal reclama uma forma específica de realização, ou, nas suas palavras, "o tipo exige que o resultado proibido se verifique de uma certa maneira". (FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 250.).

[849] Basta observar que o estelionato, considerado um crime de execução vinculada pelo fato de reclamar o induzimento a erro, pode ser praticado de diversas formas. Não deixa de ser um exemplo disso a circunstância de o ordenamento jurídico pátrio prever diversas formas de estelionato diversas nos incisos do parágrafo segundo do art. 171 do Código Penal brasileiro. Considerando o estelionato um crime de execução vinculada – ainda que, por óbvio, em referência à previsão típica no ordenamento jurídico português –, FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 249-250, falando, aqui, da necessidade, que o tipo estabelece, de o *iter criminis* ocorrer "por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou".

obstáculo, abuso de confiança, fraude, escalada, destreza, emprego de chave falsa ou concurso de agentes, a hipótese não será de furto simples, mas sim de furto qualificado, dobrando-se as penas mínima e máxima cominadas ao tipo.

Para efeitos sistemáticos, parece adequado denominar o gênero de comportamento que o legislador estabelece com a previsão de determinados verbos típicos representativos de formas de atentado contra o bem jurídico – como subtrair, apropriar-se, destruir, obter mediante ardil, entre outros – como *tipos de conduta*. E os casos em que o legislador prevê qualidades ou circunstâncias especiais para a prática dessas condutas, alterando em razão delas o juízo de desvalor *standard* já atribuído ao gênero, falaremos de *modo de realização*.

Para além dos *modos de realização* já descritos, relacionados ao furto, a legislação contempla diversos outros exemplos: a traição ou emboscada, no homicídio,[850] [851] o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio cruel, também no homicídio;[852] [853] a instigação a suicídio praticada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real, circunstância que duplica a pena do crime, a teor da recente Lei 13.968/2019;[854] o emprego de violência ou vias de fato no delito de injúria, ou a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência;[855] a invasão de domicílio praticada durante a noite;[856] o emprego

---

[850] Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. [...] §2° - Se o homicídio é cometido: [...] IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; [...] Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

[851] A referida circunstância qualificadora é apontada por D'Avila como exemplo, precisamente, de uma circunstância que empresta ao comportamento maior conteúdo de desvalor – em sentido objetivo. Nesse sentido, D'AVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 99-126, jul. 2016. p. 114.

[852] Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. [...] §2° - Se o homicídio é cometido: [...] III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; [...] Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

[853] Também Stoco considera o emprego de brutalidade e meios cruéis como um vetor de graduação do injusto de ação, embora renunciando, para a sua compreensão, a referência à ideia de reprovabilidade. Nesse sentido, STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 148 et seq.

[854] Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. [...] §4º - A pena é aumentada até o dobro se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real.

[855] Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. [...] §2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. §3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

[856] Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa. §1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

de violência no crime de dano;[857] o emprego de falsidade no crime de sonegação fiscal,[858] entre outros diversos exemplos.

Como julgamos ter deixado claro, tanto o tipo de conduta quanto o seu modo de realização exercem influência sobre o juízo de desvalor que recai sobre o comportamento.[859] Alguns exemplos foram fornecidos, identificando-se uma lógica para a atribuição de distintos graus de desvalor aos tipos de conduta relacionados à agressão direta ao bem jurídico, à agressão por meio fraudulento e à agressão mediante violência ou grave ameaça, bem como aos distintos modos de realização das condutas previstas. Tal exercício poderia ser avançado, tendo como método sempre a análise das escolhas legislativas e das relações existentes entre determinados tipos de conduta e seus modos de realização, com o objetivo de se estabelecer uma possível hierarquia de desvalor entre eles. Essa pretensão, no entanto, embora se mostre factível na nossa perspectiva, escapa aos limites da presente pesquisa. Ainda assim, uma análise até superficial da legislação, com base somente nos exemplos citados, permite constatar uma tendência de agravamento do juízo de desvalor do comportamento em situações que evidenciem:

i) particular e desnecessário desrespeito aos interesses do sujeito passivo, para além daquele já pressuposto na forma básica de agressão ao bem jurídico;

ii) particular engajamento do sujeito ativo na execução do crime;

iii) modo de execução que inviabilize ou dificulte a defesa por parte do titular do bem jurídico.

Pode-se dizer, até com certa tranquilidade, que tais aspectos tendem a agravar o juízo de desvalor da conduta, refletindo-se, normalmente, em causas de aumento de pena ou circunstâncias qualificadoras previstas na legislação.

---

[857] Art. 163. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - Se o crime é cometido: I - com violência à pessoa ou grave ameaça; [...] Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

[858] Art. 1°. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; [...] Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

[859] No que parecem concordar, entre outros, STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 148 et seq., e D'AVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 99-126, jul. 2016. p. 114.

Para além deles, outros aspectos de influência sobre o juízo de desvalor do comportamento se afiguram merecedores de particular atenção, mas que por não guardarem relação especificamente com o seu modo de realização, serão analisados separadamente.

5.2.2.3 Aptidão para a Produção do Resultado

O tripé da dimensão objetiva do desvalor da conduta, que passa pela natureza ativa ou omissiva do comportamento e a conduta específica com a qual se atenta contra o bem jurídico, completa-se com a análise da sua aptidão para a produção do resultado jurídico.

Esse aspecto, como apontado anteriormente, já fora posto em evidência por Frisch. Para o autor, no âmbito de um direito penal voltado para a tutela de bens jurídicos, não poderia ser considerado evidente que a essência do comportamento típico seja dada exclusivamente pelo aspecto subjetivo da representação, sendo no mínimo tão evidente quanto a proposição de que "o realmente perturbador é a tendência ou qualidade (negativa e objetiva) do atuar consistente em ser idôneo para menoscabar determinados bens".[860] O desvalor da ação, assim, não estaria caracterizado somente subjetivamente, mas, também, mediante critérios objetivos, como o "risco inerente à ação".[861]

Também Greco sustenta a existência de uma dimensão objetiva do desvalor da conduta, que seria dada pela criação de um risco juridicamente desaprovado, dimensão essa que teria sido introduzida pela teoria da imputação objetiva.[862] Segundo Greco, essa dimensão pode ser desdobrada em dois aspectos: i) a criação do risco; ii) a desaprovação jurídica desse risco.[863] O primeiro aspecto encontra fundamento na ideia de que o direito penal, à vista da sua função de tutelar bens jurídicos, somente poderia proibir ações perigosas.[864] O critério proposto para a aferição do risco seria o da *prognose póstuma objetiva*: prognose, por se tratar de um juízo *ex ante*, baseado nas informações disponíveis no momento da conduta; objetiva, porque se baseia nos dados conhecidos por um observador

---

[860] FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 44.
[861] FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 45.
[862] GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 28.
[863] GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 35.
[864] GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

objetivo; póstuma, porque realizada após a prática do comportamento.[865] O segundo aspecto, o da desaprovação jurídica do risco, segundo Greco, passa pela ponderação entre o interesse de proteção do bem jurídico e o interesse geral de liberdade, o que se faz mediante a análise de elementos como: o valor do bem jurídico, a intensidade do perigo, o interesse social na prática da ação, a eficiência e idoneidade da medida de cuidado, a existência e o custo de alternativas menos arriscadas, entre outras considerações relativas ao princípio da proporcionalidade.[866]

Parece-nos que o segundo aspecto destacado por Greco, relativo à desaprovação do risco, possui caráter marcadamente normativo em um sentido atributivo, pelo que não merece nossa consideração neste ponto. O primeiro critério, no entanto, em que pese considerado por Greco como um critério normativo, por ligar-se a uma propriedade do comportamento de verificação objetiva e falseável, oferece elementos de grande valia para a análise da dimensão ontológica do desvalor da conduta.

Com efeito, como bem destaca Greco, o direito penal deve proibir apenas ações perigosas.[867] Segundo nossa perspectiva, a existência de um conteúdo mínimo de desvalor da conduta pressupõe a prática de um comportamento que se afigure minimamente apto para a produção do resultado jurídico. É certo que a efetiva afetação desse bem jurídico, ou a sua exposição a perigo, são questões que se relacionam ao desvalor de resultado. Mas o juízo sobre o desvalor da ação *pressupõe a verificação de um comportamento objetivamente capaz de conduzir a esse resultado*. Mais do que isso, pode-se dizer que quanto mais propenso for o comportamento para a consecução do resultado, mais desvalioso ele será.

Cuida-se de um critério de enorme relevância no plano abstrato e no plano concreto. Não são poucos os autores que sustentam, por exemplo, a impossibilidade de imputação do dolo e até mesmo do resultado em situações nas quais o sujeito age com a intenção de matar e obtém êxito em sua empreitada, colocando em prática, no entanto, um comportamento com escassa aptidão para a produção do resultado. Ilustram essa situação o corriqueiro exemplo do indivíduo que tenta matar outrem mediante a aquisição de uma passagem de avião, vindo a ser bem-sucedido em sua empreitada, pois o avião de fato se acidenta; bem como o folclórico "caso Thyren", que retrata a situação de um indivíduo que tenta matar outrem

[865] GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 39.
[866] GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 55-56.
[867] GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

mediante um disparo de longa distância, em circunstâncias tais que tornem praticamente impossível a obtenção do resultado visado.[868]

Tais exemplos demonstram que o grau de aptidão do comportamento para a consecução do resultado exerce influência, inclusive, sobre a modalidade de imputação subjetiva reconhecida. E tal influência tende a ser maior quanto maior for a inclinação para uma compreensão normativa do dolo desvinculada dos estados mentais: diante de um comportamento nitidamente apto para a produção do resultado, uma tal compreensão pode levar à conclusão de que, independentemente das crenças do indivíduo, a propensão do comportamento ao resultado implica que a ele deva ser atribuído o dolo.

Por sua vez, no plano abstrato, percebe-se que há diversas situações em que o legislador prevê causas de aumento de pena ou circunstâncias qualificadoras precisamente em razão da maior aptidão do comportamento para a produção do resultado. Dois exemplos parecem ilustrar o que acaba de ser dito. O primeiro deles consiste no crime de abandono de incapaz, que prevê pena de seis meses a três anos de detenção, sendo que, no caso de morte, tal pena é de quatro a doze anos; nas situações, contudo, em que o abandono ocorre em lugar ermo, a pena é aumentada em um terço.[869] Perceba-se que o aumento de pena somente pode ser explicado pela maior aptidão que o abandono em lugar ermo gera para a produção do resultado, não se exigindo, por outro lado, que a situação concreta sequer tenha gerado um maior perigo. E a maior prova disso é o fato de a causa de aumento de pena em questão possuir incidência mesmo nos casos de morte, pois, nessa situação, não é possível estabelecer qualquer distinção relativa ao grau de perigo verificado entre as situações de abandono seguido de morte e abandono em local ermo seguido de morte. A distinção, aqui, decorre única e exclusivamente da maior aptidão que o abandono em local ermo possui, circunstância que o legislador considera particularmente desvaliosa. O segundo exemplo é o do crime contra a honra praticado por meio que facilite a sua divulgação: não se exige, nesses casos, a demonstração de que o resultado efetivamente tenha sido de maiores proporções, configurando-se a causa de aumento pelo simples fato de o agente ter se valido de um meio

[868] Nesse sentido, negando a possibilidade de imputação do resultado em razão da não criação de um risco tipicamente relevante, ver ALCÁCER GUIRAO, Rafael. El juicio de adecuación de la conducta: consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 49, n. 2, p. 473-508, mayo/agosto. 1996. p. 492.

[869] Art. 133. Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos. [...] §2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. §3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: I - se o abandono ocorre em lugar ermo.

que facilite a sua divulgação–[870] e, portanto, com maior potencial para a produção do resultado jurídico.

Percebe-se, então, que a existência de uma mínima aptidão do comportamento para a produção do resultado é condição necessária para o juízo de desvalor da conduta. Em acréscimo, constata-se que quanto maior for a aptidão do comportamento, maior será, tendencialmente, o conteúdo de desvalor que se lhe atribui.

4.2.2.4 Qualidade do Sujeito Ativo, Qualidade do Sujeito Passivo e Posição do Sujeito Ativo perante o Sujeito Passivo

Para além do tipo de conduta e do seu modo de realização, bem como da sua aptidão para a produção do resultado, há determinadas circunstâncias que envolvem o comportamento e que interferem no juízo de desvalor que sobre ele recai. Em particular, é possível perceber essa influência por parte dos aspectos relativos à *qualidade do sujeito ativo, à qualidade do sujeito passivo e a posição do sujeito ativo perante o sujeito passivo*.

Com efeito, não são poucos os exemplos fornecidos pela legislação de situações em que o grau de desvalor varia de acordo com a análise: i) do parentesco do sujeito ativo do crime em relação à vítima ou terceiros; ii) da profissão ou função exercida pelo sujeito ativo; iii) de uma determinada qualidade da vítima; iv) da relação entre o sujeito ativo e o sujeito passivo fora dos casos de parentesco. Alguns exemplos parecem válidos a título de ilustração das hipóteses apresentadas.

De partida, convém destacar que o rol de circunstâncias agravantes previsto no art. 61, inc. II, do Código Penal brasileiro contempla todas as situações acima descritas: agrava-se a pena quando o crime é praticado "contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge"; "com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade"; "com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão"; "contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida"; "quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade"; "em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido".

[870] Art. 141. As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: [...] III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

Mas hipóteses similares a essas habitam diversos outros dispositivos, em alguns casos com maior influência. A questão do parentesco é levada em consideração, entre outros, no caso das lesões corporais, em que se qualifica o crime quando praticado contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge, companheiro ou pessoa com quem o sujeito ativo tenha convivido;[871] também no caso do crime de abandono de incapaz, no qual a pena é aumentada se o agente for ascendente, descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.[872] E isso apenas para ficarmos com alguns exemplos.

A questão da profissão ou função exercida pelo sujeito ativo, por sua vez, tende a aparecer nos casos de delitos especiais – observe-se, por exemplo, os diversos tipos de delitos praticados por funcionários públicos contra a administração pública.[873] Poder-se-ia dizer, porém, que os distintos graus de desvalor imputáveis a esses comportamentos se relacionariam ao bem jurídico violado. Conquanto tal argumento proceda nesse caso, percebe-se que há diversos outros exemplos nos quais a função do sujeito ativo agrava o juízo de desvalor atribuído à modalidade básica do delito. Apenas para exemplificar, veja-se o crime de homicídio culposo, prevendo-se aumento de pena se o crime "resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício";[874] também o crime de apropriação indébita, que prevê aumento de pena nas situações em que o sujeito ativo recebe a coisa "em depósito necessário", "em razão de ofício, emprego ou profissão", ou ainda "na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial".[875] Nesses casos, aumenta-se a reprovabilidade do comportamento, justificando-se

---

[871] Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. [...] §9º - Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

[872] Art. 133. Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos. [...] §3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.

[873] D'Avila sustenta, por exemplo, que a apropriação indébita se afigura "mais reprovável quando o sujeito ativo é funcionário público, resultando inclusive em delito diverso (art. 312 CP, peculato) daquele praticado por quem não possui esta qualificação (art. 168 CP, apropriação indébita)". (D'AVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 99-126, jul. 2016, p. 114.). Tal exemplo é citado pelo autor com o intuito de ilustrar que "elementos objetivos da autoria exercem um importante papel na formação do desvalor da ação".

[874] Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. [...] §4º - No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

[875] Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. §1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa: I - em depósito necessário; II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial; III - em razão de ofício, emprego ou profissão.

sancionamento diverso.[876] E mesmo fora dessas situações, parece interessante refletir sobre o motivo pelo qual o legislador concebe determinados delitos especiais, em circunstâncias nas quais o comportamento, sem a específica qualidade do sujeito ativo, não aparenta ser penalmente relevante: tome-se, a título de exemplo, o delito de patrocínio infiel, que prevê o comportamento de "trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado".[877]

No que diz respeito às qualidades do sujeito passivo, são elas levadas em consideração no crime de abandono de incapaz, prevendo-se causa de aumento quando a vítima for maior de sessenta anos,[878] o que se repete no crime de sequestro e cárcere privado, constituindo, nesse caso, circunstância qualificadora a o fato de a vítima ser maior de sessenta anos ou menor de dezoito;[879] também no delito de estupro, figurando a idade da vítima como circunstância qualificadora no estupro[880] e elementar do delito de estupro de

[876] Em sentido contrário, sustentando que não estaria em causa uma "maior reprovabilidade", mas antes "um maior desvalor do injusto", STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 153. A posição da autora, no entanto, não seria inteiramente divergente daquela que apresentamos, na medida em que os conceitos de desvalor e de reprovabilidade, quanto a nós, encontram-se associados. Contudo, à diferença do entendimento da autora, parece-nos difícil de negar que o agravamento do desvalor decorra da expectativa da sociedade com relação à posição ocupada pelo autor. Parece-nos que se trata precisamente de uma *maior expectativa de correção do comportamento* em tais casos. A autora, no entanto, nega essa leitura, sustentando que "somente um dever que esteja em ligação estrita com a situação de vulnerabilidade da vítima e que se caracteriza como uma relação de confiança qualificada do agente deveria prestar-se a fundamentar a aplicação do aumento". (STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 154.). Essa posição, contudo, parece deixar sem resposta algumas questões. Por exemplo, quando sustenta a autora que "a lesão de um dever especial, que recai sobre determinados agentes que ocupam posições específicas, apenas representa uma maior ilicitude, pois o dever especial tem um valor maior do que o simples dever geral que recai sobre todo cidadão". (Ibid., p. 153.). Não está claro o que permite à autora sustentar que tal dever especial "tem um valor maior". Do que deriva essa afirmação? O que permite à autora graduar tais deveres? Por que, afinal, do fato de o sujeito ativo deter uma "relação de confiança qualificada" com a vítima derivaria um dever de maior valor? Não nos parece que tais questões possam ser respondidas sem recorrer a considerações ético-sociais.

[877] Art. 355. Trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado: Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa.

[878] Art. 133. Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos. [...] §3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: [...] III – se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.

[879] Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos. §1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos: I – se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos; [...].

[880] Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. §1º - Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

vulnerável e todos os demais crimes sexuais contra vulneráveis;[881] também no crime de auxílio a suicídio, duplicando-se a pena nos casos em que a vítima é menor.[882]

Finalmente, a relação entre sujeito ativo e sujeito passivo aparece como fator relevante também fora dos casos de parentesco. Por exemplo, no crime de assédio sexual, quando o agente se prevalece da sua condição de superior hierárquico ou de ascendência inerente à função;[883] no crime de lesões corporais, em que o sujeito ativo se prevalece das relações de coabitação ou de hospitalidade,[884] entre outros.

Os exemplos acima permitem concluir que as qualidades do sujeito ativo, do sujeito passivo e a relação entre eles afiguram-se como fatores de grande influência no juízo de desvalor do comportamento. Mas não somente no sentido de agravar a percepção sobre o comportamento. Basta observar, por exemplo, que a relação de parentesco parece diminuir a carga de reprovação da conduta no caso do crime de favorecimento pessoal, quando o auxílio à subtração à ação de autoridade pública for prestado por ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, circunstância em que se prevê isenção de pena. Assim, ainda que a maioria dos exemplos traduza uma exasperação da reprovação, cuida-se, na realidade, de uma via de mão dupla. Em última análise, o que se evidencia é que os aspectos acima identificados exercem influência sobre o desvalor da conduta.

A questão que se coloca, então, é qual o fundamento para que se considere mais desvalioso o comportamento praticado em desfavor de pessoa com quem se detenha maior proximidade? Ou para que se considere mais desvalioso o comportamento praticado em desfavor de pessoa com idade x ou y, ou que se encontre em posição de subordinação em relação ao sujeito ativo?

Essas parecem ser as verdadeiras questões. E não nos parece que as respostas passem por considerações estritamente jurídicas. Segundo vemos, todos os exemplos citados evidenciam situações nas quais se pode diagnosticar ou uma situação de *maior*

---

[881] Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

[882] Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. [...] §3º - A pena é duplicada: [...] II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

[883] Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

[884] Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. [...] §9º - Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

vulnerabilidade da vítima,[885] ou uma situação na qual se deposite no sujeito ativo, em razão do seu papel – seja de parentesco, seja técnico –, uma maior *expectativa de correção* sobre seu comportamento. Diferentemente, no exemplo citado de uma mitigação no juízo de desvalor sobre o comportamento – relativo ao crime de favorecimento pessoal –, o que estava em causa era precisamente a existência de uma *menor* expectativa de correção sobre o comportamento.

Essa observação vem ao encontro da tese que vimos sustentando: a carga de reprovação, nesses casos, atende a considerações de cunho ético-social, que nitidamente condicionam o labor legislativo, não somente na concepção de tipos de crime, com distintos conteúdos de desvalor, mas, de forma bastante sensível, em causas de aumento e diminuição de pena, que se justificam em atenção, precisamente, a um maior ou menor conteúdo de desvalor do comportamento.

5.2.2.5 Comportamento da Vítima

O comportamento da vítima ou do portador do interesse protegido é, também, fator relevante para a valoração do comportamento. Duas situações, em especial, parecem dignas de atenção: i) os casos de *consentimento* em relação à conduta praticada; ii) os casos de *provocação* do comportamento do sujeito ativo.

No que diz respeito ao consentimento, não é de hoje que se aponta o seu papel como causa supralegal de exclusão da ilicitude ou mesmo da tipicidade.[886] A questão, por óbvio, não pode ser aqui tratada com a profundidade que o tema merece. De qualquer maneira, há um entendimento mais ou menos consolidado no sentido de que a existência de um consentimento eliminaria o próprio conteúdo de ofensa ao bem jurídico – afinal, como bem destaca Roxin, se bens jurídicos prestam-se ao livre desenvolvimento da pessoa, não poderia haver ofensa ao bem jurídico quando uma ação se baseia em uma disposição que, em última análise, constitui a própria expressão dessa liberdade.[887]

---

[885] Reconhecendo o "abuso de condições de vulnerabilidade da vítima" como um vetor de graduação do injusto de ação", STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 149 et seq.

[886] ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 516 et seq.

[887] ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997. p. 517.

Não nos parece, no entanto, que a existência de um consentimento interfira exclusivamente na análise do resultado jurídico. Na realidade, parece-nos que o próprio comportamento é percebido de maneira diferente quando praticado em respeito aos interesses do sujeito passivo, interesses que esse externa com a manifestação de sua vontade, e que se apresentam àquele que decide atuar. Afeta-se, com isso, o grau de reprovação que recai sobre o comportamento – independentemente da consideração que se faça sobre o resultado havido. E tanto é assim que alguns autores – é verdade que nem todos, mas muito particularmente aqueles de inclinação finalista – tendem a considerar que o simples consentimento não deveria interferir na responsabilidade penal, mas somente a atuação com base no consentimento dado, pois, caso contrário, ter-se-ia somente a eliminação do desvalor do resultado, mas não a do desvalor da ação.[888]

E não deixa de ser interessante notar, em reforço a essa ideia, a existência de casos na legislação nos quais o consentimento, em que pese não se preste a eliminar a responsabilidade penal, apresente-se como causa de mitigação do desvalor da conduta. Um bom exemplo disso é o aborto provocado com consentimento da gestante,[889] [890] no qual o valor tutelado sequer se encontra na esfera de disposição da gestante, motivo pelo qual, do ponto de vista do resultado, o seu consentimento não deveria sequer mitigar o conteúdo de desvalor existente. Ainda assim, a previsão de um tipo de crime autônomo, que prevê o consentimento como elementar, cominando pena significativamente mais baixa, parece reforçar a ideia de que o comportamento é percebido de maneira diferente quando praticado diante de uma situação de consentimento, na qual não se estabelece nenhum tipo de antagonismo em relação aos interesses daquele que sofre os efeitos da ação. Outro exemplo seria o do homicídio praticado por comiseração, o qual, segundo literatura jurídica nacional, poderia justificar a incidência da causa de diminuição do §1º do art. 121 do Código Penal brasileiro, diante do reconhecimento de relevante valor moral.[891] Embora o componente da motivação se faça presente nesse caso – cuidando-se, assim, também, de um aspecto de influência no desvalor subjetivo da ação, mais especificamente naquilo que denominamos de dimensão justificadora –, é certo que a existência concreta do consentimento se afigura relevante aqui, pois dificilmente seria defensável a incidência da causa de diminuição nos

[888] Por todos, WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 100.
[889] Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.
[890] Exemplo que também é dado por STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 175.
[891] Sobre isso, ver notas 509 e 510.

casos em que o agente, mesmo que por comiseração, decidisse por colocar fim à vida da vítima sem a existência de consentimento e sabedor dessa circunstância.

Também a eventual atitude de provocação da vítima pode influenciar a percepção sobre o desvalor da conduta do sujeito ativo.[892] Como observa Stoco, "o resultado de um comportamento também causado pelo ofendido não poderia ser colocado exclusivamente na conta do autor, pois ele é, em parte, atribuível à própria vítima".[893] Daí a existência de dispositivos que preveem reduções de pena nos casos de injusta provocação: isso ocorre, por exemplo, nos crimes de homicídio[894] e de lesões corporais.[895] No crime de injúria, ao juiz é facultado deixar de aplicar a pena nos casos em que o ofendido, de maneira reprovável, tiver provocado diretamente a injúria, bem como nos casos de retorsão imediata.[896]

Note-se que, ao contrário do que se poderia pensar, a análise do comportamento da vítima não exerce relevância somente para quantificação da pena. Não obstante a tendência de se tratar isso como um problema de medida de culpabilidade, a questão, como vimos insistindo ao longo deste trabalho, não pode ser dissociada dos juízos que presidem a edificação dos tipos legais de crime e a imputação do crime. Basta observar que o consentimento figura eventualmente como elementar típica – deu-se, aqui, o exemplo do aborto praticado com consentimento da gestante –, e que o comportamento da vítima, de um modo geral, figura como critério de imputação do resultado, a teor da teoria da imputação objetiva, notadamente nas situações de contribuição a uma autocolocação em perigo e de heterocolocação em perigo consentida.[897]

Disso se segue que também o comportamento da vítima influencia o juízo de desvalor que recai sobre o comportamento, notadamente nos casos de consentimento e

---

[892] Também reconhecendo a influência do fator relativo à provocação para efeito de atenuação do injusto, STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 176.

[893] STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 176.

[894] Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. §1º - Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

[895] Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. [...] §4° - Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

[896] Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. §1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

[897] Sustenta Greco, por exemplo, que "outra conquista da teoria da imputação objetiva foi redescobrir a relevância do comportamento da vítima para a tipicidade". (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 70.).

provocação, o que se reflete em previsões de tipos de crime autônomos, eventuais causas de diminuição de pena ou mesmo de exclusão, e no juízo de imputação do resultado.

5.3 A DIMENSÃO NORMATIVA DO DESVALOR DA CONDUTA

Fez-se, até aqui, um esforço analítico de decomposição de algo que, na realidade, não ocorre, ao menos explicitamente, de maneira fragmentada: o juízo de desvalor sobre o comportamento.

É certo que o direito penal reprova determinados comportamentos. Mas por que o faz? A conduta de atentar contra a vida é considerada desvaliosa. Mas de onde se extrai esse desvalor? Como já tratamos de demonstrar, a resposta "pela ofensa aos bens jurídicos" não é capaz de dar conta de todas as questões que aqui se colocam, em especial diante da complexidade regulatória existente: há diversos tipos de atentados contra a vida, com respostas sancionatórias variadas; há atentados contra a vida que não são puníveis; e uma mesma forma de atentar contra a vida pode receber apenamento diverso. Há, portanto, fatores diversos, relacionados a atributos do comportamento em si, que contribuem para essa valoração.

Nos tópicos anteriores, tratamos de apresentar alguns desses atributos. Mas o ponto é: tais atributos não possuem valor intrínseco. Tome-se o exemplo da intenção: considera-se a intenção um fator de maior reprovação? Depende. O atentado intencional contra a vida não é reprovado quando ocorre motivado por uma situação de legítima e necessária defesa. Um mesmo comportamento – como, por exemplo, a realização intencional de uma tatuagem – pode ser considerado absolutamente irrelevante ou absolutamente intolerável, a depender da sua motivação e, principalmente, da existência de consentimento ou não. Ou seja: a intenção, isoladamente, diz pouco ou nada sobre a resposta penal a se dar a um determinado comportamento.

Como muito bem observou Faria Costa, "não há fatos puros", mas antes fatos "vistos e como tal valorados à luz de uma pré-compreensão".[898] Apoiado em pressupostos similares, afirmou já Eduardo Correia que o tipo legal consiste na descrição do "domínio da esfera da cultura que constitui o direito criminal, e, portanto, duma esfera teleológica, cuja estrutura é sempre normativa, referencial a valores", de tal maneira que todos os elementos do tipo são

[898] FARIA COSTA, José de. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica: ou o retorno à limpidez do essencial. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 12, n. 1, p. 7-23., jan./mar. 2002, p. 12.

normativos, na medida em que "todos concorrem para a expressão do integral juízo de valor que ele traduz".[899]

Essa exigência de valoração, assim, perpassa todas as instâncias do crime. E isso há muito parece ter sido diagnosticado pelos autores que tratam da dimensão do resultado do comportamento. No que diz respeito, no entanto, à valoração do comportamento em si, ocorre um fenômeno inusitado: criou-se uma ficção jurídica, plasmada no conceito analítico de crime, segundo a qual os atributos do comportamento, ao menos antes do juízo de culpabilidade, possuiriam uma espécie de valor intrínseco, e não se submeteriam a um juízo de reprovação, que ficaria reservado apenas ao âmbito da culpabilidade – quando, no entanto, ao menos segundo a lógica do próprio conceito analítico de crime, já se teria estabelecido a existência de um fato penalmente relevante.

Não se pretende, com isso, condenar o conceito analítico de crime, de enorme valia para uma racional aplicação da lei penal. Quer-se apenas evidenciar que tal conceito possui uma vocação preponderantemente metodológica, mas quiçá inadequada para o tratamento do crime a partir de um enfoque material. Basta observar que a reprovação não se encontra somente na culpabilidade: a reprovação constitui fator que subjaz à análise do próprio conceito penal de conduta, dos critérios de imputação objetiva do resultado, dos critérios de imputação subjetiva, das excludentes de ilicitude e das causas de exculpação, bem como dos parâmetros de aplicação de pena.

Sendo assim, se o que pretendemos, com o intuito de orientar o legislador e o julgador, é enfatizar o conteúdo material do crime, que se divide em desvalor do resultado e desvalor da conduta, e focando este trabalho especificamente na dimensão do desvalor da conduta, parece-nos que a sistemática deve ser posta em outros termos, decompondo-se aquilo que deve ser considerado *objeto de valoração* e os *parâmetros de valoração desse objeto*.[900]

Ao longo deste capítulo, dentro do que denominamos de dimensão ontológica do desvalor da conduta, tratamos de inserir aqueles elementos que, de acordo com as práticas jurídicas vigentes – verificáveis seja na legislação, seja na jurisprudência –, se oferecem

---

[899] CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1. p. 283.

[900] Cuida-se de uma sistemática bastante similar àquela apresentada por DOHNA, Alexander Graf Zu. *La estructura de la teoría del delito*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Santiago: Olejnik, 2018. p. 15 et seq. e 41 et seq. O autor apresenta como elementos do conceito de delito o que denomina de "objeto da valoração", por ele considerado o tipo objetivo e o tipo subjetivo, e a "valoração do objeto", que abrangeria a valoração tanto do tipo objetivo, que corresponderia à doutrina da antijuridicidade, quanto do tipo subjetivo, que corresponderia à doutrina da culpabilidade.

como objeto de valoração. A partir de agora, no âmbito da dimensão normativa do desvalor da conduta, trataremos de sistematizar os parâmetros de valoração desse objeto.

5.3.1 Sentidos de Normatividade

Impõe-se, no entanto, um esclarecimento preliminar, relativo ao conceito de normatividade aqui adotado, na medida em que tal definição condiciona os parâmetros incluídos na dimensão normativa do desvalor da conduta.

Percebe-se, de um modo geral, que o termo normatividade aparece na literatura jurídico-penal com dois sentidos diversos: em primeiro lugar, com o sentido de *referibilidade a valores*; em segundo lugar, com o sentido de *construtivismo interpretativo*.

O termo normatividade como referibilidade a valores não nos parece adequado se o que se pretendemos é estabelecer uma contraposição com a denominada dimensão ontológica. E isso porque, como Lampe já tratou de demonstrar, o ontológico não necessariamente precisa desprezar a referência a valores.[901]

Por outro lado, o termo normatividade com o sentido de construtivismo interpretativo parece mais apropriado para expressar o tipo de consideração que optamos por enquadrar nessa categoria. E isso porque o que pretendemos aqui ressaltar é o processo de atribuição do juízo de desvalor, compreendendo-se desde suas etapas aos respectivos parâmetros nelas envolvidos. E tal juízo necessariamente reclama adscrição de sentidos. Como se disse anteriormente, a intenção, por exemplo, não determina, por si só, a relevância penal da conduta. Empresta-se a ela um determinado sentido, confronta-se ela com um determinado parâmetro valorativo, diante do que ela pode ou não se mostrar penalmente desvaliosa.

Assim, deve ser reafirmado que, na dimensão normativa do desvalor da conduta, o que pretendemos apresentar são *as etapas e os parâmetros de valoração jurídica do substrato objetivo e subjetivo representado pelo comportamento*. Valoração essa que acompanha não um, mas todos os estratos do conceito analítico de crime: da definição das condutas que o direito penal está em condições de analisar, à afirmação da culpabilidade.

---

[901] LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 31-47, 2004, p. 33 et seq. Bom é de notar que Mir Puig, por exemplo, diferentemente, considera que os valores culturais existentes, que não se encontram à disposição do legislador e cujo reconhecimento é imposto, constituiriam já um primeiro nível de normatividade. É dizer, teríamos uma primeira normatividade representada por valorações culturais não jurídicas, e uma segunda normatividade representada pelas normas jurídicas, de maneira que o primeiro nível limita o segundo (MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (en línea). 2005, núm. 7-18, p. 18:1-18:24. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf. Acesso em: 30 de dezembro de 2019, p. 18:11).

5.3.2 Etapas do Juízo de Desvalor

Como sugerimos anteriormente, há que se distinguir conceitualmente entre o objeto da valoração e a valoração do objeto. Uma coisa é o comportamento analisado, objeto da valoração; outra coisa é o processo interpretativo que autoriza considerar o comportamento como desvalioso, e que constitui, propriamente, o juízo de valor. Uma coisa é dizer "*A agiu com a intenção de matar B*"; coisa diversa é dizer "*o comportamento de A, intencional, é desvalioso e, por isso, merecedor do tratamento jurídico X*".

Esse processo de valoração, no entanto, ocorre de maneira fragmentada. É certo que, ordinariamente, essa fragmentação não é percebida. Na realidade, a consideração de um comportamento como desvalioso muitas vezes aparece como um processo até certo ponto intuitivo. Quando se diz que "*A agiu com a intenção de matar B*", via de regra não se hesita em atribuir ao comportamento A o título jurídico de doloso. No entanto, a atribuição do dolo, quanto a nós, não é ponto de partida, mas antes o ponto de chegada de um raciocínio que, na realidade, é estruturado, e que contém premissas subjacentes.

Segundo vemos, o processo de valoração jurídico-penal do comportamento pode ser estruturado em três etapas básicas: interpretação, confrontação e atribuição. Tais etapas serão objeto das linhas que seguem.

5.3.3 Interpretação

O juízo de desvalor pressupõe, em primeiro lugar, a interpretação do comportamento.

Com efeito, todos os elementos ontológicos relacionados ao comportamento passam necessariamente por uma filtragem valorativa fundamental para que se possa considerar a conduta desvaliosa ou não. Como já se disse, a intenção não é penalmente desvaliosa por si só: pode-se agir com a intenção de matar para se defender alguém de um ataque iminente contra a vida. E, nesse contexto, a conduta não será tida por desvaliosa.

No entanto, a aplicação racional da lei penal, como também já se disse, pressupõe que os fatos sejam tomados como realmente são. Se, por um lado, a constatação da intenção pode não ser determinativa da resposta penal a ser dada, não se pode admitir, por outro lado, que essa intenção seja ignorada, pois ela sempre será reveladora de algo sobre o fato.

Daí que o primeiro passo para o juízo de desvalor seja sempre o de descrever os elementos ontológicos, subjetivos e objetivos, que o respectivo comportamento envolve e por meio dos quais se revela. O intérprete deve, pois, em um primeiro momento, recolher

esses elementos da facticidade, de modo a submetê-los a apreciação. Mas não se encerra aí a etapa da interpretação.

Com a descrição do comportamento, passa-se à interpretação da sua substância. O intérprete atribui ao fato um sentido preponderante. O substrato deixa de ser um puro substrato para se tornar um substrato denotativo de algo que se entenda como relevante.

Imaginemos um exemplo trivial: uma criança, na escola, toma, à força, o brinquedo de seu colega. O pedagogo que se deparar com uma tal situação, para saber como enfrentá-la adequadamente, deverá não somente se preocupar em observar o comportamento tal como ocorrido (afirmando, em consequência, que "*a criança A tomou o brinquedo de seu colega B empregando força*"), mas, também, deverá realizar um esforço de interpretação do fato, tratando de atribuir a ele um determinado sentido (por exemplo, "*a criança A agiu em desconsideração a B*" ou "*a criança A agiu com desapreço para com B*"). Segundo vemos, enquanto a primeira proposição é descritiva, as últimas, porque envolvem a atribuição de um sentido ao comportamento, são essencialmente valorativas. A primeira proposição seguramente condiciona as duas últimas. Mas as duas últimas é que, na perspectiva do pedagogo, fundamentarão o seu julgamento.

Parece-nos que a metáfora é bastante válida quando buscamos analisar o processo de interpretação do comportamento em sede jurídico-penal. Aqueles elementos relativos ao comportamento – processos mentais e caracteres objetivos – não possuem valor intrínseco. O seu valor se estabelece enquanto aspectos denotativos de algo. E aqui, sim, parece-nos que há uma atribuição de sentido. Somente dessa forma, e com esse papel, é que podem ter entrada legítima aquelas atribuições defendidas pelos partidários das perspectivas normativas de dolo.

Há, no entanto, uma distinção relevante: não são os estados mentais que devem ser atribuídos, mas sim as atitudes resultantes da sua interpretação. A proposição, por exemplo, "*A agiu com intenção*", é descritiva; mas a proposição "*A agiu com descaso*", embora possua ares descritivos, é, na realidade, adscritiva, pois envolve uma atribuição de sentido pelo intérprete. Não há, aqui, no entanto, arbitrariedade: o intérprete busca visualizar naqueles elementos descritivos um sentido que seja por eles suportado. Há limites de racionalidade envolvidos. Quando se diz, por exemplo, que "*A doou o dinheiro do seu lanche para B*", não se pode derivar, dessa proposição descritiva, o sentido de que "*A agiu com descaso em relação a B*".

A questão está em saber, portanto, qual é o sentido comum dos comportamentos com relevância penal, isto é, qual é o sentido que se oferece como uma espécie de constante que

o intérprete deve tratar de associar aos comportamentos que se lhe apresentam para que possa disso extrair indicativos da sua relevância penal. Essa é a pergunta que se impõe. E essa resposta não necessariamente será unívoca: a depender do fundamento que se venha emprestar ao direito penal, a resposta poderá ser uma ou outra.[902]

Dado que não há como se ensaiar uma resposta sem uma tomada de posição, assumimos aqui a perspectiva de Lampe, que ancora a fundamentação do injusto penal às relações sociais que se afiguram como consequências de processos sociais.[903] Segundo vemos, aliás, não somente o injusto, mas o crime pode ser considerado constituído a partir das "relações sociais que são valoradas negativamente de maneira jurídico-legislativa".[904]

O comportamento, portanto, nunca possuirá o seu valor ou desvalor jurídico-penal ancorado em qualidades intrínsecas, mas sempre a partir da consideração do fator social, que, como bem destaca Lampe, é externo à conduta, mas com ela pode ser significativamente relacionado.[905] Segundo o autor, partindo dessa dinâmica, um comportamento poderia assumir as seguintes características: atenção ou desatenção a um bem social; afeto ou rechaço a um valor social; concessão ou privação de uma pretensão de cuidado. O injusto punível, nesse caso, consistiria na "desatenção pessoal de um bem social, privando-o de sua pretensão de cuidado".[906]

Tal perspectiva se oferece como uma descrição fidedigna dos comportamentos que o direito penal reconhece como desvaliosos. De fato, na essência, todos os tipos de crime descrevem comportamentos que exprimem uma desatenção pessoal para com um bem social.[907] Alexander, de forma muito similar, defende que em todos os estados mentais

---

[902] O que, vale notar, não invalida em nada o esforço analítico aqui realizado: a estrutura e a própria essencialidade do juízo de desvalor se mantêm, alterando-se apenas os seus parâmetros.

[903] LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, 2004, p. 34.

[904] LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, 2004, p. 34.

[905] LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, 2004, p. 42.

[906] LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, 2004, p. 42.

[907] Por óbvio que, por bem social, não devemos entender todo e qualquer valor social, por irrelevante que seja. O termo deve ser associado à noção de bem jurídico-penal, tomado aqui como a relação que se estabelece entre um objeto social e um sujeito, relação essa que a sociedade reputa como valiosa e cujo reconhecimento também se impõe ao próprio legislador na edificação dos tipos penais. É vasta a literatura existente a respeito do conceito de bem jurídico. Assume-se, neste trabalho, contudo, um conceito relacional de bem jurídico, como aquele a que faz referência Kahlo, quando sustenta que a ideia de bem jurídico coincide com a valiosa relação que se estabelece entre um determinado segmento da realidade e um indivíduo, relação essa orientada à realização da liberdade desse mesmo indivíduo em um contexto interpessoal. (KAHLO, Michael. "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en el derecho penal". *In*: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios

fundamentadores da *mens rea* o que estaria em questão seria a "falha moral da preocupação insuficiente (*insufficient concern*) para com os interesses alheios".[908]

Parece-nos possível afirmar, diante disso, que o juízo de desvalor que recai sobre o comportamento exige, em primeiro lugar, que se possa atribuir a ele, com base na pluralidade de aspectos que o integram, *um sentido de desatenção pessoal quanto a um bem jurídico-penal, com privação de sua pretensão de cuidado*. Trata-se de um critério guia que deve servir de ponto de partida para a valoração dos comportamentos. Sem que se possa atribuir ao fato, a partir de todos os seus componentes ontológicos, um sentido de desatenção pessoal quanto a um bem jurídico-penal, não nos parece possível, já de partida, falar em desvalor da conduta.

Conquanto reconheçamos a abstração do critério, apresenta ele duas vantagens: em primeiro lugar, é diretamente dependente dos elementos objetivos e subjetivos que se apresentam na dimensão ontológica do comportamento. Não se pode afirmar a existência de uma desatenção pessoal quanto a um bem jurídico-penal, com privação de pretensão de cuidado, sem se examinar as circunstâncias subjetivas e objetivas do comportamento. Por exemplo, não parece possível identificar no comportamento de C, ao tocar nos genitais de D, sua enteada, um sentido de desatenção pessoal quanto a um bem jurídico-penal se considerarmos que o comportamento de C foi praticado com o fim de realizar a higiene pessoal de D, criança de dois anos de idade. Da mesma forma, se imaginarmos que A matou B, não parece possível identificar nesse comportamento um sentido de desatenção pessoal quanto a um bem jurídico-penal se imaginarmos que A agiu: i) sem conhecimento da possibilidade de B vir a óbito; ii) sem qualquer vontade direcionada a essa realização; iii) tendo o atropelamento se seguido à travessia inadvertida de B, durante a noite, fora do local permitido. Por outro lado, se alterarmos o cenário, considerando que A agiu: i) representando como possível a morte de A; ii) rejeitando por completo, do ponto de vista desiderativo, esse desfecho; iii) tendo o atropelamento se seguido não somente à travessia inadvertida de B,

---

dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 53-68. p. 55 et seq.). Conforme o autor, "os bens jurídicos constituem vínculos reais possibilitadores da liberdade externa de uma pessoa e por isso valiosos, constituídos a partir do atuar intersubjetivo (das práticas sociais)". De forma próxima, afirma Faria Costa que "a vida, a integridade física, a dignidade, a honra ou o património, enquanto bens jurídico-penais, expressam-se na relação do 'eu' com o objecto de valoração que, como se acaba de demonstrar, não é o próprio valor mas o valor do bem ou da coisa". (FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 184 et seq.).

[908] ALEXANDER, Larry. Insufficient concern: a unified conception of criminal culpability. *California Law Review*, Berkeley, v. 88, p. 931-954, 2000. E, do mesmo autor, ALEXANDER, Larry. The philosophy of Criminal Law. *In*: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (ed.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: University Press, 2002. p. 815-867.

durante a noite, fora do local permitido, mas, também, ao fato de A estar lendo mensagem de texto recebida em seu celular enquanto conduzia seu veículo, parece-nos que o resultado da equação já será outro: percebe-se, no comportamento de A, nesse último cenário, um sentido de desatenção pessoal quanto a um bem jurídico-penal que o torna elegível para ser considerado, ao menos em tese, como penalmente desvalioso. E se imaginarmos que esse mesmo comportamento, dessa vez, foi realizado intencionalmente, tendo A fechado seus olhos e torcido para que alguém estivesse realizando a travessia, de maneira a se envolver em um acidente para justificar a indenização pela seguradora, ter-se-ia um sentido de desatenção quanto a um bem muito mais evidente.

Para além da dependência entre o juízo de valor e os elementos que integram o comportamento, o critério oferecido apresenta uma segunda vantagem correlata à primeira: submete-se a graduação. Como visto, casos há em que essa desatenção pessoal será mais evidente; em outros, mais tênue. Não há, no entanto, exigências classificatórias, tampouco uma equação que possa determinar, com precisão matemática, a conjugação exata de fatores que permita sustentar a existência de um sentido de desatenção pessoal, bem como do seu grau. Com isso se permite que um determinado vetor, quando desfavorável, possa vir a compensar outro que apareça em grau neutro ou favorável, ou vice-versa. Assim, o indivíduo A que age mesmo sem vontade, mas com conhecimento de que a morte de B é quase certa, e vem a matá-lo, demonstra um grau de desatenção para com o bem social que talvez seja equiparável ao do indivíduo C que, com conhecimento de que a morte de D é praticamente impossível, age intencionalmente, gerando ínfimo risco, mas risco esse que acaba se realizando no resultado, com a morte de D. Ou seja, um grau elevado de conhecimento pode compensar a falta de vontade, da mesma forma que um grau elevado de vontade pode compensar a carência de conhecimento. O critério fornecido, portanto, ajusta-se à riqueza de situações que podem ser encontradas, pautando-se pela mesma fluidez que caracteriza os juízos cotidianos de atribuição de responsabilidade.

Mas se quisermos ser ainda mais analíticos, podemos dizer que o sentido de desatenção pessoal quanto a um bem jurídico-penal, com privação de sua pretensão de cuidado, pode assumir três formas: a forma de um *querer mal*, a forma de um *desconsiderar* ou a forma de um *inconsiderar*. Não há comportamento penalmente relevante que não assuma alguma dessas três formas. Partindo-se da premissa de que os bens dos quais o direito penal se ocupa correspondem essencialmente a relações que a sociedade toma como valiosas entre um sujeito e um objeto, é possível dizer que um comportamento pode ser considerado desvalioso: i) por atacar deliberadamente essa relação (sentido de *querer mal*); ii) por,

embora sem ignorá-la, desprezar essa relação e a influência que deveria ter para pautar a sua atuação (sentido de *desconsiderar*); iii) por não identificar concretamente tal relação e, consequentemente, a influência que deveria ter para pautar a sua atuação (sentido de *inconsiderar*). Nos três casos, o que há, substancialmente, é uma desatenção pessoal quanto a um bem jurídico-penal, ou, na expressão de Alexander, uma "preocupação insuficiente para com os interesses alheios".[909]

A falha que o sujeito demonstra ao não agir com atenção para com um bem social carente de cuidado é o que permite ensaiar uma resposta quanto à existência de eventuais limitações que o legislador encontra no processo de criminalização de comportamentos. Já propusemos, na presente pesquisa, a reflexão sobre as razões que levam o legislador a considerar que apenas alguns dos comportamentos geradores de consequências nocivas é que podem ser criminalmente proibidos. Afinal, por que o direito penal proíbe o estelionato, mas não o inadimplemento contratual? Por que o direito penal proíbe somente o comportamento daquele que subtrai um pertence de um comerciante, se a eventual campanha de *marketing* relacionada a um produto superior, realizada por um concorrente desse mesmo comerciante, pode se mostrar muito mais danosa ao seu patrimônio?[910] Segundo Kahan, isso ocorre porque, no caso do estelionato e do furto, o sujeito expressa, de uma maneira que nos outros casos não, que os interesses dos demais não se mostram dignos de respeito.[911]

A essência da conduta penalmente desvaliosa está, pois, na atitude de desatenção para com bens jurídico-penais destinatários de cuidado, através da qual o sujeito expressa que tais bens não se mostram dignos de respeito.

Apesar desse conteúdo básico que visualizamos no comportamento penalmente desvalioso encontrar-se voltado para um contexto interpessoal, dado que lidamos essencialmente com a valoração negativa de uma atitude de desrespeito a valores socialmente reconhecidos, parece-nos inegável o conteúdo ético-social da dimensão do desvalor da conduta. Afinal de contas, cuida-se precisamente de uma perversão daquilo que Welzel considerava ser a missão central do direito penal: "assegurar a vigência dos valores positivos ético-sociais dos atos, tais como o *respeito* pela vida alheia, a saúde, a liberdade, a propriedade etc.", os quais constituem "o substrato ético-social das normas de direito

---

[909] ALEXANDER, Larry. Insufficient concern: a unified conception of criminal culpability. *California Law Review*, Berkeley, v. 88, p. 931-954, 2000.
[910] KAHAN, Dan M. Two liberal fallacies in the hate crimes debate. *Law and Philosophy*, New Haven, v. 20, n. 2, p. 175-193, 2004.
[911] KAHAN, Dan M. Two liberal fallacies in the hate crimes debate. *Law and Philosophy*, New Haven, v. 20, n. 2, p. 175-193, 2004. p. 181.

penal".[912] Pois o afastamento do agente desses valores é essencialmente o que aqui se coloca quando se age com desatenção pessoal a um bem social com pretensão de cuidado.

5.3.4 Confrontação

Mas mesmo a projeção de um sentido de desatenção pessoal quanto a um bem social, com privação de sua pretensão de cuidado, pode não dizer nada sobre o desvalor de um comportamento. E isso porque a conclusão pelo desvalor da conduta pressupõe ainda que o comportamento ao qual se atribui uma desatenção pessoal para com um bem social seja hipoteticamente *confrontado* com um padrão ideal de comportamento, do que resulta a conclusão pelo desajuste ou pela adequação da conduta ajuizada.

Com efeito, tome-se o comportamento omissivo de alguém, que ignora um bem jurídico-penal destinatário de cuidado. Tal comportamento não é considerado desvalioso na falta de um padrão ideal de comportamento com o qual possa ser confrontado. Especialmente nos casos de omissão e de culpa, o desvalor da conduta não pode ser explicado com base somente nos atributos intrínsecos do comportamento e sem referência a determinados deveres incidentes. É dizer, não há uma omissão penalmente relevante se não houver dever de agir incidente; do mesmo modo, não há culpa sem um dever de cuidado inobservado.

E em que pese essa necessidade de confrontação com um padrão de conduta ideal se imponha com mais clareza nos casos dos crimes omissivos e culposos, cuida-se de uma etapa sempre presente no juízo de desvalor sobre os comportamentos. Sem ela, não há referencial para que se possa exercer reprovação. Afinal de contas, reprovar pressupõe desaprovar, e desaprovar é desaprovar X em função de Y. Do ponto de vista lógico, não se pode desaprovar X pela simples condição, de X, de ser X; desaprova-se X por X não ser Y. Esse, aliás, é o ponto da chamada falácia naturalista: do ser não se segue nenhum conteúdo de dever. Esse dever precisa ter origem, então, em um padrão ideal de comportamento que se considere desejável e de reivindicação legítima, sem o que não se pode falar em reprovação e, pois, em desvalor.

Há, portanto, duas questões distintas no juízo de confrontação: o *parâmetro* da confrontação e o *resultado* da confrontação. O parâmetro da confrontação corresponde àquilo com o que o comportamento deve ser confrontado; o resultado da confrontação, por

[912] WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 3.

sua vez, poderá ser a conclusão pelo ajuste do comportamento ao parâmetro de confrontação ou pelo seu desajuste, do que resulta a sua reprovação e, assim, o seu desvalor.

Sobre o parâmetro da confrontação, já se disse que a conduta deve ser confrontada com um padrão ideal de comportamento. Mas a questão é: de onde se retira um padrão ideal de comportamento?

Uma resposta a essa questão poderia ser a de que tal padrão é dado pela ordem jurídica. Falar-se-ia, nesse sentido, de expectativas normativas que fixariam padrões de comportamento a serem seguidos, e cuja violação ensejaria o aparecimento de comportamentos penalmente desvaliosos.

Essa resposta, no entanto, seria incoerente com a perspectiva aqui adotada. Se nossa análise se insere em uma perspectiva material do crime, que reclama definições transcendentes e subordinantes,[913] e que, nessa condição, sejam capazes de nortear o legislador nas suas escolhas relativas aos comportamentos a serem criminalizados, não podemos recorrer a expectativas normativas como fonte dos padrões de comportamento. Afinal de contas, se as expectativas normativas seriam fixadas pela ordem jurídica, poderiam ser objeto de simples criação legislativa e, nesse sentido, padeceriam de legitimidade material. Tal construção poderia servir de base para uma teoria da imputação, mas não para uma definição do desvalor da conduta enquanto dimensão material do crime.[914]

Segundo vemos, *o padrão de conduta com o qual os comportamentos devem ser hipoteticamente confrontados é sempre buscado em expectativas sociais solidificadas, as quais, se desatendidas, permitem a afirmação do juízo de desvalor*.

Trata-se de uma perspectiva consequente com aquilo que vimos sustentando ao longo deste trabalho: uma teoria sobre a imputação, como aponta Hassemer, deve "necessariamente observar aquilo que cotidianamente se entende na sociedade por imputação".[915] Pois se o direito penal não é fenômeno isolado, sendo parte integrante do

---

[913] Sobre isso, ver nosso item 3.2.

[914] De se notar que uma das críticas que Frisch direciona à teoria da imputação objetiva é a sua incapacidade de apresentar um fundamento para determinados critérios utilizados, como, por exemplo, o da desaprovação do risco. (FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 47 et seq.). A mesma questão se coloca aqui: expectativas fixadas pela ordem jurídica podem eventualmente atender a uma demanda por critérios de imputação, mas não por critérios capazes de guiar o legislador na identificação dos comportamentos suscetíveis de criminalização.

[915] HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 162.

controle social, prestando-se, também, a assegurar expectativas de conduta,[916] é natural que seus parâmetros de valoração de comportamentos coincidam com as expectativas sociais que recaem sobre determinados comportamentos, em determinados âmbitos do convívio social. Também as sanções jurídico-penais, como observa Hassemer, só mantêm sentido através da sua referência às normas sociais, pois "o mal que elas realizam tem motivo e fundamento: o desvio das normas sociais, à violação à norma".[917] Fora desses casos, divorciadas da percepção dos participantes, tais sanções não são outra coisa senão "um infortúnio ou uma lesão".[918] Em uma palavra: violência. O que tudo nos leva a concluir, ainda na companhia do autor, que a imputação da pena não pode ser correta quando não ajustada a processos culturais.[919]

Assim, a atitude de desatenção pessoal para com um bem jurídico-penal destinatário de cuidado deve ser sempre *confrontada com as expectativas sociais incidentes*, do que se extrai que o juízo de desvalor pressuporá sempre a verificação de uma *assimetria entre o comportamento realizado e o padrão de conduta imposto por uma expectativa social*.

Tomemos o exemplo dos crimes culposos. Os deveres de cuidado objetivos a serem observados são dados sempre por expectativas sociais. Nem mesmo o fato de tais deveres por vezes serem associados às chamadas *legis artis* lhes retira essa procedência. Não houvesse, por exemplo, a exigência do Código de Trânsito Brasileiro de que o condutor tenha a todo momento o domínio do veículo e que dirija com atenção, por certo ninguém sustentaria seriamente que a condução desatenta devesse ser o padrão ideal de conduta, e a violação a esse *standard* seguramente levaria ao reconhecimento da culpa na hipótese de um acidente ocasionado por falta de atenção. E isso porque, independentemente da regulação técnica, há uma expectativa social de que os agentes envolvidos no trânsito conduzam sempre seus veículos com atenção total, de modo a preservar a segurança. E mesmo em contextos especializados, nos quais não se apresentam referentes "culturalmente decantados" –[920] para utilizarmos a feliz expressão de Costa Andrade –, e nos quais não se

---

[916] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 415.
[917] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 413.
[918] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 413.
[919] HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 162.
[920] COSTA ANDRADE, Manuel da. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-lei n. 28/84, de 20 de janeiro). *In*: COSTA ANDRADE, Manuel da *et al*. (org.). *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1: Problemas gerais. p. 387-411. p. 404.

poderia propriamente falar em uma expectativa social como fonte de um padrão ideal de conduta, pode-se dizer, pelo menos, que há uma expectativa social de que os agentes envolvidos observem rigorosamente as regras técnicas indicadas para a atividade.

O mesmo pode-se dizer dos crimes omissivos. Os deveres de atuação que fundamentam os crimes omissivos, incluindo os deveres de garante, se originam de expectativas sociais solidificadas. Aliás, assim o sustenta o próprio Lampe, do campo do seu ontologismo social, quando diz que o fundamento da omissão punível é precisamente "a expectativa social defraudada de uma atenção a um bem social dada obrigatoriamente, e do reconhecimento de sua pretensão de cuidado".[921]

Perceba-se, assim, que tanto os deveres de cuidado, quanto os deveres de atuação, são explicados em razão das expectativas sociais incidentes. É dizer: *expectativas sociais solidificadas culturalmente geram deveres de atuação que o direito penal deve reconhecer*.

Mas essas expectativas sociais por óbvio não se limitam aos crimes culposos e omissivos. Não é sequer necessário afirmar que também as expectativas sociais fixam padrões ideais de conduta que servem de referência para a afirmação do juízo de desvalor que autoriza a imputação dos crimes comissivos. Evidente que há uma expectativa social de que ninguém atente deliberadamente contra um bem social que seja destinatário de cuidado. Mas essa é, também, a razão pela qual critérios como o do risco permitido, do princípio da confiança, da competência da vítima e da adequação social mostram-se tão relevantes para fins de análise da imputação do resultado. Como bem destaca Silva Sánchez, a ideia de imputação justa possui conotações sociais que não podem ser negadas.[922]

Frisch tratou de demonstrar, no entanto, que tais questões não são propriamente problemas de imputação.[923] Outros autores, como Robles Planas, Hruschka e Miro LLinares seguiram o mesmo caminho, demonstrando, cada um à sua maneira, que estamos, na

---

[921] LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, 2004, p. 33.

[922] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Valoraciones sociales y derecho penal. *Revista Persona y Derecho*, Navarra, n. 46, p. 143-164, 2002. Disponível em: http://bit.ly/2uJ07sK. Acesso em: 3 ago. 2019. p. 149.

[923] FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 37 et seq., p. 45-47 e p. 73 et seq.

realidade, diante de questões distintas. [924] [925] [926] Basta observar que uma teoria da imputação em sentido estrito, preocupada em fornecer critérios para a atribuição de um resultado a um comportamento, não é capaz de fornecer um fundamento para a desaprovação jurídica de riscos, por exemplo. [927]

Estamos, aqui, diante de uma mais profunda questão, que diz com o conteúdo das relações, a extensão e os limites das liberdades.[928] Por que determinados riscos devem ser tolerados?[929] Por que se entende que o comportamento da vítima influencia o juízo de imputação? Por que comportamentos socialmente aceitos, mesmo danosos, são considerados irrelevantes? Tais questões não são de imputação, mas anteriores, pois se relacionam com os parâmetros que tornam um determinado comportamento aceitável ou não.

E, nesse sentido, insistimos na posição já apresentada: o que torna um comportamento inaceitável, tornando-o elegível para proibição e imputação do resultado, para além da atitude de desatenção pessoal para com um bem jurídico-penal destinatário de cuidado, é o fato de tal comportamento não se ajustar ao padrão de conduta que é imposto por expectativas sociais solidificadas. Quanto a nós, é precisamente essa qualidade do comportamento, a de não se ajustar às expectativas sociais incidentes, que permite considerá-lo como um comportamento inaceitável, que desborda dos espaços de liberdade legitimamente conferidos, e que, acaso associado a uma ofensa a um bem jurídico-penal, mostra-se suscetível de criminalização. Por outro lado, um comportamento que se ajusta às expectativas sociais será sempre um comportamento que se movimenta dentro dos espaços

---

[924] ROBLES PLANAS, Ricardo. Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo. *In*: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar*: sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Buenos Aires: B de F, 2006. p. 79 et seq.

[925] HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamento y reglas de imputación. *In*: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal*: estudios sobre la teoría de la imputación. Edición a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. p. 27-39.

[926] MIRÓ LLINARES, Fernando. La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva. *In*: MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. *La imputación penal a debate*: una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs. Lima: Ara, 2010. p. 13-56.

[927] Algo que é bastante enfatizado por FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 47 et seq.

[928] ROBLES PLANAS, Ricardo. Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo. In: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar*: sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 81.

[929] Como bem destaca Frisch, "quais riscos estão desaprovados e quais condutas, em consequência, tendo em conta esse conteúdo de risco (mais exatamente, na medida em que colocam de manifesto esses riscos), estão proibidas, constitui uma questão prévia à doutrina da imputação". (FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 74.).

de liberdade legitimamente conferidos pela ordem social, os quais o direito penal deve reconhecer.

É de se destacar, ainda, que as expectativas sociais que fornecem o padrão ideal de comportamento possuem uma importante característica: são pautadas pelo dinamismo, devendo sempre se basear nas situações concretas em que cada indivíduo se encontra no momento da sua prática.

Como muito bem destaca Molina Fernandez, a existência de deveres jurídicos pautados em aspectos como a posição do sujeito ou ao papel por ele desempenhado não deveria significar uma renúncia ao "princípio ético e prático elementar de que a cada um se deve exigir conforme suas possibilidades, e não conforme a dos demais".[930] Não se medem obrigações com réguas idênticas, na medida em que se reconhece que aquilo que é exigível de alguém depende sempre de seus conhecimentos e capacidades concretas.[931]

Essa é, particularmente, a dificuldade que encontramos em não considerar como desvaliosas algumas das condutas como as fornecidas por Jakobs, em seus paradigmáticos exemplos de proibição de regresso. Não nos parece que o juízo sobre a conduta deva se basear nas expectativas relacionadas a um genérico "papel de garçom"[932] ou "papel de taxista",[933] mas sim nas expectativas sociais que se projetam sobre o comportamento de um cidadão que possui plena consciência de que o seu comportamento contribuirá, em alguma medida, para que um bem social, destinatário de cuidado, seja violado. Parece-nos, diferentemente de Jakobs, que há, sim, uma expectativa social de que o indivíduo se abstenha de praticar comportamentos que, pelos seus conhecimentos – sejam eles especiais ou não –, conduzirão à violação de um relevante bem social. Segundo vemos, tais expectativas sociais não se direcionam a "papeis", mas a situações concretas. Se o indivíduo A, decidido a matar, interpela um taxista B, abrindo o seu plano e solicitando os seus serviços, ou se interpela um motorista C parado em um sinal, também abrindo o seu plano e, dessa vez, oferecendo dinheiro para uma carona, ou se solicita uma carona ao seu amigo D, também abrindo o seu plano, o fato de B ser taxista, e C e D, não, não deveria exercer qualquer influência no juízo sobre a sua conduta.

---

[930] MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: Bosch, 2001. p. 701.
[931] MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: Bosch, 2001. p. 701.
[932] JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. p. 63.
[933] JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. p. 33 e p. 83.

Também o caráter dinâmico das expectativas sociais, o seu direcionamento a situações específicas, é aquilo que, segundo vemos, fundamenta boa parte dos juízos levados a efeito em matéria de excludentes de ilicitude e culpabilidade. Não somente no plano abstrato, quando o legislador prevê causas de exclusão do crime em situações, por exemplo, de legítima defesa ou estado de necessidade, mas também no plano concreto, quando o julgador decide sobre a sua incidência.

Com efeito, em tais situações, não somente não se pode dizer que o indivíduo age com desatenção pessoal para com um bem social, mas, principalmente, não há qualquer expectativa social, direcionada ao autor, de um comportamento diferente. É possível falar, aqui, de uma justificabilidade moral, que reside precisamente na circunstância de que a conduta adotada é universalizável. Assume-se que, naquela posição, qualquer indivíduo agiria da mesma forma. E se isso é assim, o que se coloca é, precisamente, a falta de uma expectativa social de comportamento diverso, não se afirmando, em consequência, o desvalor da ação.

Por outro lado, nas situações em que, contrariamente, percebe-se, diante das circunstâncias, uma expectativa de comportamento diferente, entram em cena categorias "matizadas" como a do erro evitável, ou do excesso punível a título de dolo ou culpa. Em tais casos, afirma-se o desvalor da conduta precisamente em razão do seu desajuste àquilo que se considera, a partir das expectativas sociais incidentes, um padrão ideal de comportamento apropriado à situação concreta.

Disso resulta, também, uma talvez distinta perspectiva para aquilo que se denomina de "inexigibilidade de conduta diversa". A inexigibilidade de conduta diversa, de acordo com a perspectiva aqui apresentada, nada mais é do que o juízo segundo o qual a conduta valorada se ajusta às expectativas sociais incidentes para a situação específica em que se encontra o autor.[934] Daí, segundo vemos, a artificialidade da sua colocação sistemática, proposta pelo conceito analítico de crime, como um problema de culpabilidade divorciado da afirmação do injusto, como se a existência, por exemplo, do injusto doloso se estabelecesse de maneira independente das possibilidades concretas verificadas:[935] do

[934] Também Silva Sánchez reconhece a relação entre inexigibilidade de conduta diversa e às valorações sociais incidentes. Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Valoraciones sociales y derecho penal. *Revista Persona y Derecho*, Navarra, n. 46, p. 143-164, 2002. Disponível em: http://bit.ly/2uJ07sK. Acesso em: 3 ago. 2019. p. 150.

[935] Note-se que, há muito, destacara Freudenthal que sua teoria não era mais do que "a realização do princípio *impossibilium nulla est obligatio* no âmbito da doutrina jurídico-penal do dolo". (FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2003. p. 98.), sendo evidente, para o autor, que a problemática do dolo não poderia ser dissociada de questões como a da inexigibilidade de conduta diversa.

comportamento daquele que passa pelo sinal verde no trânsito e acaba colidindo com um motoqueiro, passando pelo comportamento daquele que reage a uma injusta agressão e culminando com uma situação de coação moral irresistível, em nenhum desses cenários se exige comportamento diverso. E isso porque, em todos os casos, os comportamentos se ajustam às expectativas sociais incidentes para a situação específica em que se encontra o autor. Não por acaso há quem sustente a inexigibilidade de conduta diversa como um princípio de mais ampla incidência.[936]

Finalmente, oportuno destacar que as expectativas sociais fornecem também parâmetros capazes de mensurar o grau de desvalor de um comportamento já considerado desvalioso. Há, por exemplo, um entendimento generalizado de que um atentado contra a vida injustificado se mostra desvalioso, na medida em que revela uma atitude pessoal de desatenção para com a vida, um bem social destinatário de cuidado, confrontando um padrão de comportamento imposto por expectativas sociais. No entanto, as mesmas expectativas sociais também oferecem um padrão de comportamento atentatório à vida do qual discrepam, por exemplo, atentados à vida motivados por razões torpes ou perpetrados com meios que induzam maior sofrimento do que aquele inerente a um ordinário atentado contra a vida.

Essas mesmas expectativas sociais fundamentam, também, a existência de uma métrica diversa para a mensuração do grau de atenção e cuidado para com bens exigido em determinadas situações, notadamente nos casos que envolvem vulnerabilidade da vítima e o desempenho de ofícios ou funções. Com efeito, situações de vulnerabilidade da vítima geram a expectativa de maior cuidado e proteção para com os bens envolvidos. Por sua vez, nos agentes que exercem determinados ofícios ou ocupam determinadas posições deposita-se uma maior confiança, do que deriva uma maior expectativa de correção de seu comportamento. Disso deriva o maior conteúdo de desvalor existente em comportamentos que envolvam vítimas em situação de maior vulnerabilidade – idosos, crianças ou incapazes, além de pessoas que, pelas circunstâncias ou por uma relação de subordinação, não sejam capazes de oferecer o mesmo tipo de resistência – ou praticados no exercício de cargo, ofício ou profissão. Em última análise, as expectativas sociais, em todas as situações descritas,

[936] Notória, no particular, a posição de Henkel, defendendo que a inexigibilidade não deveria ser considerada uma causa supralegal de exculpação, desempenhando uma função muito mais ampla, "visto que se estende por igual sobre os âmbitos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade". (HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como princípio jurídico regulativo*. Traducción: José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2005. p. 130.).

fundamentam um padrão ideal de comportamento em relação ao qual a conduta valorada nessas circunstâncias se revela ainda mais desajustada.

5.3.5 Atribuição

Uma vez verificada a existência de um comportamento revelador de uma atitude de desatenção para com um bem social destinatário de cuidado, que se mostre em desacordo com o padrão de conduta imposto por expectativas sociais, afirma-se a existência de um comportamento penalmente desvalioso. A conduta penalmente desvaliosa apresenta, assim, duas características: i) exprime uma atitude de desatenção para com bens jurídico-penais destinatários de cuidado; ii) apresenta uma assimetria em relação a um padrão ideal de conduta imposto por expectativas sociais solidificadas.

Ao longo da presente pesquisa, o termo "reprovação" foi utilizado praticamente como sinônimo de "desaprovação", como uma condição para a afirmação do juízo de desvalor. É que, segundo a perspectiva aqui encampada, reprovação consiste na assimetria entre o sentido atribuído ao comportamento e as expectativas sociais incidentes, resultando do juízo de confrontação atrás analisado, estabelecendo-se como pressuposto para o juízo de desvalor. Quanto maior for a assimetria verificada, maior será, também, a reprovação e, consequentemente, o desvalor do comportamento.

Com isso, entra em cena o que denominamos de *atribuição*, que não constitui propriamente uma etapa do juízo de desvalor, mas consiste mais precisamente nas consequências da afirmação de um comportamento penalmente desvalioso seja em uma perspectiva abstrata, seja em uma perspectiva concreta.

Com o diagnóstico do desvalor de um comportamento, abre-se espaço para que, num plano abstrato, e jamais desconsiderando, também, a exigência de desvalor do resultado, esteja o legislador em condições de criminalizar um determinado comportamento, cabendo-lhe descrever, nos tipos penais, os atributos ontológicos que o comportamento deve reunir para que carregue o conteúdo de desvalor projetado, projetando a pena de acordo. Além disso, também no plano abstrato cabe ao legislador identificar as eventuais circunstâncias que, concorrendo no caso concreto, possam vir a eliminar, mitigar ou majorar esse conteúdo de desvalor, justificando-se, diante disso, a previsão de causas de exclusão do crime, diminuição ou aumento de pena.

No plano concreto, a afirmação do desvalor da conduta revela-se como pressuposto para o juízo de adequação típica, para a definição da modalidade de imputação subjetiva

incidente, bem como para a análise da incidência das causas de exclusão do crime, de aumento e de diminuição da pena.

Neste ponto, impõe-se um importante esclarecimento: ao se afirmar que padrões ideais de comportamento encontram fundamento em expectativas sociais, não se está, de nenhuma maneira, a pretender a substituição do paradigma do resultado. Na realidade, não se está nem mesmo a propor um critério ampliativo da intervenção penal.

Em primeiro lugar, porque, conforme já referido, adota-se, aqui, uma perspectiva dualista: o comportamento penalmente relevante encontra fundamento não somente nos resultados, mas também em atributos a ele intrínsecos. Pretende-se, aqui, superar as perspectivas dicotômicas, que ora colocam o acento em um aspecto, ora em outro. Isso, por si só, já seria suficiente para se postular que o critério, na realidade, é restritivo: uma exigência material adicional, por uma questão lógica, jamais poderia ser considerada ampliativa da intervenção penal.

Em segundo lugar, porque também a ideia de reprovação, tida como assimetria entre o comportamento e o padrão de comportamento imposto por expectativas sociais, pode – e, segundo vemos, deve – ser predicada por considerações como a da dignidade e o merecimento de tutela penal do comportamento, e vista sob a luz dos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima. Nada há nesses princípios que limite a sua incidência aos resultados dos comportamentos, afigurando-se perfeitamente admissível tomá-los como parâmetros para uma rigorosa filtragem valorativa, daí decorrendo a ideia de que somente as hipóteses de mais insuportável reprovabilidade é que poderiam ser objeto de atenção por parte do direito penal.

Finalmente, porque não se está propriamente a afirmar nada de novo: as expectativas sociais aqui referidas devem ser tomadas como um fundamento aglutinador de diversos critérios de eleição de comportamentos penalmente desvaliosos já adotados pelo legislador, e de diversos critérios dogmáticos utilizados para a análise da adjudicação da responsabilidade criminal. Indica-se, com isso, a fonte material da qual derivam diversos critérios dogmáticos de gênese obscura.

Particularmente no que diz com o problema da imputação subjetiva, a perspectiva aqui adotada é a de que a imputação do dolo ou da culpa depende diretamente do grau de desvalor aferido. Com isso, desvinculamos a problemática do dolo e da culpa dos chamados conceitos classificatórios, aproximando-os dos conceitos tipológicos, admitindo que sua determinação concreta seja o resultado da interação entre diversos vetores subjetivos e objetivos, não estando necessariamente associado a nenhum deles.

Tomemos, de forma derradeira, o exemplo do erro de tipo permissivo por erro vencível: o que justifica a não imputação do dolo em tais casos, mesmo na presença de uma ação intencional?[937] Segundo vemos, o que sucede é que, em tais casos, verifica-se precisamente um menor desajuste entre o comportamento praticado e a expectativa de comportamento incidente, diante do que a resposta que o ordenamento jurídico dá é a de atribuir o resultado a título de culpa, inobstante o fato de a conduta ter sido intencional. Trata-se de um paradigmático exemplo de que a imputação do dolo e da culpa não depende de estados mentais específicos, mas antes do juízo de desvalor sobre a conduta. Nesse preciso sentido, dolo e culpa não devem ser tidos como causa, mas antes como uma atribuição jurídica resultante do juízo de desvalor sobre a conduta.

Não se pretende, com essa proposição, por inusitada que possa soar, romper qualquer tipo de paradigma vigente. Nossa pretensão é consideravelmente mais modesta: a de oferecer uma mais fidedigna descrição das práticas jurídicas vigentes.

[937] Esse é um exemplo paradigmático da distinção que se estabelece entre uma concepção como a de Welzel e outra como a de Roxin. Cuida-se, aliás, de uma das críticas cruciais de Roxin ao finalismo de Welzel. Para Roxin, não se mostra adequada a imposição de pena por fato doloso diante de situações de evitabilidade de erro, quando o agente assume, por equívoco, a existência de uma causa de justificação. Dado que, nesses casos, "o erro do agente está no julgamento das circunstâncias do fato", entende Roxin que estaria com isso legitimada uma condenação por delito culposo. É que, para Roxin, "se alguém pensa erroneamente, baseado em noções certas e reais, que estava sendo vítima de uma agressão e que só poderia salvar a sua vida se matasse o seu agressor, isso não poderia nunca ser considerado doloso, mas no máximo morte culposa, se se considerasse o significado social da ação". (ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *In*: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização de Alaor Leite. Tradução de Luís Greco *et al*. São Paulo: Marcial Pons, 2014a. p. 116-128. p. 118-119 e p. 125-126, respectivamente.).

6 CONCLUSÃO

Com base em todo o exposto, respeitada a ordem sistemática do presente estudo, podemos formular as seguintes considerações conclusivas:

1. A consolidação da categoria do desvalor da conduta na gramática jurídico-penal deveu-se, principalmente, ao finalismo, que concebeu o desvalor da conduta como uma dimensão imprescindível do injusto. Apesar disso, o finalismo limitou o seu significado ao elenco descritivo de elementos subjetivos e ontológicos relacionados ao fato, desprezando os juízos extrínsecos de valor relacionados à conduta e ao seu contexto de inserção, que acabaram por ser considerados apenas como elementos relevantes para determinar se o autor do fato penalmente relevante deve ou não ser punido, mas não como elementos condicionantes para a definição dos fatos penalmente relevantes.

2. Não só não há consenso doutrinário sobre o papel que o desvalor da conduta possui na definição do injusto, como tampouco há consenso sobre o conteúdo correspondente a essa categoria. Em relação ao papel do desvalor da conduta na definição do injusto, apresentam-se quatro teorias: monista objetiva, monista subjetiva, monista integradora e dualista. Em relação ao conteúdo do desvalor da conduta, embora a questão não seja abertamente enfrentada, a literatura jurídica emprega o termo em referência a quatro aspectos distintos: i) atitude psicológica do agente na realização de um fato típico, com a referência, em geral, ao dolo ou à culpa; ii) violação ao preceito normativo; iii) criação de um risco objetivo através do comportamento; iv) modo de realização do crime.

3. Concepções materiais de crime são definidas por duas características: são transcendentes e subordinantes. Transcendentes, porque descrevem o crime a partir da sua substância, como um fenômeno que transcende a sua previsão legal; subordinantes, porque a definição do crime é que condiciona a sua previsão legal.

4. No contexto de definições materiais do crime, são praticamente nulas as referências doutrinárias a respeito das características das quais o comportamento deve se revestir para que seja suscetível a criminalização. Na verdade, a despeito da corriqueira referência doutrinária ao desvalor da conduta e ao desvalor do resultado como dimensões do injusto, a doutrina, ao abordar o tópico da antijuridicidade material, tende a se referir quase que exclusivamente a parâmetros relacionados ao resultado do comportamento – em especial, a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos –, dedicando pouca ou nenhuma atenção aos aspectos que, no contexto de uma compreensão material do crime, conformariam o desvalor da conduta.

5. A teoria da ofensividade e a simples referência ao aspecto intencional do comportamento não são capazes de explicar, em todos os casos, as escolhas incriminatórias do legislador. Na realidade, nosso ordenamento jurídico dá amplas mostras de que há elementos alheios ao resultado do comportamento e ao aspecto intencional, e que são levados em conta já na definição dos comportamentos penalmente relevantes e para a responsabilidade penal.

6. O desvalor da conduta representa muito mais do que a simples exigência de responsabilização subjetiva. Essa categoria não pode ser resumida ao simples elenco descritivo de circunstâncias objetivas e subjetivas relacionadas ao comportamento humano (puro substrato). Na realidade, essa categoria é composta por um substrato, que corresponde à conduta com seus elementos subjetivos e objetivos, mas também por uma valoração desse substrato a partir de considerações extrínsecas, a culminar com o juízo de reprovação (substrato valorado).

7. Ontologismo e normativismo representam dois métodos opostos de estruturação das categorias internas do sistema penal. Enquanto o ontologismo se caracteriza pela vinculação do direito penal e de seus institutos a determinadas categorias do ser, passíveis de descrição, o normativismo se caracteriza pela negação de um condicionamento dos juízos jurídico-penais por dados da realidade. Entre essas perspectivas, colocam-se posicionamentos intermediários, tanto de ontologistas quanto de normativistas, reconhecendo-se tanto a relevância de estruturas da realidade, quanto de juízos de valor para a determinação das categorias jurídicas.

8. Verifica-se uma tendência crescente da dogmática penal em direção à objetivização e à normativização das categorias jurídicas, afigurando-se como maiores exemplos disso as discussões relativas à causalidade e imputação do resultado, por um lado, e as discussões relativas à imputação subjetiva, por outro.

9. Especificamente no que diz respeito à imputação subjetiva, esse processo de objetivização e normativização se deixa notar nas mais recentes formulações relativas ao dolo, que propõem, em linhas gerais, e como tendência, não somente a substituição das teorias volitivas por teorias cognitivas, mas, principalmente, a substituição do paradigma da realidade empírica pelo paradigma da realidade valorada, e a compreensão do dolo não como algo disponível na realidade, como um dado psicológico, mas como um título jurídico de atribuição. Essa compreensão normalmente encontra-se vinculada a um dos dois argumentos: o argumento pragmático, que se vincula à dificuldade probatória que elementos psicológicos suscitam (o que denominamos de *perspectiva normativa em sentido fraco*); e o

argumento da preponderância valorativa, que não se prende à dificuldade prática de se acessar o dolo, mas sim à circunstância de não poder ser ele conceitualmente associado a algum estado psíquico específico (o que denominamos de *perspectiva normativa em sentido forte*). Determinar se se está diante de uma ou outra perspectiva normativa passa, principalmente, pela análise de como são interpretadas situações-limite, que apresentem, por um lado, um incontroverso estado mental em tese incompatível com o dolo, e, por outro, uma nítida irracionalidade ou injustificabilidade desse estado mental.

10. Há fatores alheios ao simples estado mental do agente que exercem influência para a determinação da modalidade de imputação subjetiva. Fatores esses que abrangem desde outros dados da realidade – tais como motivação, finalidade, forma de realização e criação de risco – até, principalmente, juízos de valor direcionados a esses dados. Ao reconhecermos isso, aderimos ao que denominamos de perspectiva normativa em sentido forte.

11. Mas se a determinação do tipo de imputação subjetiva depende de um juízo de valor, isso longe está de querer significar que dados empíricos sejam irrelevantes para esse juízo, como se poderia propor no contexto de um normativismo radical. Pelo contrário, nossas práticas revelam que dados empíricos se afiguram absolutamente prejudiciais e condicionantes para os juízos de valor que se direcionam aos comportamentos.

12. Dolo e culpa são expressões de uma distinta graduação de desvalor que pode ser atribuído ao comportamento; são consequência, e não causa dessa distinta graduação valorativa. Em outras palavras, não é correto dizer que "há desvalor da conduta quando o indivíduo houver agido com dolo ou culpa", mas sim que "há dolo ou culpa quando houver desvalor da conduta".

13. Apesar da prejudicialidade do juízo de desvalor da conduta em relação à modalidade de responsabilidade subjetiva, tal juízo se revela muito mais abrangente, na medida em que exerce influência, também, entre outras coisas, na definição abstrata dos comportamentos considerados penalmente relevantes e nas suas respectivas molduras sancionatórias; na definição de causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade; no juízo de adequação típica, bem como de subsunção às causas de justificação e exculpação; e na dosimetria da pena.

14. O juízo de desvalor da conduta pressupõe a reprovação social do comportamento. Trata-se de uma consequência da proximidade que se pretende existente entre os critérios de imputação utilizados pelo direito penal e os padrões de atribuição de responsabilidade socialmente concebidos. Isso não equivale, por outro lado, a consagrar o intuicionismo moral

como método de descoberta dos comportamentos penalmente relevantes. As valorações sociais aceitas como *input* legítimo para o direito penal não são superficiais ou conjunturais, mas sim aquelas conectadas com o permanente e universal, com o estatuto da pessoa e, somente nessa medida, com a representação do justo existente na sociedade, devendo sempre ser acompanhadas de fundamentação racional.

15. Ao se limitar o desvalor da conduta ao injusto, vinculando-o a simples dados empíricos consubstanciados em estados mentais, ou mesmo em atributos objetivos do comportamento, o que se obtém é um conceito carente de uma dimensão normativa. É necessário, então, "libertar" a categoria do desvalor da conduta do âmbito do injusto, visto que sua pretensão é consideravelmente mais abrangente: a de revelar uma das dimensões essenciais do crime.

16. O conceito de desvalor da conduta é juridicamente complexo, pois remete a uma multiplicidade de significados, apresenta multiplicidade de componentes, é invocado em mais de um momento de análise dos fatos penalmente relevantes, para finalidades não coincidentes, e pode conduzir a conclusões diversas. Nisso reside o que denominamos de *caráter multidimensional* do conceito de desvalor da conduta.

17. É possível falar das seguintes dimensões do conceito de desvalor da conduta: i) formal e material; ii) ontológica e normativa; iii) subjetiva e objetiva; iv) abstrata e concreta; v) positiva e negativa.

18. A dimensão ontológica do desvalor da conduta corresponde ao conjunto de dados da realidade através dos quais o comportamento se expressa, abrangendo tanto os processos mentais do indivíduo, que concorrem interna e psicologicamente na realização do comportamento (dimensão subjetivo-interna), quanto as características da conduta em si (dimensão objetivo-exterior). Por se tratar de dados da realidade suscetíveis de descrição, as proposições relativas à existência desses dados sujeitam-se a juízos de verdadeiro ou falso, adotando-se, no particular, uma noção de verdade como correspondência.

19. A dimensão subjetivo-interna do desvalor da conduta abrange todos os processos mentais que acompanham um determinado comportamento, os quais se situam no *forum internum* do agente, e que, não obstante a sua difícil verificação, revelam-se de extrema relevância para a percepção jurídico-penal dos comportamentos.

20. Estados mentais são entes ontologicamente subjetivos, dado que possuem a sua existência interna, manifestando-se somente perante os indivíduos que os detêm; apesar disso, uma afirmação sobre a sua existência se afigura epistemologicamente objetiva, no

sentido de que o seu valor de verdade não depende de determinadas percepções ou opiniões pessoais.

21. Deve ser rechaçada a visão segundo a qual estados mentais se afiguram como objeto de adscrição. Tal visão confunde os planos epistemológico e ontológico: por uma dificuldade epistemológica, sobre o conhecimento do estado mental, postulam-se conclusões sobre a sua ontologia, ou negando a sua existência, ou associando o estado mental ao sentido do comportamento, concebendo-o como um constructo objetivo e independente da percepção do próprio agente sobre o seu comportamento. Além disso, a consideração de estados mentais para o julgamento das ações constitui uma prática social extremamente arraigada em nossa cultura, e que encontra eco nas nossas práticas jurídicas. A desconsideração dos estados mentais, ou a visão segundo a qual seriam os estados mentais objeto de atribuição, apresenta graves problemas de legitimidade e não apresenta ganhos em termos de clareza e segurança jurídica.

22. A defesa da relevância dos estados mentais não deve ser vista como uma manifestação de direito penal do autor. Da premissa de que o direito penal não pode intervir sobre o simples pensamento não revertido em ação não decorre a conclusão de que o direito penal não poderia sequer considerar elementos anímicos. O que há é uma proibição de o direito penal limitar o conceito de crime à simples atitude psicológica do agente, não revertida em comportamento, e sem a análise dos resultados ocasionados. Não se propõe, portanto, a punição da *nuda voluntas*, com a renúncia ao *nullum crimen sine actione* e ao *nullum crimen sine iniuria*.

23. Adota-se no presente trabalho a tese da separação entre direito penal e moral em um sentido fraco, significando que o direito penal não deve intervir sobre comportamentos meramente imorais. Não se nega, com isso, a existência de determinados condicionamentos do direito penal pela moral, em especial no sentido de que as valorações jurídico-penais devem ser ético-socialmente referendadas, não se admitindo, por exemplo, que o direito penal proíba comportamentos eticamente defensáveis, plenamente adequados aos padrões morais vigentes na sociedade.

24. Todos os comportamentos penalmente relevantes podem ser subjetivamente analisados a partir de quatro perspectivas fundamentais: i) o que o agente sabia ao agir (*dimensão cognitiva*); ii) como o agente dirigiu a sua vontade em relação ao objeto (*dimensão desiderativa*); iii) as razões que o levaram a agir (*dimensão justificadora*); iv) como o agente visualiza essa realização no contexto pessoal e social (*dimensão ética*).

25. Há três tipos de representações que se afiguram potencialmente relevantes para a valoração jurídico-penal dos comportamentos: a representação dos objetos, a representação das alternativas de comportamentos disponíveis e a representação dos desdobramentos decorrentes dos comportamentos. Disso decorre a possibilidade de se falar em três distintos objetos de conhecimento: i) circunstâncias relacionadas ao fato; ii) alternativas disponíveis; e iii) resultado. Desses três objetos, dois deles (i e iii) são amplamente abordados na literatura jurídico-penal, com evidente impacto no plano da imputação subjetiva.

26. É possível trabalhar com os seguintes graus de conhecimento, assumindo-se que "P" consista em uma proposição relativa a uma circunstância do fato ou a um resultado: 1. Crença de que P é certo. 2. Crença de que P é praticamente certo. 3. Crença de que P possui mais chances do que não-P. 4. Crença de que P e não-P são igualmente possíveis. 5. Crença de que não-P possui mais chances do que P. 6. Crença de que P é praticamente impossível e, portanto, não ocorrerá. 7. Crença de que não-P é certo. 8. Ausência de qualquer crença sobre P.

27. O conhecimento relativo às circunstâncias do fato tende a ser valorado a partir de *standards* ligeiramente diversos daquele conhecimento relativo à projeção do resultado. A imputação dolosa, no que diz respeito aos conhecimentos que têm por objeto as circunstâncias do fato, via de regra exige um maior grau de convicção do que aquele exigido em relação ao conhecimento sobre o resultado do comportamento.

28. A dimensão desiderativa diz respeito ao aspecto do comportamento que exprime a vinculação afetiva do sujeito com o objeto. Essa vinculação afetiva é medida pelo direcionamento da sua vontade, de modo que a vontade pode ser considerada como um índice de vinculação afetiva.

29. A análise da dimensão desiderativa de um comportamento pressupõe sempre um objeto de referência. A determinação do objeto de referência condiciona não somente o grau de vontade com que o sujeito o quer, mas, também, as razões que o levaram a agir. Esse objeto de referência é sempre dado pelo comportamento típico.

30. Identificam-se os seguintes graus de vontade, assumindo-se que "PFT" consista em uma proposição relativa a um fato típico: 1. Intenção de PFT. 2. Indiferença para com PFT. 3. Consentimento em relação a PFT. 4. Ausência de vinculação afetiva. 5. Rejeição a PFT.

31. Um maior grau de conhecimento e de vontade tende a uma maior reprovação e, assim, à imputação dolosa; um menor grau de conhecimento e de vontade tende a uma menor reprovação e, assim, à imputação culposa. Quadros intermediários apresentam as situações

mais problemáticas, nas quais a análise das demais dimensões subjetivas do comportamento (justificadora e ética), bem como as dimensões objetiva e normativa, tendem a apresentar maior potencial para a determinação do conteúdo de desvalor da conduta e, consequentemente, para a modaliadade de imputação subjetiva.

32. A dimensão justificadora do comportamento abrange o conjunto de aspectos subjetivos de influência sobre o comportamento adotado, os quais explicam esse comportamento, independentemente da aceitabilidade ou não desses aspectos.

33. A tese da "irrelevância dos motivos" não somente não demonstra consistência, como tampouco encontra correspondência nas nossas práticas jurídicas, percebendo-se a existência, para além de diversos casos em que os motivos figuram como causas de aumento ou diminuição de pena, casos em que a motivação figura inclusive como elementar típica ou mesmo como elemento capaz de fundar uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, eliminando, assim, a própria responsabilidade penal. Também aqui, percebe-se que a consideração dos motivos permite uma aproximação do direito penal aos padrões de atribuição de responsabilidade socialmente concebidos, fortalecendo a legitimidade da intervenção penal.

34. Motivos são um conjunto polimorfo de iniciadores de ação. Consideram-se motivos, assim, tanto as finalidades ulteriores do comportamento, quanto as razões ou qualquer outro estado mental que sirva de "gatilho" para o comportamento adotado. Dada, contudo, essa duplicidade, é possível falar, em termos classificatórios, em uma *motivação de índole prospectiva* nos casos em que o comportamento se inicia em razão de uma condição prospectiva, dada pela circunstância de o agente esperar obter algo como resultado do comportamento; e em uma *motivação de índole retrospectiva*, nos casos em que o comportamento se inicia em razão de uma condição retrospectiva, anterior ao comportamento. No primeiro grupo, inserem-se a finalidade, os fins e os propósitos; no segundo, as razões ou os motivos propriamente ditos.

35. O conteúdo de desvalor de um comportamento também é influenciado pela percepção que o autor detém acerca dos padrões ético-sociais vigentes relacionados ao comportamento que pratica (percepção de reprovabilidade social), bem como pela a própria percepção moral do autor, o seu juízo de certo ou errado, sobre o comportamento que pratica (autopercepção de reprovabilidade).

36. Ainda no plano ontológico, a dimensão objetivo-exterior do comportamento diz respeito aos seus caracteres objetivos, ou, em outras palavras, aos dados objetivos por meio dos quais o comportamento se revela, bem como a determinadas circunstâncias que o

envolvem e que a ele se ligam. Há três aspectos essenciais: i) a exigência de conduta humana, ativa ou omissiva, voluntária; ii) o tipo de conduta e seu modo de realização; iii) a aptidão da conduta para o atingimento do resultado jurídico. Para além desses aspectos, há outros aspectos objetivos que também interferem na percepção sobre o conteúdo de desvalor do comportamento: iv) a qualidade do sujeito ativo, a qualidade do sujeito passivo e a posição do sujeito ativo em relação ao sujeito passivo; v) o comportamento da vítima, em especial nos casos de consentimento e provocação.

37. Os aspectos examinados na dimensão ontológica do comportamento, seja subjetiva ou objetiva, dizem respeito ao que podemos denominar de *objeto de valoração*. O juízo de desvalor do comportamento pressupõe, no entanto, a *valoração desse objeto*. A dimensão normativa do desvalor da conduta diz respeito, assim, e precisamente, às etapas e aos parâmetros de valoração jurídica do substrato objetivo e subjetivo representado pelo comportamento.

38. O processo de valoração jurídico-penal do comportamento pode ser estruturado em três etapas básicas: interpretação, confrontação e atribuição.

39. A etapa da interpretação pressupõe, em primeiro lugar, a descrição elementos ontológicos, subjetivos e objetivos, que o respectivo comportamento envolve e por meio dos quais se revela; em segundo lugar, com base nesse material, o intérprete deve atribuir ao comportamento um sentido de desatenção pessoal quanto a um bem jurídico-penal, com privação de sua pretensão de cuidado. Sem que se possa atribuir ao fato, a partir de todos os seus componentes ontológicos, um sentido de desatenção pessoal quanto a um bem jurídico-penal, não nos parece possível falar em desvalor da conduta.

40. Na etapa da confrontação, o comportamento ao qual se atribui uma desatenção pessoal para com um bem social é hipoteticamente confrontado com um padrão ideal de comportamento, do que resulta a conclusão pelo desajuste ou pela adequação da conduta ajuizada. Tal padrão ideal de conduta é dado por expectativas sociais solidificadas. Assim, é possível afirmar que o juízo de desvalor pressupõe, também, uma assimetria entre o comportamento realizado e o padrão de conduta imposto por uma expectativa social. Essa assimetria é o que consubstancia a ideia de reprovação aqui adotada.

41. A conduta penalmente desvaliosa apresenta, portanto, duas características: i) exprime uma atitude de desatenção para com bens jurídico-penais destinatários de cuidado; ii) apresenta uma assimetria em relação a um padrão ideal de conduta imposto por expectativas sociais solidificadas.

42. A etapa da atribuição diz respeito às consequências da afirmação de um comportamento penalmente desvalioso seja em uma perspectiva abstrata, seja em uma perspectiva concreta. No plano abstrato, com a afirmação do desvalor da conduta, ao legislador passa a ser possível criminalizar o comportamento – jamais desconsiderando, também, a dimensão do desvalor do resultado –, descrevendo, nos tipos penais, os atributos ontológicos que o comportamento deve reunir para que carregue o conteúdo de desvalor projetado, cominando a pena de acordo; ainda, deve o legislador prever as eventuais circunstâncias que, concorrendo no caso concreto, possam vir a eliminar, mitigar ou majorar esse conteúdo de desvalor, justificando-se, diante disso, a previsão de causas de exclusão do crime, diminuição ou aumento de pena. No plano concreto, a afirmação do desvalor da conduta revela-se como pressuposto para o juízo de adequação típica, para a definição da modalidade de imputação subjetiva incidente, bem como para a análise da incidência das causas de exclusão do crime, de aumento e de diminuição da pena, sempre a partir de um juízo de correspondência material entre o grau de desvalor revelado pelo caso concreto e aquele entrincheirado nos dispositivos potencialmente aplicáveis.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Un tratado sobre la justificación jurídica. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. ¿Normativismo radical o normativismo moderado? *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 441-511, 2006.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. El juicio de adecuación de la conducta: consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 49, n. 2, p. 473-508, mayo/agosto. 1991.

ALEXANDER, Larry. Insufficient concern: a unified conception of criminal culpability. *California Law Review*, Berkeley, v. 88, p. 931-954, 2000.

ALEXANDER, Larry. The philosophy of Criminal Law. *In*: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (ed.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: University Press, 2002. p. 815-867.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALICKE, Mark D. Culpable causation. *Journal of Personality and Social Philosophy*, [*s. l.*], v. 63, n. 3, p. 368-378, Nov. 1992.

AMBOS, Kai. 100 años de la "Teoría del delito" de Beling: ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 09-05, p. 1-15, 2007. Disponível em: http://bit.ly/35MJBor. Acesso em: 08 jun. 2019.

AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI). *Model Penal Code*: Official Draft and Explanatory Notes: Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington, D.C., May 1962. Philadelphia, PA.: ALI, 1985. Disponível em: http://bit.ly/2FWc5lj. Acesso em: 12 dez. 2019.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Victor Civita, 1984.

ARNHEIM, Rudolf. *Art and visual perception*. A psychology of the creative eye. The new version. Berkelei-Los Angeles-London: University of California Press, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal*: parte general. 3. ed. Madrid: Akal, 1994.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARTHES, Roland. *Elements of semiology*. Translated from the French by Annette Lavers and Colin Smith. New York: Hill and Wang, 1986.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Edizione di riferimento: a cura di Renato Fabietti. Mursia: Milano, 1973.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002.

BINDER, Guyora. The rhetoric of motive and intent. *Buffalo Criminal Law Review*, New York, v. 6, p. 1-96, Apr. 2002.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Traducción directa del alemán y Estudio preliminar por José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LUIS, Márcio. Dois anos depois, veja 24 erros que contribuíram para tragédia na Kiss. *In*: G1. [São Paulo], 27 jan. 2015. Disponível em: https://glo.bo/2uvgOrH. Acesso em: 25 jul. 2019.

INCÊNDIO em boate no RS mata mais de 240 na maior tragédia em 50 anos. *In*: G1. [São Paulo], 28 jan. 2013. Disponível em: https://glo.bo/2FNNvCY. Acesso em: 25 jul. 2019.

BLOG LEX MANIAC. *No harm, no foul.* Disponível em: http://bit.ly/2FSy5xb. Acesso em: 28 abr. 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

BRANDÃO, Nuno. *Justificação e desculpa por obediência em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BRASIELLO, Ugo. "Tentativo (Diritto Romano)". *In*: *Novissimo digesto italiano*. XVIII. 3. ed. Torino: Unione Tipográfico Editrice Torinense, 1957. p. 1130-1133.

BRASIL. *Lei nº 13.968, de 26 de dezembro de 2019*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar o crime de incitação ao suicídio e incluir as condutas de induzir ou instigar a automutilação, bem como a de prestar auxílio a quem a pratique. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://bit.ly/2NdqsFG. Acesso em: 9 jan. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://bit.ly/2FLR3G2. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. STF. HC 87441, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16/12/2008.

BRASIL. STJ. AgRg no Ag1153407/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 19/09/2013, DJe 26/09/2013.

BRASIL. STJ. HC 193.759/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015.

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. *In*: *Novissimo digesto italiano*. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: Unione Tipográfico Editrice Torinense, 1973. v. xix: TEO-UL. p. 7-93.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. Tomo I. Introdução, norma penal, fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MARALÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1999. v. 2.

BZDOK, Danilo; GROß, Dominik; EICKHOFF, Simon B. The neurobiology of moral cognition: relation to theory of mind, empathy and mind-wandering. *In*: CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (ed.). *Handbook of Neuroethics*. New York: Springer, 2013. p. 127-148.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, FAE Centro Universitário, v. 3, n. 4, p. 207-234, jan./jun., 2011.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-143.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANEPA, Andrea. Dolo eventuale e tentativo: possibilità e limiti di una compatibilità. *L'indice Penale*, Padova, anno 7, n. 2, luglio./dic., p. 421-458, 2009.

CARO JOHN, José Antonio. Imputación subjetiva. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, [*s. l.*] n. 7, p. 235-252, 2006.

CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*. Barcelona: Tusquets Editores, 2001.

CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de direito penal*: parte geral. I. A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. II. Penas e medidas de segurança. Coimbra: Almedina, 2010.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*: parte general. Teoría jurídica del delito, 1. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997. v. 2.

CEREZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 9-23., jan./jun. 2004.

CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CHIU, Elaine M. The challenge of motive in the Criminal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, New York, v. 8, p. 653-729, 2005.

COHEN, Morris R. Moral aspects of the Criminal law. *Yale Law Jornal*, New Haven, v. 49, n. 6, p. 987-1026, Apr. 1940.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2008. 2 v.

COSTA ANDRADE, Manuel da. "A «Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, p. 173-205, abr./jun. 1992.

COSTA ANDRADE, Manuel da. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-lei n. 28/84, de 20 de janeiro). *In*: COSTA ANDRADE, Manuel da *et al*. (org.). *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1: Problemas gerais. p. 387-411.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. *In*: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (org.). *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70° aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 133-149.

COSTA, Pedro Jorge. Meios de prova dos componentes empíricos do dolo, os volitivos e os cognitivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 115, p. 83-108, jul./ago. 2015.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Crítica ao funcionalismo normativista. Ciências Penais: *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 7, n. 12, p. 39-52, jan./jun. 2010.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Ámbito y límites de la doctrina de la imputación objetiva. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 89, p. 5-18, 2006.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Aspectos substantivos y procesales del dolo. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 1, p. 139-152, 2005.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 2, p. 37-59, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 198-218.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 99-126, jul. 2016.

DANFORTH JR., Frederick W. The Model Penal Code and Degrees of Criminal Homicide, *The American University Law Review,* [*s. l.*], p. 147-172, 1962.

DARCIE, Stephan Doering. *O fundamento da tentativa em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DARCIE, Stephan Doering. O perigo na perspectiva do direito penal: uma análise acerca dos elementos constitutivos da noção penal de perigo. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, v. 10, n. 37, p. 37-65, 2010.

DAVIES, William. Understanding the pathophysiology of postpartum psychosis: Challenges and new approaches. *World J Psychiatry*, v. 7, n. 2, p. 77-88, June 2017. Disponível em: http://bit.ly/2Rnnq3a. Acesso em: 19 maio 2018.

DE MAGLIE, Cristina. *Crimes culturalmente motivados*: ideologias e modelos penais. Tradução de Stephan Doering Darcie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Crítica al funcionalismo normativista. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 3, p. 13-26, 2010.

DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-21.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. La atenuante de obrar por motivos morales, altruístas o patrióticos de notoria importancia. *In*: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *Política criminal y derecho penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 347-386.

DINIZ, Thiago Dias de; CARDOSO, Renato César. A intuição do dolo em direito penal: correlatos neurais da teoria da mente, raciocínio indutivo e a garantia da convicção justificada. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 945-959, ago. 2018. Disponível em: http://bit.ly/30pRCys. Acesso em: 28 jul. 2019.

DONINI, Massimo. Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente. *Diritto Penale Contemporaneo*, v. 1, p. 71-117, 2014. Disponível em: http://bit.ly/2FOzjJR. Acesso em: 30 jul. 2019.

DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo: homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. *In*: HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto. *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*: homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 67-94.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DUFF, Antony A. *Intention, agency and criminal liability*: philosophy of action and the Criminal Law. Oxford: Basil Blackwell, 1990.

DURKHEIM, Émile. *A função da divisão do trabalho social*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução: Paulo Neves. Revisão da tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESER, Albin. Justification and Excuse. A Key Issue in the Concept of Crime. *Rechtsvergleichende Perspektiven* (org.: Albin Eser e George P. Fletcher). Freiburg: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1987. v. 1.

ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

ESPANHA. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 16216/1993, de 17 junio. Disponível em: http://bit.ly/2sonDKO. Acesso em: 21 de abril de 2019.

FARIA COSTA, José de. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica: ou o retorno à limpidez do essencial. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 12, n. 1, p. 7-23., jan./mar. 2002.

FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: 1984. p. 673-781.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: sobre la normativización del dolo. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 65, p. 269-364, 1998.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*: the moral limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1984.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*: a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime*: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. O criminoso e o crime. Com prefácio do Prof. Beleza dos Santos. Tradução: Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeines in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Fünfte verbesserte Auflage. Georg Friedrich Heyes, 1812.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Lei criminal e controlo da criminalidade: o processo legal de criminalização e descriminalização. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43. Lisboa: 1983, pp. 69-96.

FINKELSTEIN, Claire. No Harm No Foul? Objectivism and the Law of Attempts. *Law and Philosophy*, New Haven, v. 18, n. 1, p. 69-84, 1999.

FIORE, Carlo. Il principio di offensività. *L'indice penale*, Padova, v. 28, n. 2, mai./ago. Padova, p. 275-288, 1994.

FLETCHER, George. *Basic concepts of Criminal Law*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1998.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Traducción: Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2003.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar*: sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Buenos Aires: B de F, 2006.

GALLAS, Wilhelm. *La teoria del delito en su momento actual*. Traducido por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*. 4. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2006.

GARDNER, Martin R. The mens rea enigma: observations on the role of motive in the Criminal Law past and present. *Utah Law Review*, Utah, n. 3, p. 635-750, 1993.

GAROFALO, Raffaele. *Criminologia*: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione. Roma – Torino – Firenze: Fratelli Bocca, 1885.

GIL GIL, Alicia. El concepto de intención en los delitos de resultado cortado: especial consideración del elemento volitivo de la intención. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 6, p. 103-138, jul. 2000.

GIL GIL, Alicia. Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 15, p. 95-153, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropria en la dogmática penal alemana. Una exposición. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, p. 6-112, 1997.

GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Recensión a José Milton Peralta, Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal. Marcial Pons: Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012. *InDret*: revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2014. Disponível em: http://bit.ly/2TorWB5. Acesso em: 19 dez. 2019.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Dolus in re ipsa. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 7, n. 13, p. 111-134, jul./dez. 2015.

GÖSSEL, Karl Heinz. Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 33-49, 2007.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *In*: RAPOSO, João António *et al*. (org.). *Líber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-905.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 20. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach do moral judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, p. 814-834, 2001. Disponível em: http://bit.ly/2TqUQRc. Acesso em: 30 jul. 2019.

HALL, Jerome. *The general principles of Criminal Law*. 2 th. Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1960.

HART, Herbert. The ascription of responsability and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 49, n. 1, p. 171-194, Jun. 1949. Disponível em: http://bit.ly/36WOZXv. Acesso em: 27 jul. 2019.

HARTMANN, Nicolai. *Ética*. Presentación e traducción de Javier Palacios. Madrid: Encuentro, 2011.

HARZEM, Peter. Behaviorism for new psychology: what was wrong with behaviorism and what is wrong with it now. *Behavior and Philosophy*, Cambridge, v. 32, n. 1, p. 5-12, 2004.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Traducción de María del Mar Díaz Pita. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 43, n. 3. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, p. 909-931, 1990.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005.

HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como princípio jurídico regulativo*. Traducción: José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de "desvalor de acción" y "desvalor de resultado o sobre el estado de cosas". *In*: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*: obras completas. Libro homenaje. Tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 233-259.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Edited by Paulo J. S. Pereira and Diego M. Beltran. University of Toronto Law School Typographical Society, 2011. Originalmente publicado em 1881.

HRUSCHKA, Joachim. Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 57, p. 5-17, enero 2004.

HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamento y reglas de imputación. *In*: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal*: estudios sobre la teoría de la imputación. Edición a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. p. 27-39.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955a. v. 5: Decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955b. v. 7: Decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 155 a 196.

HUSAK, Douglas. Motive and criminal liability. *Criminal Justice Ethics*, [*s. l.*], v. 8, n. 1, p. 3-14, 1989.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidade en el Derecho privado romano*. Traducción directa del alemán y estudio preliminar por José Luiz Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2013.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal*. La ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot: Editorial Sudamericana, 1990.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1963. t. 5: La culpabilidad.

JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo. Carl Schmitt y las ideas penales de la Escuela de Kiel. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 62, , p. 451-482, enero/dic. 2009.

KAHAN, Dan M. Two liberal fallacies in the hate crimes debate. *Law and Philosophy*, New Haven, v. 20, n. 2, p. 175-193, 2004.

KAHLO, Michael. “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en el derecho penal”. *In*: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 53-68.

KANT, Immanuel. *Grounding for the Metaphysiks of Morals:* on a supposed right to lie because of philantropic concerns. Translated by James W. Ellington. 3. th. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, [2020?].

KANT, Immanuel. *Principios metafísicos del derecho*. Traducción de G. Lizarraga. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1873.

KAUFMAN, Whiltey R. P. Motive, intention and morality in the Criminal Law. *Criminal Justice Review*, v. 28, n. 2, p. 317-335, 2003.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2006.

KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

KERCHOVE, Michel Van de. Penal, ética. *In*: CANTO-SPERBER, Monique (org.). *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. 2. ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2013. P?

KLIEMANN, Dorit [et al]. The influence of prior record on moral judgment. *Neuropsychologia* Volume 46, Issue 12, October 2008, pp. 2949–2957. Disponível em: http://bit.ly/2FUW2Eo. Acesso em: 2 ago. 2019.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNOBE, Joshua. Intentional action and side effects in ordinary language. *Analysis*, 63, 2003, pp. 190-193. Disponível em: http://cogprints.org/3116/2/IntentionalAction.pdf. Acesso em: 30 de julho de 2019.

KNOBE, Joshua. Theory of mind and moral cognition: exploring the connections. *Trends in Cognitive Science*, 9 (8), 2005, 357-359. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.tics.2005.06.011. Acesso em: 28 de julho de 2019.

LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 31-47., 2004.

LEWIS, Carol A.; BYERS, Alison Daly; MALARD, Sarah Deann; DAWSON, Gregory A. Challenges in Diagnosing and Treating Postpartum Blues, Depression and Psychosis. *The Alabama Counseling Association Journal*, v. 36, n. 1, 2010.

LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin: J Guttentag, 1900.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899. t. 1.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução da 2ª edição francesa por Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

LUISI, Luiz. *O tipo penal e a teoria finalista da ação.* Porto Alegre: A Nação, 1979.

MACHADO, Tomás Grings. *Harm principle e direito penal*: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro. 339 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. PUCRS, Porto Alegre, 2017.

MALINVERNI, Alessandro. *Scopo e movente nel diritto penale*. Torino: UTET, 1955.

MALLE, Bertram F.; NELSON, Sarah E. Judging *mens rea*: the tension between folk concepts and legal concepts of intentionality. *Behavorial Sciences and the Law*, 21: 563-580 (2003). Disponível em: https://doi.org/10.1002/bsl.554. Acesso em: 28 de julho de 2019.

MANES, Vittorio. Il principio di offensività: tra codificazione e previsione costituzionale. *L'indice penale*, v. 6, n. 1, jan./abr. Padova, 2003, pp. 147-165.

MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale. In: *Il diritto penale alla svolta di fine milenio*: Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995), a cura di Stefano Canestrari. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998, pp. 244-256.

MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*. Padova: Cedam, 2002.

MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di diritto penale*. Dirimenti, aggravanti e attenuanti – Tentativo – Partecipazione – Concorso di reati – Recidiva. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1950. v. 2.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistemática. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María Isabel. Delito de infanticidio. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Espanha, Madrid, n. 3, 1993.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O conceito "significativo" de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 23-58.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Nacionalsocialismo y derecho penal. Apuntes sobre el caso de H. Welzel. Un homenaje tardío a Joachim Vogel. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *El derecho penal de la posguerra*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 255-268.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal*: parte general. Teoría general del derecho penal y esructura del hecho punible. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Depalma, 1994.

MAURACH, Reinhart. O conceito finalista de ação e seus efeitos sôbre a teoria da estrutura do delito. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 14, ano IV, jul-set, 1966.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*: parte general. Traducción directa del alemán por el professor Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires: B de F, 2007.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal*: libro de estúdio. Parte general. Traducción de la 4. ed. alemana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MILL, Stuart. *On Liberty*. Kitchener: Batoche, 2001. Originalmente publicado em 1859.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*: concepto y método. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003.

MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (en línea). 2005, núm. 07-18, p. 18:1-18:24. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf. Acesso em: 11 de junho de 2019.

MIR PUIG, Santiago. Los terminos 'delito' y 'falta' en el Código penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 26, fasc./mes 2, 1973, pp. 320-377.

MIR PUIG, Santiago. Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 06-02, 2004. Disponível em http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf. Acesso em: 06 de maio de 2018.

MIRÓ LLINARES, Fernando. Conocimento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna. *Revista Penal México*, núm. 8, marzo-agosto, 2015, pp. 141-159.

MIRÓ LLINARES, Fernando. La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva. *In*: MIRÓ LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. *La imputación penal a debate*: una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs. Lima: Ara, 2010. p. 13-56.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: Bosch, 2001.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito. *Revista Chilena de Derecho*, v. 22, n. 2., pp. 265-296, 1995.

MONTENEGRO, Lucas de. *Por que se qualifica o homicídio*? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio (Lei 13.104, de 2015). São Paulo: Marcial Pons, 2017.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal. Criminalia, México, v. 68, n. 3, p. 3-51., set./dez. 2002.

MOURA, Bruno. Desvalor da conduta e desvalor do resultado no ilícito penal: ao mesmo tempo, sobre o sentido de um injusto genuinamente "pessoal". *Revista da Faculdade de*

Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto, [S.l.], v. 3, n. 3, oct. 2013. Disponível em: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/3791>. Acesso em: 18 may 2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal*. Una introducción. Traducida por Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.

NORRIE, Alan. *Crime, reason and history*: a critical introduction to Criminal Law. 2 th. Cambridge: University Press, 2006.

OXMAN, Nicolás. *Sistemas de imputación subjetiva en derecho penal*: el modelo angloamericano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

PADOVANI, Tullio. *Diritto penale*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2002.

PAGLIARO, Antonio. *Trattato di diritto penale*. Parte generale. Il reato. Milano: Giuffrè, 2007.

PALMA, Maria Fernanda. *Da "tentativa possível" em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PEÑA Y GONZÁLEZ, Lorenzo. *Visión lógica del derecho*: una defensa del racionalismo jurídico. Ciudad de Mexico: Plaza y Valdés: 2017.

PEÑA Y GONZALO, Lorenzo. Juicio moral y juicio jurídico-penal: consideraciones sobre la sentencia de la manada. Disponível em: https://lorenzopena.es/ms/juiciomoral.pdf. Acesso em: 4 de dezembro de 2019.

PERALTA, José Milton. *Motivos reprochables*: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

PEREIRA DE SANTANA, Selma. A negligência grosseira: contributo para discussão sobre sua autonomia material. In: COSTA ANDRADE, Manuel da. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 571-595.

PEREIRA, Ricardo Augusto; STEIN, Sofia Inês Albornoz. Como a teoria da mente e a cognição moral interagem? *Cognitio*: *Revista de Filosofia*, v. 17, n. 1, jan-jun, 2016, pp. 103-118. Disponível em: http://bit.ly/2NtpoOf. Acesso em: 28 de julho de 2019.

PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. *Cuarderno de Derecho Penal*, n. 6, 2012, pp. 11-49.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Imputabilitas* y teoría de la imputación. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2015, p. 2. Disponível em: http://bit.ly/36VwEdt. Acesso em: 29 de julho de 2019.

PEREZ DEL VALLE, Carlos. *La imprudencia en el Derecho penal*: el tipo subjetivo del delito imprudente. Barcelona: Atelier, 2012.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" e lo "subjetivo" en el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014.

POSNER, Richard. The jurisprudence of skepticism. *Michigan Law Review*, v. 86, 1988, p. 827-891.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, arts. 1º a 120. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

PUPPE, Ingeborg. Concepções acerca do conceito de dolo eventual. *In*: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner (org.). *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019a. p. 83-105.

PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 114-132, jan./fev. 2006.

PUPPE, Ingeborg. O dolo eventual e a sua prova. *In*: CAMARGO, Beatriz Corrêa; MARTELETO FILHO, Wagner (org.). *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019b. p. 65-81.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RACHELS, James. *The elements of Moral Philosophy*. 4th ed. Boston: McGraw-Hill, 2003.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 4, 2004, pp. 13-26.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La atribución del conocimento en el ámbito de la imputación dolosa.* 1998. 663 p. Tesis doctoral – Universitat Pompeu Fabra. Barcelona: 1998.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1: Parte geral.

RICCARDI, Giuseppe. I "confini mobili" del principio di offensività. *L'Indice Penale*, Anno II. N. 2. Maggio-Agosto. Padova: Cedam, 1999.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo. *In*: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar*: sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Buenos Aires: B de F, 2006. p. x-x.

RODRIGUEZ DEVESA, Jose Maria; SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español*: parte general. 18. ed. Dykinson, Madrid: 1995.

ROMAGNOSI, Giandomenico. *Genesi del diritto penale*. Milano: Francesco Sanvito, 1791.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a. p. 189-239.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b. p. 133-164.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008c. p. 101-132.

ROXIN, Claus. Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo. *In*: ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual.* Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007. p. 167-191.

ROXIN, Claus. *Derecho penal.* Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. In: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização de Alaor Leite. Tradução de Luís Greco et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014a. p. 116-128.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002a.

ROXIN, Claus. Mais uma vez: sobre a valoração jurídico-penal do fato de consciência. *In*: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização de Alaor Leite. Tradução de Luís Greco *et al*. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 191-213.

ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. *In*: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008d. p. 55-77.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002b.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANCINETTI, Marcelo A. Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados: a la vez, una refundamentación de la punibilidad de la tentativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 327-343., abr./jun. 1997.

SANDEL, Michael J. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Course in general linguistics*. Tradução: Wade Baskin. New York: Philosophical Library, 1959.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHNEIDER, Susan M.; MORRIS, Edward K. A history of the term *Radical Behaviorism*: from Watson to Skinner. *The Behavior Analyst*, 10, n. 1, 1987, pp. 27-39.

SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. *In*: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 127-141.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia.* Con una aportación a la metodología del Derecho penal. Traducción de la edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal*: cuestiones fundamentales. Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991. p. 31-80.

SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 11-33, jul./set. 2003.

SEARLE, John R. *Intentionality*: an essay in the philosophy of mind. Cambridge: University Press, 2004.

SEARLE, John R. Social ontology and political power. *In*: SMITH, Barry *et al. The mistery of capital and the construction of social reality*. Chicago: Open Court, 2008. p. 19-34.

SEARLE, John R. *The rediscovery of the mind*. Cambridge: MIT Press, 1994.

SEARLE, John. Consciousness, unconsciousness and intentionality. *Philosophical Issues*, n. 1, p. 45-66, 1991.

SEARLE, John. Our shared condition – consciousness. Palestra proferida no TED Talks, mai. 2013. Disponível em: http://bit.ly/3aaGI4j. Acesso em: 20 de novembro de 2019.

SEARLE, John. *The construction of social reality*. New York: Free Press, 1995.

SILVA DIAS, Augusto. *Crimes culturalmente motivados*: o direito penal ante a "estranha multiplicidade" das sociedades contemporâneas. Coimbra: Almedina, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Valoraciones sociales y derecho penal. *Revista Persona y Derecho*, Navarra, n. 46, p. 143-164, 2002. Disponível em: http://bit.ly/2uJ07sK. Acesso em: 3 ago. 2019.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo*: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVEIRA, Paulo Roberto. *Fundamentos da medicina legal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SIMON, Jonathan. How Should We Punish Murder, 94 *Marquette Law Review*, 1241-1312, (2010).

SIMONS, Kenneth. Rethinking mental states. *Boston University Law Review*, vol. 72 (3), may 1992, pp. 463-554.

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

SISTARE, Christine. Agent motives and the Criminal Law. *Social Theory and Practice*, vol. 13, issue 3, 1987, pp. 303-326.

SKINNER, Burrhus Frederic [et al]. Rejoinders and second thoughts. *Psychological Review*, 52 (4), 1945, pp. 278-294.

SKINNER, Burrhus Frederic. The operational analysis of psychological terms. *Psychological Review*, 52 (4), 1945, pp. 270-278.

SOLA RECHE, Esteban. La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, Fasc/Mes 1, 1994.

SOUSA MENDES, Paulo de. *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SOUSA NETO, Joaquim de. *O motivo e o dolo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.

SOUZA, Carlos Magno de. O puerpério e suas controvertidas definições. *Revista da FDV*, Valença, v. 1, n. 1, p. 265-274., mai. 1998.

STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. Traducción de: Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas: 2005.

STRATENWERTH, Günter. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

STRUENSEE, Eberhard. El tipo subjetivo del delito imprudente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 40, fasc. 2, 1987.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, v. 2, n. 1, p. 3-14, 2014. Disponível em: http://bit.ly/38apNNg. Acesso em: 25 de novembro de 2019.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. Condicionalidade sócio-cultural do direito penal. *Boletim da Faculdade de Direito*: Universidade de Coimbra, v. 58, p. 1039-1137, 1982.

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLV, fasc. II. Madrid: 1992, p. 515-559.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

THURGOOD, Sara; AVERY, Daniel M.; WILLIAMSON, LLoyda. Postpartum depression (PPD). *American Journal of Clinical Medicine*, v. 6, n. 2. Spring 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOVO, Antonio. *Perfil do estelionato contratual*. Confiança e boa-fé no limiar das esferas de ilicitude. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.

VERGARA, Pedro. *Dos motivos determinantes no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
–
VIVES ANTÓN, Tomás S. Reexame do dolo. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 85-116.

WATSON, John B. Psychology as a Behaviorist Views it. *Psychological Review*, n. 20, 1913, pp. 158-177.

WECHSLER, Herbert. The treatment of *mens rea* in the Model Penal Code. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 339, jan. 1962, pp. 24-41.

WEIGEND, Thomas. Is the criminal process about truth?: a german perspective. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 26, n. 1, 2003, pp. 157-173.

WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*: parte general. 4. ed. castellana. Traducción del alemán por los professores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1993.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Una introducción a la doctrina finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

WELZEL, Hans. *Introduccion a la filosofia del derecho*: derecho natural y justicia material. Traducción del alemán por Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1977.

YOUNG, Liane; CUSHMAN, Fiery; HAUSER, Marc; SAXE, Rebecca. The neural basis of the interaction between theory of mind and moral judgement. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 104, n. 20, 8235-8240, May 15, 2007. Disponível em: http://bit.ly/36TfZHy. Acesso em: 28 de julho de 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981. t. 3.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.

ZIELINSKI, Diethart. El resultado en el concepto final de ilícito. *Doctrina Penal*: *teoría y prática en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 11, 41/44, 1988.