

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

Guilherme Pinto dos Santos

**O DOLO NA TEORIA DO DELITO: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO
HISTÓRICA E DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA**

**Santa Maria, RS
2016**

Guilherme Pinto dos Santos

**O DOLO NA TEORIA DO DELITO: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E
DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM,RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Prof^a. Ma. Larissa Nunes Cavalheiro

Santa Maria, RS
2016

Guilherme Pinto dos Santos

**O DOLO NA TEORIA DO DELITO: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E
DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal de Santa
Maria (UFSM,RS), como requisito parcial
para obtenção do grau de **Bacharel em
Direito.**

Aprovado em 05 de dezembro de 2016:

Larissa Nunes Cavalheiro, Ma. (UFSM)
(Presidente/Orientadora)

Ulysses Fonseca Louzada, Me. (UFSM)

Fernando Hoffmam, Me. (URI)

Santa Maria, RS
2016

RESUMO

O DOLO NA TEORIA DO DELITO: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA

AUTOR: Guilherme Pinto dos Santos
ORIENTADORA: Larissa Nunes Cavalheiro

A teoria do delito, ao longo da história, evoluiu de modo a contemplar tanto a realidade social, quanto a realidade política, no aspecto criminal. Em que pese várias teorias tenham se proposto a conceituar, analiticamente, o delito, o finalismo, de Hans Welzel, de acordo com a maioria dos especialistas, embora não imune a críticas, foi incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Feita uma exposição acerca dessa evolução histórica e estabelecidos os parâmetros sobre os quais se funda a análise da conduta, em nossa legislação, o presente estudo se propõe, por meio do método de procedimento monográfico e do método de abordagem dedutivo, a identificar os limites e possibilidades da teoria finalista, bem como a forma como o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a compreendem e, eventualmente, incorporam. Também é discutida a forma como essas cortes analisam o dolo nas suas decisões, o que é feito por meio de estudo de acórdãos proferidos em casos práticos. A partir daí, busca-se detectar, na doutrina, quais as principais alternativas oferecidas atualmente para sanar eventuais incompletudes da teoria finalista, de modo a melhor responder às necessidades da sociedade do século XXI.

Palavras-chave: Teoria do delito; Dolo; Finalismo; Jurisprudência.

ABSTRACT

THE INTENT IN THEORY OF CRIME: AN ANALYSIS OF HISTORICAL EVOLUTION AND CURRENT JURISPRUDENCE

AUTHOR: GUILHERME PINTO DOS SANTOS
ADVISOR: LARISSA NUNES CAVALHEIRO

The theory of crime, throughout history, has evolved to contemplate both social and political reality in the criminal aspect. Although various theories have been proposed to conceptualize, analytically, the crime, the finalism, of Hans Welzel, according to the majority of specialists, although not immune to criticism, was incorporated by the Brazilian legal system. Having made an exposition about this historical evolution and established the parameters on which the conduct analysis is based, in our legislation, the present study proposes, through the method of monographic procedure and the method of deductive approach, to identify the limits and possibilities of the finalist theory, as well as the way in which the Superior Court of Justice, the Federal Supreme Court and the Court of Justice of Rio Grande do Sul understand and eventually incorporate it. It is also discussed how these courts analyze the intent in their decisions, which is done through a study of judgments given in practical cases. From this point, it is sought to detect in doctrine the main alternatives currently offered to remedy any incompleteness of the finalist theory, in order to better respond to the needs of 21st century society.

Keywords: Theory of crime; Intent; Finalism; Jurisprudence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A RETROSPECTIVA CONCEITUAL-HISTÓRICA DO DOLO NA TEORIA DO DELITO	9
1.1 O CONCEITO CLÁSSICO DE DELITO	12
1.2 O CONCEITO NEOCLÁSSICO DE DELITO	13
1.3 TEORIAS SOBRE A CONDUTA	15
1.3.1 Teoria Causalista	16
1.3.2 Teoria Finalista	18
1.3.3 Teoria Social	20
1.3.4 Teorias Funcionalistas	22
2 O DOLO NA TEORIA FINALISTA	25
2.1 A COMPREENSÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL E DAS CORTES DE VÉRTICE	26
2.2 INCONSISTÊNCIAS NA PERCEPÇÃO DO DOLO NA TEORIA FINALISTA	36
2.3 AS PRINCIPAIS ALTERNATIVAS PARA A COMPREENSÃO DO DOLO	40
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

A compreensão do conceito analítico de crime é tarefa árdua para profissionais e estudantes da área do Direito. Da mesma forma, a compreensão do dolo – sua definição, características, sua composição e demonstração – é questão nevrálgica para o estudo do Direito Penal.

Dentro do conceito analítico de crime, a doutrina, historicamente, vem buscando sistematizar a percepção da ocorrência do crime, bem como os elementos constitutivos do delito. Dentro desse contexto, destacaram-se o causalismo e o finalismo, como sendo as teorias mais satisfatórias, sem prejuízo de outras, igualmente relevantes, como, a título de exemplo, o funcionalismo.

Tais teorias debruçaram-se sobre os elementos para que se vislumbre a ocorrência do crime, tratando-se de visões diferentes sobre a estrutura do delito. Ao longo do tempo, permeando tais discussões, esteve sempre presente o debate acerca do dolo – para alguns, elemento de culpabilidade, para outros, do fato típico, pois ligado à conduta.

Nesta senda, o presente estudo se propõe a analisar a evolução histórica da teoria do delito, visando a contribuir sobremaneira para essa correta compreensão, sobretudo pela análise das razões que levaram os doutrinadores às conclusões que atualmente permeiam tanto as decisões quanto o estudo da lei penal. Ou seja, partindo da análise do dolo na teoria do delito, analisa-se a evolução histórica e as atuais tendências jurisprudenciais em relação a compreensão do mesmo.

Ainda, urge identificar os limites e possibilidades da teoria finalista, no que se refere à análise e compreensão do dolo, bem como as alternativas que se apresentam na doutrina e na jurisprudência, atualmente, para suplantar ou complementar as teorias já consagradas. Assim, identificados tais pontos controvertidos, estabelecer-se-á um paralelo entre as teorias propostas pela doutrina e sua viabilidade, por meio da compreensão e absorção por parte dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Isto porque a forma de percepção do dolo na teoria finalista, adotada por nosso ordenamento jurídico, é tida como verdade absoluta, ponto em que se percebe certo atraso na doutrina, haja vista a impossibilidade de se aferir com precisão, externamente, as intenções do agente em seu íntimo.

Além disso, os especialistas vêm apresentando algumas variações das teorias clássicas e tradicionais, as quais melhor se adaptam, muitas vezes, à realidade atual. Acerca dessas, via de consequência, o estudo é fundamental, também para nortear a busca pelo conhecimento no Direito Penal moderno.

Inegável que a evolução histórica da teoria do delito jamais cessou, ao passo que os estudiosos dessa seara sempre visam a contribuir para a sistematização da verificação do crime. A partir daí, pretende-se analisar as principais teorias que se propuseram a conceituar, analiticamente, o delito, examinar como cada uma dessas teorias conceitua o dolo, identificando eventuais falhas e inconsistências e identificar a atual compreensão do dolo na jurisprudência.

Optou-se pelo método de abordagem dedutivo, ao passo que, partindo de uma análise geral das diferentes teorias do delito e sua abordagem no que se refere à conduta, verifica-se a incorporação e compreensão dessas teorias nas decisões judiciais, principalmente em relação à percepção do dolo.

Quanto ao método de procedimento, elegeu-se o monográfico, pois, por meio de estudo doutrinário e jurisprudencial, analisar-se-ão as teorias que se propuseram a conceituar, analiticamente, o delito, sua compreensão do dolo e a posterior aplicabilidade na jurisprudência.

Para atingir seus objetivos o presente estudo se dividiu em dois capítulos. No primeiro, é feita uma retrospectiva conceitual-história do dolo na teoria do delito, ponto em que se retomam as conceituações clássica e neoclássica do crime, e as principais teorias que se propuseram a conceituar analiticamente o fato típico. Destacam-se, nesse ponto, as teorias causalista e finalista.

Nesse momento é analisado, ainda que brevemente, o papel do Direito Penal enquanto instrumento regulador na sociedade, tanto no passado quanto no presente. A análise principiológica, outrossim, permeia parte da construção.

Já o segundo capítulo do trabalho é dedicado à contemplação do dolo na teoria finalista, adotada por nosso ordenamento jurídico. Nesse contexto, vislumbram-se as alternativas apresentadas pela doutrina para complementar ou superar o paradigma finalista. Após, são analisadas decisões judiciais acerca do tema, que em sua substancialidade denotam alternativas a eventuais incompletudes do finalismo, ao abordarem temas como o dolo específico e a distinção entre culpa consciente e dolo eventual.

Faz-se presente, também, uma análise acerca da maneira com que os tribunais da Federação interpretam a análise da conduta, se dolosa ou culposa, nos tipos penais, visando a compreender de que maneira a adoção do finalismo e de seus paradigmas é interpretada nas decisões dos Tribunais. A partir daí, busca-se alternativas para solucionar eventuais inconsistências da teoria de Hans Welzel, adaptadas ao contexto atual.

1 A RETROSPECTIVA CONCEITUAL-HISTÓRICA DO DOLO NA TEORIA DO DELITO

Ao longo da história, período que não será precisamente delimitado neste trabalho, mas aberto para atender a proposta didática deste momento, qual seja, conceituar o delito, a doutrina buscou, de diversas formas e sob inúmeras perspectivas, conceituá-lo e delimitá-lo. A partir desse raciocínio, passou-se a tentar conceituar o fato típico material e formalmente, em um primeiro momento, sobretudo tendo em vista a segurança jurídica e a observância do que modernamente chamamos de princípio da legalidade, constitucionalmente consagrado.

Formalmente, crime é fato típico e antijurídico (JESUS, 2013, p. 193). É mera subsunção do fato à norma, independentemente do conteúdo, importando, apenas, a previsão legislativa. Não se avaliam, sob o prisma formal, vetores como a reprovabilidade ou lesividade efetiva da ação (CAPEZ, 2012, p. 134). O fato é típico se houver correspondência entre ele e a norma incriminadora, simplesmente.

Assim, sob a perspectiva formal, o conceito de crime restringe-se a tipicidade, ou seja, a adequação dos elementos fáticos a definição legal do crime. Isso é resultado de um ambiente fortemente positivista, em período histórico no qual se buscava proteger o cidadão dos arbítrios do Estado Absolutista, ainda que pudesse, por si só, criar seus próprios arbítrios, ante a vagueza de definições de crime meramente formais. À época, o indivíduo, em tese, sentir-se-ia mais seguro ao saber que determinada forma de agir estava amparada no rigor da lei, de modo que a punição não o alcançaria.

Ocorre que, como bem obtempera Capez (2012, p. 141):

Embora buscasse garantir o cidadão contra invasões punitivas não previstas antecipadamente em regras gerais, o dogma naturalista e o ambiente fortemente positivista que o envolveu acabaram sendo largamente empregados com desvirtuamento de seus fins pelos regimes totalitários, nos quais o direito penal tinha função precipuamente utilitária, atuando como mecanismo de prevenção social contra o crime. Tudo porque o sistema não admitia discussão quanto ao conteúdo das normas, ou seja, se estas eram injustas. Nesses regimes, era considerado justo tudo o que fosse útil ao povo, independente do conteúdo ético ou moral da norma. Com efeito, não havia ambiente para se discutir o conteúdo das normas de modo que o positivismo dogmático implicava aceitar sem maiores indagações o comando emergente do ordenamento legal imposto pelo Estado

Já o conceito material de crime, em síntese, percebe a ação (em tese) criminosa sob o ângulo ontológico, ou seja, tem em vista a razão que levou o legislador

a considerar criminosa uma conduta humana (JESUS, 2013, p. 192). Assim, por conseguinte, é sentimento social que define o crime, levando o legislador a assim o considerar.

Nesse contexto, trazendo essa noção para os dias atuais, como leciona Sanches Cunha (2016, p. 69), a criação de tipos penais deve ser pautada pela proibição de comportamentos que, de alguma forma, lesionem ou coloquem em risco valores e bens jurídicos essenciais para o ser humano.

Ainda, tendo em vista a conceituação material de delito, é que se faz mister compreender o direito penal como *ultima ratio*; ou seja, deve vigorar o princípio da intervenção mínima. Isso porque, o Direito, em todos os seus ramos, nada mais é do que, precipuamente, garantidor da paz social. Na busca desse estado, o aparato repressor do Direito Penal só deve ser invocado quando todas as demais formas de solução de conflitos ou resoluções de controvérsias falharem, ou se mostrarem insuficientes mesmo para a prevenção de danos relevantes à sociedade (CUNHA, 2016, p. 69-70). Juridicamente, as atitudes são consideradas, a grosso modo, como permitidas ou proibidas, e a proibição imposta pela lei penal é (ou deve ser) a mais gravosa, a mais restritiva e, por isso, reservada a ocasiões de extrema gravidade (JESUS, 2013, p. 299).

Em suma, atendendo-se à perspectiva material de delito, o Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, sendo por muitos chamado “soldado de reserva” em virtude disso.

Neste diapasão, Heleno Fragoso (2003, p. 05) assim enfatiza:

Desde logo se deve excluir do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situem puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor social importante. Não é mais possível admitir incriminações que resultem de certa concepção moral de vida, de validade geral duvidosa, sustentada pelos que têm o poder de fazer a lei. Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, fruto de larga experiência negativa.

Por oportuno, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal (STF – Primeira Turma – HC 108946 – Rel. Min. Cármen Lúcia – Dje 07/12/2011) assim já se manifestou relativamente à análise da tipicidade, em decisão que assim restou ementada:

HABEAS CORPUS. PENAL. RECEPÇÃO DE BENS AVALIADOS EM R\$ 258,00. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1. **A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado.** 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. 3. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 4. Nas circunstâncias do caso, o fato não é penalmente irrelevante do ponto de vista social, pois, além do valor dos bens receptados terem sido avaliados em R\$ 258,00, o que equivale a 86% do salário mínimo da época em que se deram os fatos, o crime de receptação estimula outros crimes até mais graves, como latrocínio e roubo. 5. Habeas corpus denegado. (HC 108946, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011) (grifo nosso)

Guilherme de Souza Nucci (2016, p.123), neste mesmo diapasão, compreende o conceito material de delito como aquilo que, na concepção da sociedade, deve ser reprimido e proibido, mediante imposição de sanção penal. Acrescenta, ainda, que para tanto a ação deve ofender efetivamente um bem jurídico tutelado, a ponto de merecer reprimenda estatal.

A partir daí, concebe-se o crime formal e materialmente; ambos remetem à atuação do Estado em seu direito punitivo, surgindo assim, a possibilidade – após o devido processo legal e sentença condenatória – de aplicação da sanção penal. Nos dizeres de Nucci (2016, p. 123):

É a concepção do direito acerca do delito, constituindo a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno. Cuida-se, na realidade, de fruto do conceito material, devidamente formalizado.

Quando a sociedade entende necessário criminalizar determinada conduta, através dos meios naturais de pressão, leva sua demanda ao Legislativo, que, aprovando uma lei, materializa o tipo penal.

Assim sendo, respeita-se o princípio da legalidade (ou reserva legal), para o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine.

Contudo, embora isso represente significativa evolução na teoria do delito, persistem inconsistências. Os elementos cognitivo e volitivo, por exemplo, sequer eram analisados para a verificação de uma conduta típica praticada por um agente

hipotético, o que ainda deixava margem para injustiças e arbitrariedades. Assim, surge o conceito analítico do crime, dentro do qual desenvolver-se-ão os principais debates acerca da análise dos elementos externo da conduta do protagonista de determinado fato. Nesse contexto, a doutrina passa a se propor a debater tudo o que reveste a possibilidade, ou não, de se perceber a intenção que move o agente de determinado fato criminoso.

O conceito analítico do delito, por sua vez, nada mais é do que a percepção fragmentada dos elementos constitutivos do crime – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade –, que serão destacados posteriormente no presente trabalho. Neste ponto, sobretudo no que toca à análise da conduta do potencial agente infrator, residem as principais divergências doutrinárias, de modo que, ao longo da história, surgiram (e ainda surgem) diferentes teorias e subconceitos, cuja incorporação é fundamental para a correta compreensão da teoria do delito.

1.1 O CONCEITO CLÁSSICO DE DELITO

Em uma análise conceitual analítica do crime, superada a conceituação formal e material, faz-se mister trazer à tona uma breve digressão história dessa compreensão fragmentada do crime. Em meados do século XIX, surgiram as primeiras conceituações de delito em critério objetivos e subjetivos. Com efeito, a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade começaram a ser melhor analisadas pelos penalistas, tendo em vista a construção de um panorama jurídico a partir de um raciocínio positivista, de modo a conferir maior segurança jurídica aos cidadãos, superando o modelo de estado absolutista, conforme destacado alhures.

Em linhas gerais, na conceituação clássica de delito, tipicidade e antijuridicidade representavam o aspecto objetivo do ilícito, enquanto que a culpabilidade, diferenciada da antijuridicidade propriamente dita, consistia no aspecto subjetivo.

Assim leciona Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 274):

O conceito clássico de delito foi produto do pensamento jurídico característico do positivismo científico, que afastava completamente qualquer contribuição das valorações filosóficas, psicológicas e sociológicas. Essa orientação, que pretendeu resolver todos os problemas jurídicos nos limites exclusivos do Direito positivo e de sua interpretação, deu um tratamento exageradamente formal ao comportamento humano que seria definido como delituoso. Assim, a ação, concebida de forma puramente naturalística, estruturava-se com um

tipo objetivo-descritivo, a antijuridicidade era puramente objetivo-normativa e a culpabilidade, por sua vez, apresentava-se subjetivo-descritiva.

Nessa perspectiva, não havia qualquer valoração da ação além de seu enquadramento ao tipo penal previamente descrito. Logo, a partir de pressupostos objetivos chegava-se à conclusão de que determinada conduta era criminosa ou não.

Isso porque a antijuridicidade é um juízo valorativo puramente formal, bastando a comprovação da tipicidade da conduta e que não concorre nenhuma causa de justificação. A culpabilidade era concebida como o aspecto subjetivo do crime e tinha caráter puramente descritivo, apenas se prestando a comprovar um vínculo entre o fato e seu autor (BITENCOURT, 2015, p. 274-275).

Assim, para a doutrina tradicional, segundo Damásio (2013), dolo e culpa se encontravam na culpabilidade, e não na tipicidade, como hoje é compreendido. Nesse passo, independentemente de variáveis subjetivas, o que importava era a subsunção da conduta à norma, não havendo que se falar em valoração casuística ou com base no estado mental do agente, para fins de verificação da tipicidade. Neste sentido, ausente dolo e culpa, excluída estava a culpabilidade.

1.2 O CONCEITO NEOCLÁSSICO DE DELITO

A partir do que se convencionou chamar Neokantismo, em virtude da influência do pensamento do filósofo Immanuel Kant (**conceito neoclássico do delito**), embora com certa indefinição de parâmetros por parte de seus partidários e ainda sob relevante influência positivista, passou-se a entender o crime como reflexo daquilo que os valores e a cultura da sociedade rejeitam. Esse pensamento ganhou força a partir do século XIX, a partir de forte rejeição ao positivismo, sendo o neokantismo corrente filosófica que se opunha ao modelo positivista, na época.

Ainda que o neokantismo não negue, peremptoriamente, as premissas positivistas, procura diferenciar as ciências pelo seu método, a partir da separação entre os chamados “conhecimentos puros” e “conhecimentos empíricos”. Isso, transportado para as ciências jurídicas, leva à distinção entre o “ser” e o “dever ser”, sendo esse último preponderante em relação ao primeiro, para os partidários de tal corrente filosófica, que visam à reconciliação entre Direito e Justiça – em brevíssima e apertada síntese. Por via de consequência, o objetivo do neokantismo é a

compreensão do conteúdo dos fenômenos e princípios caros ao Direito (BITENCOURT, 2016, p. 116-117).

Dessa forma, o legislador não mais cria os tipos penais, e sim os deve reconhecer, enquanto formas de agir contrárias aos valores sociais. É dizer, com o neokantismo iniciou-se o período de enriquecimento do tipo penal.

Com os estudos de Litz e Beling, aprofundou-se flagrantemente o estudo da teoria do delito. Não que se tenha abandonado o que fora construído anteriormente, com a separação dos aspectos objetivos e subjetivos, mas foi-se além. Sob a já mencionada influência da filosofia neokantiana, passou-se a valorizar aspectos normativos e axiológicos da norma penal. Ademais, mostrava-se necessária a busca de sentido para a aplicação da lei, além do simples caráter persecuidor do Estado em busca de punição (BITENCOURT, 2015, p. 275).

Sobre isso, a oportuna doutrina de Bitencourt (2015, p. 275):

Com essa nova orientação, todos os elementos do conceito clássico de crime sofreram um processo de transformação, a começar pelo conceito de ação, cuja concepção, puramente naturalística, constituía o ponto mais frágil do conceito clássico de crime, particularmente nos crimes omissivos, nos crimes culposos e na tentativa, conforme demonstraremos logo adiante. A tipicidade, por sua vez, com o descobrimento dos elementos normativos, que encerram um conteúdo de valor, bem como o reconhecimento da existência dos elementos subjetivos do tipo, afastaram definitivamente uma concepção clássica do tipo, determinada por fatores puramente objetivos. A antijuridicidade, igualmente, que representava a simples contradição formal a uma norma jurídica, passou a ser concebida sob um aspecto material, exigindo-se uma determinada danosidade social. Esse novo entendimento permitiu graduar o injusto de acordo com a gravidade da lesão produzida. Dessa forma, onde não houver lesão de interesse algum, o fato não poderá ser qualificado de antijurídico.

A definição de culpabilidade também foi repaginada. Mais do que o mero liame psicológico entre o fato e seu autor, ela seria então interpretada como o grau de reprovabilidade que determinada conduta merece.

Logo, pelo conceito neoclássico de delito, o conceito de ação foi significativamente reformulado, sob o ponto de vista axiológico e teleológico. Apesar disso, não se abandonou o paradigma clássico da concepção tripartida do crime, enquanto fato típico, ilícito (ou antijurídico) e culpável.

Assim, estabelecidas as bases sobre as quais passar-se-ia a analisar o elemento conduta do agente infrator enquanto parte integrante do conceito analítico

de delito, oportuno debruçar-se sobre as principais teorias que se propuseram (e se propõe) oferecer parâmetros para a compreensão desse vetor.

1.3 TEORIAS SOBRE A CONDUCTA

O estudo das diferentes teorias do delito é questão basilar para a correta compreensão do Direito Penal, bem como para que se possa compreender a conduta de eventuais agentes delituosos. Com efeito, os diferentes autores abordam, em suas obras, ainda que em linhas gerais, quais as principais teorias que se propuseram a analisar sistematicamente o crime, sobretudo no que toca à posição mais adequada para o dolo e a culpa.

Sobre o tema, Julio Fabbrini Mirabete pontua que a discussão acerca do dolo (e da culpa) na teoria do delito, a partir do finalismo, mantem sempre em voga o debate relativo à tipicidade, senão vejamos (MIRABETE, 2001, p.97-98):

Com a enunciação da teoria da ação finalista proposta por Hans Welzel, porém, passou-se a entender que a ação (ou conduta) é uma atividade que sempre tem uma finalidade. Admitindo-se sempre que o delito é uma conduta humana voluntária, é evidente que tem ela, necessariamente, uma finalidade. Por isso, no conceito analítico de crime, a conduta abrange o dolo (querer ou assumir o risco de produzir o resultado) e a culpa em sentido estrito. Se a conduta é um dos componentes do fato típico, deve-se definir o crime como 'fato típico e antijurídico'. O crime existe em si mesmo, por ser um fato típico e antijurídico, e a culpabilidade não contém o dolo e a culpa em sentido estrito, mas significa apenas a reprovabilidade ou censurabilidade da conduta.

[...]

Com os estudos iniciados a partir da criação da teoria finalista da ação verificou-se que é imprescindível distinguir os crimes dolosos dos crimes culposos, já que são estruturalmente distintos. A razão funda-se no fato de que dolo e culpa não integram a 'culpabilidade', mas fazem parte do próprio fato típico.

Nesse contexto, centradas na análise da conduta, um dos elementos do fato típico, surgiram diversas teorias, sendo as principais delas analisadas no presente estudo. Além das teorias causalista e finalista, as quais geralmente pautam os debates quanto à compreensão desse fragmento do Direito Penal, alguns outros posicionamentos merecem destaque, já que a doutrina apresenta algumas variações das teorias clássicas e tradicionais do delito, alternativas essas que melhor se adaptam, muitas vezes, à realidade atual.

Assim, imperiosa uma análise pormenorizada do que expõe as principais teorias que se propuseram a explicar o crime, especialmente no tocante ao dolo. Inegável que a evolução histórica da teoria do delito jamais cessou, ao passo que os estudiosos do Direito Penal sempre visam a contribuir para a sistematização da verificação do crime.

1.3.1 Teoria Causalista

Também chamada de naturalista, clássica, naturalística ou mecanicista, a teoria causalista da ação foi idealizada por Fran von Liszt, Ernst von Beling e Gustav Radbruch no início do século XIX, e fez parte de um panorama científico marcado pelas ideias positivistas e pela valorização exagerada do método empregado pelas ciências naturais; o mundo, para tanto, deveria ser explicado através da experimentação, jamais de abstrações (CUNHA, 2016, p. 178). Para o causalismo, conduta é o efeito da vontade e a causa do resultado, ligados por um nexo de causalidade (JESUS, 2013, p. 270).

Aníbal Bruno (1967, p. 296-299), esclarece as premissas sobre as quais se funda essa teoria nos seguintes termos:

A ação pode definir-se como um comportamento humano que produz uma modificação no mundo exterior. [...] Mas a vontade que constitui elemento do conceito é apenas aquela necessária para fazer do comportamento um ato próprio do agente, isto é, um acontecer que tem por impulso causal um processo interno volitivo e não simples ato reflexo. Não importa qual seja o conteúdo ou o alcance dessa vontade, sob o ponto de vista normativo. Se ela é eficaz para fazer o agente responsável, se é ilícita, se o agente tem consciência dessa ilicitude, esses já são problemas da culpabilidade. A sua vontade, insuficiente para fundamentar a culpabilidade, basta para constituir o elemento subjetivo da ação.

Sobre o tema, Fernando Capez (2012) aponta que a teoria causalista defende que o fato típico resulta da comparação entre a conduta realizada e a descrição legal do crime, desprezados aspectos subjetivos. Estes, para os causalistas, devem ser analisados na culpabilidade, o que leva, por via de consequência, à adoção da concepção tripartida do delito. Com efeito, a partir da teoria finalista, faz-se mais adequada, por conseguinte, a concepção bipartida do delito, uma vez que a culpabilidade não teria mais conteúdo relevante para a apreciação do conceito de

crime. Isso porque se passa a compreender a culpabilidade enquanto contexto que recaí sobre o sujeito e não sobre o fato.

O renomado e sempre atual Damásio de Jesus (2013), por sua vez, ressalta que para o causalismo os elementos da conduta – dolo ou culpa – devem ser analisados na culpabilidade, no que esta corrente se opõe diametralmente ao finalismo. Para os causalistas, aduz, a conduta é efeito da vontade, mas sem considerar seu conteúdo. Este deverá ser analisado na culpabilidade.

Magalhães Noronha, por sua vez, parte da perspectiva tripartida do delito. Defende que, se a ação jurídica só é criminosa se corresponder objetivamente ao que é descrito pelo tipo penal positivado, disso decorre que o crime é ofensa à ordem jurídica e sobre o autor deste incide forte juízo de reprovabilidade social; portanto, para Magalhães Noronha, crime é fato típico, ilícito e culpável (NORONHA, 2000).

E conclui pela adoção da teoria causalista em nosso ordenamento, materializado no Diploma Material Repressivo, em que pese reconhecer que a ação é atividade dirigida a um fim (NORONHA, 2000, p. 98-99):

Não se nega seja a ação finalista; ela é atividade dirigida a um fim. Entretanto dita teoria desloca apenas o problema: considera o fim no estudo da ação, tirando-o da culpabilidade e tornando vazio o dolo. Acreditamos não ser de seguir-se o ensinamento de Welzel: ele leva ao juízo valorativo da ação em momento não oportuno; na análise do elemento subjetivo do delito é que é seu lugar adequado.

Nos dizeres de Rogério Sanches Cunha (2016, p. 178-179), a teoria ora em liça visa a atender à exatidão das ciências naturais, percebendo a conduta como mero processo causal que não possui finalidade. É simples querer interno do agente, consubstanciado em movimento voluntário que produz modificação no mundo exterior. Prossegue consignando que para a teoria causalista, o conceito analítico de crime é necessariamente composto por três partes: fato típico, antijuridicidade e culpabilidade, sendo, portanto, tripartite.

Ocorre que, como se pode perceber, o causalismo desconsidera o fato de que toda e qualquer ação humana é dirigida a uma determinada finalidade. Outrossim, não explica adequadamente os crimes omissivos, formais e de mera conduta, assim como desconsidera os elementos subjetivos do tipo. Nesses casos, em que a própria descrição legal está vinculada à vontade do agente, o causalismo é insuficiente enquanto teoria sobre a conduta.

1.3.2 Teoria Finalista

Diante das inconsistências da teoria causalista, fez-se necessário ir além; compreender a conduta enquanto manifestação interna com um objetivo previamente determinado e, por isso, reprovável, uma vez que a simples compreensão do fato enquanto um “querer interno”, conforme ressaltado anteriormente, deixava de lado a análise da vontade do infrator.

Nesse contexto surge a teoria finalista. Para Sanches Cunha (2016, p. 182-183):

A Teoria Finalista ou final representa verdadeira evolução na análise da conduta e dos elementos do crime.
Criada por Hanz Welzel em meados do século XX (1930-1960), a teoria finalista concebe a conduta como comportamento humano voluntário psicologicamente dirigido a um fim. A finalidade, portanto, é a nota distintiva entre esta teoria e as que lhe antecedem. É ela que transformará a ação num ato de vontade com conteúdo, ao partir da premissa de que toda conduta é orientada por um querer. Supera-se, com esta noção, a 'cegueira' do causalismo, já que o finalismo é nitidamente 'vidente'

O finalismo, que tem em Hans Welzel o seu mais destacado criador, partidário e precursor, baseada nas concepções filosóficas de Richard Honigswald e Nikolai Hartmann, nada mais é do que uma reação contra as premissas equivocadas do causalismo e que repercute na análise da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade (JESUS, 2013, p. 273).

De acordo com Mirabete, o finalismo (que para a maioria dos penalistas foi adotado pelo Código Penal brasileiro) parte do pressuposto de que uma ação é sempre dirigida a um fim determinado previamente, e que tal finalidade define, por via de consequência, a intenção do agente. Logo, não haveria como analisar a conduta desprezando-se sua finalidade, já que aquela nada mais é do que a manifestação desta (MIRABETE, 2001).

O autor conclui pela indissociabilidade da vontade da própria tipicidade (MIRABETE, 2001, p.103):

Em suma, a vontade constitui elemento indispensável à ação típica de qualquer crime, sendo seu próprio cerne. Isso, entretanto, não tem o condão de deslocar para o âmbito da ação típica, igualmente, o exame do conteúdo de formação dessa vontade, estudo que há de se reservar à culpabilidade.
[...]

No crime doloso, a finalidade da conduta é a vontade de concretizar um fato ilícito. No crime culposo, o fim da conduta não está dirigido ao resultado lesivo, mas o agente é autor de fato típico por não ter empregado em seu comportamento os cuidados necessários para evitar o evento.

O finalismo compreende a ação humana como resultado de um fim pretendido, conforme frisa Damásio de Jesus (2013, p. 274), *in verbis*:

A ação é uma atividade final humana. Partindo disso, Welzel afirma que a ação humana é o exercício da atividade finalista. É, portanto, um acontecimento finalista, e não somente causal. A finalidade, diz ele, ou atividade finalista da ação, baseia-se em que o homem, consciente dos efeitos causais do acontecimento, pode prever as consequências de sua conduta, propondo, dessa forma, objetivos de distinta índole.

Ademais, a doutrina finalista se preocupa não só com o tipo doloso, mas também com o culposo, à medida em que exige do indivíduo o máximo de cuidado na realização de suas atividades, de modo que aja sempre imbuído da vontade final de não causar resultado lesivo (JESUS, 2013, p. 275).

Em sua (relevante) contribuição sobre o tema, Cezar Roberto Bitencourt (2015) filia-se ao finalismo, entendendo ser esta corrente a mais acertada para a correta compreensão do tema e a adotada por nosso ordenamento jurídico. A seu sentir, apenas a manifestação voluntária humana dirigida a um fim pode constituir um ilícito penal, sem deixar de lado a valoração normativa das ações com base em seu significado.

Ocorre que a teoria finalista, como se pode perceber, ignora por completo o desvalor do resultado da conduta, concentrando-se no desvalor da conduta em si. Do mesmo modo, não explica satisfatoriamente o crime culposo, haja vista não haver que se falar em conduta dirigida a um fim quando o resultado é involuntário.

Ademais, há quem defenda que a adoção da teoria finalista e a compreensão da intenção como processo psicológico interno sem qualquer tipo de questionamento ou desdobramento não é a mais acertada. Para tais autores, a análise da conduta deve ser feita tendo por base elementos minimamente tangíveis, reais, palpáveis, para que não se careça de legitimidade e credibilidade e sustentabilidade no plano prático (BUSATO, 2014).

Por isso, em que pese a doutrina pátria, majoritariamente, tenha aceitado a incorporação do finalismo em nosso ordenamento, há algumas outras teorias que se

propõe a explicar de outras formas o tema em questão, as quais se manifestaram em diferentes momentos da História.

1.3.3 Teoria Social

De acordo com a Teoria Social da ação, a conduta humana nada mais é do que um comportamento humano socialmente relevante que pode ser determinado ou dominado pela vontade. Em suma, para tal entendimento, o fato praticado só é tido como punível, para tal teoria, se houver reprovação e impacto social na conduta, sendo a ação causadora de um resultado típico socialmente relevante. Para os adeptos da teoria social, um fato considerado pela sociedade como justo e normal não pode, simultaneamente, produzir dano ou lesão a essa mesma sociedade, de modo que não pode ser criminalizado.

Neste diapasão, para Fernando Capez a teoria social da ação parte da premissa de que as ações humanas que não produzirem um dano socialmente relevante e estiverem ajustadas à vida societária não podem ser consideradas crimes, levando-se em consideração fatores culturais, históricos e sociológicos (2012, p. 151-152).

De acordo com Rogério Sanches Cunha (2016, p. 185):

A conduta, para a teoria social, é o comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim socialmente reprovável. A reprovabilidade social passa a integrar o conceito de conduta, na condição de elemento implícito do tipo penal (comportamentos aceitos socialmente não seriam típicos).

Dolo e culpa, para esta teoria, integram o fato típico, mas seriam novamente analisados quando do juízo da culpabilidade.

Os adeptos dessa teoria sustentam seu valor na capacidade que tem de adequar a realidade jurídica à realidade social, pois um fato não pode ser considerado tipicamente penal ao mesmo tempo em que a sociedade lhe é indiferente e o resultado de eventual conduta, conseqüentemente, não tem relevância social.

Nesse contexto, impende mencionar dois princípios caros ao Direito Penal: o da adequação social e o da insignificância. O primeiro, inegavelmente, é capaz de levar ao reconhecimento da atipicidade, se aliado a outros, na medida em que só considera apto a ensejar a atuação do aparato repressor em casos que afrontem o sentimento social de justiça. Isso porque o tipo penal deve pressupor uma atividade

seletiva, direcionada, apenas, aos comportamentos que vilipendiam o interesse público (CAPEZ, 2012, p. 35).

Já o princípio da insignificância ou bagatela, corolário do princípio da intervenção mínima e decorrente da fragmentariedade, defende que o Direito Penal não deve ser utilizado para tutelar condutas inofensivas (CUNHA, 2016, p. 71). Essas lesões inexpressivas, assim, seriam fatos atípicos. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 84.412-0, relatado pelo ministro Celso de Mello, estabeleceu quatro vetores à serem observados simultaneamente para que seja reconhecida a atipicidade da conduta ante à insignificância, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Em relação à teoria social da ação, menciona Mirabete (2001, p. 103-104)

A ação é a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. [...] Como o Direito Penal só comina pena às condutas socialmente danosas e como socialmente relevante é toda conduta que afeta a relação do indivíduo para com seu meio, sem relevância social não há relevância jurídico-penal. Só haverá fato típico, portanto, segundo a relevância social da ação.

Insiste o autor supracitado que tal teoria é passível de severas críticas, tendo em vista a dificuldade de se conceituar a aludida “relevância social da conduta”. Isso exigira, em seu entendimento, um juízo de valor, ético. Tratar-se-ia de um critério vago e impreciso que influiria nos limites da antijuridicidade, por conseguinte, indeterminaria a tipicidade (2001, p. 104).

Rogério Sanches Cunha vai no mesmo sentido, consignando ser temerário e causador de insegurança jurídica deixar a cargo do sentimento da sociedade e a critério do juiz, “aplicador da lei”, em um dado momento a tipicidade de uma conduta. Mais adequado, em tese e de acordo com o autor, que fique a cargo do legislador, no exercício de mandato outorgado pela sociedade, a eleição dos valores máximos a serem protegidos pelo ordenamento repressivo. Além disso, ressalta, o conceito de (ir)relevância social é demasiado amplo, podendo abarcar desde condutas humanas até fatos da natureza que causam abalo à vida rotineira (2016, p.185). Outrossim, como bem pontua Damásio de Jesus (2013, p. 273), essa teoria dá muita importância ao desvalor do resultado, em detrimento do desvalor da conduta.

Apesar das merecidas críticas, o viés social da conduta é de grande valia enquanto instrumental auxiliar na verificação do crime. Não há como, em um contexto de preservação das garantias individuais, reconhecer a incidência da norma penal incriminadora a partir de mero processo de subsunção formal do fato ao tipo, devendo a adequação social servir como princípio norteador dessa ação.

Nesse contexto, há quem defenda, com certa dose de razão, a existência de uma “teoria constitucional do Direito Penal”¹, que nada mais é do que o reconhecimento dos valores consagrados em nossa Carta Magna no Direito Penal. É dizer, a partir de uma interpretação da lei criminal conforme a Constituição Federal de 1988, não há como descolar os objetivos e fundamentos consagrados no extenso rol de garantias e direitos fundamentais da construção de um Direito Penal mais democrático.

Assim, não basta a valoração da conduta a partir do Código Penal, há que se ter como pano de fundo os valores constitucionais e o princípio da dignidade humana. Havendo qualquer violação a este postulado, há flagrante inconstitucionalidade na norma ou mesmo na sua interpretação.

1.3.4 Teorias Funcionalistas

Há quem advogue, desde meados do século XX, inclusive, em favor de teorias funcionalistas no Direito Penal. De acordo com Carlos Miguel Villar de Souza Júnior, tais teorias surgiram a partir de severas críticas ao finalismo, no final da década de 1960 (SOUZA JÚNIOR, 2011). Tais críticas, segundo o autor, levaram a uma guinada epistemológica focada no “dever ser”, tão cara ao próprio neokantismo, para solucionar os problemas na seara penal, ou seja, um sistema valorativo da ação.

Souza Júnior (2011) define o funcionalismo penal como uma tentativa de aproximação dos valores positivados com aqueles praticados no meio social, sem olvidar-se da sistematização clássica do delito. Em suma, tal corrente busca a associação da dogmática penal com os valores que compõe a vida em sociedade.

A partir de tal análise, com efeito, o autor assevera que a adoção, em nosso ordenamento, da concepção funcionalista representaria flagrante e necessário avanço

¹ Para Fernando Capez (2012, p. 156) a teoria constitucional do Direito Penal é uma evolução em relação às anteriores e permite ao Poder Judiciário exercer controle sobre o que o legislador diz ser crime. Nesta senda, prossegue, a atividade jurisdicional passa a assumir um protagonismo na aplicação da norma penal e não mera coadjuvância burocrática.

em relação ao finalismo de Welzel revigorando os métodos de interpretação e emprestando-lhes maior rigor científico (SOUZA JÚNIOR, 2011).

Em verdade, as teorias funcionais do Direito Penal vão além da compreensão da conduta, propondo-se a explicar o Direito a partir de suas funções. Dessa forma e a partir daí, seria possível abrir o Direito à realidade, levando em consideração questões de política criminal e comportamentos sociais.

Capez (2012, p. 157-158) ressalta que para a primeira corrente funcionalista, liderada por Claus Roxin,

[...] a função maior do Direito Penal é proteger a sociedade, de modo que todas as soluções dogmáticas incompatíveis com tal escopo devem ser afastadas, mantendo-se apenas as de ordem político criminal. A finalidade reitora é extraída do contexto social e visa a propiciar a melhor forma de convivência entre os indivíduos. [...] A conduta passa a ser uma categoria pré-jurídica (lógico-objetiva), que não pode ser entendida apenas como fenômeno causal ou finalista, mas inserida dentro de um contexto social, ordenado pelo Estado por meio de estratégias de políticas criminais.

Para a segunda corrente, prossegue o autor (2012, p. 159), a partir do pensamento de Jakobs

[...] a função da norma é a reafirmação da autoridade do direito. É a sua aplicação constante e rotineira que lembra à sociedade os padrões de comportamento tidos por normais e os considerados indesejáveis. [...] A política criminal é traçada a partir das conveniências do sistema. O que realmente importa é que as normas penais ordenem e regulem o funcionamento do corpo social, devendo o Estado extrair, a partir desta necessidade, os valores a serem traduzidos em tipos penais incriminadores.

Ainda mais esclarecedora, sobre o tema, é a obra de Rogério Sanches Cunha. O penalista assim distingue ambas as correntes funcionalistas (2016, p. 187):

O funcionalismo teleológico ou moderado propõe que se entenda a conduta como comportamento humano voluntário, causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Estruturalmente, ensina Claus Roxin que o crime é composto também de três substratos, sendo eles: fato típico, antijuridicidade e responsabilidade. A culpabilidade, portanto, deixa de integrar (diretamente) o crime, figurando, sob a ótica do autor, como limite funcional da pena (culpabilidade funcional). [...]

Com efeito, para Jakobs, o Direito Penal está determinado pela função que cumpre no sistema social, e inclusive o próprio Direito Penal é um sistema autônomo, autorreferente, e autopoietico, dentro do sistema mais amplo da sociedade. Tem suas regras próprias e a elas se submete.

O funcionalismo sistêmico, portanto, repousa sua preocupação na higidez das normas estabelecidas para a regulação das relações sociais. Assim, havendo frustração da norma pela conduta do agente, impõe-se a sanção

penal, uma vez que a missão do direito penal é assegurar a vigência do sistema.

É de se dizer que, ainda que essa teoria seja interessante sob a ótica da adequação social da conduta, até certo ponto, as premissas sobre as quais se funda o funcionalismo sistêmico (de Jakobs) deram ensejo à exumação da teoria do Direito Penal do Inimigo, ou seja, a construção de um sistema próprio para o tratamento do indivíduo considerado que não se encaixa nos parâmetros pré-determinados do sistema social. O inimigo, em outras palavras, seria aquele indivíduo dedicado a determinados crimes deveras repugnados e reprovados pela coletividade. Por isso, a ele, de acordo com o Direito Penal do Inimigo (de gênese fundamentalmente funcionalista) não se deve garantir o status de cidadão, e deve haver punição específica e severa, visando à manutenção do sistema (CUNHA, 2016, p. 188).

Neste prisma, percebe-se que há propostas de alternativas à teoria finalista – tanto do sentido de complementá-la quanto no sentido de substituí-la. O propulsor da proposta funcionalista é o foco no “ser” ao invés do “dever ser”, conforme ressaltado alhures. Este é um dos vieses pelos quais há, de acordo com a doutrina, fragilidades na teoria finalista da ação, por muitos adotada sem hesitações pelo ornamento jurídico pátrio.

2 O DOLO NA TEORIA FINALISTA

É cediço e notório que, para quase que a unanimidade da doutrina especializada e atual, a teoria finalista do delito foi adotada por nosso ordenamento. Por conseguinte, parte-se sempre do pressuposto de que toda a ação humana é dirigida a um determinado fim, previamente estabelecido, quisto ou admitido. Não há crime sem ação, por óbvio, portanto. Mas a respeito do conteúdo dessa ação é que surge expressiva dissonância entre os penalistas, pois dependendo do sentido que se dê à palavra ação, modifica-se o conceito do delito (MIRABETE, 2001, p. 102).

Nesse diapasão, Mirabete destaca as diferenças substanciais entre o causalismo e o finalismo. Ressalta que o finalismo compreende a ação com base em sua finalidade, ao passo que o causalismo considera a ação a manifestação da vontade pura, sem seu conteúdo finalístico, o qual deve ser apreciado em momento posterior, qual seja, na análise da culpabilidade – levando, por conseguinte, à adoção à concepção tripartida do delito.

De acordo com o autor, o finalismo parte do pressuposto de que uma ação é sempre dirigida a um fim determinado previamente, e que tal finalidade define, por via de consequência, a intenção do agente (MIRABETE, 2001). Logo, não há como analisar a conduta desprezando-se sua finalidade, já que aquela nada mais é do que a manifestação desta.

No Brasil, o Finalismo chegou à década de 1970 e inspirou a redação de alguns dos dispositivos da Reforma da Parte Geral do Código Penal, ocorrida em 1984. Conforme já ressaltado, essa corrente baseou-se nos estudos de Welzel, para quem a ação humana é o exercício de uma atividade final. Um acontecer final e não somente causal (1997, p. 39). No finalismo, para que ocorra um crime, é imprescindível que haja uma conduta humana dirigida à realização de uma conduta prevista no tipo penal. Assim, só há fato típico se verificados concomitantemente uma **conduta humana**, um resultado, nexos de causalidade entre conduta e resultado, enquadramento do fato material e norma reguladora, em consonância com o princípio da legalidade.

Capez (2012, p. 146) assevera, na mesma linha, que a partir da adoção irrestrita do finalismo, admitiu-se a finalidade, como elemento inseparável da ação ou omissão, de modo que examiná-la é indispensável para que se conclua se um fato é típico ou não. Insiste, demonstrando que não há, por conseguinte, conduta típica sem vontade e finalidade, de modo que o dolo ou a culpa são elementos intrínsecos ao

tipo.

Outrossim, oportuna a lição de Mirabete (2001, p. 102-103):

Para a teoria finalista da ação (ou da ação finalista), como todo o comportamento do homem tem uma finalidade, a conduta é uma atividade final humana, e não um comportamento simplesmente causal. Como ela é um fazer (ou não fazer) voluntário, implica necessariamente uma finalidade. Não se concebe vontade do nada ou para o nada, e sim dirigida a um fim. A conduta realiza-se mediante a manifestação da vontade dirigida a um fim. O conteúdo da vontade está na ação, é a vontade dirigida a um fim, e integra a própria conduta e assim deve ser apreciada juridicamente.

Assim, consoante frisa Sanches Cunha (2016, p. 193), o artigo 18, I, do Código Penal, como é sabido, anuncia ser doloso o crime quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, de modo que o dolo pode ser conceituado como a vontade consciente dirigida a realizar determinada conduta típica.

Feita essa breve digressão, estabelecidos os marcos sobre os quais se ampara o finalismo de Welzel, imperioso analisar a partir de julgados relacionados a compreensão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da adoção da teoria finalista pelo ordenamento pátrio. Assim, verificar-se-ão os limites e possibilidades da referida corrente de pensamento, bem como os efetivos referenciais utilizados pelos tribunais para aferir e valorar a conduta dos agentes em tipos dolosos, de modo a vislumbrar, ou não, a formação de uma pragmática jurídico-penal.

2.1 A COMPREENSÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL E DAS CORTES DE VÉRTICE

Para fins de estudo, imprescindível aferir de que maneira os tribunais da Federação interpretam a análise da conduta, se dolosa ou culposa, nos tipos penais. Com efeito, a adoção do finalismo trouxe como consequência o paradigma de que a ação deve ser analisada enquanto movimento humano dirigido a um fim mentalmente estabelecido ou aceito – e, quiçá, não poderia ser diferente. É nos parâmetros para essa aferição que reside a inquietude.

Exemplificativamente, percebe-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ainda que indiretamente, aborda a temática aqui trabalhada.

No julgamento da Apelação Criminal nº 70063592869² em 17 de dezembro de 2015, o desembargador relator Rogério Gesta Leal ressaltou que o Brasil adota, majoritariamente, a "teoria finalista tripartida" do delito, de modo que a conduta necessária à caracterização do tipo doloso é "voluntária, consciente e dirigida finalisticamente à produção do resultado". Percebe-se, aqui, que embora o julgador conceba aplicável a teoria finalista, não abre mão da concepção tripartida do delito – ao contrário do que se verifica na doutrina especializada, onde aqueles que se filiam ao finalismo adotam o conceito bipartido de delito (crime como fato típico e ilícito), estando o dolo (ou a culpa) ligado à própria tipicidade.

No mesmo diapasão, o ilustre Desembargador da mesma Corte, Marco Aurélio Canosa, em 29 de maio de 2008, quando do julgamento da Apelação Criminal nº 70008755480 fez análise dos tipos culposos, nos quais, pela doutrina de Welzel, é de ser levada em conta a previsibilidade objetiva do resultado. O referido julgado assim restou ementado:

APELAÇÕES DEFENSIVAS. ART. 121, § 3, DO CÓDIGO PENAL. - Embora uma vertente da prova de conta que o equipamento (extensão) não se encontrava em boas condições e que era costume dos empregados efetuarem a troca de lâmpadas, há prova em sentido contrário. Não podemos desconsiderar que, em relação ao equipamento (extensão), há, inclusive, prova pericial. Temos, assim, que não restou comprovado extreme de dúvida, como era necessário para ensejar o édito condenatório, que o equipamento

² Segue a ementa do julgado em questão: APELAÇÃO-CRIME. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR (ART. 298, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). FALSIDADE DE ASSINATURA EM PROCURAÇÃO JUDICIAL. CONDUTA INDIFFERENTE À PRODUÇÃO DE QUALQUER RESULTADO, MATERIAL OU JURÍDICO. ATIPICIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE SIGNIFICATIVA LESÃO OU AMEAÇA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PREJUÍZO. PRINCÍPIOS. EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS. INTERVENÇÃO MÍNIMA. SUBSIDIARIEDADE. FRAGMENTARIEDADE. ABSOLVIÇÃO. I - Sequer era necessária a juntada da procuração falsificada, nos termos do enunciado nº. 77, do FONAJE, pois o nome do advogado constou do termo de audiência, de modo que a conduta dos réus foi de um todo indiferente e ineficaz a produzir prejuízo à fé pública, os jurisdicionados ou a Justiça. II - O Direito Penal moderno está pautado pelo princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, tutelados direta ou indiretamente pela ordem constitucional, e deve incidir somente quando estes bens jurídicos mais essenciais à vida em sociedade sofrerem significativa lesão ou ameaça de lesão. A interpretação da norma penal, com base neste princípio, transforma a lesividade, ou ofensividade, em necessidade premente à caracterização da tipicidade material, inspirando os princípios da intervenção mínima, subsidiariedade, e da fragmentariedade, seus corolários lógicos. A intervenção penal, última etapa de proteção do bem jurídico, é instrumento estatal que deve ser utilizado somente quando se constituir em meio adequado, suficiente e, especialmente, indispensável. III - Para a teoria finalista tripartida, adotada majoritariamente no Brasil, a conduta necessária à caracterização do fato típico doloso é aquela voluntária, consciente e dirigida finalisticamente à produção do resultado, seja ele natural ou jurídico. Clarividente está, no caso dos autos, que a conduta dos réus visou apenas evitar prejuízo a um jurisdicionado. Não houve dolo de enganar a Justiça ou diminuir a fé que a sociedade como um todo tem nos documentos públicos ou particulares. APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA E APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70063592869, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 17/12/2015)

fosse inadequado ou que não estivesse em bom estado (em situação precária, sem a devida manutenção), nem que havia determinação para que a vítima retirasse a lâmpada da extensão ou efetuasse sua manutenção. - **Além disso, não podemos olvidar que o um dos elementos do tipo culposo é a previsibilidade objetiva, conforme ressaltou, quando do julgamento do Resp 40180/MG, o eminente Ministro ADEMAR MACIEL. Do douto voto, retiramos a seguinte passagem: "Hoje, pela doutrina de WELZEL (Das deutsche Strafrecht) a denominada "teoria finalista da ação", adotada por nosso CP, a culpa integra o tipo. E um dos elementos do tipo culposo é exatamente a previsibilidade objetiva que não corresponde ao cuidado requerido ou devido. Para que o recorrido tivesse praticado uma ação típica, o acontecimento ilícito deveria estar na esfera de previsibilidade." - Assim, no caso 'sub judice', não demonstrado que o equipamento fornecido era inadequado (extensão) ou não estivesse em bom estado, mesmo que viéssemos a reconhecer que era comum "... os empregados trocarem as lâmpadas queimadas", não podemos desconsiderar que a troca de uma lâmpada de uso geral, afixada em uma extensão, é atividade comum e que, em tais casos, o resultado morte está fora da previsibilidade normal dos homens.** - A vítima, no caso em exame, quebrou o dever objetivo de cuidado, pois se desejava trocar a lâmpada (lâmpada queimada) ou retirá-la, agiu com imprudência, visto que não solicitou fosse desligado o disjuntor referente ao circuito da lâmpada ou a flecha da tomada, bem como retirou as luvas, tocando ainda na parte metálica do bocal ou na rosca. - Devemos lembrar, neste passo, que "Associada à teoria da imputação objetiva," - conforme deixou assentado o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (HC 46525/MT; Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data do Julgamento: 21/03/2006) - "sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança ...". Magistério de EDILSON MOUGENOT BONFIM e FERNANDO CAPEZ. - Cumpre lembrar, por fim, que " (...) NÃO HÁ CRIME SEM RELAÇÃO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA E O RESULTADO. URGE, ENTRETANTO, NÃO FICAR RESTRITO AO VÍNCULO MATERIAL. CASO CONTRÁRIO, CONSAGRAR-SE-Á A RESPONSABILIDADE OBJETIVA, CONSTITUCIONALMENTE REPELIDA. URGE, ADEMAIS, DISTINGUIR, PREVISÃO, OU PREVISIBILIDADE DO RESULTADO EM TESE, DO RESULTADO CONCRETO. AO DIREITO PENAL DA CULPA SÓ INTERESSA O SEGUNDO." (trecho da ementa do Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO; Órgão Julgador: SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Data do Julgamento: 19/11/1996). APELAÇÕES PROVIDAS. DECISÃO UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70008755480, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 29/05/2008) (grifo nosso)

Outra questão frequentemente abordada pela corte gaúcha, no que se refere à teoria do delito, é a suposta ausência de tipicidade da conduta, em determinados tipos, ante à não constatação de dolo específico.

Nesse contexto, por oportuno, necessário diferenciar, em apertada síntese, o dolo geral (ou genérico) do dolo específico. Para Nucci (2016, p. 189), o dolo geral é, basicamente, a intenção de realizar a conduta descrita no núcleo do tipo penal, sem qualquer finalidade peculiar. Já o dolo específico é a intenção acrescida de finalidade especial. Com efeito, há que se destacar que no caso dos delitos contra a honra, por exemplo, a intenção de denegrir a imagem de outrem é inerente aos verbos dos tipos

penais incriminadores da conduta do autor. Desse modo, a intenção é, inclusive, implícita. Em outros tipos, ao revés, como é o caso do furto, o dolo específico é explícito e se encontra subsequente ao próprio verbo núcleo do tipo penal, por meio de expressões como “com a intenção de”, “a fim de”.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não raro, traz à baila a chamada teoria da ausência de dolo; ou seja, ausente o dolo, ausente a tipicidade, tendo por base concepção finalista.

Quando do julgamento da Apelação Criminal nº 70029062676, em 25 de abril de 2013, o Desembargador Marco Canosa, já referido, ao decidir sobre a controvertida questão da intenção do crime de porte ilegal de armas, sustentou que, havendo consciência e vontade, bem com possibilidade de conhecimento do ilícito, é de se constatar o dolo na conduta. Desse modo, a análise casuística levou à conclusão de que se houver previsão, na letra da lei, da indispensabilidade de alguma finalidade específica, o fato nela se enquadrará somente se o autor tiver esse fim em mente, ou seja, dolo específico. Porém, em não havendo exigência específica de finalidade, no caso da lei nº 10.826/03, basta a consciência e a vontade de praticar os verbos nucleares previstos em lei – ou seja, dolo genérico.

Segue a ementa do acórdão em questão:

APELAÇÕES. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. INCONFORMIDADE MINISTERIAL E DEFENSIVA. [...] Devemos lembrar, inicialmente, conforme deixou assentado a colenda Primeira Câmara Criminal desta Corte, quando do exame, em 31/03/2010, da Apelação Crime Nº 70033408469, relator o eminente Desembargador José Antônio Hirt Preiss, que "O Estatuto do Desarmamento tem como objeto de proteção a incolumidade pública e a segurança coletiva; e os delitos nele tipificados são crimes de perigo abstrato e de mera conduta. **O crime de porte ilegal de arma de fogo não exige lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico de pessoa determinada. A lei pune, tão somente, o ato de portar arma de fogo sem autorização legal ou regulamentar, pouco importando a finalidade da conduta.**". Não é outro entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. - Na espécie, foi constatado que o revólver "... apresenta condições de uso e funcionamento" (LAUDO PERICIAL Nº DF - 19780-2004). O porte/transporte de arma ou munição, sem autorização, trata-se de conduta típica não abarcada pela vacatio legis. Precedentes dos Tribunais Superiores. - Por outro lado, informou Fabiano: "Acha que a arma estava municada.". Mesmo que assim não fosse, não se pode falar em atipicidade da conduta sob alegação que o revólver estava desmunicado. Precedentes dos Tribunais Superiores. - Por outro lado, a o pedido de absolvição fundado no motivo que o acusado não tinha "nenhuma intenção de manuseá-la" (a arma), n passagem. - **A ausência de dolo é causa excludente da tipicidade, para aqueles que seguem a concepção finalista da culpabilidade ("O dolo e a culpa em sentido estrito passam a integrar o tipo, e a consciência de ilicitude deixa de vez o dolo, compondo a culpabilidade", conforme explicitam os Drs. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de**

Souza Nucci e Sergio Mendonça de Alvarenga, atualizadores da obra de José Frederico Marques - em nota ao Tratado de Direito Penal, vol. ii, pág. 178), ou causa excludente de culpabilidade, na linha do Professor Frederico Marques. A teoria da ausência de dolo, como informa o professor Damásio E. De Jesus, surgiu, entre outras, como "teoria excludente da antiga imputatio facti", objetivando afastar "a responsabilidade das pessoas envolvidas no regressus ad infinitum", ou seja, procurando, em suma, resolver a questão do nexo causal. - Na espécie, pelas próprias palavras do acusado (sabia " que ter arma sem documentos é irregular"), não tem passagem a tese alegada (ausência de dolo). Não há dúvida, no caso sub judice, que o réu tinha consciência e vontade (dolo - elemento do fato típico), bem com possibilidade de conhecimento do ilícito - potencial consciência da antijuridicidade ou ilicitude (elemento da culpabilidade). Lições de Edilson Mougnot Bonfim e Fernando Capez - Oportuno registrar que o tipo penal (art. 14, caput, da Lei n. 10.826/03) é normal. Não se trata de tipo anormal, que exige um elemento subjetivo adicional (finalidade especial). Magistério de Guilherme de Souza Nucci. - Não há no "tipo alguma finalidade especial". Edilson Mougnot Bonfim e Fernando Capez. Precedente desta Corte. - Por fim, não tem melhor sorte a combativa Defesa quando alega a presença de uma causa de exclusão da culpabilidade, ou seja, a inexigibilidade de conduta diversa ("Estado de Necessidade Exculpante" - que estava prevista no Código Penal de 1969, o qual adotaria a teoria diferenciadora), pois esta também exigia a situação de "perigo certo e atual". Magistério de Heleno Cláudio Fragoso. Precedentes da Corte. - Além disso, em relação as "Causas supralegais de exclusão da exigibilidade de conduta diversa", devemos ter em conta as lições de Edilson Mougnot Bonfim e Fernando Capez. - No caso sub judice, o fato ocorreu quando o acusado transportava/portava arma de fogo, retornando de uma pescaria. Não restou demonstrando, assim, como lhe cumpria, que as circunstâncias, no caso concreto, apresentavam-se significativamente anormais. Precedentes da Corte. - Inafastável, portanto, a condenação. - A prova produzida, conforme acima examinado, também está a autorizar a condenação do réu Sérgio como incurso nas sanções do artigo 14, caput, da Lei 10.826/2003. - Na espécie, foi constatado que a espingarda "... apresenta condições normais de uso e funcionamento" (LAUDO PERICIAL Nº DF - 199221/2004) O porte/transporte de arma ou munição, sem autorização, trata-se de conduta típica não abarcada pela vacatio legis. Não se pode falar, também, em atipicidade da conduta sob alegação que o artefato estava desmuniado e desmontado, tudo conforme precedentes anteriormente colacionados. - A absolvição fundada na alegação (defesa pessoal) de que "Quando saiam para pescar o depoente costumava levar a espingarda para defesa, em virtude de assaltos" não merece acolhimento. A tese sustentada pelo apelante (porte de arma, em desacordo com a determinação legal e sem autorização, para fim de defesa pessoal) não encontra abrigo no entendimento desta Corte. [...] APELAÇÃO MINISTERIAL: PROVIDA. APELAÇÃO DEFENSIVA DE FABIANO: DESPROVIDA. DE OFÍCIO, DECLARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE DOS ACUSADOS. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE. (Apelação Crime Nº 70029062676, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 25/04/2013) (grifo nosso)

Em sentido similar, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 22.914, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em 04 de novembro de 2008, o Ministro Relator Jorge Mussi ressaltou ser o dolo, de acordo com a teoria finalista, "elemento subjetivo do tipo e essencial ao prosseguimento da imputação criminal". Na

ocasião, a referida Corte Superior absolveu indivíduo acusado de cometer o delito de apropriação indébita por ausência de dolo específico. Outrossim, em voto proferido em julgamento do Habeas Corpus Nº 245.806, em 20 de junho de 2013, o Ministro Marco Aurélio Bellizze asseverou que “o elemento subjetivo geral do crime de calúnia é o dolo de dano³, que é constituído pela vontade consciente de caluniar a vítima imputando-lhe a prática de fato definido como crime de que o sabe inocente”, acrescentando que, ausente esse dolo, atípico é o fato⁴.

Certo é que, em virtude do estreito número de vias recursais, atualmente, para que se chegue aos tribunais de vértice, bem como à (oportuna) vedação ao reexame de provas em sede de Recurso Especial e Recurso Extraordinário, torna-se relativamente escasso o substrato jurisprudencial acerca da problemática do dolo na teoria do delito. Ora, questão analisada tão subjetivamente, levando em conta particularidades caso a caso, não pode ser dirimida sem que se debruce sobre a prova. Mesmo assim, é possível perceber, em alguns julgados, tendências a serem seguidas pelas cortes no tocante aos parâmetros a serem observados em tais casos.

Interessante destacar que a Teoria Constitucionalista, mencionada alhures, é significativamente considerada em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça. Em decisão monocrática proferida no Recurso Especial nº 1.301.199, em 23 de fevereiro de 2015, o Ministro Rogério Schietti Cruz, ao sustentar a inexistência de materialidade delitiva ante a não verificação de elemento subjetivo, expôs, em brevíssima síntese, diferentes prismas da teoria do delito, de modo a comprovar que, em nenhum deles, a hipótese dos autos configuraria crime.

Veja-se, então, trecho do voto do ilustre Ministro:

Ora, no caso em tela, inexistente a materialidade do crime, sob o ângulo da tipicidade, em seu aspecto subjetivo, ou seja, ausência de dolo que pela

³ De acordo com Sanches Cunha (2016, p. 166) verifica-se o **dolo de dano** quando há a intenção de lesionar, efetivamente, o bem jurídico penalmente tutelado, enquanto que o **dolo de perigo** consiste na intenção de meramente expor a risco esse bem jurídico.

⁴ Segue a ementa: HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME DE DIFAMAÇÃO À PROMOTOR DE JUSTIÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. AFERIÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. [...] **Para a caracterização dos crimes contra a honra é necessária a existência do elemento subjetivo especial, qual seja, a vontade livre e consciente de caluniar, difamar ou injuriar, conforme o caso.** [...] (HC 245.806/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013) (grifo nosso)

teoria finalista ou até mesmo pela moderna teoria constitucionalista do delito, se insere na tipicidade. [...] Teorias causalista, finalista e constitucionalista do delito: O juízo de tipicidade, nos sistemas da Teoria Causalista e da Teoria Finalista, era meramente formalista. Tipicidade penal era igual a tipicidade formal-objetiva (ou tipicidade legal – adequação da conduta à letra da lei). No sistema da Teoria Constitucionalista a tipicidade penal exige além da subsunção formal da conduta (tipicidade formal-objetiva), a efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido (tipicidade material), a criação ou incremento de um risco proibido relevante assim como a imputação objetiva desse resultado (tipicidade normativa). Logo, impõe-se a presença da tipicidade legal ou formal-objetiva + tipicidade normativa + tipicidade material. Nos crimes dolosos, ainda se exige a imputação subjetiva. Em outras palavras: tipicidade penal = tipicidade formal-objetiva + tipicidade normativa + tipicidade material + imputação subjetiva (nos crimes dolosos). Inexistência de dolo ou culpa: Teoria Causalista: conduz à falta de culpabilidade (elimina-se a culpabilidade); Teoria Finalista: conduz à atipicidade da conduta (fato atípico); Teoria Constitucionalista: inexistência de dolo conduz à atipicidade do fato por falta do requisito da imputação subjetiva (sendo certo que inexistente responsabilidade objetiva em Direito penal); inexistência de culpa: leva à atipicidade do fato por falta do requisito da imputação objetiva.

Nesta mesma senda, o Ministro Jorge Mussi, em decisão monocrática proferida no Recurso Especial nº 1.306.621, em 21 de junho de 2012, ao deliberar acerca da verificação do dolo no crime de “moeda falsa” (art. 289, § 1º, do Código Penal), o fez tendo como base os valores primados pela Teoria Constitucionalista do Delito, senão vejamos:

Com efeito, de acordo com a Teoria Constitucionalista do Delito, em observância ao princípio da lesividade ou da ofensividade, para ser típica e ser punida pelo Estado, uma conduta deve ser jurídica e penalmente relevante, não bastando a sua subsunção à descrição normativa ou meramente formal do fato típico, exigida pela Teoria Causalista ou Naturalista da Ação, e nem tão-somente o aspecto subjetivo, ou intenção do agente na realização da conduta típica (dolo ou culpa), acrescentada à primeira pela Teoria Finalista da Ação. **A Teoria Constitucionalista do Delito é uma evolução das teorias anteriormente existentes que buscavam definir o que é fato típico para o Direito Penal e permite ao Judiciário exercer maior controle sobre o que o Legislativo diz ser crime, interpretando e adequando a aplicação dos fatos legalmente definidos como crime aos casos em que realmente há necessidade de tutela penal estatal, baseada especialmente no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), e assim alcançar a função ético-social do Direito Penal, que é proteger valores realmente fundamentais para o convívio do homem em sociedade e, dessa forma, alcançar a paz social.** (grifo nosso)

Mesmo assim, como já sustentado, a Teoria Constitucionalista não obsta à adoção de vários parâmetros de avaliação, desde que respeitadas os princípios e valores constitucionais, tais como a dignidade humana e a função social do Direito Penal. Ademais, nesse contexto, há que se atentar para a consonância com o princípio

da fragmentariedade, corolário da intervenção mínima, para o qual nem todas as lesões a bens jurídicos devem ser tuteladas pelo Direito Penal, e sim aquelas efetivamente relevantes, ou seja, ofensas realmente graves (NUCCI, 2016, p. 28).

Dessa forma, não há empecilho à combinação dessa teoria a outras que expliquem de maneira mais contundente e pragmática a teoria do crime. Isso se confirma inclusive pela análise de julgados do mesmo Superior Tribunal de Justiça.

O próprio Ministro Jorge Mussi, em decisão monocrática no Recurso Especial nº 1.312.874, em 18 de junho de 2012, apesar de deixar consignada a impossibilidade de se esmiuçar a problemática do dolo sem reanalisar material fático-probatório, o que viria de encontro ao Enunciado da Súmula nº 07 da Corte Superior⁵, demonstrou que, como é sabido, a teoria finalista interpreta o dolo como conhecimento e vontade de realização, ou assunção de risco. Embora não explicita que o agir doloso nada mais é do que a adoção de um compromisso com o agir ilícito, consigna que a intenção se extrai das circunstâncias de fato, construídas pela prova produzida.

Desse modo, seu entendimento nesse caso se aproxima da concepção significativa da ação, complementar à finalista, à qual se filiam, dentre outros, Vives Antón e Paulo César Busato (BUSATO, 2015). Segue trecho da decisão do Ministro no aresto referido:

Tem-se, então, que o dolo é o conhecimento e a vontade de realização de um tipo penal ou a assunção do risco da sua realização. Em outras palavras, é a atitude subjetiva de decidir -se pela execução de uma ação lesiva a um bem jurídico, seja de forma direta ou indiretamente. Assim, diante do conjunto probatório acostado aos autos, pode-se deduzir que o acusado agiu dolosamente, se não na forma direta, pelo menos na modalidade eventual, eis que ficou demonstrado que tinha ciência da origem ilícita do veículo que tinha em seu poder, eis que sequer possuía documentação da motocicleta apreendida em seu poder. Ademais, no crime de receptação, a prova do dolo do agente se faz, sobretudo, por meio das circunstâncias fáticas.

No Supremo Tribunal Federal, a escassez de decisões referentes ao tema é ainda maior. Em razão da necessidade de repercussão geral dos casos a serem analisados, a discussão sobre o dolo naquela corte, na atualidade, acaba cingindo-se

⁵ “Logo, conclusão em sentido contrário quanto à ausência de dolo na perpetração da conduta delitiva a si imputa a fim de se afirmar que o agente não tinha conhecimento quanto à origem ilícita do bem, mas que apenas teria agido culposamente na aquisição da res furtiva, não cabe a este Superior Tribunal de Justiça, eis que, para tanto, seria necessário o revolvimento do material fático/probatório dos autos, inviável na sede do recurso especial - Súmula n.º 7/STJ.” (REsp. n.º 1.312.874/DF, Rel. Min. JORGE MUSSI, Decisão Monocrática, julgado em 13/06/2012 e Dje 18/06/2012).

à divergência entre culpa consciente e dolo eventual, a partir da qual as teses, então, desenvolvem-se.

Oportuno distinguir a culpa consciente do dolo eventual, um dos pontos mais problemáticos do Direito Penal moderno, em brevíssima síntese. De acordo com Pierangeli (2013, p. 60) há dolo eventual quando o agente demonstra um querer diferenciado, que prevê o resultado danoso como uma possível consequência de sua conduta e, apesar disso, continua agindo, anuindo com essa possibilidade. É dizer, há aceitação da possibilidade, e não necessariamente do resultado, conforme insiste o renomado doutrinador. De outra banda, conforme leciona Paulo Queiroz (2012, p. 245), age com culpa consciente aquele que, também, prevê a possibilidade do resultado ilícito, mas orienta sua conduta a uma finalidade lícita, ou seja, age visando a evitar esse resultado.

A título de exemplo e para fins de análise, traz-se à baila o voto proferido pela Eminente Ministra Ellen Gracie, relatora da decisão da Segunda turma do STF no Habeas Corpus nº 97.252-7, publicada em 23 de junho de 2009.

Segue a ementa do julgado em testilha:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL. ATROPELAMENTO. DOLO EVENTUAL. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. EXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A questão de direito, objeto de controvérsia neste writ, consiste na configuração do dolo eventual ou da culpa na conduta do paciente no atropelamento que gerou a morte de quatro vítimas e causou lesões corporais em uma quinta. 2. **O dolo eventual compreende a hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (assume o risco da produção do resultado, na redação do art. 18, I, in fine, do CP).** 3. **Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente.** 4. Como se sabe, para a decisão de pronúncia basta um juízo de probabilidade em relação à autoria delitiva. Nessa fase, não deve o Juiz revelar um convencimento absoluto quanto à autoria, pois a competência para julgamento dos crimes contra a vida é do Tribunal do Júri. 5. Na presente hipótese, depreende-se da decisão de pronúncia, a existência de indícios suficientes de autoria em relação aos crimes dolosos de homicídio e lesão corporal, visto que diversas testemunhas afirmaram que o paciente dirigia seu veículo em alta velocidade e, após o atropelamento, aparentava estar alcoolizado. 6. No caso em tela, de acordo com o que consta da denúncia, o paciente aceitou o risco de produzir o resultado típico no momento em que resolveu dirigir seu automóvel em velocidade excessiva, sob o efeito de bebida alcoólica e substância entorpecente. 7. De outro giro, verificar se o paciente agiu, ou não, com dolo eventual no caso concreto, importa, necessariamente, em aprofundado exame de matéria fático-probatória, inadmissível na estreita via do habeas corpus. 8. Com efeito, conforme já decidiu esta Suprema Corte "sem exame aprofundado de provas, inadmissível em habeas corpus, não se pode concluir

pela caracterização, ou não do dolo eventual" (HC 67.342/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 31.03.1989). 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (HC 97252, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-167 DIVULG 03-09-2009 PUBLIC 04-09-2009 EMENT VOL-02372-03 PP-00520) (grifo nosso)

O que se percebe é que na mesma trilha da decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.312.874, percebe-se que há a percepção de que o dolo não se extrai necessariamente “da mente do agente”, e sim das circunstâncias do evento.

Na ocasião, a Ministra asseverou que, no Direito Penal contemporâneo, o dolo representa a **consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo**. Vai adiante, mencionando que para a configuração do injusto doloso devem estar presentes tanto o elemento cognitivo – consciência atual da realização dos elementos objetivos do crime –, quanto o elemento volitivo, que seria a vontade incondicionada de realizar esses elementos. Ainda, menciona que além do dolo direto, nosso ordenamento admite a figura do dolo eventual, a partir da assunção do risco de produção do resultado. Em seu entendimento, “das várias teorias que buscam justificar o dolo eventual, sobressai a teoria do consentimento (ou da assunção), consoante a qual o dolo exige que o agente consinta em causar o resultado, além de considerá-lo como possível”.

Posto isso, percebe-se que, apesar de o reexame fático-probatório filtrar significativamente as demandas levadas às cortes superiores no que se refere ao debate acerca da teoria do delito, há manifestações das cortes dando conta das modernas correntes de pensamento que se propõe a sistematizar o tema. Com efeito, tanto as contribuições do finalismo de Welzel quanto a chamada teoria constitucionalista do injusto típico não passam despercebidas pelos Tribunais de Vértice.

Chama atenção, ademais, o entendimento pela indissociabilidade da intenção do agente das circunstâncias de fato. Desse modo, identifica-se campo fértil para a propagação da concepção significativa da ação, já que seus predicados se assemelham aos adotados pelas cortes em algumas decisões.

Assim, estabelecidas as bases jurisprudenciais, resta prosseguir na identificação de eventuais inconsistências do finalismo, se adotado irrestritamente, bem como de teorias que se proponham a modernizar a teoria do delito coadunando-

se com os parâmetros utilizados, atualmente, nas decisões paradigmáticas a respeito da matéria.

2.2 INCONSISTÊNCIAS NA PERCEPÇÃO DO DOLO NA TEORIA FINALISTA

A partir do exposto, percebe-se que a jurisprudência, a sua maneira, aplica a teoria finalista tendo como parâmetros de avaliação as circunstâncias do caso em concreto a ponto de analisar se o indivíduo, em tese, autor do evento crime, agiu com um determinado objetivo final ou com o risco assumido de produzir um ilícito, por mais que faça, a seu modo, ressalvas substanciais. Ocorre que o embasamento teórico para tais ressalvas, tendo como raízes os ensinamentos de Welzel, carece de uma nova roupagem, de modo a complementar a teoria do delito, sistematizando a análise da conduta, se dolosa ou não, a ponto de enquadrá-la na realidade hodierna.

A respeito, conforme aponta Paulo César Busato na introdução do livro “Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências”, a discussão sobre o paradigma finalista encontra-se relativamente defasada na doutrina brasileira. Com efeito, carece-se de novos conceitos para que o elemento volitivo seja melhor compreendido hodiernamente. A aceitação passiva do finalismo, nas palavras desse autor, não se coaduna com a realidade atual, sendo urgente expandir os horizontes do estudo da teoria do delito (BUSATO, 2014, p. IX):

É extremamente chocante a passividade com que a doutrina no Brasil admite o dolo como um fenômeno psíquico interno do sujeito, sem qualquer questionamento a respeito da evidente impossibilidade de sua afirmação por terceiro. A imputação do dolo por parte do juiz ao agente não é objeto de discussão teórica, embora seja evidente a impossibilidade de acesso aos fenômenos psíquicos de quem atua. Na práxis forense, afirmamos a ‘existência’ do dolo sem absolutamente nenhuma possibilidade de demonstrá-lo como verdade empírica. Não há qualquer questionamento teórico a respeito da ‘verdade’ do dolo. Credito esta postura, por um lado, à adoção irrestrita do finalismo sem maior discussão a respeito de suas premissas. A partir da reforma da parte geral do Código Penal, de inspiração weizeliana, tendo sido tomada a ação como base ontológica do sistema de imputação, e seu conceito sendo identificado com o direcionamento de uma conduta a um propósito, este último tomou ares de verdade essencial e indiscutível.

Quicá o avanço teórico que se seguiu ao finalismo, alterando as teorias de base que orientam o sistema de imputação, aqui no Brasil retardado em cerca de 30 anos, tenha sido o referencial perdido que impediu que alguns temas entrassem no campo de discussão dogmática mais cedo e reservou, para eles, um atraso evidente.

Na trilha do que já se expôs, Welzel (1997, p. 40-41) defendia que o conceito de conduta deveria ser ontológico, definindo-o como todo movimento corpóreo humano positivo ou negativo, consciente e voluntário, dirigido a uma finalidade. Por via de consequência, se a intenção fazia parte do agir, então o dolo e a culpa estariam na tipicidade e não mais na culpabilidade, ao contrário do que defendia a teoria causalista, vigente e soberana até meados do século XX.

O finalismo possui, inegavelmente, certas inconsistências, as quais obstam sua apresentação como solução irretorquível para a verificação da vontade expressa pela conduta. Diante desse contexto e com base nas classificações do dolo quanto à sua natureza, quanto a sua espécie e quanto aos seus elementos constitutivos, a doutrina tem-se debruçado, visando a traçar uma teoria que suficientemente explicita a caracterização do dolo, bem como sua identificação em cada uma de suas espécies (COSTA, 2015).

Em geral, os autores convencionam que nosso ordenamento adotou somente duas espécies de dolo: o direto de primeiro grau, quando o agente quer o resultado, e o eventual, quando o agente assume o risco de produzir determinado resultado, com base no querer e no conhecer, no pressupor (ESTEFAN, 2013, p. 218).

A respeito disso, Zafaroni e Pierangeli (2004, p. 457) apontam, de plano, a necessidade de complementação, senão vejamos:

O querer do resultado típico, a vontade realizadora do tipo objetivo. O nosso código fala em dolo no seguinte sentido: 'quando o agente quis o resultado' (art. 18, I). Assim sendo, para que um sujeito possa querer algo como, por exemplo, o 'querer pintar a igreja da Antuérpia', que havia na conduta de Van Gogh ao pintá-la, ele necessariamente deve também conhecer algo: Van Gogh devia conhecer a igreja de Antuérpia e os meios de que necessitava para pintá-la. Todo querer pressupõe um conhecer. Acontece o mesmo com o dolo, pois é um querer. O conhecimento que este 'querer' pressupõe é o dos elementos do tipo objetivo no caso concreto: O dolo de homicídio (art.121) é o querer matar um homem, que pressupõe que se saiba que o objeto da conduta é um homem, que a arma causará o resultado (previsão da causalidade).

Ora, pela exegese da lei, o dolo estaria situado na mente do agente (BUSATO, 2014, p. 62-63). Isso, contudo, leva a que os elementos utilizados para verdadeiramente se ter acesso aos fatores psicológicos que contribuíram para certa tomada de atitude ou assunção de risco se tornem acessíveis tão somente ao autor do fato. Na seara jurídico-penal, dessa forma, quem verifica a ocorrência ou não do dolo é (ou deve ser) o juiz natural, o qual não tem acesso aos processos mentais do

agente causador de um delito, razão pela qual não é nem um pouco razoável recorrer a um processo inverificável, carente de demonstração empírica, para determinar a presença ou não do dolo (QUEIROZ, 2016, p. 246). E mesmo admitindo a possibilidade de o julgador constatar esses dados internos do agente, isso só seria feito após o evento analisado, já alterado o estado psicológico do mesmo. Logo, a ideia de que o dolo se encontra situado na mente do sujeito é de ser superada, pois impraticável.

Nesse sentido, leciona Rodrigo Cabral (2014, p. 128):

Ora, o dolo, como uma forma de expressão do Direito, jamais pode ser composto por elementos privados e inacessíveis a terceiros como pretende a concepção psicológica do dolo. Isso porque somente o que tem significação pública, ou seja, o que pode ter sentido para os demais, é que pode fazer parte do horizonte jurídico. Um dolo que não pode ser alcançado pela linguagem – por critérios públicos – não pode ser adscrito ou avaliado pelas outras pessoas. Justamente por isso entender o dolo como um dado psicológico é um verdadeiro sem sentido.

[...]

A intenção não pode ser vista como uma coisa e não pode, como consequência, estar situada em qualquer lugar. A intenção e a ação não são coisas separáveis. Elas somente podem ganhar sentido publicamente de acordo com a significação contextual. Justamente por conta desse caráter público se pode dizer que o agente jamais pode manipular o significado de sua intenção privadamente. [...] o juiz jamais tem condições de saber o que acontece privada e psicologicamente na cabeça do agente enquanto comete crimes.

Diante disso, há uma crise de legitimidade nas formas de abordagem do dolo. Valorações tanto normativas quanto psicológicas, no mais das vezes, são potenciais fontes de arbitrariedades. Com efeito, qualquer análise valorativa do elemento volitivo da conduta que se pautar sem ter por base parâmetros reais, minimamente tangíveis, revela-se imprecisa e insatisfatória, sob o ponto de vista prático, embora possa se sustentar no plano teórico. Segundo parte da doutrina, tal ocorre com o finalismo.

Cezar Roberto Bitencourt (2015) filia-se ao finalismo, entendendo ser esta corrente a mais acertada para a correta compreensão do tema e a adotada por nosso ordenamento jurídico. A seu sentir, apenas a manifestação voluntária humana dirigida a um fim pode constituir um ilícito penal, sem deixar de lado a valoração normativa das ações com base em seu significado.

Ocorre que o autor vai além, trazendo à baila o conceito significativo de ação, definido por Vives Antón, (esmiuçado mais adiante no presente estudo) como sendo fórmula capaz de suprir lacunas na teoria finalista e passível de revolucionar toda a

teoria do delito, tal qual o estudo de Welzel, a seu tempo (BITENCOURT, 2015, p. 295-296):

Seguindo os pensamentos de Wittgenstein (filosofia da linguagem) e Habermas (teoria da ação comunicativa), Vives Antón formulou o conceito significativo de ação, que apresenta uma nova apresentação conceitual e aponta na direção de um novo paradigma para o conceito de conduta penalmente relevante. [...] Essa concepção tem a pretensão de traçar uma nova perspectiva dos conceitos e significados básicos do Direito Penal. Essa proposta de sistema penal repousa nos princípios do liberalismo político e tem como pilares dois conceitos essenciais: ação e norma, unidos em sua construção pela ideia fundamental de 'liberdade de ação'. O conceito significativo de ação, na ótica de seus ardorosos defensores como Vives Antón, Zugaldía Espinar e Paulo César Busato, identifica-se melhor com um moderno Direito Penal, respondendo aos anseios de uma nova dogmática e respeitando os direitos e garantias fundamentais do ser humano.

Bitencourt e Francisco Muñoz Conde, em seu estudo da Teoria Geral do Delito, apontam com precisão que a concepção de Roxin, de que a ação é expressão da personalidade e da vontade, é a mais acertada para que se compreenda o elemento volitivo, senão vejamos (BITENCOURT; CONDE, 2004, p.59-60):

Más acertada parece la concepción de ROXIN, que entiende la acción como un conjunto de datos fácticos y normativos que son 'expresión de la personalidad', es decir, de la parte anímico-espiritual del ser humano. Ello hace preciso recurrir, a veces, a valoraciones que dotan de sentido a la acción; pero estas valoraciones dependen, en realidad, del contexto en el que la acción se realiza.

Esto no excluye la validez del concepto final de la acción como concepto prejurídico, lo único que demuestra es que éste, por sí mismo, no puede servir de único criterio para determinar el concepto de acción jurídicamente relevante. Por esse es necesario, además, recurrir a criterios valorativos extraídos de las propias normas jurídicas que seleccionan aquella parte de la acción que les interesa (concepto significativo de acción).⁶

Em sentido parecido, assevera Busato (2014, p. 67-72) que a identificação do dolo não pode vir da descrição de um processo psicológico, mas somente da identificação do que se convencionou chamar, a partir dos estudos de Hassemer, de indicadores externos. De acordo com o autor, por via de consequência, o dolo deve

⁶ Tradução livre: Mais precisa parece a concepção de Roxin, que entende a ação como um conjunto de dados fáticos e normativos que são 'expressão da personalidade', ou seja, da parte anímico-espiritual do ser humano. Isso torna necessário recorrer, às vezes, para avaliações que dão sentido à ação; mas essas avaliações dependem, em realidade, do contexto em que a ação é executada. Isto não exclui a validade do conceito finalista da ação como o conceito de pré-jurídico, tudo o que demonstra é que ele, por si só, não pode ser o único critério para determinar o conceito de ação jurídicamente relevante. Por isso, é necessário, também, recorrer a critérios de avaliação extraídos das próprias normas legais que selecionam qual parte da ação que os interessa (conceito significativo de ação).

ser interpretado como a atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico penalmente tutelado, e não como um fato constatável e apreciável enclausuradamente. Ele insiste, sustentando que a conduta só é aferível após uma avaliação dos fatos, uma valoração a partir da qual se imputa (ou não) a responsabilização criminal.

Sensível a isso, a doutrina passou a construir teorias normativas do dolo, destacando-se a concepção significativa. É o que se passa a expor.

2.3 AS PRINCIPAIS ALTERNATIVAS PARA A COMPREENSÃO DO DOLO

Diante desse contexto, verificadas inconsistências na teoria finalista e as alternativas encontradas pela jurisprudência para a problemática do dolo na teoria do delito, mister estabelecer embasamento teórico para tais construções. Com efeito, ao longo do tempo, em que pese para muitos o finalismo de Welzel tenha esgotado a temática, muito e tem pesquisado a respeito, a fim de oferecer soluções e alternativas no que se refere à percepção do elemento intencional.

Nesse contexto, há teorias com viés normativo, as quais, em regra, defendem que o dolo prescinde do elemento volitivo, e concretiza-se apenas com base no elemento cognitivo, a partir do conhecimento de dados fáticos e de eventual risco de perfectibilização de um resultado (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, p. 39). E há, de outra banda, teorias de viés cognitivo, para as quais a caracterização do dolo não depende da análise dos elementos intencionais, de modo que o conhecimento do autor basta para que se projete uma imputação subjetiva de sua parte (PUPPE, 2004). Contudo, essas últimas, geram grande risco de decisões arbitrárias, havendo discrepâncias entre a realidade psicológica do indivíduo e sua conduta.

É nesse contexto que surge a concepção significativa da ação, aparentemente, uma terceira via entre as concepções ontológicas e normativas, com embasamento na filosofia da linguagem, cujo protagonismo deve-se a Tomás Salvador Vives Antón (BUSATO, 2014, p. 62).

A respeito, leciona Sanches Cunha (2016, p. 190):

Elaborada por Vives Antón, a teoria da ação significativa tem suas bases estabelecidas na filosofia da linguagem de Wittgensein e na teoria da ação comunicativa de Habermas. Propõe uma nova análise conceitual de conduta penalmente relevante, com fundamento em princípios de liberalismo político,

unindo ação e norma para a fundação da liberdade de ação.

Nesta perspectiva, entende-se a ação como o significado do que as pessoas fazem, e não simplesmente como o que as pessoas fazem. Há, na ação penalmente relevante, um sentido a ser interpretado segundo as normas, razão por que é necessário, mais do que descrevê-la, compreendê-la. Não há, portanto, um modelo prévio e generalizado de ação humana na medida em que esta deve ser analisada à luz de seu significado, concretamente, portanto. E também por isso, havida uma conduta, tem-se, inicialmente, apenas uma aparência de ação, primeiro passo para que se possa buscar seu significado.

[...]

Primeiro são as normas (regras) que definem o que entendemos socialmente por esta ou aquela ação. A partir daí, segundo essas regras, podemos identificar que matar constitui um homicídio, que subtrair coisa alheia móvel tipifica o crime de furto ou que determinados comportamentos significam ou possuem um sentido jurídico, social e cultural que chamamos de homicídio, de corrupção, de prevaricação, etc.

É de se dizer, desde já, que a proposta de Vives Antón não suplanta totalmente as já construídas. Ao revés, aproveita bases causalistas, finalistas e até funcionalistas, até certo ponto.

Isso porque o sistema causalista, alhures abordado, possui o mérito de ter sido o primeiro a subdividir os elementos do crime em fato típico, antijurídico e culpável. Já sua estrutura firma base na relação de causa e efeito decorrentes de um fato. Disso, decorre que a tipicidade será apenas descritiva de um processo que possua nexo causal com o resultado, não se aceitando qualquer juízo de valor. Daí, não é difícil perceber que a inviabilidade de juízos de valor na tipicidade leva, inevitavelmente, a decisões injustas e incongruentes.

Posteriormente, surge o finalismo, o qual passou a ser preponderante somente a partir de 1945. Este sistema tem sua premissa filosófica na ontologia, o estudo da essência do ser (ESTEFAN, 2013, p. 187) Partia-se da ideia de que havia, para a construção das bases para o modelo de imputação, categorias pré-jurídicas que possuíam sentido por si só, cabendo ao direito, exclusivamente, o papel de reconhecê-las.

Por esse motivo, adveio uma nova proposição de sistema penal: o funcionalismo, protagonizado por Roxin e Jakobs. Para ambos, as estruturas do Direito Penal devem ter seu sentido atribuído de forma a permitir que sua função seja cumprida, coadunando-se com questões de política criminal (ESTEFAN, 2013, p. 193-195). No entanto, conforme já referido no primeiro capítulo do presente estudo, a corrente sistêmica e a corrente teleológica, têm seus pontos de divergência, sobretudo no que toca ao efeito ressocializador da norma, tão caro a Roxin, e a proteção dos

bens jurídicos tutelados.

Para Jakobs, a finalidade do Direito Penal é diametralmente oposta ao funcionalismo de Roxin. Isso porque nega a função do direito penal enquanto instrumento de proteção a determinados bens jurídicos, asseverando que sua função é a manutenção na confiança no Estado.

A proposta funcionalista peca ao tratar a norma como centro do sistema penal, de modo que o indivíduo deve obedecê-la formalmente, ainda que isso conduza a resultados injustos. Ademais, no que toca à proposta teleológica, esta desvincula o conceito de conduta de premissas ontológicas, fixando-a em decisões político criminais, permitindo que de acordo com as decisões do legislador sejam definidos os bens jurídicos a serem tutelados. Assim, pode-se criticar esse sistema sob o aspecto da insegurança jurídica que oferece para a sociedade (BUSATO, 2015, p. 241-245).

Posto isso, vê-se que as teses funcionalistas não oferecem segurança quanto ao rumo que pode o Direito Penal tomar na sociedade. Logo, deixam de atender as exigências de um Estado Democrático.

Por sua vez, a teoria da ação significativa surgiu na Espanha, a partir dos estudos de Tomás Salvador Vives Antón, em 1996, com a pretensão de reorganizar as categorias da teoria do delito e lançar sobre elas uma nova perspectiva para compreender os conceitos jurídico-penais. A proposta de Vives Antón, reconhecendo que a sociedade contemporânea é a sociedade da comunicação, alicerça-se na filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein e nas teorias da ação comunicativa e do discurso de Jürgen Habermas (BUSATO, 2015, p. 251).

No Brasil, o mais destacado adepto do sistema significativo de imputação é Paulo César Busato. Este autor, fazendo referência às bases filosóficas tomadas por Vives Antón, assevera que o modelo teórico organiza a racionalidade penal a partir dos jogos de linguagem expressos na ação e as formas de vida que dão racionalidade prática às regras; e firma sua metodologia na compreensão da realidade a partir da interpretação da linguagem (2015, p. 248).

Parte-se da ideia de que, na sociedade do século XXI, para uma norma ser considerada válida, precisa expressar uma mesma comunicação de sentido para um conjunto humano determinado; ou seja, a norma jurídica só se afirma como válida quando, por intermédio de um processo argumentativo, houver um consenso a respeito de seu sentido, significado. A conduta, com efeito, representa um processo simbólico comunicativo (VIVES ANTÓN, 1996).

Nesse sentido, obtempera Busato (2014, p. 80):

Evidentemente, a transmissão de uma mensagem não se estabelece somente falando, mas com todas as formas de atuação. A ação de falar pode transmitir uma mensagem tal como um gesto ou um movimento. Mas o sentido de qualquer mensagem dependerá sempre da presença da identificação da tripla dimensão referida por Habermas, ou seja, a referência só mundo subjetivo, ao mundo objetivo e ao mundo social, ou seja, ao mundo de inter-relação, de regras compartilhadas.

Assim, para reconhecer a conduta, precisa-se conhecer a expressão de sentido que ela manifesta, por intermédio do código social segundo o qual se lhe interpreta, não guardando, desta forma, relação com o fim eventualmente pretendido com ela (BUSATO, 2015, p. 253). Por via de consequência, nesse sistema, reconhece-se, que nas próprias condutas estarão expressas as intenções.

A partir da Teoria Significativa da Ação, não há um conceito ôntico-ontológico de conduta, ou seja, não é possível estabelecer-se um conceito de conduta humana que seja plenamente válido para todos os tipos de ação que podem ser protagonizados pelo homem. Por conseguinte, só há uma ação penalmente relevante se esta puder ser relacionada com determinado tipo penal, reunidos, pelas condutas praticadas sob a ótica de um “código social”, os elementos exigidos pela norma penal incriminadora (BUSATO, 2014).

Nesse contexto, dolo passa a ser compreendido como **compromisso com a vulneração de um bem jurídico**, aferido a partir da valoração social e comunicativa positivada sobre um comportamento, observada a concreta competência do agente, ou seja, quais as técnicas que este dominava externa e publicamente ao tempo do fato. Desloca-se o centro de análise da conduta de modo a englobar não só o agir, mas as particularidades do agente, no que se refere às suas características, às suas particularidades e, sobretudo, às suas habilidades.

Neste diapasão, refere Busato (2014, p. 76):

A verificação do dolo, para Vives, depende de se a ação realizada põe ou não de manifesto um compromisso de atuar do autor. Para isso, Vives entende que é necessário por em relação as regras sociais que definem a ação como uma das que interessam ao Direito Penal em relação às competências do autor, ou seja, às técnicas que o autor domina. Assim, em um procedimento puramente axiológico e não através do intento de buscar inacessíveis dados psicológicos, 'poderemos determinar o que o autor sabia'.

Em suma, partindo-se dessa premissa, conclui-se que as ações só podem ser

interpretadas (e entendidas) por meio das normas penais, e os seus significados, na seara criminal, só existem em virtude dessas normas. E mais: a exteriorização da vontade, por meio de ações penalmente tipificadas, deve ser observável durante o processo, sendo que a “verdade forense”, pragmática do processo penal, deve ser buscada.

Vives Antón não nega que a capacidade de ação exija certa possibilidade de criar intenções e vontades, mas o que sucede é que a determinação da ação em si mesma considerada não vai depender somente da intenção, mas do código social estabelecido, mercê do qual se extrai seu *sentido e seu significado* (VIVES ANTÓN, 1996. p. 214).

Para essa corrente doutrinária, que seguramente oferece os melhores parâmetros para a aferição do dolo ou da imprudência nas ações ou omissões, as intenções são vinculadas a regras, técnicas e práticas, pressupondo a capacidade do agente, tanto no que se refere a técnicas, quanto à compreensão da realidade e do meio em que vive. Ou seja, a intenção (ou não) se professa no meio público, através de regras sociais.

Veja-se, a respeito (BUSATO, 2014, p. 67-72):

O dolo não é algo que existe, que seja constatável, mas sim o resultado de uma avaliação a respeito dos fatos que faz com que se impute a responsabilidade penal. [...] o dolo será sempre, ao menos em parte, produto de uma valoração. [...]

Não resta, pois, nenhuma dúvida de que a identificação do dolo não pode vir da descrição de um processo psicológico, mas somente da identificação do que Hassemer qualifica de 'indicadores externos'. O dolo, definitivamente, não 'é' um fato, mas uma atribuição, ou seja, a exata atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico, na qual se expressam simultaneamente conhecimento e vontade.

Essa valoração é de ser feita não no que o agente pensava, sentia, acreditava no momento dos fatos, já que tal não é verificável. E sim com base naquilo que ele exteriorizou, em seu comportamento, relativamente ao comportamento humano em geral, à forma de se desenvolver o indivíduo, de relacionar-se com o mundo que o circunda.

A concepção significativa do dolo se diferencia de todas aquelas teses que, embora requeiram a demonstração de um elemento volitivo, se constroem sobre a base de um enfoque psicológico; tal concepção se distingue também das modernas teorias puramente cognitivas, que possuem como ponto de convergência prescindir do elemento volitivo para a caracterização do dolo, contentando-se com a constatação

do mero conhecimento, fixando este conforme parâmetros psicológicos ou parâmetros normativos (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, p. 35).

Diante disso, a percepção do agir doloso deve respeitar critérios sociais previamente estabelecidos, de acordo com a linguagem externada. Segundo Carlos Martínez-Buján Pérez, na obra supracitada, haverá dolo se o sujeito demonstrar aceitação da produção de um resultado, mesmo que isso não seja o mais provável, sem descartá-la nem tentar evitá-la; haverá dolo, se da conduta do agente for possível extrair seu compromisso com a vulneração do bem jurídico penalmente tutelado. Ele prossegue, asseverando que mesmo uma baixa probabilidade de produzir o resultado não tem por que eliminar *a priori* o dolo, se a realização da ação se põe de manifesto o compromisso com a vulneração do bem jurídico requerido pelo dolo.

A intenção do agente, pois, não é algo que "existe", e sim o resultado de uma avaliação a respeito dos indicadores externos de sua conduta, o produto de uma valoração, e não da descrição de um processo psicológico – o que favoreceria não só arbitrariedades, mas também imprecisões. Melhor forma não há de o julgador analisar o elemento intencional. A investigação dos indicadores externos deve ser centrada na compreensão da situação eventualmente perigosa e nas formas de aceitação do que os autores que se filiam à teoria da ação significativa convencionam chamar de "decisão a favor do injusto", ou da própria ação perigosa.

Nesta senda, insiste Paulo César Busato (2014, p. 71):

Em resumo, Hassemer entende que o dolo é uma 'decisão a favor do injusto', mas entende também que o dolo é uma instância interna não observável, com o que sua atribuição se reduz à investigação de elementos externos que possam servir de indicadores e justificar sua atribuição. Por isso, estes indicadores só podem ser procurados na mesma ratio do dolo, que se explica em três sucessivos níveis: a situação perigosa, a representação do perigo e a decisão a favor da ação perigosa.

A verificação do dolo, para Vives Antón, depende de se a ação realizada põe ou não de manifesto um compromisso de atuar do autor. Para isso, Vives entende que é necessário por em relação as regras sociais que definem a ação como uma das que interessam ao Direito Penal em relação às competências do autor, ou seja, às técnicas que o autor domina. O procedimento é puramente axiológico (BUSATO, 2014. p. 76).

A gramática da intenção (em um contexto em que não existem significados privados para uma determinada atitude ou omissão, pois devem ser levados em consideração padrões socialmente aceitos de comportamento, de acordo com as

competências do agente) se manifesta assim por meio de uma ação ou omissão que tem significado na coletividade. Portanto, o sujeito tem a intenção e terceiros podem adscrever tal intenção a essa ação ou omissão, de acordo com o seu significado público.

Nesta esteira, Rodrigo Ferreira Cabral assevera que o contexto dos fatos, em Direito Penal, é o mais relevante critério para que se atribua a intenção (CABRAL, 2014, p. 141):

O contexto dos fatos, em Direito Penal, é seguramente o mais importante critério para atribuir as intenções (frise-se, uma vez mais, que não são estados mentais, mas atitudes públicas). Por isso, as circunstâncias do crime, a natureza de eventuais objetos utilizados (armas, ferramentas e outros), o local dos golpes ou disparos, o modus operandi, situações temporais, compleição física e muitos outros elementos que são ricos em revelar o dolo (intenção) do agente.

Por isso se conclui que, essa corrente de pensamento defende que o significado atribuído pelas normas às ações ou omissões é o ponto de partida para a compreensão da exteriorização da conduta. A partir daí, e só assim, é plausível admitir-se que alguém que não tem acesso ao que se passa no íntimo do agente possa perceber o que ele pretendia. E a busca desses indicadores, indubitavelmente, se dá por meio do processo penal.

Nesse sentido (BUSATO, 2014, p. 65):

É necessário ter em conta que justamente por ser imprescindível à referência aos elementos externos, o dolo guarda estreita relação com o processo penal, ou seja, com a teoria da prova. O dolo se resume ao dolo que se pode demonstrar. [...] Por isso, o dolo sempre dependerá de uma demonstração objetiva da intenção subjetiva. Deste modo, a ideia do que fundamenta o dolo está completamente conectada com sua demonstração, definitivamente, com sua prova.

Só com base nas provas produzidas à luz das garantias constitucionais é que se pode analisar a exteriorização da vontade. Não se trata, aqui, da verdade empírica, mas da verdade "forense", aquela parcela da realidade à qual tem acesso o juiz através das provas legalmente estabelecidas. De acordo com Carlos Martínez-Buján Perez (2014, p. 34-35):

No âmbito do Direito processual o objetivo do processo penal não seja o descobrimento da verdade empírica, mas o da verdade forense, a saber, aquela parcela da realidade à qual tem acesso o juiz através das provas

legalmente estabelecidas que, ademais, terão que ser respeitadas com os direitos fundamentais de todos os intervenientes no processo.

Vives Antón, portanto, com sua teoria da ação significativa, opera uma reorganização da teoria do delito, tomando por base a norma e a ação. Veja-se: apesar de parecer óbvio, dizer que a conduta é do interesse do Direito Penal, significa dizer que essa conduta, a qual tem como protagonista um indivíduo, amolda-se a um tipo positivado no Código Penal.

Com isso, em resumo, pode-se deduzir que para o sistema significativo, identificar a existência ou não do elemento volitivo do sujeito tem o objetivo de permitir ao Direito Penal atribuir a ele um compromisso de causar lesão ao bem jurídico tutelado, tendo em conta a ação ou omissão significada em seu contexto, inclusive positivado. No que toca ao elemento volitivo, comum a todas as espécies de dolo, extrai-se o compromisso de atuar pela vulneração do bem jurídico, por parte do agente.

Eis o elemento volitivo que é comum a todas as espécies de dolo e que permite diferenciá-lo da conduta imprudente: o compromisso com a vulneração do bem jurídico por parte do agente, é dizer, um compromisso de atuar.

Em sentido semelhante é a lição de Carlos Martínez-Buján Pérez (2014, p. 49):

Não se pode descartar que em alguns casos exista dolo se, apesar da concorrência de um perigo coberto ou protegido com poucas possibilidades de produção do resultado lesivo, a ação realizada revele um inequívoco compromisso do autor com a vulneração do bem jurídico.

Por conseguinte, há que se analisar se a ação (ou omissão) é hábil a fazer crer que há de manifesto um compromisso de atuar do autor. Assim, valoram-se as circunstâncias em que a ação ou omissão é realizada, isto é, todos os aspectos que a permeiam. Assim, determina-se o que o agente podia saber ou conhecer (elemento cognitivo) e se se encontra presente o compromisso com a lesão ao bem jurídico (elemento volitivo).

Para Maria del Mar Díaz Pita (2014, p. 14):

Qual é a realidade do comportamento doloso que deve ser, a posteriori, interpretada desde parâmetros normativos? Ao falar de comportamento doloso de alguma maneira devemos referir-nos ao comportamento humano em geral, à forma de se desenvolver o ser humano, de relacionar-se com o mundo que o circunda e de vincular-se com os objetos do mesmo (entendendo por objeto, neste caso, tudo aquilo que seja alheio ao sujeito:

outras pessoas, coisas, normas etc.).

O dolo compreendido como compromisso com a vulneração do bem jurídico, requer a sinergia do “saber” (uma competência) do agente com sua decisão (entendida como “a decisão de enfrentar à sociedade, porque esta qualificou” determinado “bem como valioso para a convivência ao protegê-lo através de uma norma penal”) de realizar algo ou de omitir uma conduta, apesar do que conhece (MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, 2014, p. 29-31).

Logo, o dolo não está “na cabeça do agente”, mas sim precisa ser demonstrado, por intermédio da atribuição dos elementos “conhecimento” ou “representação do resultado” e “compromisso com a lesão do bem jurídico”. Daí a conclusão de que a atribuição do dolo é de ser feita a partir da análise da prova.

A teoria significativa da ação cria para as diversas espécies de dolo e para o sistema penal, como um todo, uma sistematização que às demais parece faltar, pois as diferentes espécies de dolo representam justamente um compromisso com a vulneração de um bem jurídico tutelado, aferível a partir da prova penal, das técnicas dominadas e conhecidas pelo agente e do processo de comunicação representado pela ação. Ou seja, se o dolo normativizado é uma atribuição de um conhecimento e de um compromisso para violar o bem jurídico, as espécies de dolo, então, representam sua graduação. Nesta, o dolo direto de primeiro grau é o máximo de compromisso e o dolo eventual é o mínimo.

Confirma e complementa isso a lição de Paulo César Busato (2015, p. 418):

O compromisso que se estabelece para com a produção do resultado pode derivar tanto de um desprezo quanto de uma pretensão a respeito de sua ocorrência, o que faz com que as diversas modalidades de dolo não sejam mais do que uma diferença em graus de desvalor do compromisso para com a produção do resultado. Ou seja, não existem dolos essencialmente diferentes, mas sim graus diferentes de desvalorização dolosa.

Desta maneira, afirma-se que a teoria significativa da ação se coaduna com o Código Penal e oferece uma base teórica consistente e uma para afirmação do dolo. É dizer, seus parâmetros são capazes de suplantar, ou ao menos complementar o raciocínio finalista, o qual embora tenha reconhecidos méritos, possui inconsistências, alhures ressaltadas. Com efeito, estabelecidas tais bases, percebe-se que, modernamente, esse sistema de imputação se apresenta como alternativa promissora para a correta valoração da conduta em tipos dolosos, principalmente por fornecer

bases normativas e não necessariamente ontológicas para que se compreenda a intenção do autor, o que contribui sobremaneira para o atingimento da segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, partindo-se da análise geral da evolução histórica da teoria do delito, bem como dos estudos dos principais teóricos sobre o tema, foi possível perceber a forma como as conclusões dessas correntes doutrinárias são incorporadas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Com efeito, ainda que o finalismo de Welzel seja aceito como pano de fundo para dirimir as controvérsias a respeito do assunto, percebe-se que há variações criadas pelos julgadores (e acompanhadas pela doutrina) para aparar arestas e suplantar incompletudes.

Nesta senda, procedeu-se com edificante análise da evolução histórica da teoria do delito, de modo a facilitar sua compreensão, principalmente ao identificar as razões pelas quais os estudiosos e doutrinadores chegaram às conclusões que atualmente permeiam tanto as decisões quanto o estudo do Direito Penal. Do mesmo modo, verificou-se que boa parte dos julgadores opta por teorias complementares ao finalismo, tais como a teoria social, a teoria constitucionalista, teorias funcionalistas (em nova roupagem) e, a seu modo, a teoria da ação significativa.

A análise de julgados dos tribunais superiores mostrou-se um entrave a ser superado durante a pesquisa, visto que a vedação ao reexame de matéria fático-probatória (exame, este, fundamental quando se trata de percepção do dolo) faz com que o número de casos apreciados pelas cortes de vértice seja, até certo ponto, reduzido. Mesmo assim, foi possível estudar um relevante número de acórdãos, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, o que tornou possível a compreensão, ainda que limitada, das cortes mencionadas supra.

Além disso, foram identificadas certas inconsistências e incompletudes na teoria finalista, principalmente no que se refere ao fato de que pela exegese da lei, o dolo estaria situado na mente do agente, sendo, portanto, processo psicológico extremamente restrito e quase que inacessível. O julgador, sendo assim não tem acesso aos processos mentais do agente causador de um delito, de modo que não se mostra razoável recorrer a um processo inverificável.

O finalismo carece, assim, de demonstração empírica prática, em certos casos, sobretudo de como seria capaz de atestar o estado mental do autor imediatamente após a prática delitiva. Nesse contexto, há certa crise de legitimidade nas formas de abordagem do dolo, pois valorações estritamente normativas e valorações

exclusivamente psicológicas se revelam como potenciais fontes de desmandos estatais e de subjetividades excessivas. Nesse ponto falharam, principalmente, os funcionalistas, cuja base teórica remonta a Jakobs e Roxin.

Por isso, urge, por parte dos julgadores, buscar parâmetros reais, possíveis e praticáveis de valoração das condutas. Parâmetros estes sustentáveis não apenas no plano teórico, mas também no plano prático.

É que o dolo não pode ser tratado como um fator isolado e restrito. Deve ser aferido diante de um contexto fático, levando em conta, também, processos de comunicação e as particularidades do episódio e de seu autor, protagonista. Só assim há de surgir responsabilização (ou não) na seara criminal, por delito intencional.

Reconhecidos os limites e possibilidades da teoria finalista, portanto, no que se refere à análise e compreensão do dolo, bem como as alternativas construídas pela jurisprudência, passou-se a buscar o necessário embasamento teórico para tais vieses. A busca por tais caminhos jamais pode cessar, ainda mais em uma sociedade em que as mudanças ocorrem a todo momento e em larga escala, como se verifica no século XXI.

Nesta senda, a partir dos estudos de Vives Antón, o qual é amparado por conceitos da filosofia da linguagem, surge a teoria significativa da ação, a qual se destaca como sendo capaz de complementar o finalismo e, segundo alguns doutrinadores, capaz de causar ao Direito Penal impacto semelhante ao trabalho de Welzel, ao seu tempo.

A proposta de Vives, reconhecendo que a sociedade contemporânea é a sociedade da comunicação, alicerça-se na filosofia da linguagem, como já mencionado, e compreende a conduta, também, como um processo comunicativo. Esse modelo teórico organiza a racionalidade penal a partir da compreensão e absorção da linguagem, bem como em suas manifestações, expressas na ação e as formas de vida que dão racionalidade às normas.

De acordo com os defensores da teoria significativa, a lei só se afirma como válida se houver consenso a respeito de seu significado, a partir de um processo argumentativo. Disso resulta que toda ação ou omissão transmite uma mensagem.

Por conseguinte, reconhece-se que na conduta estará expressa a intenção, enquanto processo de comunicação, o que facilita a verificação, pelo julgador, de eventuais processos mentais do agente, sem que isso permaneça exclusivo a ele. Com isso, facilita-se a construção de decisões mais precisas.

Certo é que seja qual for a perspectiva adotada, não é razoável, em pleno século XXI, continuar contemplando a realidade com a mesma mentalidade do início do século passado. A informação, a globalização e a facilidade com que ocorre a comunicação aceleram transformações nas pessoas e na sociedade, por óbvio, e o Direito Penal não pode ficar alheio a isso. Embora se reconheça haver méritos nos estudos do passado, é imperioso avançar, romper barreiras e preencher incompletudes. Só assim se busca o ideal de justiça e de segurança jurídica, tendo por norte que as decisões judiciais possam refletir a realidade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito** – 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral – 21ª Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que concedeu ordem de habeas corpus, pela ausência de dolo específico na conduta do agente**. Recurso em Habeas Corpus nº 22.914. Eduardo da Cunha Rego Falcão e Tribunal de Justiça da Bahia. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 4 nov. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4384797&num_registro=200800086475&data=20081124&tipo=51&formato=HTML>. Acesso em: 17 jun. 2016.

_____. **Decisão monocrática que não concedeu ordem de habeas corpus, para fim de trancar ação penal privada**. Habeas Corpus nº 245.806. Elisa Ramos Pittaro e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 20 jun. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=28894020&num_registro=201201229285&data=20130628&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2016.

_____. **Decisão monocrática que negou seguimento a Recurso Especial, reconhecendo atipicidade na conduta por ausência de elemento subjetivo**. Recurso Especial nº 1.301.199. Ministério Público Federal e Daniel José Dias. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 23 fev. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=43932644&num_registro=201200084570&data=20150223&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2016.

_____. **Decisão monocrática que negou seguimento a Recurso Especial, pela impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória**. Recurso Especial nº 1.306.621. Raul Ferreira Lima e Ministério Público Federal. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 21 jun. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=22870716&num_registro=201200431300&data=20120621&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2016.

_____. **Decisão monocrática que negou seguimento a Recurso Especial, pela impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória.** Recurso Especial nº 1.312.874. Jônata Antônio de Souza e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 18 jun. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=22822011&num_registro=201200667126&data=20120618&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão que negou ordem de habeas corpus, pela impossibilidade de análise aprofundada das provas.** Habeas Corpus nº 97.252-7. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 23 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602271>> Acesso em: 16 nov. 2016.

_____. **Decisão que negou ordem de habeas corpus, pela impossibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância.** Habeas Corpus nº 108.946. Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 21 nov. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1609486>> Acesso em: 16 nov. 2016.

_____. **Decisão que reconheceu a atipicidade da conduta pela aplicação do princípio da insignificância.** Habeas Corpus nº 84.412-0. Luiz Manoel Gomes Júnior e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 19 out. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>> Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão de absolvição pelo crime de falsificação de documento particular, pela ausência de dolo na conduta do agente.** Apelação Criminal nº 70063592869. Ministério Público do Rio Grande do Sul, Roberto Correa La Regina e Marcelo Argiles de Paulo. Relator: Desembargador Rogério Gesta Leal. Porto Alegre, RS, 17 dez. 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70063592869%26num_processo%3D70063592869%26codEmenta%3D6618233+70063592869++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70063592869&comarca=Comarca%20de%20Santana%20do%20Livramento&dtJulg=17/12/2015&relator=Rogério%20Gesta%20Leal&aba=juris>. Acesso em 17 jun. 2016.

_____. **Acórdão de decisão de absolvição pelo crime de homicídio culposo, por não reconhecer relação de causalidade entre a conduta e o resultado.** Apelação Criminal nº 70008755480. Carlos Airton Valentini, Arcangelo Miguel Schaiss dos Santos, Jose Carlos Silveira e Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator:

Desembargador Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Porto Alegre, RS, 29 maio 2008. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70008755480%26num_processo%3D70008755480%26codEmenta%3D2361154+70008755480+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70008755480&comarca=Comarca%20de%20Passo%20Fundo&dtJulg=29/05/2008&relator=Marco%20Aur%20C%20A9lio%20de%20Oliveira%20Canosa&aba=juris>. Acesso em 16 nov. 2016.

_____. **Acórdão de decisão de improvemento de recurso defensivo e provimento de recurso ministerial, envolvendo crime de porte ilegal de arma de fogo.** Apelação Criminal nº 70029062676. Ministério Público do Rio Grande do Sul, Fabiano da Silva Machado e Sergio Adriano Bravo Capilheira. Relator: Desembargador Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Porto Alegre, RS, 25 abr. 2013. Disponível em

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70029062676%26num_processo%3D70029062676%26codEmenta%3D5250382+70029062676++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70029062676&comarca=Comarca%20de%20Canoas&dtJulg=25/04/2013&relator=Marco%20Aur%20C%20A9lio%20de%20Oliveira%20Canosa&aba=juris>. Acesso em 16 nov. 2016.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** – parte geral. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. 3 - Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (org.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 59-84.

_____. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. 5 - 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**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 119-145.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – vol. 1, parte geral – 16ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Pedro Jorge. **Dolo Penal e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral** – 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DÍAZ PITA, Maria Del Mar. 1 - A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, Paulo César (org.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 1 - 22.

ESTEFAN, André. **Direito Penal – Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

JESUS, Damásio de. **Imputação Objetiva**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito Penal – vol. 1: parte geral – 34 ed.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. 2- O Conceito “Significativo” de Dolo: um Conceito Volitivo Normativo. In: BUSATO, Paulo César (org.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 23-58.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Manual de Direito Penal: parte geral – 17ª ed.** São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal – vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Direito Penal**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIERANGELI, José Henrique. **Código Penal comentado**. Verbatim: São Paulo, 2013, p. 60.

PUPPE, Ingeborn. **A Distinção entre Dolo e Culpa**. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. V.1. 8.ed. JusPodium: Salvador, 2012, p. 245.

_____. **Direito Penal – Parte Geral**. 12.ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016

SOUZA JÚNIOR, C. M. V. **Funcionalismo Penal: Aportes Sobre Uma Teoria Axiológica do Direito Penal**. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 62-73, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7865/645>> Acesso em: 17 jun. 2016.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 4ª ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañes Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, parte geral, 5. ed., rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 457.