

# O dolo está na mente ou na ação? Um panorama (para além) dos sistemas causalista (CP/40 e CPM/69) e finalista (CP/84)

**Bruno Cortez Torres Castelo Branco**

Doutorando e Mestre em Direito Penal – UFPR

(Universidade Federal do Paraná).

Professor de Direito Penal e Processo Penal do ISULPAR

(Instituto Superior do Litoral do Paraná).

**RESUMO:** O conceito de dolo é tradicionalmente vinculado a uma perspectiva psicológica que o apresenta como um fato biopsíquico que se passa na cabeça do sujeito e que pode ser objeto de descrição. O sistema causalista (Código Penal de 1940 e Código Penal Militar de 1969) bem como o sistema finalista de delito (Parte Geral do Código Penal comum de 1984) ancoram-se neste paradigma cartesiano da consciência que opõe o interno (alma) ao externo (corpo) como realidades ontologicamente distintas. Ocorre que, se o conteúdo da mente é introspectivo, então o dolo resta inacessível a terceiros por via direta de observação no caso concreto. Sem desconsiderar as relevantes contribuições que lhe precederam, o sistema significativo de delito propõe uma nova formulação conceitual de dolo como domínio de um conhecimento socialmente compartilhado (saber) que expressa o sentido de um compromisso de violação do bem jurídico (querer).

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal. Direito Militar. Dolo. Intenção. Mente. Ação. Sistema Causalista. Sistema Finalista. Sistema Significativo.

## ENGLISH

**TITLE:** Is the intent in the mind or in the action? An overview (beyond) of the causalist (CP / 40 and CPM / 69) and finalist (CP / 84) systems.

**ABSTRACT:** The concept of intent is traditionally linked to a psychological perspective that presents it as a biopsychic event taking place in the subject's head that can be the object of a description. The Causal Crime System (Brazilian Penal Code of 1940 and Brazilian Military Penal Code of 1969), as well as the Finalist Crime System (General Part of the Brazilian Penal Code of 1984), are anchored in a cartesian paradigm of conscience that opposes the internal (soul) to the external (body) as ontologically different realities. It so happens that if the mind's content is introspective, then the intent remains inaccessible to third parties via direct observation in a specific case. Without disregarding the relevant contributions that preceded it, the Significant Crime System proposes a new conceptual formulation of intent as the domain of a socially shared body of knowledge that expresses the sense of willingness to violate legal properties.

**KEYWORDS:** Criminal Law. Military Law. Mens rea. Intention. Mind. Action. Causalist Crime System. Finalist Crime System. Significant Crime System.

## SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Dolo como elemento psicológico da culpabilidade: o sistema causalista do Código Penal comum de 1940 – 3 Dolo como elemento psicológico-normativo da culpabilidade: o sistema causalista do Código Penal comum e do Código Penal Militar de 1969 – 4 Dolo como elemento psicológico do injusto: o sistema finalista e a reforma da parte geral do Código Penal comum de 1984 – 5 Dolo como elemento volitivo-normativo: o sistema significativo de delito – 5.1 Bases epistemológicas – 5.2 O sistema significativo de delito – 6 Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

Uma condenação por delito doloso pressupõe que o acusado tenha realizado o fato delitivo com determinados conhecimentos (elemento cognitivo) e, concomitantemente, seja um ato de vontade (elemento volitivo), performando uma intenção de realizar o tipo de ação proibido. Mas a natureza desses elementos não é unívoca na doutrina: desde um recorte subjetivo, o dolo pode ser descrito como um fenômeno psicológico/ontológico que se encontra na “cabeça do autor” – nos rastros do paradigma cartesiano da consciência.

Essa é a abordagem acolhida (ainda que inconscientemente) assim pelo sistema causal (Código Penal de 1940 e Código Penal Militar de 1969), quanto pelo sistema final (Parte Geral do Código Penal de 1984) de delito, pois não obstante a relevante alteração na topografia analítica do dolo, este continua a ser pré-concebido como um processo mental – o que leva a insuperáveis dificuldades para sua verificação empírica no caso concreto, dado que inacessível a terceiros pela via direta.

Lado outro, a partir de um recorte normativo, o dolo não pensado é um objeto da mente a ser descrito, mas como um atributo normativo a ser imputado a determinados tipos de ação que expressam o sentido socialmente compartilhado de compromisso de vulneração de bens jurídicos tutelados pela norma penal. Saber (elemento cognitivo) é dominar determinadas técnicas, ao passo que querer (elemento volitivo) é manifestar engajamento com a produção do resultado proibido. O significado, pois, não se decifra ou desvenda, mas se compreende a partir das práticas sociais, de modo que a intenção se constroi intersubjetivamente no espaço público – e não no interior da consciência de um sujeito solipsista completamente alijado do mundo da vida (*Lebenswelt*).

Nas linhas seguintes se exteriorizará um panorama dos sistemas causal e finalista na dogmática penal brasileira (comum e militar), demonstrando suas (videntes) rupturas e, especialmente, suas (cegas) permanências. Ao cabo, apresentar-se-á um novo paradigma cuja proposta é ressignificar a teoria do delito – sem desprezar, por certo, as relevantes contribuições que lhe precederam, até porque a compreensão é um perene círculo hermenêutico.

## 2 DOLO COMO ELEMENTO PSICOLÓGICO DA CULPABILIDADE: O SISTEMA CAUSALISTA DO CÓDIGO PENAL COMUM DE 1940

No direito romano o dolo inicialmente fora associado ao sentimento de perversidade (*dolus malus*), concepção esta que pereceu ao se reconhecer a existência de delitos nos quais o *animus* do agente pode perfeitamente estar atrelado a motivações altruísticas (v.g. a eutanásia), consideradas de relevante valor social ou individual (GARCIA, 2010, p. 474).

LISZT (1899, p. 285) ilidia categoricamente a consciência da ilicitude como parte integrante da ideia de dolo, ou um requisito independente do delito, visto que uma tal exigência “paralisaria a administração da justiça, impondo-lhe o encargo de provar, em cada caso ocorrente, que o agente conhecia o preceito violado”.

Em sentido contrário, BINDING descrevia o dolo precisamente como vontade conscientemente contrária ao direito, no que foi seguido por GARCIA (2010, p. 475), o qual via como benéfico “intercalar no dolo um índice valorativo, como a consciência da antijuridicidade, capaz de vitalizar no sentido ético essa forma do elemento subjetivo”. Em comum, os citados penalistas partilhavam de uma mesma concepção psicológica de dolo e culpa como formas de culpabilidade, é dizer: liame subjetivo que une o autor ao fato típico e antijurídico, tornando-o coisa pessoal sua (TAVARES, 1980, p. 25).

O marco epistemológico dessa teoria psicológica da culpabilidade, base do sistema causalista do Código Penal de 1940, reside justamente no positivismo científico. E isso se percebe claramente no seu método: ao decompor idealmente o delito em dois elementos – “o subjetivo, também chamado psíquico ou interno, e o objetivo, também denominado material, físico ou externo” –, segregava-se, num compartimento objetivo (o injusto), as manifestações externas empiricamente apreciáveis e, num compartimento subjetivo (a culpabilidade), os fenômenos psíquicos acessíveis tão somente pela via indireta da observação e interpretação comportamental (REALE JR, 2002, p. 179).

Duas abordagens despontaram na definição do dolo: a teoria da vontade (*Willenstheorie*) – capitaneada por juristas como CARRARA, na Itália, e BINDING, HIPPEL e BELING, na Alemanha – conceitua o dolo como “a intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se sabe contrário à lei”, isto é, o “concurso do intelecto e da vontade”. Inversamente, a teoria da representação (*Vorstellungstheorien*) – advogada, dentre outros, por LISZT, na Alemanha, e IMPALLOMENI, na Itália – aponta o dolo como “mera consciência do nexos de causalidade entre a conduta e o evento [naturalístico]”, sem que nela figure o elemento volitivo, ou seja,

bastaria a consciência de que o comportamento vai gerar o resultado (GARCIA, 2010, p. 472-473).

Nessa senda, o artífice do Anteprojeto de Código Criminal de 1940, Alcântara Machado<sup>1</sup>, definiu o dolo a partir da doutrina da vontade, enfocando o elemento *volitivo*, na mesma trilha que o Código Penal espanhol de 1928, o italiano de 1930, o uruguaio de 1934, e o suíço de 1938, assim como os projetos franceses de 1934, o argentino de 1937 e o chileno de 1939 (MACHADO, 1939, p. 67). Alijava-se, pois, das teorias da representação, nas quais o elemento cognitivo se sobressairia na delimitação entre dolo e culpa.

HUNGRIA lançou, inicialmente, fervorosa crítica à eleição da teoria da vontade pelo anteprojeto, arguindo constituir um “pecado mortal” reproduzir “o conceito do *dolus facti* do código italiano, isto é, o dolo descarnado do elemento ético-jurídico”, aconselhando a incorporação da concepção normativa de dolo do projeto alemão. MACHADO (1939, p. 69), por sua vez, retrucou que a adição de um novo elemento (o cognitivo) sobrecarregaria demasiadamente o dolo e que, mesmo entre os juristas tedescos da época, um conceito normativo de dolo não seria ainda unanimidade, mas uma ideia em vias elaboração, razão pela qual seu traslado da academia para o legislativo haveria de ser obstado enquanto não perfeitamente abalizado.

Uma comissão revisora foi posteriormente designada para análise do referido anteprojeto, composta por Vieira Braga, Nélon Hungria, Narcéllo de Queirós e Roberto Lira. Finalizados os trabalhos e publicado o texto legislativo em dezembro de 1940, o próprio Ministro da Justiça Francisco Campos redigiu sua Exposição de Motivos, na qual admite claramente um perfil sincrético, dado que “não reza em cartilhas ortodoxas, nem assume compromissos irretratáveis ou incondicionais com qualquer das escolas ou das correntes doutrinárias”, completando que “os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva”.

Da escola clássica, de matriz iluminista, incorporou-se o princípio da responsabilidade moral, pressupondo a autonomia da vontade como axioma ético inerente ao direito penal, sob o risco de transformá-lo em mero instrumento de utilitarismo estatal – contrapondo-se, destarte, ao projeto italiano de “Código Criminológico” de Enrico Ferri de 1921, adepto de uma responsabilidade legal vazada em parâmetros deterministas e, por conseguinte, da unificação das

---

<sup>1</sup> Professor de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, convidado em 9 de dezembro de 1937 para a elaboração do Novo Código Penal por Francisco Campo, então Ministro da Justiça do Estado Novo de Getúlio Vargas e responsável pela redação da Constituição “Polaca” de 1937. Insta ressaltar que Machado entregou o anteprojeto em 1938 e adotou a denominação “Código Criminal”, sob a justificativa de que a ideia do crime precede logicamente a da penalidade e que o projeto adota a distinção entre pena e medida de segurança, de modo que o epíteto “código penal” estaria em contradição com seu conteúdo. Para maiores informações históricas acerca do anteprojeto, cf. MACHADO, Alcântara. *Para a História da Reforma Penal Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

penas e medidas de segurança (SONTAG, 2014, p. 190). De forma inédita, pois, o Código Penal de 1940 previa a cominação de penas com caráter repressivo e intimidante aos moralmente responsáveis e, diversamente, aos “perigosos”, estipulava-se a cominação de medidas de segurança – à semelhança das *misure di sicurezza* do *Codice Rocco* de 1930<sup>2</sup>.

Da escola positivista, por seu turno, destaca-se sua influência no Código Penal brasileiro de 1940 pela seleção e ordenação das circunstâncias judiciais na aplicação da pena<sup>3</sup>, visto que as de natureza subjetiva (antecedentes, personalidade, intensidade de dolo e grau de culpa, motivos) são antepostas às objetivas (circunstâncias e consequências do crime), bem como consideradas preponderantes quando do concurso entre agravantes e atenuantes<sup>4</sup>. Nesse ponto, o anteprojeto Alcântara Machado delineava em minúcias os critérios para exame da personalidade do condenado, devendo o julgador levar em consideração a idade, a educação, a situação econômica, os precedentes judiciais e penais, as condições de vida individual, familiar e social, o comportamento e estado de ânimo antes, durante e depois do delito, e tudo quanto contribua para o conhecimento do caráter e temperamento do delinquente” (POZZO, 1940, p. 631) – em mais uma demonstração do afã advindo do *Codice Rocco*<sup>5</sup>, que prossegue vigente na Itália<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> O *Codice Rocco* italiano se compunha de três livros, sendo o primeiro “Dos crimes em geral” (*Dei reati in generale*), o segundo “Dos crimes em particular” (*Dei delitti in particolare*) e o derradeiro “Das contravenções” (*Delle contravvenzioni in particolare*). Quanto à tratativa das penas no título II (*Delle pene*) do primeiro livro, dividiu-as em principais e acessórias, classificação esta apadrinhada pelo CP 1969. Sublinhe-se que o anteprojeto Alcântara Machado de 1938, temporalmente mais próximo da legislação ítalica, já refutava essa classificação, sugerindo, em vez de penas acessórias, “efeitos necessários ou eventuais da condenação” – o que foi acolhido pela nova parte geral do Código Penal comum de 1984.

<sup>3</sup> CP/1940: Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

<sup>4</sup> CP/1940: Art. 49. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

<sup>5</sup> Código Penal Italiano (*Codice Rocco*, tradução nossa):

Artigo n. 133. Gravidade da infração: avaliação dos efeitos da pena.

1. Ao exercer o poder discricionário indicado no artigo anterior, o juiz deve levar em consideração a gravidade da infração, deduzida:

- 1) da natureza, das espécies, dos meios, do objeto, da hora, do local e de qualquer outro modo de ação;
- 2) a gravidade do dano ou perigo causado à pessoa ofendida pelo crime;
- 3) da intensidade do dolo ou do grau de culpa.

2. O juiz deve levar em conta, além disso, a capacidade do delinquente de cometer um crime, inferida a partir:

- 1) dos motivos para delinquir e do caráter do réu;
- 2) os antecedentes criminais e judiciais e, em geral, da conduta e da vida do réu; antes da infração;
- 3) da conduta contemporânea ou subsequente à infração;
- 4) das condições individuais, familiares e sociais da vida do réu.

<sup>6</sup> O *Codice Rocco*, ainda em vigor na Itália, passou por uma série de reformas que excluíram ou modificaram institutos fascistas, mas a doutrina o rotula como uma “lei maculada”, por ser derivado desde a origem de um regime de violência com exponencial capacidade contaminatória de sua influência corruptiva. O Estado facista deixa de ser um mediador de interesses individuais antagônicos (concepção contratualista) para se tornar, ele mesmo, o sujeito protegido e conservado, inclusive contra os indivíduos (DAL RI JR; GOUVEIA, 2019).

Especificamente no âmbito do dolo, da análise do quanto disposto no artigo 15, n. I do Código Penal de 1940, Campos registra, na Exposição de Motivos, ter sido levada a cabo uma plena equiparação entre dolo direto e dolo eventual, pois “inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo [*effectus sceleris*]: ainda que sem interêsse nêle, o agente o ratifica *ex ante*, presta anuência ao seu advento”.

De forma mais acurada, como lhe era peculiar, HUNGRIA (2016, p. 114) traz à luz justamente aquele sincretismo antes assinalado, visto que o dilema quase insuperável entre teoria da vontade (*Willenstheorien*) e teoria da representação (*Vorstellungstheorien*) restou suplantado por meio de uma edificação dogmática híbrida:

Vê-se que o nosso legislador de 40, ao fixar a noção do dolo, não se ateu à chamada teoria da representação (para a existência do dolo, basta a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo ou provável), que, aliás, na sua pureza, está inteiramente desacreditada; e, com todo acerto, preferiu a teoria da vontade (dolo é a vontade dirigida ao resultado), completada pela teoria do consentimento (é também dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, consente no advento deste ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo).

Não se pode conceber que alguém queira determinado evento, acentua GARCIA (2010, p. 473), sem que haja a sua percepção prévia, perfazendo-se, no Código Penal de 1940 (e também no de 1969) uma verdadeira simbiose entre os elementos intelectual e volitivo do dolo.

Mas uma grave celeuma salta aos olhos: quando o Código Penal de 1940 prescreve a *não-punibilidade* ou *isenção de pena* ao sujeito que comete o crime sob coação moral irresistível ou em cumprimento de ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico<sup>7</sup>, como explicar a exculpação em casos tais em que há patente vínculo psicológico entre o fato e o seu autor, nos exatos termos da teoria psicológica da culpabilidade professada pelo sistema causalista? O mesmo se diga da culpa inconsciente, em que falece, terminantemente, qualquer vínculo psíquico entre o agente e o resultado (TAVARES, 1980, p. 31). Abre-se margem para uma nova teoria.

### **3 DOLO COMO ELEMENTO PSICOLÓGICO-NORMATIVO DA CULPABILIDADE: O SISTEMA CAUSALISTA DO CÓDIGO PENAL COMUM E DO CÓDIGO PENAL MILITAR DE 1969**

O sistema Liszt-Beling sofreu inúmeros rearranjos que estenderam sua vida útil, especialmente no tocante ao conceito de ação (TAVARES, 1980, p. 42): conduta volitiva (Von

<sup>7</sup> CP/1940: Art. 18. Se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Hippel), realização da vontade (Mayer), conduta voluntária (Rittler) e conduta humana (Mezger) – o que explicaria sua recepção nos dois Códigos de 1969. Tais conceitos, contudo, mostraram-se excessivamente genéricos, abarcando toda sorte de atividade humana – como os estados de inconsciência, a exemplo da mãe que sufoca ou lesiona o filho na amamentação ao sofrer delírios ou convulsões epiléticas (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 97).

Aníbal BRUNO (1959, p. 299) foi um dos juristas brasileiros quem mais esforços envidou para tal desiderato de atualização, acrescentando uma dimensão normativa (dever de agir) ao conceito de ação meramente causal-naturalista (ativação dos nervos motores) a fim de englobar a omissão, não obstante tenha ele próprio afirmado que essa questão do dever haveria de ser aferida desde um sentido natural, desprovido de qualquer referência a conteúdos jurídicos – uma argumentação paradoxal que apenas expressa uma “tentativa inidônea” de salvar o (moribundo) modelo causalista.

A absoluta inconsistência da teoria psicológica da culpabilidade teve por golpe de misericórdia a decantação dos elementos normativos do tipo e dos elementos subjetivos do injusto, operados por Mayer e Mezger (TAVARES, 1980, p. 38). Desfez-se, assim, a perspectiva até então predominante de compartimentalização de caracteres objetivos, num vaso, e subjetivos, num outro – como se líquidos imiscíveis fossem, incapazes de comunicação ainda que postos num mesmo recipiente. A antijuridicidade também ganhou nova feição: à infração formal à norma jurídica (*antijuridicidade formal*) foi justaposta uma exigência de valoração do grau de danosidade social da lesão (*antijuridicidade material*).

Sendo o tipo composto por elementos descritivos (v.g., *subtrair*), bem como normativos (v.g., *coisa alheia*) e, ainda, de uma intenção especial para além do dolo (v.g., *para si ou para outrem*). Uma reformulação do conceito de culpabilidade psicológica se faria igualmente indispensável para se adaptar a essa nova realidade dogmática. Nessa fase é de se destacar o ineditismo da contribuição de Reinhard Frank, para quem o dolo e a culpa, conquanto continuassem a integrar a culpabilidade, não mais se apresentam como seus elementos puramente subjetivos, e sim como juízo de reprovação pessoal em face do sujeito que, podendo atuar conforme o direito (normalidade das circunstâncias concomitantes), escolhe outra via (TAVARES, 1980, p. 40).

Destarte, a problemática alhures ventilada acerca da ausência de punição da coação moral irresistível e da obediência a ordem hierárquica não manifestamente ilegal, dogmaticamente injustificável sob o manto da teoria psicológica da culpabilidade, é parcialmente solucionada por Frank: conquanto subsista o nexos psíquico entre o fato e seu autor, não haveria como censurar o agente diante da anormalidade das circunstâncias que condicionaram a sua vontade de agir.

Exsurge, assim, uma cláusula geral de exculpação consubstanciada na inexigibilidade de conduta conforme a norma.<sup>8</sup>

Ocorre que a inserção de elementos normativos em todos os âmbitos do delito (seja no tipo, na antijuridicidade ou culpabilidade), longe de resolver as impropriedades do paradigma causalista, expõe de modo incontestável suas profundas fraturas teóricas – em particular a flagrante assistemática em relação à tratativa do dolo e dos elementos subjetivos do tipo em categorias analiticamente distintas, bem como o reconhecimento de que os inimputáveis agem com dolo – sob pena de inviabilizar o concurso de pessoas (FRAGOSO, 1976, p. 274).

A simples referência à noção de “conhecimento da ilicitude” no seio do dolo já é, pois, indicativo de um componente normativo, a afastar a possibilidade de sua compreensão como um elemento da culpabilidade de conteúdo exclusivamente psíquico-naturalista. A vontade de realizar o tipo, com a consciência de que atua contra o direito, contradiz assim todo o sistema causalista (TAVARES, 1980, p. 33).

É, pois, chegada a hora de transição para um novo paradigma – que, de igual modo, não estará imune a críticas.

#### **4 DOLO COMO ELEMENTO PSICOLÓGICO DO INJUSTO: O SISTEMA FINALISTA E A REFORMA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL COMUM DE 1984**

O conceito de causalidade há de ser considerado como interpretação de uma realidade propriamente jurídica – e não derivado de um cotejo meramente descritivo de movimentos mecânicos, típico das ciências naturais. As tentativas falhas de reformulação da estrutura da ação no interior do espectro causalista, valendo-se de artifícios linguísticos para encaixilhar a omissão no quadrante da ação, relevou a impossibilidade lógica de sustentação de tal esquema.

Diversamente do Código Penal Militar – em vigor desde sua outorga em 21/10/1969 –, a condenação ao limbo do Código Penal comum de 1969, definitivamente revogado pela Lei 6.578/1978 antes mesmo de vir a produzir efeitos, levou a novas propostas de reformulação da agonizante parte geral: uma, apenas setorial, patrocinada por Alfredo Buzaid (Lei 6.416/1977),

---

<sup>8</sup> O Código Penal comum de 1969 (revogado) e o seu congênere Militar aderiram explicitamente a essa parcial remodelação normativa do sistema causalista, com redações exatamente idênticas. Veja-se:

CP/1969: Art. 25. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que **não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa**. (grifo nosso)

CPM/1969: Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que **não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa**. (grifo nosso)

centrada nas penas privativas de liberdade, multa, penas acessórias, reincidência, sursis e livramento condicional; e outra, global, a traduzir uma completa mudança ideológica e técnica, que logrou êxito com a Lei 7.209/1984 (DOTTI, 2016, p. 353-355).

A Comissão de elaboração da nova parte geral foi presidida por Francisco de Assis Toledo e integrada ainda por Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti. Curioso notar, em sua Exposição de Motivos, que foram mantidas as mesmas regras do Código de 1940 relativas aos conceitos de crime consumado e tentado, de desistência voluntária e arrependimento eficaz, de crime impossível, de **dolo** e *culpa stricto sensu*. Outra, contudo, foi a formatação da culpabilidade e, por conseguinte, da própria topografia e essência do dolo.

Um novo sistema dogmático foi eleito pelo legislador: o *finalismo*. Tendo por alicerce a noção de que a ação humana é exercício de uma atividade final e, portanto, seria “vidente”, ao passo que o acontecer causal não estaria dirigido em função do fim e, por isso, seria “cego”, Hans WELZEL (2006, p. 41) ilustra o seu argumento:

Para aclarar isto me remeto à diferença existente entre um homicídio, por um lado, e um raio mortal, por outro; no homicídio todos os atos estão dirigidos em função do fim pré-fixado: a compra da arma, o perseguir, apontar, puxar o gatilho, enquanto que no raio o resultado da morte é a resultante cega dos elementos causais existentes.

A direção final de uma ação se desenvolveria em duas fases: a primeira se daria exclusivamente na esfera interna do sujeito (pensamento), por meio da antecipação mental do fim que o autor quer realizar e, ato contínuo, pela seleção dos meios de ação necessários (fatores causais) para sua consecução, levando em conta ainda os efeitos concomitantes possíveis e não desejáveis; a segunda (fase), por sua vez, dá-se com a materialização do plano mental no mundo real ao se colocar em ação aquela ideia previamente concebida, cujo resultado é composto pelo fim perseguido e os seus efeitos concomitantes. A ação finalista é, destarte, consciente acerca de seu objetivo (WELZEL, 2006, 43-44).

O finalismo retoma a concepção aristotélica de ação – posteriormente difundida por Tomás de Aquino –, segundo a qual tudo o que existe na natureza existe para um fim, de modo que a única compreensão possível do mundo residiria na finalidade de que resultam os fenômenos (TAVARES, 1980, p. 55). Abandona-se, pois, a dicotomia entre tipos penais causais e tipos penais finais: todos estariam enlaçados por um supraconceito ontológico de ação final, a permear integralmente cada uma das categorias analíticas do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

Mas, ressalte-se, a finalidade não se confunde com o dolo: pode haver vontade de ação sem que, *incontinenti*, o dolo se faça presente. No sistema finalista, dolo e culpa não mais integram a culpabilidade (nem como seus elementos, tampouco como graus de censura): migram para a própria tipicidade. Perfeitamente plausível, pois, que alguém atue com vontade de praticar uma ação (v.g., ter conjunção carnal com menor de quatorze anos), sem que aja com dolo (v.g., falsa percepção quanto à idade da vítima), incorrendo em erro de tipo. No crime culposos, por seu turno, o agente chega ao resultado típico por falha ou desvio no emprego dos meios ou no processo causal.

Especificamente quanto ao tipo doloso, este se desdobra em tipo objetivo e tipo subjetivo, superando, pois, a perspectiva causalista pura (CP/1940) – que remetia todos os elementos subjetivos à culpabilidade – e a causalista-normativa (CP e CPM/1969) – que assistematicamente, como já ressaltado, admite elementos subjetivos do tipo, mas preserva o dolo no domínio da culpabilidade.

O dolo, para WELZEL (2006, p. 86), compreende a vontade consciente em realização ao tipo objetivo: assim, no conhecido exemplo do sobrinho que, para herdar toda a herança de seu tio, o incentiva a fazer uma viagem de avião, vindo então a sofrer um fortuito acidente fatal, Welzel exclui o tipo por ausência de dolo – ao passo que os causalistas pretendiam excluir a própria relação de causalidade.

Cláudio BRANDÃO (2000, p. 92) explana essa diferença fundamental entre o conceito de dolo na teoria causalista e finalista, *in verbis*:

na teoria causalista, não se analisa o conteúdo da vontade que está presente na ação, portanto não se reconhece que o dolo está na ação; para essa teoria, o dolo deve ser estudado na culpabilidade; já no finalismo, reconhece-se que a vontade dirigida a um fim dirige a causalidade, logo o conteúdo da vontade, isto é, o dolo, é integrante da ação.

Observa TAVARES (p. 1980, p. 66) que, no sistema finalista, não faz mais sentido empregar os termos “dolo de ímpeto”, “dolo de premeditação”, “dolo determinado” ou “dolo indeterminado”, típicos do causalismo, na medida em que, ao associar o dolo à atividade final, as hipóteses se reduzem a apenas duas: ou o sujeito quer a realização do tipo (dolo direto) ou ele considera sua realização como possível e assume o risco de sua produção (dolo indireto).

Se na antijuridicidade é uma simples verificação do contraste entre a ação e o direito, é na culpabilidade que o autor será submetido a um juízo de reprovação pessoal (ZAFFARONI, 2011, p. 420): deve-se analisar se ele agiu ou não em conformidade com a norma tendo em conta se,

concretamente, *poderia* ter satisfeito as exigências jurídicas (consciência não mais atual, e sim potencial da antijuridicidade).

A teoria psicológica ou psicológico-normativa, assim, cede espaço para a doutrina normativa pura da culpabilidade: o conhecimento pressupõe não apenas que suas várias etapas sejam executadas de maneira não causal, como também que o agente possa assumir como sua a responsabilidade pela aquisição do conhecimento (ainda que potencial) acerca do conteúdo do injusto, com ele conformando sua direção finalística (WELZEL, 2006, p. 143).

No âmbito do Direito Penal Militar, adere a essa concepção Jorge César de ASSIS (2018, p. 188), ao assentar que o “dolo é informado por dois elementos, um intelectual e outro volitivo”, correspondendo o primeiro à “antecipação mental que fazemos – consciência do que faz e do nexo causal com o resultado”, enquanto o segundo “é elemento pelo qual o agente sai do pensamento” e “entra na realidade”.

No mesmo sentido Coimbra NEVES e STREINFINGER (2014, p. 215), para quem o modelo finalista é inafastável, por não se admitir “a responsabilidade penal por mera atitude causadora de um resultado típico, desprovido do elemento final”. Outrossim, a concepção normativa pura de culpabilidade, despida de elementos subjetivos inerentes às teorias psicológicas que lhe sucederam, “por ser a teoria mais aceita” e “porque a entendemos possível de ser aplicada na moldura causalista do Código Penal Militar” (NEVES; STREINFINGER, 2014, p. 413), é por eles acolhida numa espécie de sincretismo dogmático.

Não obstante os louváveis esforços, é de se realçar uma vez mais a intransponível advertência de TAVARES (1980, p. 47): “essa nova estrutura [finalista] não se coaduna com o esquema causalista”, pois “a introdução do normativo na ação, no tipo e na culpabilidade traz, como consequência, a necessidade de uma nova estrutura para o delito”.

O conceito de *sistema*, e de *sistema jurídico* em particular, conquanto tormentoso, é definido como “a reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente” (ANDRADE, 2013, p. 36). E em cada sistema há elementos *fixos* – que marcam sua identificação e diferenciação de outros sistemas existentes – e, concomitantemente, elementos periféricos *variáveis* – cuja presença não é determinante, mas meramente acessória, permitindo sua mobilidade e funcionamento.

Cabe, então, perquirir: quais os elementos fixos e variáveis dos sistemas causalista e finalista? O conceito de ação é, seguramente, o elemento diferenciador entre ambos: assim, considerando-se como elementos fixos do sistema causalista a existência de um injusto objetivo

(vontade exteriorizada de maneira a por em marcha a causação de um resultado proibido) e de uma culpabilidade subjetiva (relação psicológica entre a conduta e resultado); já no sistema finalista esse núcleo duro é constituído por injusto pessoal (ação humana dirigida finalisticamente a um resultado proibido) e culpabilidade normativa (puro juízo de reprovação sobre o autor).

Como elementos variáveis, poderíamos mencionar a antijuridicidade material (grau de dano ao bem jurídico) e os elementos normativos do tipo, pois sua presença ou ausência num ou noutro sistema não os desfiguram em sua essência. O mesmo não se pode dizer da absoluta normatização do conceito de culpabilidade: tal proposta não é compatível com o sistema causalista, por entrar em choque com um de seus elementos fixo (dolo e culpa como formas de culpabilidade).

Visando superar essa assistemática de um modelo sincrético, GALVÃO (2018, 63-64) propõe a unificação das teorias do delito do Código Penal comum e do Código Penal Militar. Sustenta o jurista não ser possível “que o ordenamento jurídico brasileiro mantenha um modelo teórico diferenciado para a identificação do crime militar, sob pena de manifesta violação ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CR/88)”, pois não se pode esquecer “que o ordenamento jurídico constitui um sistema, no qual a adequação valorativa e a unidade interior constituem premissas inarredáveis do trabalho hermenêutico”.

NEVES e STREIFINGER (2014, p. 93-96) enumeram didaticamente quatro teorias para definir o crime militar: para a “Teoria Clássica” (Célio Lobão e Jorge César de Assis), crime propriamente militar é aquele só pode ser cometido por militar, a exceção do crime de insubmissão (art. 183, CPM); segundo a “Teoria Topográfica” (Celso Delmanto e Paulo Tadeu Rodrigues Rosa), os crimes propriamente militares têm definição diversa da lei penal comum ou nela não se encontram; a “Teoria Processual” (Jorge Alberto Romeiro), por seu turno, sustenta que crime propriamente militar é aquele cuja ação penal somente pode ser proposta em face de militar; por fim, de acordo com a “Teoria Tricotômica” (Ione de Souza Cruz e Cláudio Amim Miguel), o crime propriamente militar é aquele só praticado por militar, ao passo que o crime tipicamente militar só possui previsão no Código Penal Militar, e se previsto também na legislação penal comum é denominado de crime impropriamente militar.

GALVÃO (2018, p. 65) defende que o sistema causalista foi revogado pela Lei 7.209/84, porquanto a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria anteriormente disciplina. Logo, embora sem fazer expressa menção ao Código Penal Militar, a Nova Parte Geral do Código Penal comum de 1984 revogou os

dispositivos do estatuto repressivo castrense que suportavam a utilização de uma teoria do crime diversa. Enfatiza que essa necessidade de revisão e atualização dogmática é compartilhada por outros relevantes autores, como Jorge Alberto ROMEIRO (1994, p. 108), bem como por Ione Cruz e Cláudio Amim Miguel (2005, p. 18).

Não desconhecemos posição em sentido contrário, com destaque para Adriano ALVES-MARREIROS (2012) – ainda que em comentário anterior à nova redação legislativa do art. 9º do CPM –, contrária à revogação da parte geral do Código Penal Militar em razão da específica índole do direito penal castrense. Para ilustrar sua argumentação, consigna uma série de dispositivos estranhos ao direito penal comum, a exemplo da extraterritorialidade da lei penal militar no espaço<sup>9</sup>, o conceito de superior<sup>10</sup>, agravantes<sup>11</sup> e causas específicas de exclusão do crime<sup>12</sup> ou de inaplicabilidade da exculpação<sup>13</sup>. A preocupação, não obstante procedente, em nada ilide a adoção de uma única teoria do delito (em conformidade com a reforma penal de 1984), na medida em que os institutos referidos pelo autor poderiam perfeitamente ser interpretados – na terminologia de Mauro Andrade – como *elementos variáveis*, os quais não contradizem o *núcleo duro* do sistema finalista.

Dessa forma, parece-nos mais acertada a abordagem sugerida por GALVÃO, notadamente após o advento da Lei 13.491/2017, que alterou a redação do artigo 9º do CPM<sup>14</sup> para ampliar a incidência do conceito de crime militar inclusive aos delitos previstos na legislação penal comum, desde que praticados em circunstâncias idôneas a perturbar a existência e regularidade das instituições militares, sempre tendo em conta seus princípios organizacionais (hierarquia e disciplina) constitucionalmente demarcados.

<sup>9</sup> CPM/1969: Art. 7º Aplica-se a lei penal militar, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte no território nacional, ou fora dele, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira.

<sup>10</sup> CPM/1969: Art. 24. O militar que, em virtude da função, exerce autoridade sobre outro de igual posto ou graduação, considera-se superior, para efeito da aplicação da lei penal militar.

<sup>11</sup> CPM/1969: Art. 53. § 4º Na prática de crime de autoria coletiva necessária, reputam-se cabeças os que dirigem, provocam, instigam ou excitam a ação.

<sup>12</sup> CPM/1969: Art. 42. Parágrafo único. Não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque.

<sup>13</sup> CPM/1969: Art. 40. Nos crimes em que há violação do dever militar, o agente não pode invocar coação irresistível senão quando física ou material.

<sup>14</sup> Crimes militares em tempo de paz

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

## 5 DOLO COMO ELEMENTO VOLITIVO-NORMATIVO: O SISTEMA SIGNIFICATIVO DE DELITO

### 5.1 Bases epistemológicas

A dogmática penal brasileira, majoritariamente, compartilha da arquitetura dogmática de Welzel. E qual o problema do finalismo? GUARAGNI (2014, p. 43) responde que é exatamente o mesmo do causalismo, pois se nada no mundo do ser vincula o dever-ser, não é possível construir um sistema, ou seja, um “conjunto de elementos dogmáticos que giram em torno de uma ideia fundante, em torno da ideia fundante, extraída do mundo do ser, chamada conduta humana, como um fazer guiado por um fim.”

Na mesma linha, TAVARES (1980, p. 89) ressalta a “incompatibilidade de um conceito ontológico puro de ação, como norma a que o legislador deva seguir, com os delitos de omissão”, bem como a formulação de uma culpabilidade pela condução da vida – a justificar a nefasta classificação criminológica positivista de criminosos habituais ou por tendência adotada pelo Código Penal Militar<sup>15</sup>, influenciado pelo *Codice Rocco*<sup>16</sup> –, quando WELZEL (1970, p. 212) declara que “a culpabilidade do fato individual tem sua raiz na estrutura defeituosa do estrato da personalidade, em um defeito de caráter”.

Mas o ponto fulcral desse trabalho é outro: como sustentar uma *concepção subjetiva de dolo*, segundo a qual aquilo que o indivíduo conhece ou quer é sempre algo pertinente ao mais íntimo de sua *psique*? Acaba-se por esbarrar numa *aporia*: como penetrar nesse obscuro invólucro da alma humana onde a pessoa guarda seus mais profundos pensamentos e impulsos motivadores?

<sup>15</sup> CPM/1969: Art. 78. Em se tratando de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado.

(...) § 2º Considera-se criminoso habitual aquele que:

a) reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena;

b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes dolosos da mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes.

§ 3º Considera-se criminoso por tendência aquele que comete homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, e, pelos motivos determinantes e meios ou modo de execução, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez.

<sup>16</sup> *Codice Rocco*, Artigo n. 108 - Tendência a delinquir (Tradução nossa):

1. É considerado um delinquente por tendência aquele que, embora não seja reincidente ou delinquente habitual ou profissional, comete um delito não culposos contra a vida ou a segurança individual, mesmo que não esteja previsto na primeira parte do décimo segundo título [Dos delitos contra a pessoa] do segundo livro [Dos delitos em particular] deste código, que, por si só e em conjunto com as circunstâncias indicadas nos parágrafos do artigo 133, revelam uma especial inclinação ao delito, que encontra sua causa na índole particularmente má do condenado.

Se num Direito Penal Democrático a dúvida deve ser interpretada sempre em favor do réu, é certo também que uma concepção subjetiva *sempre* levantaria dúvidas quanto à efetiva intenção (psíquica) do sujeito, de modo que a absolvição *sempre* se faria cogente em todo e qualquer caso necessariamente.

G. RYLE, filósofo britânico influenciado pelas teses de Wittgenstein, em seu consagrado “*The Concept of Mind*”, antepõe-se à “teoria oficial” da mente de Descarte e a rotula de “o mito das volições”, visto que a ideia de que existe uma faculdade ou órgão imaterial que corresponde ao que se denomina de “vontade” não é empiricamente demonstrável. Em suas palavras (RYLE, 2005, p. 14):

Quando se descreve alguém como conhecendo, acreditando ou julgando alguma coisa, esperando, receando, planejando ou evitando qualquer coisa, projetando isto ou divertindo-se com aquilo, supõe-se que estes verbos indicam a ocorrência de modificações específicas na sua (para nós) oculta corrente de consciência. Só o seu próprio acesso privilegiado a esta corrente, em ciência [*awareness*] e introspecção diretas, poderia dar testemunho autêntico de que estes verbos de conduta mental foram corretos ou incorretamente aplicados. O espectador, seja ele professor, crítico, biógrafo ou amigo, nunca pode ter certeza de que os seus comentários tenham quaisquer laivos de verdade.

Transpondo a dicotomia cartesiana entre interno/externo, Ramos VÁZQUEZ (2008, p. 340) pontua que todas as condutas tipificadas nas diferentes normas penais são reduzíveis a um gênero comum: não por serem todas elas “modificações externas do mundo” (nos tipos omissivos isso não ocorre) ou “exercício de atividade final” (na imprudência inconsciente isso tampouco se verifica). É o significado que as fazem propriamente ações, permitindo distingui-las dos *atos* – que simplesmente acontecem, como um raio ou um tsunami. Ação, pois, não é um objeto físico (externo/causal) ou psíquico (interno/final) a ser descrito: não é algo que os homens fazem, mas o significado do que fazem.

Se virmos alguém chorar e gemer com um caco de vidro introduzido no seu pé, temos então um critério de que o indivíduo se encontra ferido e por isso *tem* dor. Todavia, se essa cena se passa no bojo de uma peça teatral, o contexto modifica-se completamente e o critério passa a indicar evidências a favor de uma simulação da dor.

A *mente*, pois, não reside na *cabeça* – como queria Descartes –, e sim na própria *ação*, porquanto “todo processo interno necessita de critérios externos” (WITTGENSTEIN, 2002, §580), entendendo-se por critérios a base para a afirmação de certas proposições e sua conexão com as noções de prova, verificação e conhecimento.

## 5.2 O sistema significativo do delito

A mais contundente e abalizada crítica ao finalismo advém do sistema significativo de delito, erigido por Tomás Salvador Vives Antón<sup>17</sup> e Paulo César Busato<sup>18</sup>. Tendo por marco teórico a filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein, abandona o modelo mentalista cartesiano – comum ao causalismo e ao finalismo. O sentido da ação, não o movimento corporal ou a finalidade, constituem o coração do novo sistema.

Ao ser interpretada por meio da linguagem, a ação humana cobra uma dimensão significativa inexistente nas condutas dos animais – que, por isso, não são *ações* nem em sentido jurídico-penal, nem no uso comum do termo, mas apenas *atos*. Da ação se compreende (o sentido) por meio da linguagem adquirida no curso da vida social; do ato simplesmente se descreve (o ocorrido). O significado, portanto, é interpretado a partir das regras de uso nos mais diversos “jogos de linguagem”: e uma regra só pode ser seguida se há um uso estabelecido (VIVES ANTÓN, 2011, p. 229).

Seguir uma regra é um costume, uma prática, um hábito: não é possível um único homem ter seguido uma regra uma única vez. Não é possível uma única comunicação ter sido feita, uma única ordem ter sido dada ou entendida uma única vez. “Não pense, mas veja!” (WITTGENSTEIN, 2002, §66), pois “não podemos adivinhar como uma palavra funciona” (*Ibidem*, §340), a não ser que investiguemos para aprender o seu efetivo uso.

Em relação ao dolo, VIVES ANTÓN (2019, p. 107) pontua que já se foi o tempo em que as perguntas sobre se o dolo era dolo natural ou *dolus malus*, sobre se pertencia à ação típica ou à culpabilidade, ou sobre se era ou não um elemento necessário do tipo de injusto, ocupavam o centro da discussão no Direito Penal.

Se o eixo da atual discussão acadêmica sobre o dolo não mais diz respeito à sua topografia na teoria do delito, quais novas inquietações esse conceito nos traz? Sobre a natureza de seus elementos, visto que a doutrina tradicionalmente concebe assim o componente cognitivo (saber) como o volitivo (querer) do dolo como processos ou acontecimentos mentais. É dizer: o dolo seria um fenômeno psíquico que se passa na cabeça do sujeito, no interior de seu pensamento – e, portanto, acessível diretamente ao sujeito, mas oculto a terceiros (VIVES ANTÓN, 2019, p. 107).

<sup>17</sup> Professor Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência e ex-vice Presidente do Tribunal Constitucional da Espanha.

<sup>18</sup> Professor de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

Todavia, não é o pensamento, enquanto processo incorpóreo, que dota de sentido a conduta: o significado só se torna possível pelo *uso*, que por sua vez pressupõe o compartilhamento (e o seguimento) de regras por uma comunidade de falantes. A linguagem é pública, visto que uma linguagem privada da mente não permitiria sua compreensão (VIVÉS ANTON, 2011, p. 118).

A intenção, portanto, não é um estado de ânimo do sujeito, uma realidade psicofísica, pois o seu sentido é dado pelo contexto, pela situação concreta, pela ação externa – e não pela introspecção. A linguagem humana está enraizada em sua forma de vida (*Lebenswelt*): não posso jogar um jogo que nunca joguei sem antes conhecer suas regras. VIVES ANTÓN (2011, p. 231) ilustra essa premissa de forma lúdica:

minha compreensão de uma partida de futebol depende de que conheça as regras do jogo e de que, por conseguinte, possa efetuar uma correta atribuição de intenções aos movimentos dos jogadores: se desconheço as regras, não sou capaz de inferi-las e ninguém me explica, não entenderei o jogo e não saberei, na realidade, o que está ocorrendo ali (nem sequer poderei prever o que tenta fazer um jogador que se encontra de posse da bola).

Especificamente no campo militar poderíamos tecer o seguinte exemplo: um soldado *sabe* que executar inúmeras continências seguidas para o seu superior diante de outros militares expressa o *sentido* de desacato<sup>19</sup>, de ultraje à disciplina, pois ainda que nunca tenha sido ele próprio vítima de semelhante desconsideração, já teve acesso a expressões e explicações públicas acerca do que é o desrespeito. Aprendeu, portanto, o uso da palavra “desrespeito” e, por conseguinte, o seu significado, em que pese eventualmente nunca o ter sentido. Se o referido tipo de ação fosse executado diante não só de militares, mas de um civil em visita ao quartel no “dia da bandeira”, poderia ocorrer de o *extraneus* não compreender a atitude do soldado como uma grave violação do dever militar, mas com uma inofensiva graça. Tal interpretação sucederia ao civil exatamente por não compartilhar o uso preciso da palavra “desrespeito” no dia-a-dia de uma organização militar e, por conta disso, o seu significado naquele contexto.

O sistema significativo de delito, admitindo que o fim das normas penais reside na proteção de bens jurídicos, propõe a normatização dos elementos do dolo: o *saber* (elemento cognitivo) é definido como domínio de técnicas, composto por conhecimentos que o sujeito previamente adquiriu, sua bagagem intelectual, e que lhe permitem a previsibilidade; o *querer* (elemento volitivo), por sua vez, representa um compromisso com a violação do bem jurídico tutelado (PÉREZ, 2019, p. 47).

---

<sup>19</sup> CPM/1969: Art. 160. Desrespeitar superior diante de outro militar:  
Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime *mais grave*.

O saber, portanto, não se perfaz no teatro privado da mente, mas no meio do espaço público das interações sociais. É intersubjetivo, e não meramente subjetivo (de dentro para fora) ou exclusivamente objetivo (de fora para dentro). O mesmo se pode dizer do elemento volitivo do dolo: o “querer” tampouco designa um acontecimento psicológico, uma emoção, e sim o modo e maneira com que se realiza a ação (VIVÉS ANTON, 2011, p. 124).

A demonstração do dolo como realidade psicológica é absolutamente impossível – não apenas por uma *impossibilidade física* de acesso empírico ao conteúdo da intenção subjetiva, mas sobretudo pela *impossibilidade filosófica* de uma verdade como correspondência (“verdade real”) no processo penal. Nesse sentido, anota BUSATO (2018b, p. 37) que um dos erros fundamentais do finalismo:

é a pretensão de afirmação de elementos subjetivos de cunho interno, sob forma ontológica. Isso claramente não é possível no processo de atribuição de responsabilidade. Os móveis ontológicos não são acessíveis ao sistema de imputação e não fazem parte da teoria do delito. Todos os aspectos de desvalor de conduta de caráter subjetivo não são mais do que atribuições axiológicas derivadas da transmissão de sentido das circunstâncias do caso concreto.

A pergunta a ser feita, alerta HASSEMER (1990, p. 914), não é mais “o que é” o dolo (em termos ontológicos), mas “por que” se castigam mais gravemente os crimes considerados dolosos quando comparados aos imprudentes (em termos axiológicos). E esse juízo de aferição do tipo de ação depende da análise circunstancial, de “critérios externos” ou “indicadores externos”, como demonstra BUSATO (2018b, p. 58):

[É do exame] da arma empregada para o homicídio, do local, da distância entre autor e vítima, da sede e natureza da agressão perpetrada, dos recursos disponíveis para levar a cabo o objetivo morte e todas as demais variáveis que, de algum modo, demonstrem as opções de conduta disponíveis para o réu. É justamente essa transmissão de sentido que define se o dolo efetivamente era, no caso concreto, um dolo de homicídio. Ou seja, a diferença entre a tentativa de homicídio e a lesão corporal residirá na expressão de sentido capturável através dos indicadores objetivos do dolo. Só ali é possível verificar se há animus necandi ou animus laedendi.

Ante esse quadro, não há fundamento para uma distinção ontológica entre dolo direto e dolo eventual, ou entre imprudência consciente e imprudência inconsciente: se todas são instâncias normativas de imputação (e não processos psicológicos), a diferença entre um e outro é apenas quantitativa (de grau), e não qualitativa (de essência). No dolo direto há uma maior intensidade do compromisso com a vulneração do bem jurídico em comparação com o dolo eventual. Do mesmo modo, é também quantitativa a diferença que se pode delimitar entre classes de culpa: em vez de se recorrer à clássica distinção entre “culpa consciente” (com previsão) e “culpa inconsciente” (sem previsão), para o modelo, significativa a diferença é resolvida em

termos de “imprudência grave” ou “imprudência leve”, respectivamente (BUSATO, 2018a, p. 421).

Essa interpretação é inclusive corroborada pelo novo anteprojeto de Código Penal (PLS 236/2012), cujo critério de diferenciação entre dolo direto e dolo eventual é estritamente quantitativo (medida da pena), a expressar maior ou menor compromisso com a produção do resultado. Na proposta original de René Dotti<sup>20</sup> incidiria uma causa de diminuição (entre um sexto e um terço) de natureza cogente para o dolo eventual, mas na redação final do projeto<sup>21</sup> o patamar foi alterado (até um sexto) e se tornou de caráter facultativo.

Por derradeiro, cabe arrematar que a ação intencional não é um movimento corporal precedido de um determinado conteúdo psicológico, pois os movimentos corporais não constituem ação por si só, na medida em que dependem de regras para serem interpretados (VIVES ANTÓN, 2011, p. 235).

Veja-se a situação do oficial que apaga o cigarro na mão de um soldado, perante tropa formada, a mero título de exemplificar sobre proibição de se fumar quando em formatura<sup>22</sup>: a conduta levada a efeito pelo superior ganha o *status* de ação após ser interpretada a partir de regras (os tipos de ação “ofensa aviltante a inferior”<sup>23</sup> e “lesão corporal leve”<sup>24</sup>) previstas no estatuto repressivo militar em cotejo com as práticas sociais da caserna. Nem sequer se poderia aludir a uma ação antes da interpretação, pois esta que lhe confere sentido.

Indaga-se: é o sistema significativo compatível com a teoria do crime militar? GALVÃO (2018, p. 175-176) responde assertivamente:

É necessário, pois, superar a racionalidade cognitiva da filosofia da consciência, que se desenvolve por meio da relação que se estabelece entre um sujeito observador (operador do direito) e um objeto da realidade natural (conduta) com a perspectiva oferecida pela filosofia da linguagem, segundo a qual a normatividade é produzida por meio de uma relação que se estabelece entre pessoas livres e iguais sobre as suas pretensões de validade.

<sup>20</sup> “A pena será reduzida de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) quando o fato for praticado com dolo eventual”. Cf. HUNGRIA; DOTTI. *Ob. cit.*, p. 541.

<sup>21</sup> PLS 236/2012: Art. 20. O juiz, considerando as circunstâncias, poderá reduzir a pena até um sexto, quando o fato for praticado com dolo eventual.

<sup>22</sup> STM (Pleno) - Apelação 1999.01.048134-6 - BA - Rel.: Carlos Eduardo Cezar de Andrade - J. em 11/02/1999 - DJ 02/06/1999.

<sup>23</sup> CPM/1969: Art. 176. Ofender inferior, mediante ato de violência que, por natureza ou pelo meio empregado, se considere aviltante: Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

<sup>24</sup> CPM/1969: Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

## 6 CONCLUSÃO

Em conclusão: não há nada escondido por detrás da linguagem: o que há está à nossa vista (WITTGENSTEIN, 2002, §435). Como explicar que um terceiro conheça minhas verdadeiras intenções melhor do eu mesmo? Porque ele já conhece meus hábitos, minhas práticas sociais reiteradas! Logo, descabe falar de intenção antes que essa interpretação do movimento corporal suceda, tampouco sustentar que toda ação é intencional (como queria o finalismo), em razão da *exterioridade* das regras de interpretação (que estão inscritas no seio da comunidade, e não aprisionadas na cabeça de um sujeito solipsista). A intenção, pois, habita a própria ação – e não a mente do sujeito.

## REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano. *Hierarquia e disciplina como garantias individuais e para a sociedade: fundamento para afastar a extinção da parte geral do Código Penal Militar. Uma análise das diferenças mais relevantes e essenciais*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3446, 7 dez. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23179>. Acesso em: 2 abr. 2020.

ANDRADE, Mauro. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2013.

ASSIS, Jorge César. *Comentários ao Código Penal Militar: parte geral*. Curitiba: Juruá, 2018.

BRANDÃO, Cláudio. *Teorias da Conduta no Direito Penal*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 37, n.148, p. 89-95, 2000.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2018a.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Especial*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2018b.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CRUZ, Ione de Souza e MIGUEL, Claudio Amin. *Elementos de Direito Penal Militar: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DAL RI JR., Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. *A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: laesae maiestas e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930)*. Sequência (Florianópolis). 2019, n.81.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal militar: teoria do crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUARAGNI, Fábio. *O Direito Penal na Sociedade de Risco: Teorias de Imputação Objetiva*. Revista do Ministério Público (Rio Grande do Sul), v. 75, p. 35-49, 2014.

HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. Trad. de María del Mar Díaz Pita. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.

HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: LMJ, 2016.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C Editores, 1899.

MACHADO, Alcântara. *O projeto do código criminal perante a crítica*. In: Revista Forense. v. LXXX, Ano XXXVI. Rio de Janeiro: Papelaria Record LTDA, 1939.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *O conceito significativo de dolo: um conceito volitivo normativo*. In: *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. Florianópolis: Tirant lo banch, 2019. p. 105.

POZZO, Carlos Umberto del. *O projeto de código criminal brasileiro: a caminho do positivismo criminológico*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 35, n. 3, 1940.

REALE JR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RYLE, Gilbert. *El concepto de lo mental*. Barcelona: Paidós, 2005.

SONTAG, Ricardo. “Código criminológico?” *Os projetos de código penal brasileiro Virgílio de Sá Pereira (1927-1937) e os modelos codificatórios italianos*. In: Antonio Carlos Wolkmer; Ricardo Marcelo Fonseca; Gustavo Silveira Siqueira. (Org.). *História do Direito CONPEDI/UFSC*. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014, v., p. 184-204.

TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito*. São Paulo: RT, 1980.

VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant, 2008.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant, 2011.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Reexame do dolo*. In: *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. Florianópolis: Tirant lo banch, 2019.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad. Bustos Ramírez e S. Yañez Peres. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Rio de Janeiro: BdeF, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. v.1*. São Paulo: RT, 2011.