

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

FACULDADE MINEIRA DE DIREITO

DOLO EVENTUAL *VERSUS* CULPA CONSCIENTE

A problemática da prova objetivamente considerada na comprovação do elemento subjetivo
do tipo

JOSÉ BERNARDO DE ASSIS JUNIOR

Belo Horizonte

2006

JOSÉ BERNARDO DE ASSIS JUNIOR

DOLO EVENTUAL *VERSUS* CULPA CONSCIENTE

A problemática da prova objetivamente considerada na comprovação do elemento subjetivo
do tipo

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como pré-requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros Pellegrini

Co-orientador: Carlos Augusto Canêdo

Belo Horizonte

2006

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A848d Assis Junior, José Bernardo de
Dolo eventual *versus* culpa consciente: a problemática da prova objetivamente considerada na comprovação do elemento subjetivo do tipo / José Bernardo de Assis Junior. Belo Horizonte, 2006.
214 f.

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros Pellegrini
Coorientador: Carlos Augusto Canêdo
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. [Código de trânsito brasileiro (1997)]. 2. Brasil. [Código penal (1940)]. 3. Acidentes de trânsito. 4. Responsabilidade em relação aos acidentes de trânsito. 5. Crime doloso - Brasil. 6. Culpa (Direito) - Brasil. 7. Responsabilidade penal. 8. Prova criminal. I. Pellegrini, Flaviane de Magalhães Barros. II. Canêdo, Carlos Augusto. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

CDU: 351.811.122

O candidato foi considerado pela banca examinadora, com a média final igual a (.....)

Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros Pellegrini

Professor Doutor Carlos Augusto Canêdo

Belo Horizonte, 06 de março de 2006.

Agradecimentos

A Deus, aos meus pais, aos meus estimados orientadores (Flaviane de Magalhães Barros e Carlos Augusto Canêdo), aos meus eternos professores (Maurício de Oliveira Campos Júnior e Rodrigo Otávio Soares Pacheco) e aos irmãos Daniel Salazar Montoril e Luiz Augusto Curado Júnior.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo investigar a possibilidade da prova do elemento subjetivo do tipo, notadamente pela tênue e limítrofe diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente. Pelo fato do tema envolver estudos multi e interdisciplinares, o trabalho foi dividido em duas grandes partes: na primeira, lança-se mão da teoria do delito de modo a propiciar o estabelecimento de um conceito ôntico-ontológico de crime, adequado à investigação científica, para logo em seguida discorrer acerca da ação e do tipo legal no conceito analítico de crime, possibilitando a localização do dolo e da culpa como elementos subjetivos do tipo, bem como o estabelecimento (no âmbito do Direito Penal) da diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Num segundo momento, revolve-se a teoria da prova no Direito Processual Penal e seus conceitos, preponderantemente instrumentalistas, para retrabalhá-los sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Temas controvertidos tais como o objetivo da prova, os indícios como meios de prova, as presunções e os sistemas de apreciação da prova, dentre outros, são abordados, sempre na tentativa de contrapor a ultrapassada visão instrumentalista do enfoque compatível com a perspectiva teórica adotada.

Ao final, empreende-se a reunião daquilo que restou delimitado pelas duas vertentes da pesquisa, promovendo-se, assim, uma abordagem da problemática da prova – inegavelmente objetiva – na comprovação do elemento anímico que move o agente quando do cometimento de um crime, dificuldade que resta ainda mais evidente quando se constata a proximidade das figuras do dolo eventual e da culpa consciente e ainda mais importante pela

tendência hodierna de se tentar atribuir, em determinadas circunstâncias, a responsabilização por homicídio decorrente de crimes de trânsito a título de dolo eventual.

ABSTRACT

The scope of the present paper is to investigate the feasibility of a possible means of proof for the subjective element in criminal offenses, specially due to the subtle and borderline distinction between recklessness and willful blindness. Once the theme encompasses multi as well as interdisciplinary studies, the paper was divided into two major parts: in the first, the criminal theory is invoked so as to propitiate the establishment of an ontic-ontological concept of crime suitable to scientific investigation, immediately followed by a discussion of the action and of the legal type in the analytical concept of crime, making it possible to have intention and negligence as subjective elements of the crime, as well as to draw a distinction between recklessness and willful blindness.

Secondly, the theory of the proof in Criminal Processual Law is addressed, and its concepts, which are mainly instrumental, are reconstructed under the perspective of a Democratic State of Rights. Controversial themes such as the purpose of the proof, clues (circumstantial evidence) as possible means of proof, presumptions and proof assessment systems are addressed among others, in a constant attempt to confront the outdated instrumental view with the new theoretical perspective proposed.

Finally, the conclusions drawn from both views are brought together and the problematic issue of the proof, which is undoubtedly objective, is dealt with in determining the animical element driving the agent when the crime was committed. An additional complexity to this issue lies not only in the evidently close distinction between recklessness and willful blindness but also, and more importantly, in the present day tendency to make, in certain circumstances, recklessness accountable for homicides resulting from traffic violations.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	10
2 TEORIA GERAL DO DELITO	15
2.1 PREÂMBULO	15
2.2 CONCEITOS DE CRIME	19
2.2.1 <i>Os conceitos analíticos (operacionais ou dogmáticos)</i>	21
2.2.1.1 Conceção clássica (causal ou positivista-naturalista).....	26
2.2.1.2 Conceção neoclássica (normativista ou neokantista)	32
2.2.1.3 Conceção finalista (ôntico-fenomenológica).....	38
2.3 PREMISSAS ESTABELECIDAS A PARTIR DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME E INDISPENSÁVEIS AO OBJETO DE ESTUDO PROPOSTO	44
3 A AÇÃO, O TIPO E A TIPICIDADE: O DOLO E A CULPA COMO ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO.....	53
3.1 A AÇÃO <i>LATO SENSU</i>	53
3.1.1 <i>Teoria causal ou naturalista</i>	56
3.1.2 <i>Teoria finalista</i>	60
3.1.3 <i>Teoria social</i>	63
3.1.4 <i>Posição adotada e demais considerações relevantes</i>	64
3.2 O TIPO E A TIPICIDADE: NOÇÕES GERAIS	71
3.3 OS ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO	78
3.3.1 <i>O dolo</i>	81
3.3.2 <i>A culpa</i>	92
3.4 A DISTINÇÃO DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA CONSCIENTE NO DIREITO PENAL E SUAS LIMITAÇÕES	104
4 TEORIA DA PROVA E O PROCESSO PENAL.....	115
4.1 INTRÓITO	115
4.2 INCURSÕES NA TEORIA DA PROVA A PARTIR DO INSTRUMENTALISMO	116
4.2.1 <i>Noções gerais</i>	116
4.2.2 <i>Objetivo da prova</i>	121
4.2.3 <i>Fonte de prova</i>	122
4.2.4 <i>Objeto de prova</i>	123
4.2.5 <i>Meios ou métodos de prova</i>	128
4.2.5.1 <i>Interrogatório</i>	132
4.2.5.2 <i>Exame de corpo de delito e perícias em geral</i>	138
4.2.5.3 <i>Perguntas ao ofendido e inquirição de testemunhas</i>	141
4.2.5.4 <i>Indício</i>	144
4.2.6 <i>Princípios da prova</i>	148
4.2.7 <i>Sistemas de apreciação da prova – O procedimento probatório</i>	149
4.2.7.1 <i>Sistema da certeza legal</i>	151
4.2.7.2 <i>Sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz</i>	153
4.2.7.3 <i>Sistema das provas legais ou da certeza moral do legislador</i>	153

4.2.7.4 Sistema da livre convicção	155
4.3 PROPOSIÇÕES ACERCA DA TEORIA DA PROVA A PARTIR DAS TEORIAS DEMOCRÁTICAS DO PROCESSO NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	157
5 A COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO: A QUESTÃO RELATIVA AO DOLO EVENTUAL NOS CRIMES DE TRÂNSITO	171
5.1 DA NECESSIDADE DE PROVA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO – O ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO COMO OBJETO DE PROVA	171
5.2 OS ELEMENTOS DE PROVA NA DIFERENCIAÇÃO DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA CONSCIENTE	182
5.3 OS CRIMES DE TRÂNSITO – A CONTROVERTIDA QUESTÃO SOBRE O DOLO EVENTUAL NO HOMICÍDIO DECORRENTE DA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR	188
6 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.....	199
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	206

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não são poucos os casos de acidentes automobilísticos com vítimas fatais que sobretudo a mídia noticia (com indisfarçável sensacionalismo). Os pretensos culpados, na maioria das vezes, são retratados como pertencentes à parte mais abastada da sociedade e que, a bordo de seus veículos importados e possantes, ceifaram a vida de inocentes vítimas, quando não de uma família inteira, não sem antes consumir de maneira absolutamente irresponsável uma grande quantidade de bebida alcoólica, acabando por ocasionar o acidente ao adentrar na contramão direcional em velocidade muito superior à permitida.

Realmente, até mesmo pela magnitude da inquietação que representam na vida em sociedade, tais fatos reclamam uma intervenção do âmbito penal. Na esteira dos dizeres de TOLEDO:

A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Não além disso¹.

Contudo, por mais fatídicos e traumáticos que sejam tais acontecimentos e suas conseqüências, não se pode desvirtuá-los (do ponto de vista jurídico) no escopo de majorar uma reprimenda legalmente imposta na esperança (leviana esperança, diga-se de passagem) de que ela se revela como mais adequada àquela situação. Afinal, o princípio da legalidade (consubstanciado na fórmula do *nullum crimen nulla poena sine lege*, com previsão

¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 13-4.

constitucional²) exige a definição das circunstâncias do crime e da pena a ele cominada em momento anterior à realização da conduta que se pretenda incriminar.

Assim, pode-se concluir ser absolutamente inconstitucional qualquer tentativa *a posteriori* de modificar a qualificação jurídica de um fato, seja por qual motivo for que não por intermédio do devido processo legislativo³, observada, à obviedade, a máxima constitucional supra transcrita.

Contudo, inobstante tais ponderações, tem surgido uma tendência no mundo jurídico, quase como uma fórmula matemática, de conjugar algumas características típicas desses crimes de trânsito (cuja expressa previsão do Código de Trânsito já diz se tratar de homicídio culposos⁴) para elevá-lo à categoria dolosa, como se tais circunstâncias tivessem o condão de, *per se*, modificar o elemento anímico do agente.

E foi a partir da análise de um destes inúmeros casos que se pretendeu abordar este que constitui “um dos pontos mais controvertidos e nevrálgicos da teoria do delito”⁵: a limítrofe e tênue distinção entre dolo eventual e culpa consciente. Em que ponto diferem e onde se aproximam? Quais circunstâncias permitem a conclusão num ou noutro sentido? Seriam elas fáticas ou anímicas? Há a possibilidade de sua representação? Afinal, em que consistem e como se diferenciam o dolo (eventual) e a culpa (consciente)?

Para tanto, por se tratar de tema que exige uma abordagem multi e interdisciplinar, faz-se necessária incursões tanto no Direito Penal quanto no âmbito do Direito Processual Penal. Afinal, enquanto àquele ramo incumbe diferenciá-los conceitualmente, formulando proposições nesse sentido, a este interessará a prova daquilo que pelo primeiro foi estabelecido, isto é, acaso seja possível comprovar-se o dolo e a culpa.

² Conforme o art. 5º, XXXIX da Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

³ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 187.

⁴ Segundo dispõe a Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro): “Art. 302. Praticar homicídio culposos na direção de veículo automotor: Penas – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 346.

A Dogmática jurídico-penal, portanto, terá notável contribuição na fixação do ponto de partida da presente pesquisa, fornecendo um conceito de crime adequado à investigação científica. Na esteira do que preleciona LOPES:

O Direito Penal, como conjunto de normas que prevê ações ou omissões puníveis e as respectivas penas, é constituído pela legislação penal vigente em cada país. Mas o estudo sistemático desta legislação é o objeto da Ciência do Direito Penal, também chamada dogmática jurídico-penal. Esta dogmática, valendo-se do processo lógico-formal, instituiu o denominado método técnico jurídico, que, fazendo exegese da norma, procura penetrar-lhe o sentido e seus fins, para agrupar as que têm caracteres e objetivos comuns em institutos, os quais, por sua vez, são dispostos, de modo ordenado, formando o sistema do direito penal vigente, para cuja construção são empregadas a análise e a síntese, a dedução e a indução, formando um conjunto uniforme e coerente de conceitos doutrinários. A teoria da norma, a teoria do crime e a teoria da pena resultam da adoção destes processos lógicos, que permitem reunir em grupos idéias e conceitos peculiares a cada uma delas⁶.

E também BITENCOURT e CONDE:

Corresponde al jurista, a la Ciencia del Derecho penal y más exactamente a la Dogmática jurídico-penal, elaborar ese concepto del delito en el que estén presentes las características generales comunes a todos los delitos en particular. Para ello hay que partir de lo que el Derecho penal positivo considera como delito; no sólo de la definición general del mismo contenida em el Código penal, sino de todos los preceptos legales que se refieren al delito, deduciendo las características generales comunes a todo delito⁷.

Destarte, definido o conceito analítico de delito como o mais adequado e apresentadas as diversas nuances desse mesmo conceito, poderemos manifestar adesão a um desses posicionamentos de modo a propiciar a localização do dolo e da culpa nesse mesma concepção (os quais, advirta-se desde logo, serão entendidos como elementos subjetivos do tipo).

Afinal, nos termos do que afirma MEZGER:

⁶ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 26.

⁷ “Corresponde ao jurista, à Ciência do Direito Penal e mais especificamente à Dogmática jurídico-penal, elaborar esse conceito de delito onde estão presentes as características genéricas comuns a todos os delitos em particular. Para tanto, parte-se daquilo que o Direito Penal positivo considera como delito, não só a definição geral contida no próprio Código penal, mas sim de todos os preceitos legais que se refiram ao delito, deduzindo as circunstâncias genéricas comuns a todo delito” (tradução do autor). BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 3.

Como efeito, a convivência externa das pessoas é sempre, do início ao fim, somente a expressão de sua atitude interna e psíquica. O Direito não pode ignorar esse aspecto, se o Direito não quer ser e não deve ser, fundamentalmente, uma ordenação dos sentimentos, pode e deve incluir em suas apreciações também o psíquico como origem da conduta externa⁸.

Nesse instante, tornar-se-á possível a delimitação do conteúdo do dolo e da culpa, bem como a sua classificação em direto e eventual (no que tange ao dolo) e consciente e inconsciente (em relação à culpa), com a conseqüente verificação *in loco* da proximidade de ambas as figuras e dos critérios usualmente empregados para tão difícil distinção.

Destaca-se, contudo, que até mesmo pelo fato do presente trabalho intentar discutir questões eminentemente processuais, a abordagem do Direito Penal se mostrará parcimoniosa, não constituindo objeto da investigação que nos propusemos a discussão acerca de todos os problemas relativos à teoria do crime.

Vale dizer, tanto o Direito Penal quanto a Dogmática se revelarão como imprescindíveis à fixação e apreensão dos conceitos relativos ao dolo e a culpa mas não serão raras as vezes que limitaremos a exposição para não perder o foco dos fins objetivados pelo presente trabalho.

E assim, como visto, a despeito das repercussões na esfera do Direito Penal, este, por si só, é insuficiente para a pretendida delimitação entre o dolo eventual e a culpa consciente. A verificação se volta, assim, ao instituto jurídico da prova no processo penal.

A partir do conceito de teoria geral do processo como “um conjunto de conhecimentos organizados para comparar, unificar e identificar os princípios, sistemas e institutos que definem o processo e o direito processual”⁹, ou seja, admitindo-se como fundamento de existência da teoria geral do processo uma base principiológica uníssona (mais especificamente os princípios institutivos do processo, quais sejam, a ampla defesa, a

⁸ Apud PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 348.

⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 175.

isonomia e o contraditório¹⁰), aplicável, portanto, tanto à esfera civil quanto à penal, é de se notar que nesse marco é que deverá se situar a teoria da prova.

E assim, à míngua de estudos acerca do instituto jurídico da prova em bases processuais penais democráticas, revolver-se-á a prova sob o enfoque do instrumentalismo para, logo em seguida, desconstituir tudo aquilo que se mostre como inconcebível sob o paradigma do Estado Democrático de Direito¹¹. Paralelamente, apresentar-se-ão noções (tais como meios de prova, instrumentos de prova e elementos de prova) que constituirão mais valia para a investigação acerca da comprovação do elemento subjetivo do tipo.

Por fim, empreender-se-á a reunião daquilo que restou delimitado pelas duas vertentes da pesquisa, promovendo-se, assim, uma abordagem da problemática da prova – inegavelmente objetiva – na comprovação do elemento anímico que move o agente quando do cometimento de um crime, notadamente pela dificuldade decorrente da proximidade das figuras do dolo eventual e da culpa consciente, tudo isso, não se perca de vista, sob os paradigmas definidos e assentados pela presente exposição.

¹⁰ Taxionomia adotada por LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 88-90.

¹¹ A Constituição em vigor, promulgada em 5 de outubro de 1988, proclama, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. Segundo LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 47, o Estado brasileiro há de se ater à principiologia constitucional da democracia (incisos I a V e parágrafo único do art. 1º), com o necessário e legal rompimento com a teoria do Estado mínimo dos neoliberais e comprometimento irrestrito com a liberdade política de participação para equacionar o número de demandas e respostas surgidas na problemática do povo. Nos termos de SILVEIRA NETO, Honório. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito UFMG*, v. 33, p. 37, o Estado Democrático de Direito vai além dos meros aspectos formais de participação do poder e da liberdade dos cidadãos garantida por instrumentos constitucionais, procurando realizar valores históricos, e conquistas consagradas, tais como a liberdade, paz e democracia. O Estado estaria para o homem, assim, como instrumento de libertação da sociedade. E assim, conforme CARVALHO NETTO. Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, v. 3, p. 482, é de se notar que “no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto”. Destarte, na esteira da lição de DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 85-86, “as decisões, os pronunciamentos emanados dos órgãos jurisdicionais ou os chamados provimentos, sob influência da doutrina italiana, na concretização da função jurisdicional, são atos estatais imperativos, que refletem manifestação do poder político do Estado, poder que jamais poderá ser arbitrário, insista-se, mas poder constitucionalmente organizado, delimitado, exercido e controlado conforme as diretivas do princípio do Estado Democrático de Direito”.

2 TEORIA GERAL DO DELITO

2.1 Preâmbulo

Dentre os infindáveis comportamentos humanos, sobressaem-se aqueles cujas repercussões escapam à estreita esfera individual e acabam por macular, muitas vezes de forma irremediavelmente negativa, os valores, bens ou interesses de outro ser humano, ou até mesmo aqueles pertencentes à coletividade, cuja preservação constitui pressuposto da continuidade da convivência social.

Tais condutas, coloquialmente denominadas de crimes ou delitos¹², constituem das mais graves manifestações comportamentais do ser humano. Toda sociedade, independentemente da postura cultural e ideológica que adota, produz uma taxa inevitável de crime à míngua das variáveis de tempo e lugar, razão pela qual MOLINA e GOMES chegam

¹² Para os fins do presente trabalho, adota-se a teoria bipartida (também denominado de critério dicotômico), tal qual o ordenamento jurídico brasileiro (assim como o português, o italiano, o turco, o peruano, o suíço, o dinamarquês, o norueguês, o finlandês e o holandês, dentre outros): o gênero infração penal engloba as espécies crimes (ou delitos) e contravenções, em contraposição ao critério tripartido (critério tricotômico), adotado pelas legislações da França, da Bélgica, da Áustria, do Japão, da Grécia e da Suíça, nas quais as infrações se subdividem em crimes, delitos e contravenções (em ordem decrescente de gravidade). Veja: GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 13; PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 238-9; GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 129. PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 108; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 143; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Estrutura do direito penal*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 156; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 25; TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 16; BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 57; BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale: parte generale*. 9. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976, p. 219.

a afirmar que “o comportamento delitivo é, portanto, uma resposta previsível, típica, esperada: normal”¹³.

A noção de crime, portanto, inquestionavelmente presente na sociedade, perpassa, necessariamente, pela noção de conduta¹⁴. Conforme lecionam ZAFFARONI e PIERANGELI:

O direito pretende regular conduta humana, não podendo ser o delito outra coisa além de uma conduta. Se admitíssemos que o delito é algo diferente de uma conduta, o direito penal pretenderia regular algo distinto da conduta e, portanto, não seria direito, pois romperia o atual horizonte de projeção de nossa ciência.

O princípio *nullum crimen sine conducta* é uma garantia jurídica elementar. Se fosse eliminado, o delito poderia ser qualquer coisa, abarcando a possibilidade de penalizar o pensamento, a forma de ser, as características pessoais, etc. Neste momento de nossa cultura isto parece ser suficientemente óbvio, mas, apesar disto, não faltam tentativas de suprimir ou de obstaculizar este princípio elementar¹⁵.

O legislador pratica um ato de conhecimento¹⁶ quando valora abstratamente um sem-número de condutas, erigindo à categoria de delito aqueles cujas ofensas são praticadas em desfavor de determinados bens ou valores tidos como indispensáveis à plena vivência (e convivência) humana, os chamados bens jurídicos¹⁷ (na esteira do que leciona BEMFICA, “o

¹³ GOMES, Luiz Flávio Gomes; MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 72. No mesmo sentido tem-se a lição de CARNELUTTI, Francesco. *Teoria general del delito*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1952, p. 2, para quem “em toda sociedade, grande ou pequena, acontecem fatos contrários ao bem comum: homicídio, furto, traição. Provisoriamente, poderíamos dar a estes fatos o nome de delitos. Sua mesma natureza, fundada na oposição ao bem comum, demonstra que a sociedade, se quiser viver, tem que reagir contra eles. E, a propósito, se desenvolve, em certa medida, uma verdadeira luta, como ocorre com as doenças” (tradução do autor). No original: “en toda sociedad, grande o pequeña, acaecen hechos contrarios al bien común: homicidio, hurto, traición. Provisionalmente, podríamos dar a estos hechos el nombre de delitos. Su misma naturaleza, fundada en la oposición al bien común, demuestra que la sociedad, si quiere vivir, tiene que reaccionar contra ellos. Y, a propósito, se desarrolla, en cierta medida, una verdadera lucha, como ocurre con las enfermedades”.

¹⁴ Teremos a oportunidade de, em tópico específico, nos manifestarmos acerca do termo conduta (bem como sobre o de ação). Para o momento, basta-nos a referência à noção coloquial de conduta (comportamento).

¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 409.

¹⁶ Ato de conhecimento, segundo ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 407, é o que se limita a fornecer dados ao observador, sem alterar o objeto enquanto “matéria do mundo”.

¹⁷ Segundo BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7-8, o conceito de bem jurídico “surgiu como uma forma de limitar o poder penal do Estado”, tendo a função, na mesma linha de raciocínio esposada por Claus Roxin, salienta o autor, de “garantir a um grupo de indivíduos – os seus súditos – as condições de existência que satisfaçam as suas necessidades vitais. Em cada situação histórica e social aqueles

direito não cria conduta humana; valoriza-a”¹⁸). Aliás, como bem assevera TUBENCHLAK, “é levando-se em conta a gravidade de uma infração, i. é, o teor de ilicitude ou contrariedade ao Direito de uma conduta, que se forjam as normas legais atinentes”¹⁹.

Muito embora as condutas de um homicida, de um estupro ou de um estelionatário possam ser distinguidas de maneira quase naturalística, não é menos certo asseverar que todas elas se subsumem a determinadas especificidades comuns que as possibilitam serem classificadas como crimes.

pressupostos imprescindíveis para assegurar a existência de um grupo humano são considerados bens jurídicos. Eles se concretizam numa série de condições valiosas como a vida, a liberdade, o patrimônio. Cabe ao Direito Penal assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação”. Para TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16, bem jurídico é “toda situação social desejada que o direito quer garantir contra lesões”. Já nos termos de PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 249, “o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (*Wertbild*) vazado na Constituição”. Já se vê, portanto, que é esta noção de bem jurídico que legitima a intervenção penal estatal. Do mesmo modo se manifesta LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 34-135, para quem “o princípio do bem jurídico é a segunda construção da dogmática penal inspirada pelas idéias liberais no estado de direito. Uma ação humana só é criminosa quando viola um bem protegido pela norma jurídica. Todos os elementos materiais do crime podem estar presentes numa determinada ação, mas se o bem jurídico, protegido pela lei, não foi lesado, o crime não se configura. Assim, no exemplo de Giuseppe Bettiol, uma falsificação grosseira não é uma falsificação criminosa. Como não é furto a subtração de coisa alheia de valor ínfimo. Como a diminuta lesão corporal não é crime de lesão corporal. Os bens jurídicos são objetivos, limitados e estão contidos na lei, expressa ou implicitamente. A vida, a integridade corporal, a saúde, a honra, a liberdade pessoal, o patrimônio, o sentimento religioso, a administração pública, etc. são bens jurídicos, bens indispensáveis ao homem e à sociedade”. Destarte, conclui o autor, “a pesquisa do bem jurídico delimita as zonas do lícito e do ilícito, ensejando certeza para o magistrado e segurança para o cidadão. Deve ser defendido e mantido pelo direito penal contemporâneo, cuja parte especial é sistematizada conforme o critério da objetividade jurídica dos delitos”. Ainda segundo o mesmo autor, há uma tendência da moderna doutrina alemã de partir de princípios constitucionais no intuito de definir e delimitar o conceito de bem jurídico, “preceito que é prévio e obrigatório para a legislação penal”, constituindo iniciativa “louvável, porque impõe normas superiores, ao legislador ordinário, para a limitação da liberdade e para a fixação da responsabilidade. É necessário, porém, lembrar que a Constituição esteja à altura da época em que foi elaborada, nunca conservando os velhos valores duvidosos e sempre acolhendo os valores novos conquistados”. Também da mesma forma se manifesta GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 4: “Sendo a finalidade do Direito Penal a proteção dos bens essenciais ao convívio em sociedade, deverá o legislador fazer a sua seleção. Contudo, embora esse critério de escolha de bens fundamentais não seja completamente seguro, pois que nele há uma forte conotação subjetiva, natural da pessoa humana encarregada de levar a efeito tal seleção, podemos afirmar que a fonte de todos esses bens encontra-se na Constituição. Os valores abrigados pela Constituição, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar social, a igualdade e a justiça são de tal grandezza que o Direito Penal não poderá virar-lhe as costas, servindo a Lei Maior de norte ao legislador na seleção dos bens tidos como fundamentais” num duplo papel: “se de um lado orienta o legislador, elegendo valores considerados indispensáveis à manutenção da sociedade, por outro, segundo uma concepção garantista do Direito Penal, impede que esse mesmo legislador, com uma suposta finalidade protetiva de bens, proíba ou imponha determinados comportamentos, violando direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também consagrados pela Constituição”.

¹⁸ BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 70.

¹⁹ TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 15.

E é a teoria do delito que cuida do estabelecimento desses requisitos necessários para a classificação de determinada conduta humana como delituosa ou não²⁰. BITENCOURT e CONDE definem seu objeto como sendo o estabelecimento “de las características que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea éste en el caso concreto una estafa, un homicidio o una malversación de caudales públicos”²¹.

Vê-se, desde logo, que o Estado Democrático de Direito não pode prescindir das bases estruturais da teoria do delito, notadamente no que diz respeito à segurança jurídica (intimamente vinculada ao princípio da legalidade²²), vez que neste modelo estatal, conforme lição de CARVALHO NETTO:

É de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto

²⁰ Segundo MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991, p. 1, “uma teoria sobre o delito implica em encontrar os fundamentos jurídicos comuns a toda ação punível”. Já para FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 143, “a teoria do crime é a parte da Dogmática-Jurídico-Penal que estuda o crime como fato punível, do ponto de vista jurídico, para estabelecer e analisar suas características gerais, bem como suas formas especiais de aparecimento”.

²¹ “das características que devem ter qualquer fato para ser considerado delito, seja este no caso concreto uma fraude, um homicídio ou uma malversação de bens públicos” (tradução do autor). BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 1. No mesmo sentido lecionam ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 383: “‘chama-se ‘teoria do delito’ à parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que deve ter qualquer delito”.

²² Previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, que também encontra guarida no art. 1º do Código de Processo Penal, decorre do adágio latino *nullum crimen nulla poena sine lege*, formulado por Feuerbach, conforme leciona TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 73. Para GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 90, o princípio da legalidade é, “sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal”, porque é por intermédio da lei que decorre “a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibidas (comissivas e omissivas), sob a ameaça de sanção”. Da mesma forma se manifesta VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 75, que leciona que ambos os dispositivos consagram “os dois mais importantes princípios que regem o Direito Penal moderno: o da reserva legal e o da anterioridade da lei penal”. Segundo GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: introdução*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 134-45, o princípio da legalidade importa nas seguintes “dimensões de garantia”: *lex scripta, lex populi, lex clara, lex determinata, lex stricta, nulla lex sine iuria e lex praevia*. Já para BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 15, “os fundamentos do princípio da reserva legal são de ordem filosófica, política e científica”, sendo que o mais importante deles foi o político, “mormente pelas idéias de Charles de Secondat, o famoso Barão de Montesquieu, com a divisão dos poderes pela doutrina de Jean Jacques Rousseau e pela difusão do livro de Cesare Beccaria, que havia dito que ‘só as leis podem decretar penas para os delitos...’”. No mesmo sentido: FOLCHI, Mario O. *La importância de la tipicidad em derecho penal*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1960, p. 150.

na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto²³.

E é pela possibilidade, portanto, do estabelecimento de critérios fixos no intuito de estruturar a concepção de uma taxionomia acerca das ações humanas tidas como criminosas que se impõe uma verificação inicial dos mais diversos entendimentos acerca do crime, de modo a localizar o objeto de estudo do presente trabalho, tomando-se sempre como base o paradigma do Estado Democrático de Direito.

2.2 Conceitos de crime

É possível afirmar que, ao menos durante os últimos dois séculos, diversos estudiosos do direito penal formularam as mais variadas concepções, negaram veementemente aquilo que outros haviam concebido ou deram continuidade a lições esquecidas pelos seus criadores, dentre outras inúmeras tarefas, tudo com o nítido propósito de encontrar a mais fiel e adequada conceituação do crime.

RUIZ admite que “tormentoso ha sido en la doctrina el debate sobre la definición del delito, por cuanto cada autor y cada escuela pretenden ofrecer una noción propia, sin que haya sido posible encontrar un acuerdo a respecto”²⁴. Foram vários os conceitos de crimes concebidos: formais²⁵, materiais²⁶, legais²⁷, dentre outros, mas à investigação científica

²³ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, v. 3, p. 482.

²⁴ “Tem sido tormentoso o debate na doutrina sobre a definição do delito, haja vista cada autor e cada escola pretendem oferecer uma noção própria, sem que tenha sido possível chegar-se a um acordo a respeito” (tradução do autor). RUIZ, Sérgio Túlio. *La estructura del delito*. Bogotá: Editorial Temis, 1978, p. 1.

²⁵ Tais conceitos se referem apenas à parte à aparência externa do crime, ou, como bem leciona MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 95, “alcançam apenas um dos aspectos do fenômeno criminal, o mais aparente, que é a contradição do fato a uma norma de direito, ou seja, sua ilegalidade como fato contrário à norma penal”, não penetrando, contudo, em sua essência, em suas

proposta pela dogmática jurídico-penal interessa o conceito analítico e suas variações (fruto, ressalte-se desde logo, dos momentos históricos em que foram concebidos).

peculiaridades intrínsecas, o que certamente motivou TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 179, a afirmar que os conceitos formais “não informam a atividade legislativa, não limitam o poder estatal de punir e não explicam nada a ninguém”. Segundo relata MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 103, a clássica definição formal de crime da autoria de Carmignani (crime é o fato humano contrário à lei) é até hoje adotada por diversos ordenamentos legais, tais como os da Espanha, de El Salvador, de Honduras, do México e do Uruguai. Coletamos, a seguir, algumas dessas definições formais de crime a título unicamente exemplificativo: para BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale: parte generale*. 9. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976, p. 187, crime é “todo fato humano proibido pela lei penal” (tradução do autor). No original: “ogni fatto dell’uomo vietato dalla legge penale”; para RUIZ, Sérvio Túlio. *La estructura del delito*. Bogotá: Editorial Temis, 1978, p. 4, crime é “a conduta humana à qual o ordenamento jurídico comina uma sanção criminal, como consequência de sua realização no mundo exterior” (tradução do autor). No original: “la conducta humana a la cual el ordenamiento jurídico le asigna una sanción criminal, como consecuencia de su realización en el mundo exterior”; para MAGGIORE, crime é “qualquer ação legalmente punível” (tradução do autor). No original: “ogni azione legalmente punibile”; para FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 146, o delito é “toda ação ou omissão proibida pela lei, sob ameaça de pena”; para BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 2, crime é a “conduta castigada pela lei com uma pena” (tradução do autor). No original: “conducta castigada por la ley con una pena”; para BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 267, “crime é todo fato que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena”; para GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 133, crime é “toda conduta que atentasse, que colidisse frontalmente contra a lei penal editada pelo Estado”.

²⁶ Os conceitos materiais, por sua vez, conforme leciona PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 236, dizem “respeito ao conteúdo do ilícito penal – caráter danoso da ação ou seu desvalor social. Transcrevem-se, por oportuno, algumas dessas definições fornecidas pelos mais diversos juristas: para GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 133, crime é “aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes”; para FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 147, crime é “a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena, ou que se considere afastável somente através da sanção penal”; para GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 17, crime é “o fato humano lesivo ou perigoso (ofensivo) a um interesse relevante para a convivência social”; para IHERING *apud* TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 26, o crime pode ser tido como “ataque às condições fundamentais da vida social”; para BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 6, o crime é definido “como violação ou exposição a perigo do bem jurídico” para BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale: parte generale*. 9. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976, p. 187, o crime é “todo fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade” (tradução do autor). No original: “ogni fatto dell’uomo lesivo di un interesse che sia tale da compromettere le condizioni di esistenza, di conservazione e di sviluppo della società”.

²⁷ Conceito legal de crime é aquele fornecido pela própria lei, afinal, crime é aquilo o que a lei assim considera. Nesses termos, tem-se o artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal brasileiro: “Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”. A definição legal é classificada como formal pelos juristas (nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 16; TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 182). Vale citar, nesses termos, os dizeres de PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 108, quando afirma qual a razão do legislador optar pelo conceito formal: “os Códigos, que não são livros de doutrina, esquivam-se de propor definições. Assim, evita-se filiar a norma legal à compreensão de quem legisla, atrelando-a, muitas vezes de modo impróprio, a uma escola, teoria ou visão jurídica, indesejável a uma obra que deve ensinar a melhor proteção aos bens jurídicos e a mais correta realização da justiça penal”.

2.2.1 Os conceitos analíticos (operacionais ou dogmáticos)²⁸

Foi diante da comprovada insuficiência dos inúmeros conceitos²⁹ formulados pelos estudiosos (sejam formais, materiais ou legais) que se passou a buscar um conceito analítico acerca do crime, ou seja, um conceito que propiciasse a decomposição de todos os elementos ou características que o compõem.

Segundo PRADO, no conceito analítico “decompõe-se o delito em suas partes constitutivas – estruturadas axiologicamente em uma relação lógica (análise lógico-abstrata)”³⁰. Já TELES leciona que “conceituar, analiticamente, o crime, é extrair, de todo e qualquer crime, aquilo que for comum a todos eles, é descobrir as suas características, as suas notas essenciais, os seus elementos estruturais”³¹. Conforme GOMES, “do ponto de vista analítico, a questão consiste em saber se devemos falar em delito ou em fato punível, se o delito tem dois ou três requisitos etc.”³². FRAGOSO e MIRABETE, por outro lado, combatem a idéia de uma concepção analítica nos termos acima transcritos, afirmando que

²⁸ Referida conceituação se contrapõe à concepção unitária do delito, segundo a qual o crime se apresenta como uma entidade e não se deixa cindir em diversos elementos. O delito, nesses termos, seria uma entidade essencialmente unitária, e organicamente homogênea e sua realidade seria intrínseca à sua unidade. Cf. BETANCOURT, Eduardo López. *Teoría del delito*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1995, p. 4. No mesmo sentido: MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991, p. 3; BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale: parte generale*. 9. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976, p. 196. Há resquícios do método de exame unitário do delito nos estudos de Carnelutti, para o qual os elementos do crime não são partes do ato, fisicamente separados e separáveis, mas aspectos dele, apenas logicamente distintos. Cf. COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v.1, t. I, p. 539.

²⁹ TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 182, por exemplo, afirma que tais conceitos não respondem ao interesse do estudioso do Direito Penal, pois não se consegue afirmar, com a necessária segurança, quando um fato é ou não considerado criminoso.

³⁰ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 237.

³¹ TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 183.

³² GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 6, p. 73.

melhor seria falar-se em requisitos, aspectos ou características do crime, haja vista ser o delito insuscetível de fragmentação em elementos³³.

A questão, porém, é puramente terminológica e de modo algum é capaz de interferir na concepção analítica de crime propriamente dita a ponto de comprometê-la³⁴. Na verdade, pode-se afirmar que o delito é um todo unitário, parafraseando BATTAGLINI, cuja decomposição em elementos é feita unicamente por questões práticas³⁵.

A importância da noção analítica do delito é ressaltada por SANTOS:

Definição operacional de fato punível – também denominada definição analítica de crime – capaz de indicar os pressupostos de punibilidade das ações descritas na lei penal como crimes, de funcionar como critério de racionalidade da jurisprudência criminal e de contribuir para a segurança jurídica do cidadão no Estado Democrático de Direito³⁶.

Do ponto de vista analítico, portanto, a questão fulcral reside na delimitação de quantos requisitos possui o delito e na exata compreensão de quais são eles. A pergunta “houve delito?”, de apenas aparente simplicidade franciscana, esconde uma complexidade somente perceptível na análise de casos concretos: conforme exemplo citado por ZAFARONI

³³ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 148; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 96. Há que se ressaltar, contudo, a observação feita por PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 110, no sentido de que o próprio Código Penal, em seu art. 14, se refere aos elementos do crime, e, nesse sentido, o que se encontra prescrito na lei não deve, em princípio, ser repellido.

³⁴ No mesmo sentido: TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 27.

³⁵ Cf. BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva – Edusp, 1973, v. 1, p. 129. Segundo ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 51, “a formulação de estratificação teórico-abstrata para o delito presta-se a possibilitar sua análise por método lógico. O delito, como fenômeno naturalístico, não é cindível em etapas, e a percepção distinta dos vários aspectos da conduta humana apenas orienta o procedimento da análise necessária à identificação do fato punível”. No mesmo sentido: MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: Uma Análise Causal e Finalista da Ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1991, p. 2; PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 110.

³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 2.

e PIERANGELI, poderia ser considerada como delituosa a conduta de um sujeito que se apoderou de uma jóia em uma joalheria?³⁷

Uma resposta formulada de maneira precipitada à questão pode conduzir a um inexorável erro: isso porque, advertem os citados autores, muito embora a conduta se amolde de maneira apriorística ao preceito do art. 155 do Código Penal³⁸, pode suceder que o sujeito:

Tivesse se apoderado das jóias por engano, ou porque necessitava de dinheiro para a cirurgia de seu filho que corria perigo de vida, ou que a jóia fosse sua e acreditasse que pertencia ao joalheiro, ou que a tivesse tomado para ameaçar o joalheiro de que a destruiria se não lhe entregasse uma carta comprometedora com que este vinha lhe extorquindo dinheiro³⁹.

E em tais circunstâncias, poder-se-ia falar em crime? Bem, só o fato da dúvida vir à mente do interlocutor já implica, necessariamente, no reconhecimento de que a resposta positiva ou negativa à pergunta “houve delito?” depende de uma série de fatores, os quais influem de modo decisivo na classificação de um fato como criminoso ou não.

E são exatamente os aludidos fatores, também denominados pela doutrina de requisitos, elementos ou características, que constituem a base estrutural da conceituação analítica do crime, sobre os quais inúmeros juristas ao longo dos tempos procuraram debruçar seus esforços. Reconheceram, destarte, a incapacidade de apenas uma pergunta (“houve delito?”) ser suficiente à formulação de uma resposta segura e precisa daquilo que se denomina como crime, devendo ela ser decomposta em tantas quantas forem necessárias à elucidação de todos os seus elementos e formuladas na estrita observância de uma ordem lógica.

Convém lembrar, nesses termos, a importante ressalva feita por ZAFFARONI e

PIERANGELI:

³⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 383.

³⁸ “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” (Art. 155 do Código Penal).

³⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 383.

Deve ficar bem claro que quando afirmamos que o conceito ou a explicação que damos ao delito é estratificado, queremos dizer que se integra em vários estratos, níveis ou planos de análise, mas isto de nenhuma maneira significa que o estratificado seja o delito: o estratificado é o conceito que do delito obtemos por via da análise⁴⁰.

Desse modo, pode-se afirmar o delito é um só, “um todo unitário e indivisível”⁴¹, ou seja, “uma unidade e não uma soma de componentes”⁴², cuja divisão ou estratificação é feita apenas e tão-somente no plano abstrato, tendo a conceituação analítica o nítido propósito de possibilitar a acurada análise dos incontáveis casos que surgem nas diversas esferas do cotidiano humano, facilitando a aplicação do direito.

A necessidade foi, certamente, a grande mola propulsora da elaboração de um conceito analítico, mas a origem histórica de tal conceituação não é apontada com muita precisão pelos juristas, sendo tido o final do século XIX e início do século XX (fase dos avanços científicos) como o mais provável período de seu surgimento⁴³. FRAGOSO, por sua vez, aponta que a análise dos elementos do delito foi iniciada por Carmignani em sua obra *Elementa Juris Criminalis*, publicada na edição definitiva no ano 1833, muito embora alguns autores que o precederam (como, por exemplo, Deciano em seu *Tractatus Criminalis* (1590)⁴⁴ e Bohemero em *Elementa jurisprudentiae criminalis*) também já indicassem a existência de elementos essenciais ao crime⁴⁵.

O conceito analítico é, basicamente, obtido através do estudo das leis penais. É mediante a observação dos dispositivos constantes do código penal, mais especificamente

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 386.

⁴¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 135.

⁴² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 387.

⁴³ Cf. TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 1.

⁴⁴ *Apud* COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 578, para quem o crime era “um fato, dito ou descrito pelo homem, por dolo ou por culpa proibido pela lei vigente, sob ameaça de pena, que ninguém poderia causar sem justa causa”.

⁴⁵ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 147.

daqueles que se encontram preconizados pela parte especial⁴⁶, que se torna possível inferir, mediante raciocínio lógico-sistêmico, quais seriam as características genéricas do delito⁴⁷.

DIAS assim define o processo da construção da noção analítica de crime:

A construção do conceito de facto punível, tal como hoje se apresenta, é filha de uma experiência de tal forma multimoda e plurifacetada que se impõe oferecer, a quem dela se aproxima pela primeira vez, modelos de compreensão, tanto quanto possível fáceis e manejáveis, das querelas actuais; mas que, na sua simplicidade, correspondam todavia, no essencial, à vivência e à evolução histórico-dogmáticas do último século. Correspondência que não poderá deixar de entrar em linha de conta com as mundividências culturais e filosóficas que estiveram na base das concepções principais e decisivamente as influenciaram⁴⁸.

Destarte, pode-se afirmar que a construção do conceito analítica do delito é elaborada por intermédio de um constante processo de evolução que se encontra em curso até os dias atuais, tendo sofrido marcantes influências dos momentos históricos nos quais foram concebidos. TAVARES, por exemplo, chega a afirmar que “conforme o sistema jurídico vigente, pode-se até mesmo variar a concepção de delito, fazendo-se inserir ou suprimir um ou outro de seus elementos essenciais”⁴⁹.

JESCHEK, discorrendo acerca de tal evolução, leciona:

En su multiformidad, el panorama de la actual dogmática alemana del Derecho penal parece a primera vista desconcertante. Sin embargo, se facilita su comprensión si se atiende al desarrollo de la teoría del delito desde hace más de cien años. Esta mirada retrospectiva histórico-dogmática denota que hay que distinguir en esencia tres fases del desarrollo de la moderna doctrina del delito: el concepto clásico del delito, el concepto neoclásico del

⁴⁶ Segundo TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 6, embora exista na parte geral do código penal uma série de dispositivos referentes ao crime, nela não se esgotariam todas as características do fato punível a ponto de fornecer elementos definitivos à doutrina para sua elaboração estrutural. O autor menciona, exemplificativamente, o fato de existirem códigos cuja parte geral é extremamente limitada, indicadora unicamente de aspectos relativos mais à aplicação da lei penal do que à elaboração de um conceito de crime propriamente dito.

⁴⁷ Ainda conforme TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 6, a omissão do legislador em conceituar o fenômeno criminoso, quer na parte geral, quer na especial, demandaria do jurista um “retrabalho” da ciência penal, consistente na colheita de subsídios tanto no modo de tratamento das diversas figuras delituosas entre si, quanto no descobrimento da real intenção do legislador ou da lei (interpretação sistemático-teleológica).

⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 193-4.

⁴⁹ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 6.

delito y el concepto delictivo del finalismo. Cada uno de estos sistemas se explica partiendo de sus raíces culturales y de su relación con la concepción de la época precedente, que se pretendió mejorar y superar mediante reformas en la estructura doctrinal. Porque, sin embargo, ninguna de esas teorías consiguió desplazar por completo a las demás, hoy continúan aún vivos, unos juntos a los otros, pensamientos procedentes de los tres sistemas⁵⁰.

E é pela influência das apontadas fases de desenvolvimento da moderna teoria do delito no seu atual conceito analítico que se torna indispensável proceder-se à análise histórico-dogmática (ainda que breve) de algumas delas, de modo a possibilitar não só o estabelecimento de uma evolução paulatina e gradual desta conceituação (na medida em que nenhuma das etapas posteriores propôs uma ruptura absoluta daquela que precedera), mas também a correta compreensão e localização daquilo que constitui o objeto de investigação da presente pesquisa (dolo e culpa).

2.2.1.1 Conceção clássica (causal ou positivista-naturalista)

No final do século XIX e princípio do século XX, a obra “Lehrbuch des deutschen Strafrechts”⁵¹, da autoria de Franz von Liszt, logrou caracterizar o crime como sendo um “acto, contrario a derecho, culpable y sancionado con una pena”⁵². Concebida com fundamento no positivismo científico, “corriente filosófica que nace como respuesta a los

⁵⁰ “Em suas múltiplas formas, o panorama da atual dogmática alemã do Direito Penal parece, ao menos num primeiro momento, desconcertante. Sem embargo, sua compreensão é facilitada mediante a consideração de que o desenvolvimento da teoria do delito se dá há mais de cem anos. Esta pequena retrospectiva histórico-dogmática permite a distinção, em essência, de três fases do desenvolvimento da moderna teoria do delito: o conceito clássico de delito, o conceito neoclássico de delito e o conceito de delito do finalismo. Cada um desses sistemas é explicado a partir de suas raízes culturais e de sua relação com a concepção da época precedente, que se pretendeu melhorar e superar através de reestruturações em suas estruturas doutrinárias. Porque, sem embargo, nenhuma dessas teorias conseguiu desprezar por completo as demais, continuando até hoje vivos, uns juntos dos outros, pensamentos originários dos três sistemas” (tradução do autor). JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 180.

⁵¹ “Tratado de Direito Penal” (tradução do autor).

⁵² “ato contrário ao direito, culpável e sancionado com uma pena” (tradução do autor). *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 6.

excesos del Iusnaturalismo y según la cual no hay nada anterior al derecho legislado”⁵³, o núcleo desta concepção residia no conceito de ação, “entendida por Beling y v. Liszt de manera totalmente naturalística como movimiento corporal (acción en sentido estricto) y modificación del mundo exterior (resultado), unidos ambos por el vínculo de la causalidad”⁵⁴.

Merece menção a lição de DIAS a respeito do tema:

A concepção chamada “clássica” do facto punível assenta numa visão do jurídico decisivamente influenciada, em perspectiva político-criminal, pela “escola moderna” e, de forma geral, pelo naturalismo positivista que caracterizou o monismo científico próprio de todo o pensamento da segunda metade do século XIX. Também o direito teria como ideal a exactidão científica própria das ciências da natureza e a ele deveria incondicionalmente submeter-se; de sorte que, do mesmo modo, o sistema do facto punível haveria de ser apenas constituído por realidades mensuráveis e empiricamente comprováveis, pertencessem elas à facticidade (objectiva) do mundo exterior ou antes a processos psíquicos internos (subjectivos)⁵⁵.

Nesses termos, a ação era compreendida quase como um movimento corporal, intimamente ligada à vontade do agente, cuja consequência produzia uma alteração no mundo exterior perceptível pelos sentidos⁵⁶. Somente depois de constatada a presença de tal ação (entendida como elemento geral e comum a qualquer espécie de crime⁵⁷) é que se passaria à análise dos seus predicados, quais sejam: a tipicidade⁵⁸, a ilicitude e a culpabilidade.

⁵³ “corrente filosófica que nasce como resposta aos excessos do jusnaturalismo e segundo a qual não há nada antes do direito positivado” (tradução do autor). AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 42.

⁵⁴ “entendida por Beling e von Liszt de maneira totalmente naturalística como movimento corporal (ação em sentido estrito) e modificação do mundo exterior (resultado), ambos unidos por um vínculo de causalidade” (tradução do autor). JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 182.

⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 194-5.

⁵⁶ No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 6. Vê-se, desse modo, que o resultado (modificação do mundo exterior) se insere no conceito de ação. Cf. TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 18.

⁵⁷ Cf. TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 17.

⁵⁸ Convém lembrar que, embora não prevista expressamente nas obras de Von Liszt, a concepção clássica conheceu a noção de tipicidade através da lição de Beling (1906). No mesmo sentido: GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 18; TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 21; BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. I, p. 178; BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 7.

Tais atributos legais imperativos eram divididos em dois grandes grupos: no primeiro, eminentemente objetivo, repousavam a tipicidade e a ilicitude; no segundo, compreendido como a vertente subjetiva do delito, figurava a culpabilidade. Esta noção clássica e naturalística de objetivo-subjetivo, já iniciada por Feuerbach no final do século XVIII, ainda permanece viva em alguns ordenamentos jurídicos atuais, tais como o francês, cuja doutrina se limita em regra a distinguir “l’élément matériel et l’élément moral de l’infraction”⁵⁹.

A tipicidade, concebida segundo a proposta de Beling, vez que Von Liszt a mesclava juntamente com a antijuridicidade num conceito amplo de injusto⁶⁰, é apontada pela doutrina como a mais importante contribuição da teoria causal para o moderno conceito de delito⁶¹. A ação seria típica, portanto, “sempre que fosse lógico formalmente subsumível num tipo de crime, isto é, numa descrição puramente externo-objectiva da realização da acção, completamente estranha a valores e sentido”⁶².

⁵⁹ “o elemento material e o elemento moral da infração” (tradução do autor). Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 195.

⁶⁰ Conforme ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 395, “como dentro do injusto não se distinguia a tipicidade da antijuridicidade, havia muitíssimas condutas antijurídicas e culpáveis que não eram delitos. Se fazia necessário agregar outro requisito para evitar este fenômeno de caracterização insuficiente do delito. Para isto, depois da antijuridicidade e da culpabilidade, costumava-se agregar a punibilidade”, entendida como a submissão a uma pena.

⁶¹ Segundo TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 21, “a noção de tipo veio revolucionar inteiramente o Direito Penal, de tal modo que depois disso todas as construções sistemáticas do delito partem inquestionavelmente de seu pressuposto. Com efeito, foi com o conceito de tipo que se tornou possível a formulação do conceito analítico de delito”. Para BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. I, p. 178, foi a introdução da tipicidade no conceito de crime que excluiu a exigência da punibilidade. Do mesmo modo se manifesta ANDRADE, Wanderley. *A defesa criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 363: “ao conceber a teoria do tipo penal como elemento integrante e fundamental da conceituação jurídica do delito, dando ao vocábulo *Tatbestand*, do art. 59 do Código Penal alemão, uma nova interpretação, Ernst Von Beling proporcionou ao Direito Penal novos horizontes, estabelecendo um dos princípios jurídicos mais importantes da atualidade. A teoria do tipo representa, para o Direito Penal moderno, como diz Asúa, a pedra angular do direito punitivo, além de se constituir, na palavra de Frederico Marques, em ‘sólido alicerce de uma construção sistemática de caráter verdadeiramente científico’”. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 123; MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 39.

⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 195. Segundo VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 97, “Beling excluiu de seu conceito qualquer apreciação de valor do fato sob o aspecto jurídico, ou seja, os tipos foram por ele situados para além do lícito e do ilícito; e a ação tipificada, como qualquer outra espécie de ação,

Posteriormente, por obra principalmente de Mayer e Nagler, a tipicidade passou a ser entendida como indício da presença da antijuridicidade⁶³. “Isso quer dizer que quando o agente pratica um fato típico, provavelmente, esse fato também será antijurídico”⁶⁴.

A antijuridicidade, por sua vez, também integrava a vertente objetiva da concepção clássica e era tida como a etapa da valoração do ato, ainda que de uma perspectiva meramente objetiva, não se admitindo qualquer elemento ou componente subjetivo. Fundado no conceito de antijuridicidade objetiva de Von Ihering, “Von Liszt reconoce la antijuridicidad como la reprobación jurídica que recae sobre el acto, por ser contrario a derecho (valoración objetiva)”⁶⁵. A presença da antijuridicidade era verificada com a ausência de qualquer permissão para a causação do resultado: a ação típica se tornaria ilícita, portanto, “se no caso não interviesse uma causa de justificação, é dizer, uma situação (legítima defesa, estado de necessidade, obediência devida, etc.) que, a título excepcional, tornasse a ação típica em ação lícita e aceite pelo direito”⁶⁶.

Por fim, a culpabilidade era “entendida como relação psicológica entre a conduta e o resultado, em forma de dolo ou culpa”⁶⁷. Integrante da vertente subjetiva do crime, a

pode, segundo as circunstâncias, cair dentro da zona da licitude ou da ilicitude. Assim, assegurava o grande investigador penal a pureza e a independência da noção do tipo, ao lado dos outros elementos conceituais do crime”. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 117; ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1979, 57.

⁶³ Convém lembrar a advertência formulada por TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 22, de que “esse indício não se insere na proibição. Isto quer dizer, mais exatamente, que o tipo tem, antes de tudo, um caráter formal, não sendo mais do que um objeto, composto de caracteres conceituais objetivo-descritivos do delito, sobre o qual, posteriormente (na antijuridicidade), incidirá um juízo de valor, deduzido das normas jurídicas em sua totalidade”. No mesmo sentido: ANDRADE, Wanderley. *A defesa criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 363.

⁶⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 158.

⁶⁵ “Von Liszt reconhece a antijuridicidade como a reprovação jurídica que recai sobre o ato, por ser contrário ao direito (valoração objetiva)” (tradução do autor). AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 44.

⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 195.

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 395. No mesmo sentido: BALESTRA, Carlos Fontán. *El elemento subjetivo del delito*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1957, p. 4. Segundo TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 25-7, a concepção do dolo pela escola clássica abrangia a função de portador da consciência da antijuridicidade, ou seja, o chamado *dolus malus*: significava tanto a vontade de praticar o fato quanto a consciência de sua ilicitude. Já a ação

culpabilidade consistia na valoração do autor e dos componentes subjetivos do delito: TAVARES chega a afirmar que “o importante em tudo é o liame subjetivo que une o autor ao fato típico e antijurídico, através do dolo e da culpa”⁶⁸, sendo aquele apontado, inclusive, como o núcleo da culpabilidade. A imputabilidade, por sua vez, também integrava a culpabilidade, sendo apontada como seu pressuposto⁶⁹.

DIAS leciona:

A ação típica e ilícita tornar-se-ia em ação culposa sempre que fosse possível comprovar a existência, entre o agente (imputável, sc., capaz de culpa) e o seu facto objetivo, de uma ligação psicológica – daí esta doutrina ter ficado conhecida como concepção psicológica da culpa – susceptível de legitimar a imputação do facto ao agente a título de dolo (conhecimento e vontade de realização do facto) ou de negligência (deficiente tensão de vontade impeditiva de prever correctamente a realização do facto)⁷⁰.

Não demorou muito para que a concepção clássica de delito, já no início do século XX, fosse alvo de inúmeras críticas, dentre elas: num primeiro momento, percebeu-se que tal sistema não era capaz de explicar a essência da omissão (os crimes omissivos)⁷¹; do mesmo

culposa seria a causação ou o não impedimento, por ato voluntário, de um resultado que não foi previsto, mas que podia sê-lo, formulação que, segundo o mesmo autor, muito se assemelha à concepção da doutrina brasileira, baseada na imprudência, negligência e imperícia.

⁶⁸ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 25.

⁶⁹ Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 6; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 19; AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 44; BALESTRA, Carlos Fontán. *El elemento subjetivo del delito*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1957, p. 4.

⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 195.

⁷¹ Segundo AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 44, “o próprio Von Liszt fez a observação de que a essência da omissão reside no significado social que a ela é atribuída, consistente na não realização da ação esperada pelo ordenamento jurídico. Mas com tal significado estar-se-ia abandonando o conceito naturalístico de ação” (tradução do autor). No original: “el propio Von Liszt pronto observó que la esencia de la omisión reside en el significado social que se le atribuye, consistente en la no realización de la acción esperada por el ordenamiento jurídico. Pero con ello se estaba abandonando el concepto naturalístico de acción”. Ainda em relação à fragilidade deste conceito de ação, a crítica de TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 29 é de sobremaneira relevante: “no tocante à ação, fazendo pertencer a essa o resultado, deveria tratar-se nela, como conseqüência lógica, das questões atinentes à relação de causalidade, bem como compreender-se aí um resultado extratípico ou fora do tipo. Essa colocação, porém, é insustentável. Primeiramente, todo resultado, que não esteja tipicamente caracterizado, é penalmente irrelevante. Demais, a única forma de causalidade jurídico-penalmente relevante é a que realiza um fato típico. Na ação ainda não se pode cogitar da análise do tipo legal, o que faz com que o jurista, ao tratar, aqui, do resultado e da relação de causalidade, se defronte com o dilema, ou de examinar sua adequabilidade típica e agir no espírito do Direito

modo, apurou-se que a verificação da tipicidade em alguns casos se tornava impossível sem a análise de alguns elementos subjetivos⁷² (o que jogava por terra a afirmação clássica de que a antijuridicidade integrava a vertente objetiva do delito); e ainda, como os elementos subjetivos deveriam estar localizados somente na culpabilidade, podia-se inferir que a ação preconizada pela corrente naturalista não possuía vontade (dado eminentemente subjetivo)⁷³.

Não fosse bastante, AGUADO também formula importante crítica à aludida concepção, incapaz, a seu ver, de explicar a culpa inconsciente⁷⁴:

El concepto psicológico de culpabilidad no podía explicar la culpa inconsciente.

Cuando el sujeto actuante conoce y quiere realizar el hecho prohibido y producir el resultado típico, actúa con dolo. Cuando quien actúa sabe que su conducta es peligrosa para el bien jurídico, pero confía – en su experiencia, o en las circunstancias del caso – en que tal resultado no se producirá, actúa con culpa consciente. Cuando, sin embargo, realiza la conducta peligrosa para el bien jurídico sin representarse siquiera la peligrosidad de su conducta y la posibilidad de lesión de un bien jurídico, actúa con culpa inconsciente.

Si lo que fundamenta la culpabilidad es la existencia de una relación de causalidad entre la mente del autor y el hecho producido – la voluntad de realizar el hecho en el dolo – tal relación no existe cuando quien actúa imprudentemente no sabe siquiera que su conducta puede dar lugar a la producción de un resultado lesivo, por lo que tales conductas – generalmente las derivadas de imprudencias más graves – debían quedar impunes. La culpa consciente se intentaba explicar en base a que el autor se representaba la posibilidad de la lesión, pero no podía explicar en modo alguno la relación causal entre el hecho y la mente del autor⁷⁵.

Penal, ou de seguir o sistema e realizar duas operações, uma natural e outra típica, e, assim, dispensar os critérios da economia metodológica”.

⁷² GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 19-20, exemplifica afirmando que o tipo contém, muitas vezes, requisitos subjetivos (tais como o *animus diffamandi* na difamação).

⁷³ No mesmo sentido: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 396.

⁷⁴ Muito embora nada se tenha dito ainda acerca dessas espécies da culpa (consciente e inconsciente, tema que será abordado no item 3.3.2 do presente trabalho), a crítica transcrita serve para justificar a impropriedade da teoria causal no que tange à investigação que se propõe o presente trabalho na medida em que o critério da referida distinção (a realização do exercício da previsão mental do resultado lesivo por parte do agente) servirá de base para aproximar a figura do dolo eventual com a culpa consciente. Contudo, qualquer outro comentário acerca do tema no presente momento se revela como inadequado, razão pela qual nos limitamos àquela assertiva como o principal motivo para repelir a adoção da teoria causal pela presente pesquisa.

⁷⁵ “O conceito psicológico da culpabilidade não conseguia explicar a culpa inconsciente. Quando o agente conhece e quer realizar o fato proibido e produzir o resultado típico, atua com dolo. Quando quem atua sabe que sua conduta é perigosa para o bem jurídico, mas confia – em sua experiência ou nas circunstâncias do caso – que tal resultado não ocorrerá, atua com culpa consciente. Quando, sem embargo, realiza a conduta perigosa para o bem jurídico sem imaginar a lesividade de sua conduta e a possibilidade de lesão de um bem jurídico, atua com

Muito embora existam outras relevantes contradições, há de se destacar, contudo, que referida teoria foi precursora na tentativa da concepção de um conceito de crime assentado em rígidas bases classificatórias, demonstrando “uma salutar preocupação de segurança e certeza, congenitamente requeria pela ideia do Estado de Direito e por uma realização prática do princípio da legalidade”⁷⁶.

2.2.1.2 Concepção neoclássica (normativista ou neokantista)

Com a falência do simplista esquema objetivo-subjetivo, as inúmeras transformações às quais foi submetida é que explicam o surgimento do conceito “neoclássico” de delito, “porque no se trata tanto de un distanciamiento fundamental frente a las anteriores ideas sistemáticas como de una reforma importante pero inmanente al sistema”⁷⁷. Tal concepção possui raízes na filosofia de valores de origem neokantiana – introduzida no âmbito penal alemão por influência de Emil Lask⁷⁸ -, sofreu marcante incursão de perspectivas valorativas e teleológicas: pretendia-se retirar o Direito do mundo naturalístico, tal como preconizava a escola anterior, e passá-lo para uma zona intermediária entre aquele

culpa inconsciente. Se o fundamento da culpabilidade é a existência de uma relação de causalidade entre a mente do autor e o fato produzido – na forma dolosa é a vontade de realizar o fato – tal relação não existe quando quem atua imprudentemente não sabe sequer se sua conduta pode dar lugar à produção de um resultado lesivo, razão pela qual tais condutas – geralmente as derivadas de imprudências mais graves – deviam ficar impunes. A culpa consciente tentava explicar com fundamento no fato de que o autor representava a possibilidade da lesão, mas não conseguia explicar de nenhuma maneira a relação causal entre o fato e a mente do autor (tradução do autor). AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 45-6. No mesmo sentido: TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 32; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 57.

⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 197.

⁷⁷ “porque não se trata tanto de um distanciamiento fundamental das idéias sistemáticas anteriores, mas sim de uma reforma importante, ainda que imanente ao sistema” (tradução do autor). JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 184.

⁷⁸ Cf. MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 48.

mundo e o do “dever-ser”, a das “Ciencias del espíritu”⁷⁹, situada “no mundo da axiologia e dos sentidos”⁸⁰.

O conceito de delito, desse modo, deveria ser determinado pelos “valores previos que iluminan el sistema y a partir de los fines que persigue el Derecho penal”⁸¹. SANTOS sintetiza a propalada transformação empreendida naquela época:

O modelo neo-clássico de fato punível, fundado no método neokantiano de observação/descrição e de compreensão/valoração é o produto da desintegração do modelo clássico de fato punível e, simultaneamente, de sua reorganização teleológica, conforme fins e valores do direito penal: a ação deixa de ser naturalista para assumir significado valorativo, redefinida como comportamento humano voluntário; a tipicidade perde a natureza descritiva e livre-de-valor para admitir elementos normativos (documento, motivo torpe etc.) e subjetivos (a intenção de apropriação, no furto, por exemplo); a antijuridicidade troca o significado formal de infração da norma jurídica pelo significado material de danosidade social, admitindo graduação do injusto conforme a gravidade do interesse lesionado⁸².

Nesses termos, a ação deixou “de ser absolutamente natural para estar inspirada de un cierto sentido normativo que permita la comprensión tanto de la acción en sentido estricto (positiva) con de la omisión”⁸³. A alteração do conceito de ação perpassou, portanto, pela formulação de um conceito mais genérico, o de conduta, que comportaria tanto a ação e a omissão, sendo compreendida “como a realização da vontade humana no mundo exterior”⁸⁴.

Mais do que isso, porém, predominou à época uma tendência no sentido da desconsideração da noção básica de ação no conceito analítico de crime, segundo proposta de

⁷⁹ “Ciências do espírito” (tradução do autor). Cf. JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 185.

⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 197.

⁸¹ “valores prévio que regem o sistema e a partir dos fins perseguidos pelo Direito penal” (tradução do autor). AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 48.

⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 5.

⁸³ “de ser absolutamente natural para estar inspirada de um certo sentido normativo que permita a compreensão tanto da ação em sentido estricto (positiva) como da omissão” (tradução do autor). AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 48.

⁸⁴ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 37. No mesmo sentido: GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 19; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: introdução*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 64.

Radbruch: “se consideró que se podía renunciar por completo al concepto de acción e iniciar la estructura del delito directamente en la tipicidad”⁸⁵.

A tipicidade, por sua vez, não fugiu à regra das transformações: elementos normativos⁸⁶ e subjetivos⁸⁷ passaram a integrá-la, de modo que pudesse se distanciar do modelo clássico⁸⁸ e ser concebida como “o resultado de juízos de valor, tendo em vista o objetivo visado pelo legislador de dar proteção aos chamados bens jurídicos”⁸⁹. Vale dizer, o aparecimento e a conseqüente constatação da existência de tais elementos são apontados pela doutrina como a principal contribuição para a definitiva decretação de falência do conceito de tipo proposto por Beling⁹⁰.

Vale citar o exemplo fornecido por JESCHEK:

En la Facultad de Derecho, si un estudiante toma por la tarde un libro para devolver-lo al día siguiente, después de usarlo, falta el ánimo de apropiación y con él el tipo del hurto (§ 242). La admisión de un concepto de hurto puramente objetivo y que prescinda del ánimo de lucro es absurda,

⁸⁵ “se considerou que se poderia renunciar por completo ao conceito de ação e iniciar a estrutura do delito diretamente na tipicidade” (tradução do autor). JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 185. No mesmo sentido: TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 37.

⁸⁶ Segundo BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 6, os elementos normativos do tipo são “aqueles elementos que requerem uma valoração, como, por exemplo, os termos funcionário, documento público” (tradução do autor). No original: “aquellos elementos que requerían de una valoración, como, por ej., los términos funcionario, documento público”. Conforme lição de TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 38, a descoberta de tais elementos foi levada a cabo por Max Ernst Mayer, Mezger e Grünhut. Sobre o tema, veja-se o item 3.2 do presente trabalho.

⁸⁷ Segundo TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 38, a teoria dos elementos subjetivos do injusto foi enunciada por Hegler e Max Ernst Mayer e desenvolvida por Mezger. Na esteira da lição de MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991, p. 19-20, os elementos subjetivos, exceção feita ao dolo e à culpa (que continuam, segundo o modelo neoclássico, integrando a culpabilidade), passaram a ser considerados como componentes do tipo de ilicitude, diversamente daquilo que preceituava a escola clássica. Exemplificando, GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 19-20, aponta o “constranger alguém com o intuito de obter vantagem econômica – extorsão, art. 158 do CP” e o “*animus diffamandi* na difamação” como sendo elementos subjetivos.

⁸⁸ No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 19; JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 186; AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 48-9.

⁸⁹ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 39.

⁹⁰ Cf. TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 40.

porque sólo realiza el injusto típico del hurto quien persigue la lesión del patrimonio ajeno, y no quien únicamente planea una privación temporal de la posesión. Por eso, el ánimo de expropiación pertenece al tipo del hurto y no tan sólo a la culpabilidad⁹¹.

Os ideais neokantianos também influíram na reviravolta do conceito de antijuridicidade, cuja noção anterior unicamente formal, reconhecidamente insuficiente, passa a agregar o elemento material de valoração (uma tendência normatizante, assim como na tipicidade), afinal, “um número considerável de fatos não se identifica como injusto sem a ajuda de características subjetivas”⁹². “Así, la antijuridicidad consistirá en la reprobación jurídica que recae sobre el acto formalmente contrario a derecho pero que, a su vez, es dañoso para la sociedad”⁹³, sendo esta nocividade social o conteúdo material da antijuridicidade e que possibilitou a graduação do injusto conforme a gravidade da lesão. Se não houver lesão de interesses, portanto, não há que se falar em ilicitude⁹⁴.

Do mesmo modo, a relação tipicidade-antijuridicidade também foi objeto de reformulação – proposta sobretudo por Mezger - na medida em que aquela deixou de ser mero indício da presença desta para se tornar sua própria essência, ou seja, integrante do “carácter

⁹¹ “Na Faculdade de Direito, se um estudante se apodera de um livro para devolvê-lo no dia seguinte, depois de usá-lo, falta o ânimo o ânimo de apropriação e com ele o tipo de furto (§ 242). A admissão de um conceito de furto puramente objetivo e que prescindia do ânimo de lucro é absurda, porque somente realiza o injusto típico de furto quem objetiva a lesão do patrimônio alheio, e não quem apenas planeja uma privação temporária da posse. Por isso, o ânimo de expropriação pertence ao tipo de furto e não apenas à culpabilidade” (tradução do autor). JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 186.

⁹² TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 39.

⁹³ “Assim, a antijuridicidade consiste na reprovação jurídica que recai sobre um ato formalmente contrário ao direito mas que, por sua vez, também é danoso à sociedade” (tradução do autor). AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 49.

⁹⁴ No mesmo sentido: JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 186; BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 19-20. Para ambos os autores, ainda, foi a antijuridicidade material que possibilitou a criação pela doutrina de novas causas de justificação, além daquelas legalmente previstas, como, por exemplo, o estado de necessidade supralegal, cuja existência repousa na utilidade social de, numa situação irremediável, um bem jurídico de valor superior ser preservado em detrimento de um menos valioso.

constitutivo de la antijuridicidad penal, pues sólo es antijurídico penalmente lo que es típico”⁹⁵.

Nos termos do próprio Mezger:

El tipo jurídico penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción: es fundamento real y de validez (“ratio essendi”) de la antijuridicidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto⁹⁶.

E como leciona VARGAS:

Os Professores Mezger e Sauer levaram mais a fundo a penetração do antijurídico no típico, apresentando o tipo como antijuridicidade tipificada. Essa conclusão enfraquecia a posição do tipo no conceito de crime, reduzindo-o a simples atributo da antijuridicidade. Mezger, por exemplo, estuda o assunto no setor da antijuridicidade: a partir do parágrafo 20 do Tratado. No 21 é que dá o conceito de tipo⁹⁷.

No que tange à culpabilidade, sua nova conceituação – proposta por Frank (1907)

- se valeu de influências aristotélicas: segundo ZAFFARONI e PIERANGELI, “a culpabilidade contém a relação psicológica nos casos em que esta existe, mas não é uma relação psicológica, e sim que, em sua essência, é reprovabilidade”⁹⁸. Propiciou-se, destarte, a

⁹⁵ “caráter constitutivo da antijuridicidade penal, pois somente é penalmente antijurídico aquilo que é típico” (tradução do autor). AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 50. Segundo GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 159, “como consequência da adoção do conceito de ser o tipo a *ratio essendi* da antijuridicidade surgiu a chamada teoria dos elementos negativos do tipo. Para essa teoria, em síntese, toda vez que não for ilícita a conduta do agente não haverá o próprio fato típico. É que, para ela, estando a antijuridicidade fazendo parte do tipo penal, se a conduta do agente for lícita, em virtude da existência de uma causa de justificação, o fato deixará de ser típico”. Desse modo, informa TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 136, “o delito não é agora definido como a ação típica, antijurídica e culpável, mas como ação tipicamente antijurídica e culpável”, pois o tipo passa a “ser concebido como um momento da antijuridicidade”.

⁹⁶ “O tipo jurídico-penal que descreve o atuar típico possui, desse modo, a mais alta importância na configuração da antijuridicidade penalmente relevante da ação: é fundamento real e de validez (“*ratio essendi*”) da antijuridicidade, embora reserva, sempre, de que a ação não apareça justificada em virtude de uma causa especial de exclusão do injusto” (tradução do autor). MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 376. Registramos, todavia, que VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 51-4, além do próprio Mezger, afirmam que sua doutrina não leva à fusão da tipicidade com a antijuridicidade.

⁹⁷ VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 98.

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 397.

elaboração da teoria normativa da culpabilidade⁹⁹, onde esta “não mais se apresenta como o elemento subjetivo do crime, passando a constituir-se de um juízo de censura ou reprovação pessoal, com base em elementos psico-normativos”¹⁰⁰.

O dolo e a culpa¹⁰¹, porém, assim como no modelo anterior, continuam integrando a culpabilidade, cuja existência se aperfeiçoa com a adicional presença dos seguintes elementos: a imputabilidade¹⁰² e a exigibilidade de conduta diversa, circunstância que até hoje, segundo GOMES, “explica a essência da culpabilidade”¹⁰³: afinal, não se pode julgar um ato como sendo reprovável se não se puder exigir do agente um comportamento conforme o direito¹⁰⁴.

⁹⁹ Nesse sentido: AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 50; TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 40; JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 187; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 198. Contrariamente, no sentido da denominação da teoria ser psicológico-normativa: GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 20-1; MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991, p. 20. Já ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 397, assumem uma posição intermediária: muito embora a denominem de teoria normativa da culpabilidade, asseveram que “na realidade é uma teoria mista”.

¹⁰⁰ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 40.

¹⁰¹ Segundo AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 51, “o dolo consistia no conhecimento e na vontade de realizar o fato proibido pela lei e a imprudência (culpa) em uma vontade defeituosa. Ambos se referem tanto aos fatos típicos quanto à sua significação antijurídica. O dolo é entendido como ‘*dolus malus*’ que compreenderia tanto o conhecimento e a vontade de realizar o fato típico (dolo natural) quanto o conhecimento do caráter antijurídico do fato (conhecimento da antijuridicidade da conduta)” (tradução do autor). No original: “el dolo consistiría en el conocimiento y voluntad de realizar el hecho prohibido por la ley y la imprudencia (culpa) en una voluntad defectuosa. Ambos han de ir referidos tanto a los hechos típicos como a su significación antijurídica. El dolo se entiende como ‘*dolus malus*’ que comprendería tanto el conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico (dolo natural) como el conocimiento del carácter antijurídico del hecho (conocimiento de la antijuridicidad de la conducta)”.

¹⁰² Segundo DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 198, a imputabilidade “é a capacidade do agente de avaliar a ilicitude do facto e de se determinar por essa avaliação”.

¹⁰³ GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 20.

¹⁰⁴ Como, por exemplo, discorre MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991, p. 21, ao afirmar que “o agente que mata em estado de necessidade exculpante realiza uma conduta dolosa, porém não reprovável”.

Muito embora a concepção neoclássica tenha influenciado a doutrina italiana, espanhola, polonesa, portuguesa, grega, argentina e até mesmo a brasileira¹⁰⁵, não se pode olvidar que seus fundamentos se encontram ultrapassados. Com o passar do tempo tornou-se absolutamente inconcebível, por exemplo, compatibilizar a compreensão do dolo como forma de culpabilidade e o triunfo da noção normativa deste mesmo elemento. A respeito, merece menção a lição de DIAS acerca das principais críticas dirigidas à concepção neoclássica:

A crítica dirigiu-se sobretudo ao conceito mecânico-causalista da acção de que a escola neoclássica continuava a partir, esquecendo não ser aí que reside a essência do actuar humano. De tal modo que praticamente todos os erros na construção posterior do sistema teriam ali a sua origem radical: o ilícito continuaria, apesar de nele se terem introduzido já elementos subjectivos, a constituir uma entidade fundamentalmente objectiva, que esqueceria ou minimizaria a sua carga ético-pessoal e não poderia servir por isso para correctamente caracterizar a contrariedade da acção à ordem jurídica; enquanto, por seu turno, a culpa, apesar de ser concebida como juízo de censura, continuava a constituir um conglomerado heterogéneo de objecto da valoração e de valoração do objecto, submetendo ao mesmo denominador características que, como a imputabilidade e a exigibilidade, são na verdade elementos de um puro juízo, e características que, como o dolo e a negligência, são elementos do substrato que deve ser valorado como censurável¹⁰⁶.

2.2.1.3 Concepção finalista (ôntico-fenomenológica)

No começo da década de trinta, Hans Welzel (1904-1977) iniciou seus escritos dando conta da teoria finalista da acção, na qual propunha o “abandono del pensamiento abstracto y del relativismo valorativo de la época anterior”¹⁰⁷. Sua obra mais completa, “Das deutsche Strafrecht”¹⁰⁸, primou, através de uma completa reformulação dos conceitos até então estabelecidos, pela tentativa de corrigir as falhas apontadas nas concepções anteriores,

¹⁰⁵ Cf. JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 185.

¹⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 199-200.

¹⁰⁷ “abandono do pensamento abstrato e do relativismo valorativo da época anterior” (tradução do autor). JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 190.

¹⁰⁸ “Direito penal alemão” (tradução do autor).

pela superação das contradições até então existentes e pelo preenchimento das eventuais lacunas que despontavam na evolução da teoria.

O próprio WELZEL assim justifica o abandono dos modelos anteriores, iniciando a exposição acerca de sua teoria:

Toda vida social se estrutura sobre a atividade finalista dos membros da comunidade. Pressupõe que o homem pode propor-se a fins, vale dizer, objetivos futuros, elegendo os meios necessários para sua obtenção e colocá-los em atividade. Este primeiro pressuposto da vida social é, também, o primeiro critério do atuar humano em geral. O acontecer puro da natureza é cego em sua causalidade, ou na natureza viva perante todo o reino animal, no melhor dos casos, inconscientemente é adequado ao fim (instintivo). O homem pode prever o futuro consciente do objetivo; concretizar sobre a base de experiências causais as mais diversas classes de propósitos, segundo a forma planejada.

Também o direito penal se ocupa de ações apenas no sentido desta atividade finalista. Onde o homem intervém de modo puramente causal, mesmo que atue como mera massa mecânica (num desmaio repentino), ou que execute movimentos reflexos adequados ou contrários ao objetivo (em ataques de choque ou reações indomináveis de susto), nesse ponto pode, sob certas circunstâncias, entrar em consideração como objeto de um intervir jurídico (por exemplo: como motivo de uma intervenção policial); e seu comportamento fica excluído do direito penal¹⁰⁹.

ZAFFARONI e PIERANGELI, porém, salientam que referida formulação teve início já no final da década de vinte, com a proposta de Hellmuth Von Weber e Alexander Graf zu Dohna de transformação da culpabilidade em reprovabilidade pura, incorporando o dolo e a culpa ao tipo¹¹⁰.

De qualquer forma, para o finalismo, tal como concebido por Welzel, o crime continua sendo definido como um fato típico, ilícito e culpável. A diferença, porém, reside não só nos novos conteúdos de cada um desses mesmos elementos, mas também na elevação

¹⁰⁹ WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Editora Romana, 2003, p. 76.

¹¹⁰ Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 398-9. Já TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 56-7, após admitir que Von Weber concebeu um modelo no qual o dolo deveria ser integrante do tipo, adverte que “o finalismo de Welzel não é produto imediato da influência de N. Hartmann ou de von Weber e Graf zu Dohna. Mais do que isso, é o coroamento de um sistema que, como vimos, já se iniciara na antiga Grécia e que, em desdobramentos subseqüentes, recebeu inúmeras contribuições, tanto de filósofos, como de psicólogos e juristas. Welzel atribui igualmente a origem de suas posições às obras de Höningwald, Bühler, Erismann, Jaensch e Wilhelm Peters”.

da verdadeira concepção de ação “en el concepto central de la teoria del delito (punto de vista ontológico)”¹¹¹. A estrutura da ação finalista é ontológica, ou seja, pré-definida, pré-jurídica (diversamente, como visto, dos acontecimentos naturais, estes sim sujeitos à causalidade), e, assim, se o direito não pode modificá-la, deve a ela se submeter¹¹².

GOMES leciona:

A ação, desde logo, deixa de ser concebida como mero processo causal (mero movimento corporal, “cego”) para ser enfocada como “exercício de uma atividade finalista” (exercício “vidente”). O homem, quando sabe o que faz, pode prever as conseqüências da sua conduta, dirigindo-a conforme um plano à consecução de alguns fins¹¹³.

Também elucidativos os dizeres de JESCHEK:

El actuar humano pertenece a una categoría del ser totalmente distinta a cualquier otro proceso casual. Es “ejercicio de la actividad final”. Com la ayuda de su saber causal, el hombre puede, dentro de ciertos límites, dominar el acaecer y dirigir conforme a un plan su actuación para alcanzar una meta. La dirección final de la acción se realiza en la anticipación mental de la meta, en la elección de los medios instrumentales precisos y en la ejecución de la acción en el mundo real¹¹⁴.

Nesses termos, a ação final passa a ser o primeiro elemento da estrutura analítica do crime. E, nos termos da lição de GOMES,

se toda ação é finalista (é dirigida a um fim), conclui-se que a finalidade a ela (ação) pertence. Se finalidade (direcionada à realização dos requisitos do

¹¹¹ “ao conceito central da teoria do delito (ponto de vista ontológico)” (tradução do autor). JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 190. No mesmo sentido: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 61; MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991, p. 25.

¹¹² Cf. MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991, p. 23. No mesmo sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 200.

¹¹³ GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 21.

¹¹⁴ “A ação humana pertence a uma categoria de ser totalmente distinta a qualquer outro processo causal. É o ‘exercício de uma atividade final’. Com a ajuda de seu saber causal, o homem pode, dentro de certos limites, dominar o acontecer e dirigir sua atuação conforme um plano para alcançar uma meta. A direção final da ação é realizada na antecipação mental da meta, na eleição dos meios instrumentais necessários e na execução da ação no mundo real” (tradução do autor). JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 190-1. No mesmo sentido: TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 59.

fato típico) é igual a dolo (saber o que faz e querer o que faz), infere-se então que o dolo pertence à ação (leia-se: à conduta e ao fato típico)¹¹⁵.

Reside aí a primeira grande evolução da teoria em comento e que possui a mais alta relevância para o presente trabalho: o dolo e, conseqüentemente, a culpa, não mais pertencem à culpabilidade, passando a integrar a tipicidade. Mais do que isso, porém, a antiga noção de dolo (entendido como *dolus malus* tanto pela escola clássica quanto pela escola neoclássica¹¹⁶) passa por uma cisão: antes composto pela reunião da consciência e vontade de realizar a conduta e pela consciência da ilicitude dessa mesma conduta, o dolo finalista é composto somente pelo primeiro elemento (consciência e vontade de realizar a conduta – *dolus naturalis*), sendo que a consciência da ilicitude da conduta, elemento puramente valorativo, permaneceu como integrante da culpabilidade¹¹⁷.

Nos termos de MADEIRA:

O dolo como vontade e previsão de realizar o fato, com a consciência da ilicitude do mesmo, passou a ser vontade e previsão de realizar os elementos do tipo. Dolo e finalidade da ação se equiparam. E juntamente com outros elementos subjetivos, passa a pertencer ao tipo de injusto. O dolo como finalidade da ação típica decorre da concepção normativa pura da culpabilidade. Com essa teoria da culpabilidade, a consciência da ilicitude

¹¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 21. Contrariamente, TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 61, afirma “que finalidade não se confunde com o dolo. Essa confusão é comum naqueles que, pela primeira vez, se adentram no sistema finalista. Finalidade é basicamente sinônimo de sentido, enquanto o dolo é conceito jurídico, relacionado ao tipo legal. É lógico que na ação há vontade dirigida a um fim. Essa vontade finalista é averiguada aí no sentido natural, sem a necessária incidência de valoração jurídica. Nos crimes dolosos, a vontade natural da ação passa a ser valorada tipicamente, tomando o nome de dolo, o que não quer significar que entre dolo e vontade de ação haja sempre uma identidade. Já pelo simples fato de que, nos crimes dolosos, a vontade de ação fundamenta o dolo do tipo não implica identificá-los. Nesse transporte da vontade para o tipo, havendo a incidência de valoração, segundo pontos de vista do Direito Penal, ocorre uma verdadeira transmutação qualitativa nessa vontade, que não será mais, então, a mesma vontade natural, mas sim o dolo. Além disso, é perfeitamente admissível a subsistência da vontade da ação, sem a subsistência do dolo. Para que tal aconteça, por exemplo, basta que o agente atue em erro de tipo. Assim, se uma pessoa supõe estar subtraindo coisa própria, mas, na realidade, se trata de coisa alheia, tem vontade na ação, mas não age com dolo. Nos crimes culposos, por seu turno, há vontade da ação, mas esta ao chegar ao tipo legal sofre uma alteração de tal ordem em sua finalidade que, em vez de alcançar um fim extratípico, ou um fim estranho ao tipo configurador do delito específico, perseguido pelo agente, atinge um outro objetivo típico”.

¹¹⁶ Conferir os itens 2.2.1.1 e 2.2.1.2 do presente trabalho.

¹¹⁷ Convém ressaltar a advertência formulada por GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 22, no sentido de que a consciência da ilicitude permaneceu na culpabilidade, porém, não mais como requisito subjetivo, mas sim como requisito normativo: a consciência da ilicitude potencial bastaria para o juízo positivo de culpabilidade.

aparta-se do dolo, entendido este como vontade do fato, vontade natural de realização dos elementos objetivos do tipo legal de crime¹¹⁸.

A antijuridicidade, por sua vez, “entendida como contradição da conduta proibida com a ordem jurídica”¹¹⁹, nos dizeres de ZAFFARONI e PIERANGELI, como o “desacordo da ação com as exigências que impõe o direito para as ações que se realizam na vida social”¹²⁰ pelo próprio WELZEL, ou ainda como “el juicio de desvalor contra la acción por no ser acorde al ordenamiento jurídico”¹²¹ segundo lição de AGUADO, passa por um processo de subjetivação, sendo constituído “pelo desvalor de ação, como injusto pessoal representado pelo dolo e outros elementos subjetivos, e pelo desvalor de resultado, como lesão do objeto da ação expressivo do dano social produzido”¹²², o que leva DIAS a afirmar constituir-se uma “concepção pessoal-final do ilícito”¹²³. Ademais, o finalismo reconhece a dependência da ilicitude em relação à tipicidade (um ato ilícito depende da existência de um ato típico), mas, ao mesmo tempo, confere autonomia às causas de justificação¹²⁴.

A realocação do dolo e da culpa, como visto, na tipicidade, acabou por significar a retirada do último elemento psicológico (subjetivo) que compunha a culpabilidade¹²⁵, tornando-a absolutamente normativa (teoria puramente normativa da culpabilidade). A culpabilidade, portanto, para o finalismo, “consiste en el reproche personal contra el autor, en

¹¹⁸ MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991, p. 27.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 399.

¹²⁰ WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Editora Romana, 2003, p. 99.

¹²¹ “o juízo de desvalor da ação por não ser de acordo com o ordenamento jurídico” (tradução do autor). AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 56.

¹²² SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 6-7.

¹²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 201.

¹²⁴ Cf. TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 88.

¹²⁵ No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 30; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 6; AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 55.

el sentido de que no omitió la acción antijurídica cuando pudo haberlo hecho”¹²⁶, sendo composta pelos seguintes elementos: a imputabilidade, “antes tida como requisito subjetivo, passa a ser vista como requisito normativo (capacidade de entender e de querer do agente que deve ser valorada pelo juiz concretamente)”¹²⁷; a exigibilidade de conduta diversa¹²⁸, e; a potencial consciência da ilicitude¹²⁹, conforme já elucidado acima.

É inegável a contribuição do finalismo para a Ciência do Direito Penal, o que certamente motivou BITENCOURT a afirmar que “com o finalismo, a teoria do delito encontra um dos mais importantes marcos de sua evolução”¹³⁰. Foi, certamente, a responsável pelos mais profundos questionamentos que se fez sobre o conteúdo do crime. E não foi só.

Segundo TAVARES:

Dogmaticamente, a colocação do dolo no tipo, que hoje é aceita até mesmo por não-finalistas, trouxe enorme facilidades na construção do delito. Primeiramente, equacionou o problema da separação assistemática dos elementos subjetivos, que informam o ilícito, do dolo, para juntá-los num mesmo bloco. Tudo o que é, assim, naturalisticamente subjetivo deve ser encarado de uma mesma forma. Depois, pôde-se obter um melhor enquadramento técnico da tentativa e do crime consumado, da autoria e da

¹²⁶ “consiste na reprovação pessoal do autor, no sentido de que não omitiu a ação antijurídica quando poderia tê-lo feito” (tradução do autor). AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 56. Convém citar o posicionamento de DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 202, que diz ser a culpabilidade “um autêntico juízo de censura”.

¹²⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 22-3.

¹²⁸ Vale registrar a definição fornecida por AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 56, acerca da inexigibilidade de conduta diversa: “são causas fáticas de exculpação no sentido de que em que pese a existência da culpabilidade, o ordenamento jurídico outorga indulgência ao autor” (tradução do autor). No original: “son causas fáticas de exculpación en el sentido de que el ordenamiento jurídico pese a la existencia de culpabilidad otorga indulgencia al autor”.

¹²⁹ Apontada por JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 191, como “o fator central do conceito de culpabilidade” (tradução do autor). No original: “el factor central del concepto de culpabilidad”. No mesmo sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 6; TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 81. A posição de destaque da potencial consciência da ilicitude no conceito de culpabilidade é ressaltada por MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991, p. 27, que justifica afirmando que a “reprovação decorre pelo fato do agente ter decidido pela realização do evento com consciência de sua ilicitude”.

¹³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 30.

participação, do erro de tipo e do erro de proibição, como também dosar-se adequadamente o caráter indiciário do tipo com relação à antijuridicidade¹³¹.

Não se pode olvidar, contudo, que a teoria finalista foi, assim como todas que a precederam, alvo de infundáveis críticas, notadamente no que tange à insuficiência de sua proposta aos delitos culposos e aos delitos omissivos¹³²: diz-se, assim, que a proposta finalista seria, na verdade, um falso ontologismo por não conseguir explicá-los de maneira minimamente satisfatória¹³³.

2.3 Premissas estabelecidas a partir da evolução do conceito analítico de crime e indispensáveis ao objeto de estudo proposto

Realizada a exposição acerca da concepção analítica do delito¹³⁴, é de se notar que qualquer investigação que pretenda se pautar em bases científicas deve dela se valer¹³⁵.

¹³¹ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 86.

¹³² Cf. AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 57. Segundo BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 9-10, a teoria finalista se adequaria perfeitamente à estrutura dos crimes dolosos, mas falharia nos delitos culposos “já que nestes delitos a finalidade perseguida pelo autor é irrelevante, sendo relevante somente o resultado lesivo causado. Por isso, a este tipo de crime parecia adequar-se melhor o conceito causal de ação, para o qual é decisivo não o que o autor deseja, mas sim a causação de um determinado resultado proibido” (tradução do autor). No original: “ya que en estos delitos la finalidad perseguida por el autor es irrelevante, importando sólo el resultado lesivo causado. Por ello, a este tipo de delitos parecía adecuarse mejor el concepto causal de acción, para el que lo decisivo no es lo que el autor quiere, sino la causación de un determinado resultado prohibido”. Já em relação aos crimes omissivos, a teoria finalista também não os justificava satisfatoriamente (ainda segundo os mesmos autores) pois “a omissão consiste precisamente no não-exercício da atividade final e não pode ser, portanto, qualificada como ação; o conceito de omissão somente pode ser compreendido tendo como referência o de ação, já que não é uma omissão em si, senão a omissão de uma ação” (tradução do autor). No original: “la omisión consiste precisamente en el ejercicio de la actividad final y no puede ser, por tanto, calificada nunca como acción; el concepto de omisión sólo puede entenderse en referencia al de acción, ya que no hay una omisión en sí, sino la omisión de una acción”.

¹³³ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 202.

¹³⁴ Ressalta-se que a empreendida exposição não pretendeu esgotar o tema acerca das teorias do crime, mas tão-somente buscou argumentos a fim de que se possa, com sólidos fundamentos, posicionar o dolo e a culpa, objetos específicos de investigação do presente trabalho, no conceito ontologicamente mais adequado. Não se desconhece, portanto, a existência de outras concepções analíticas do crime, tais como a racional final, cujo principal expoente é Claus Roxin que, na década de setenta, com sua obra “Política Criminal e Sistema do Direito penal” (tradução do autor). No original: “Kriminalpolitik und Strafrechtssystem”, cuja proposta, nos termos de BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo:

Afinal, é através do conceito analítico que se pôde decompor o delito em todos os seus elementos essenciais, cuja ausência de um deles implica na conclusão, inarredável, do fato em discussão não se tratar de crime, diferentemente daquilo que ocorre com os demais.

De qualquer forma, cumpre-nos salientar que o causalismo não se sustenta em bases hodiernas. A concepção de uma ação humana sem qualquer finalidade significaria equipará-la ao mero acontecer natural, o que não se pode admitir, nos termos da lição de MESTIERI:

Saraiva, 2000, p. 10-11, era de “desenvolver e sistematizar as distintas categorias da Teoria do Delito sob o prisma de sua função político-criminal” (tradução do autor). No original: “desarrollar y sistematizar las distintas categorías de la Teoría del Delito desde el prisma de su función político-criminal”. Assim, a preocupação de Roxin é eminentemente utilitarista: pretende fazer do sistema penal e, conseqüentemente, do conceito de crime (e de seus elementos), um instrumento eficiente para a solução dos problemas sociais. Tampouco se olvida, ainda, a existência da concepção funcionalista sistêmica, cujo máximo expoente é Günther Jakobs (1984) e que possui uma tendência radical à normatização do sistema penal. Segundo lecionam ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 402, tal adjetivo é explicado pelo fato da proposta intentar subverter a teoria de Welzel sustentando não existirem conceitos, “no direito penal, vinculados a dados pré-jurídicos, porque todos são construídos em função da própria tarefa do direito penal”. E assim, todos os elementos do delito deveriam ser concebidos e interpretados de acordo com o fim da pena, que é o preventivo geral positivo, o que ocasionaria a propalada renormatização de todos os seus conceitos. Também a concepção constitucionalista, concebida por Luiz Flávio Gomes em nosso país, merece citação: o crime passaria a ser concebido como uma ofensa (intolerável) a um bem jurídico, não podendo ser definido unicamente como uma ação ou omissão dolosa ou imprudente e ilícita. Nos termos de GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 6, p. 86, “a ação ou omissão penalmente é tão-só a que causa uma ofensa (lesão ou perigo) ao bem jurídico. O delito não se fundamenta, por conseguinte, exclusivamente na ação, senão sobretudo no resultado (em sentido jurídico, não naturalístico). E se a ação lesiva (concretamente ofensiva) é a base do delito, não há dúvida que não pode constituí-lo jamais a simples manifestação de uma vontade contrária a uma obrigação jurídica, que se esgota na ação. Para a existência do delito, para além da presença de uma ação ou omissão (uma conduta), também se faz necessário um resultado jurídico, que consiste numa perturbação (intolerável) do bem tutelado, isto é, a liberdade alheia”. Contudo, a brevidade e os objetivos da pesquisa que se propõe realizar fazem com que referidas noções escapem ao âmbito de nossa investigação, que tão-somente intenta propiciar, de maneira fundamentada, o posicionamento do dolo e da culpa na ação (e, conforme se demonstrará, na tipicidade), na esteira do que preleciona a teoria finalista (em diametral oposição ao causalismo e ao neoclassismo). Destarte, revelam-se como desnecessárias maiores divagações acerca das teorias funcionalistas ou constitucionalistas, sem que isto signifique, no entanto, negar-lhes importância ou contribuição à teoria do delito.

¹³⁵ Aliás, como bem salienta TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 2, a concepção analítica tem, dentre outras inúmeras funções, facilitar a investigação do dolo e da culpa: “Objeta-se, como freqüência, em especial entre advogados e juristas apegados à concepção unitária do delito, que a sua divisão em partes singulares, bem ou de certa forma relativamente determinadas, não apresenta, todavia, qualquer interesse racional e imediatamente prático, sendo matéria inerte, acomodada exclusivamente ao mundo das idéias. Essa argumentação é, contudo, evidentemente equívoca. Na aplicação do direito, esse conceito analítico, ao contrário do que se afirma, contribui de modo decisivo para melhor visualização dos problemas e casos penais, assim como denota interesse prático imediato, manifestamente na questão do dolo e da culpa; do erro, da omissão, da tentativa, do concurso de agentes e de crimes, das causas de justificação, das condições objetivas de punibilidade e, inclusive, na aplicação das sanções penais e medidas de segurança. Se não fosse possível a dissociação do delito em elementos singulares, não se saberia, ao certo, como tratar esses problemas e onde situá-los. Demais, deve-se ter sempre em vista que a divisão do delito em fases de valoração não exclui a necessária permeabilidade dessas fases, que se interligam de modo lógico e constituem uma unidade orgânica”.

Assim, na natureza inanimada, como observa Jhering, a causa é a essência mecânica, a causa eficiente que determinará um certo resultado. Quando uma pedra rola da ribanceira ela o faz por haver perdido o seu ponto de apoio (causa eficiente). Ora, muito diferente será a aplicação dessa mesma lei no plano da vontade humana. Intervindo a vontade, a causa, antes puramente mecânica, será psicológica, visando a um fim próprio (causa final). O homem trabalha para que possa comer. É a lei da finalidade e não a lei da causalidade simples. No entanto, o para que rege tão perfeitamente a ação da vontade quanto o porque determina o movimento da pedra. Seria um ato de vontade sem causa final tão absolutamente impossível quanto um movimento mecânico sem causa eficiente.

Quanto aos dois móveis analisados, causa eficiente e fim, convém esclarecer que ambos diferem fundamentalmente um do outro. E, nessa diferença, reside a essência da ação humana em contraposição à simples ação natural ou mecânica. A causa liga-se ao passado. O fim visa o futuro. A ação praticada objetivamente no presente o é pelo agente subjetivamente no futuro. Assim, o futuro encerra o móvel prático da vontade. Na finalidade delinea-se a concepção de um acontecimento futuro que a vontade tende a realizar¹³⁶.

Nesses termos, e filiando-se à proposta finalista da concepção analítica de crime¹³⁷, pode-se concluir ser ele uma ação típica, antijurídica e culpável¹³⁸ - conceito, aliás,

¹³⁶ MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 109.

¹³⁷ Como bem salienta GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: introdução*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 79, “parece não haver dúvida que a doutrina brasileira já alcançou (com certa pacificidade) o terceiro estágio (teoria finalista)”.

¹³⁸ No mesmo sentido: NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 97; PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 109; RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 130; BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. I, p. 177; MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 105; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 12; PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 238; ANDRADE, Wanderley. *A defesa criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 351; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Estrutura do direito penal*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 152; GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 57; TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 188; CAMPOS, Alberto A. *Introducción a la teoría del delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971, p. 9; MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A teoria do delito e o Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1994, p. 4; MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991, p. 1; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 147; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 24; TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 27; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 144; BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 53; COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 546; WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1976, p. 17; MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 156; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 5; LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 106; VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 57; VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, t. I, p. 158-9; MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do*

comum às duas maiores correntes (causalismo e finalismo), cuja diferenciação reside, como visto, nos elementos que integram cada uma delas. É esta, pois, a concepção tripartida do delito¹³⁹, em que seus elementos se complementam e cuja verificação deve ser feita em análise sucessiva. Assim, nos termos de BRANDÃO, “só se pode fazer o juízo de antijuridicidade se já estiver perfeito o juízo de tipicidade; só se pode fazer o juízo de culpabilidade se já estiverem perfeitos o juízo de tipicidade e de antijuridicidade”¹⁴⁰.

Isso posto, possível inferir que a tipicidade constitui verdadeiro indício da ilicitude, cuja ausência somente poderá ser afirmada acaso se comprove a atuação de uma das causas de exclusão da antijuridicidade¹⁴¹. A tipicidade é, pois, a *ratio cognoscendi*, ou seja, o meio através do qual se conhece a antijuridicidade¹⁴². Dessa relação surge um conceito

injusto. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 17; SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Do crime*. São Paulo: Brasilivros Editora e Distribuidora Ltda., 1980, p. 6; SANTOS, Nildo Nery dos. *A teoria do crime*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1998, p. 43; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80.

¹³⁹ Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 12. Há porém, quem a denomine de concepção quadripartida, pois também leva a ação como elemento autônomo. Nesse sentido: PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 238.

¹⁴⁰ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 13. No mesmo sentido: GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 128; MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A teoria do delito e o Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1994, p. 5; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 24; WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Tradução Juarez Tavarez. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1976, p. 18; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 4.

¹⁴¹ No Código Penal pátrio, as causas de exclusão da antijuridicidade se encontram previstas no art. 23 do Código Penal: “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

¹⁴² Referida postura, adotada pelo presente trabalho, se afasta da concepção neoclássica de que a tipicidade seria a *ratio essendi* da ilicitude (teoria da identidade), ou seja, de que a relação entre ambas seria uma relação de essência. As causas excludentes de ilicitude seriam, assim, conforme já salientado (tópico 2.2.1.2 do presente trabalho), elementos negativos do tipo, cuja presença anularia não só a própria ilicitude, mas também a tipicidade. Contudo, a falência dessa proposta é sintetizada por BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 56: “A filosofia nos ensina que a essência é a substância do ser. Se dizemos que a relação entre tipicidade e antijuridicidade é uma relação de essência, estamos, em verdade, afirmando que elas são uma só coisa, e, se assim são, não existe sentido em diferenciá-las. Ademais, a teoria dos elementos negativos do tipo apregoa que as causas de justificação anulam a própria tipicidade da ação, sendo isto um grave equívoco. Parafraseando Welzel, dizemos que esta teoria chega ao absurdo de equiparar a morte de um homem, amparada pela excludente da legítima defesa, à morte de um mosquito, porque se se exclui a tipicidade da ação no primeiro caso, a morte do homem recai no penalmente indiferente”. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 337; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 115; TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 251; MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A teoria do delito e o Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1994, p. 7; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 63;

relevante, que é o de injusto penal, que se dá após a análise da conduta de determinado indivíduo ser considerada típica e ilícita (ou seja, que houve um injusto penal). Nos termos de GRECO:

Assim, quando nos referimos à expressão injusto típico ou injusto penal, estamos querendo dizer que o fato típico e a antijuridicidade já foram objeto de exame, restando agora ser realizado somente o estudo da culpabilidade do agente¹⁴³.

Há, contudo, aqueles que consideram como elementos do crime somente a tipicidade e a ilicitude, apontando a culpabilidade como pressuposto da pena. MIRABETE, por exemplo, afirma que com o advento da teoria finalista, o dolo (e conseqüentemente a culpa) passou a ser considerado como integrante da conduta (finalidade). E,

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 ou a culpa em sentido estrito, mas significa apenas a reprovabilidade ou censurabilidade da conduta. O agente só será responsabilizado por ele se for culpado, ou seja, se houver culpabilidade. Pode existir, portanto, crime sem que haja culpabilidade, ou seja, censurabilidade ou reprovabilidade da conduta, não existindo a condição indispensável à imposição de pena¹⁴⁴.

Também DELMANTO compartilha de tal posição:

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 157-8; BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 94; COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 669-85; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 41; VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 29; SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Do crime*. São Paulo: Brasilivros Editora e Distribuidora Ltda., 1980, p. 35.

¹⁴³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 160. Também TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 112, leciona que o injusto representa a própria ação típica e antijurídica, com todos os seus elementos. No mesmo sentido: COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 546. Vale mencionar, ainda os dizeres de ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 114, quando afirmam que “o injusto penal, contudo, não se confunde com o tipo total de injusto proposto pelos defensores da teoria da *ratio essendi*. O injusto penal existirá quando o intérprete, depois de concluir pela tipicidade do fato, analisando-a, primeiramente, chegar também à conclusão de que não existe qualquer causa que exclua a ilicitude da conduta típica praticada pelo agente. Ou seja, o estudo do injusto penal é realizado em duas fases distintas: a) fato típico; b) ilicitude. Ao contrário, para aqueles que adotam um tipo total de injusto não existem dois momentos distintos para a sua análise, mas um único, vale dizer, ou o fato é típico e ilícito desde o início da análise, ou é um fato também permitido desde a sua origem, uma vez que, para essa teoria, o estudo analítico do crime é composto somente por duas características: o tipo total de injusto (conduta típica e ilícita) e culpabilidade”.

¹⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 97.

Para que uma conduta seja considerada criminosa, é necessário que ela seja um fato típico e antijurídico. Será fato típico quando a conduta estiver definida por lei como crime, segundo o princípio da reserva legal (CP, art. 1º), constitucionalmente garantido (CR/88, art. 5º, XXXIX). E antijurídico quando o comportamento for contrário à ordem jurídica como um todo, pois além das causas de exclusão expressas no CP (art. 23), há outras implícitas (chamadas supralegais, que excluem a antijuridicidade ou ilicitude). Assim, presente um fato típico e antijurídico (tipicidade + antijuridicidade ou ilicitude), teremos um crime, mas a aplicação de pena ainda ficará condicionada à culpabilidade, que é a reprovação ao agente pela contradição entre sua vontade e a vontade da lei¹⁴⁵.

Ora, referida posição, a despeito da simplicidade de sua dedução, se revela como manifestamente inadequada. Afinal, não só a culpabilidade, mas todo o crime é que constitui pressuposto da imposição de pena. Nos termos do que leciona GRECO:

- Se, por alguma razão, não houver o fato típico, poderemos aplicar a pena? Obviamente que a resposta será negativa, concluindo-se que o fato típico também é pressuposto de aplicação da pena.

- Se a conduta do agente não for antijurídica, mas sim permitida pelo ordenamento jurídico, poderemos aplicar-lhe uma pena? Mais uma vez a resposta negativa se impõe, daí concluirmos que a antijuridicidade também é um pressuposto para a aplicação da pena.

Enfim, todos os elementos que compõem o conceito analítico do crime são pressupostos para a aplicação da pena, e não somente a culpabilidade¹⁴⁶.

Ademais, conforme salienta BRANDÃO, “a culpabilidade é o único elemento do crime voltado para a reprovação do homem, visto que os outros voltam-se para o fato”¹⁴⁷, sendo inadmissível falar-se em crime num Estado Democrático de Direito sem que sejam considerados fatores pessoais do agente (como, por exemplo, a capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato¹⁴⁸). Na esteira dos dizeres de AZEVEDO:

A concepção do crime apenas como conduta típica e antijurídica, colocada a culpabilidade como concernente à teoria da pena, traz sérios riscos ao Direito Penal de cariz democrática, e desmonta lógica e essencialmente a

¹⁴⁵ DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 18-9.

¹⁴⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 137. No mesmo sentido: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 48-9. Vale salientar que FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 149, inclusive, afirma ser o crime “o conjunto dos pressupostos da pena”, razão pela qual é inadmissível excluir-se a culpabilidade do conceito analítico de crime.

¹⁴⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 14.

¹⁴⁸ Um dos elementos da culpabilidade (veja-se, a propósito, o item 2.2.1.3 do presente trabalho).

idéia jurídico-penal de delito. Abre-se perigoso flanco à concepção da culpabilidade pela conduta de vida, pelo caráter, numa avaliação tão só subjetiva do fenômeno criminal. O passo seguinte é conceber o delito tão só como índice de periculosidade criminal, ao feitiço extremo da defesa social de Filippo Gramática, cuidando-se de assistir, para modificar o homem, seus valores, sua personalidade. É uma picada aberta ao abandono do Direito Penal de fato, pelo desvalor da conduta, e acolhimento do Direito Penal do autor, de pesarosas lembranças¹⁴⁹.

Valiosos os dizeres de BRUNO:

Por mais distintos que se tenham os elementos conceituais do crime, na realidade não é tão rígida e impermeável a fronteira que se possa traçar entre tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, que não são partes que se somam, mas que se integram no fato punível, que resulta sempre uma figura unitária¹⁵⁰.

Não se está, entretanto, afirmando que as noções dos elementos do crime podem ser confundidas. Muito pelo contrário, assevera-se, na esteira do preceituado por TAVARES, que tais elementos são permeáveis entre si, se interligando de modo lógico de modo a constituir uma unidade orgânica¹⁵¹.

Muito embora alguns autores ainda sustentem a punibilidade como elemento do crime¹⁵², é certo que não mais se pode admitir tal posicionamento. Na verdade, a punibilidade não pode figurar como elemento do crime porque o crime é requisito para a imposição de pena¹⁵³: como bem leciona NORONHA, a pena “não integra o delito, por ser este seu

¹⁴⁹ *Apud* TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 400.

¹⁵⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral. 2. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 334.

¹⁵¹ Cf. TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 2.

¹⁵² Como, por exemplo, Giulio Battaglini *apud* NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal. 32. ed.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 105; Mezger e Basileu Garcia *apud* GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 134.

¹⁵³ Vale lembrar a ressalva feita por HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal. 4. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. II, p. 26-7, no sentido de que um fato pode ser típico, antijurídico, culpável, abstratamente ameaçado com pena, ou seja, criminoso, mas, eventualmente, deixar de acarretar a efetiva imposição de pena por considerações de oportunidade ou de política criminal, como, por exemplo, nas causas pessoais de exclusão de pena (eximentes, escusas absolutórias), tal qual se dá no furto familiar e no favorecimento pessoal inter próximos, nas causas de extinção de punibilidade (que se diferenciam das anteriores porque não excluem a imposição da pena *ab initio*, senão pela superveniência de certos fatos) e nas extintivas condicionais (livramento condicional e sursis), onde embora não haja aplicação de pena, o crime permanece, quer como fato, quer como entidade jurídica.

pressuposto. Realmente, tê-la como constitutiva do crime é considerar como elemento da causa o efeito”¹⁵⁴. A propósito, recorre-se aos dizeres de HUNGRIA acerca da punibilidade:

Constitui esta a nota específica do crime. Sòmente ela assinala inconfundivelmente o ilícito penal, em cotejo com o ilícito civil e o ilícito administrativo. Não se trata, como se tem pretendido, de um elemento componente do crime: é a particularidade, que este apresenta, de estar sob a ameaça da “pena”¹⁵⁵.

No mesmo sentido os dizeres de VILLALOBOS, para o qual a pena constitui

a reação da sociedade ou o meio de que esta se vale para tratar de reprimir o delito; é algo externo ao mesmo e, dados os sistemas de repressão em vigor, sua consequência ordinária; por isso que, acostumados aos conceitos arraigados sobre justiça retributiva, parece lógico dizer-se que o delito é punível; mas nem isto significa que a punibilidade forma parte no delito, como não é parte da enfermidade o uso de um determinado remédio, nem o delito deixaria de sê-lo em se mudando os meios de defesa da sociedade. Um ato é punível porque é delito; mas não é delito porque é punível¹⁵⁶.

A punibilidade, portanto, não integra o conceito de crime como seu elemento necessário, mas é consequência (nem sempre obrigatória) do reconhecimento de sua existência.

A estrutura do delito, tal como definida, assenta-se em bases pré-definidas de modo a afugentar qualquer pretensão casuísta, razão pela qual é o finalismo a estrutura mais adequada. Nos termos de REALE JÚNIOR:

E o sistema torna-se mais firmemente instrumento de segurança jurídica se fundado em bases ontológicas, em uma estrutura lógico-objetiva tal como propõe o finalismo, considerando-se, recentemente, que a estrutura da ação e do delito a partir da natureza das coisas foi uma das mais importantes contribuições da história do Direito Penal¹⁵⁷.

Desse modo, na esteira da propalada evolução do conceito analítico de delito (e da teoria finalista), pode-se seguramente afirmar estar o dolo (e, do mesmo modo, a culpa) na

¹⁵⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 106.

¹⁵⁵ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. II, p. 26.

¹⁵⁶ *Apud* MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 105.

¹⁵⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 127.

ação típica, e não mais na culpabilidade¹⁵⁸, sendo esta, portanto, a tese fundamental da ação final e que constituirá o objeto de investigação do capítulo seguinte. Como acertadamente conclui COSTA, “o dolo no tipo permite maior nitidez na pretensão punitiva de sujeitar-se um fato delinqüencial (que pertence ao réu, agente) a processo criminal; bastará o fato típico e não a antecipação da culpabilidade”¹⁵⁹.

Ressalta-se, por fim, a despeito do merecido destaque que possuem tanto a antijuridicidade quanto a culpabilidade na teoria do delito, ambas não interessam aos fins da presente pesquisa porquanto a constatação do dolo e da culpa (conforme se pretendeu demonstrar) se perfaz (e se esgota) nas etapas anteriores¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Segundo COSTA, Carlos Adalmyr Condeixa da. *Dolo no tipo: teoria da ação finalista no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989, p. 18, o dolo na culpabilidade não atende “mais aos desígnios do Direito Penal”.

¹⁵⁹ COSTA, Carlos Adalmyr Condeixa da. *Dolo no tipo: teoria da ação finalista no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989, p. 87.

¹⁶⁰ Há, contudo, aqueles que defendem uma dupla valoração ou uma dupla função do dolo, razão pela qual ele faria parte tanto da tipicidade quanto da culpabilidade. Sobre o tema, remetemos o leitor ao item 3.3.1 do presente trabalho.

3 A AÇÃO, O TIPO E A TIPICIDADE: O DOLO E A CULPA COMO ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO

3.1 A ação *lato sensu*

Nos termos da concepção analítica à qual manifestamos adesão no capítulo anterior, a ação constitui, indubitavelmente, o primeiro momento do crime: “não interessa ao Direito Penal o pensar, o imaginar, o desejar não convertido em ato”¹⁶¹. BRUNO, a respeito, assinala que “a ação é o núcleo do conceito”¹⁶² ou até mesmo que “o crime é essencialmente uma ação”¹⁶³, acabando por concluir que “sem ação não há crime”¹⁶⁴. Da mesma forma se

¹⁶¹ PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 110. Do mesmo modo leciona PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 292, para quem “o simples querer ou pensar, sem qualquer exteriorização, sequer pode ser objeto de consideração no campo penal: *cogitationis poenam nemo patitur*”.

¹⁶² BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 276. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 5; BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 53; COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 538; DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 19; RUIZ, Sérgio Túlio. *La estructura del delito*. Bogotá: Editorial Temis, 1978, p. 15; TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 7. Muito embora discordemos, não se desconhece a tendência proposta por DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 214-5, (com respaldo de Jescheck) no sentido de que “se deve renunciar a colocar como elemento básico do sistema um conceito geral de ação”, dando-se “primazia à doutrina da ação típica ou da realização do tipo, passando a caber ao conceito de ação apenas ‘a função de integrar, no âmbito da teoria do tipo, o meio adequado de prospecção da espécie de atuação’”. Desse modo, continua o mesmo autor, à ação caberia apenas a função de “excluir tudo aquilo que desde o início não pode revelar para as posteriores valorações jurídico-penais, nomeadamente para as categorias do proibido e do permitido”, razão pela qual acabaria por assumir “um papel secundário”.

¹⁶³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 274-281. O mesmo autor salienta que a posição central da ação no conceito de crime, acentuada pelo finalismo de Welzel, se trata de uma “exigência do realismo Direito Penal vigente, que continua a atender mais ao fato do que ao homem e só pune o homem em razão do fato”.

¹⁶⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 303.

manifesta NORONHA, que afirma que é a ação que dá corpo ao crime, “e, não raro, é somente ela que o revela no mundo exterior”¹⁶⁵.

Nos termos de BRANDÃO:

A conduta humana é a pedra angular da Teoria do Crime. É com base nela que se formam todos os juízos que compõem o conceito de crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. A tipicidade é a adequação da conduta com a norma; a antijuridicidade é o juízo de reprovação da conduta e a culpabilidade é o juízo de reprovação sobre o autor da conduta¹⁶⁶.

E, logo em seguida, o mesmo autor arremata:

O Direito Penal não cria o conceito de conduta, ele o retira do mundo fenomênico dos fatos. Prova-se esta afirmativa porque, ainda que não houvesse o Direito é óbvio que se realizariam ações. Não se pode, pois, pensar em vida humana sem o agir. E esse conceito de conduta, retirado do mundo dos fatos, funciona como um elo de ligação entre os elementos do crime, possibilitando a sistematização destes ditos elementos. Portanto, deve-se enfatizar que todos os elementos do crime referem-se, de um modo ou de outro, à conduta humana¹⁶⁷.

Como visto, é com fundamento no conceito trivial de ação que “se assentam os predicados da tipicidade, ilicitude e culpabilidade”¹⁶⁸, sendo penalmente relevante somente aquela que preenche todos esses requisitos¹⁶⁹.

¹⁶⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposo*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 60.

¹⁶⁶ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19.

¹⁶⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 20. O autor salienta que a noção de ação como fundamento do conceito de crime “é uma grande conquista do direito penal liberal, voltado para a proteção dos bens jurídicos vitais para o homem e a sociedade”, haja vista que, em tempos remotos, “o direito penal prescindiu do conceito de conduta para aplicar a pena, desse modo até coisas e animais poderiam ser punidos”.

¹⁶⁸ PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 110. Como bem salienta WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral* (aspectos fundamentais). Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1976, p. 18, “a ação constitui o elemento relacional, que percorre conjuntamente todos os estágios do raciocínio jurídico e estabelece a referência para os subordinados processos de valoração”. No mesmo sentido: MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 105; COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 556; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 9; BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. I, p. 183; NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposo*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 61; TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 7. Em razão do exposto, ANTÓN, Tomás S. Vives. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 105-6, delimita as seguintes funções do conceito de ação: a) classificatória: “a ação deve ser o gênero comum donde decorrem as diversas espécies delitivas; ativa e omissiva, dolosa e culposa” (tradução do autor). No original: “la acción ha de ser el género común del que quepa desgajar las diversas especies delictivas; activa y omisiva, dolosa y culposa”; b) negativa: “se o delito é, num primeiro

Há autores que preferem a utilização do termo conduta ou comportamento para abarcar tanto a noção de ação *stricto sensu* (dinamismo) quanto a de omissão (imobilidade)¹⁷⁰. Não obstante, compartilhamos da idéia daqueles que entendem a omissão como uma espécie integrante do gênero ação (*lato sensu*), sendo definida como uma ação negativa¹⁷¹. Segundo bem explicita NORONHA, a omissão

é também um comportamento ou conduta e, conseqüentemente, manifestação externa, que, embora não se concretize na materialidade de um movimento corpóreo – antes é a abstenção desse movimento – por nós é percebida como realidade, como sucedido ou realizado¹⁷².

A questão, porém, também é puramente terminológica e em nada prejudica o objeto de estudo proposto, desde que se faça expressa referência à modalidade *lato sensu* de

momento, ação, disso se segue uma conseqüência imediata: tudo o que não seja ação não será, por conseguinte, delito” (tradução do autor). No original: “si el delito es, en primer término, acción, de ello se sigue una consecuencia inmediata: todo lo que no sea acción no será, por conseguinte, delito”; c) definição: se a ação precede os referidos predicados, notadamente “a antijuridicidade e a culpabilidade, deve proporcionar o substrato material de uma e outra, isto é, deve conter os elementos sobre os quais se pode articular o juízo de desvalor e o juízo de reprovação” (tradução do autor). No original: “la antijuricidad y la culpabilidad, ha de proporcionar el sustrato material de una y otra, esto es, ha de contener los elementos sobre los que pueda articularse el juicio de desvalor y el juicio de reproche”; d) coordenação: entre os referidos predicados, a ação “deve constituir um laço de união entre eles e não pode, sob pena de gerar um absurdo tautológico, antecipar seu conteúdo” (tradução do autor). No original: “ha de constituir un lazo de unión entre ellos y que no puede, sin generar una burda tautología, anticipar su contenido”. No mesmo sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 206.

¹⁶⁹ Da mesma forma se manifesta FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 5-6, para quem “a análise do fato punível revela que êle é, essencialmente, uma conduta a que se acrescentam os atributos a que se referem a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, características que, de certa forma, adjetivam o dado elementar que é o comportamento”.

¹⁷⁰ Nesse sentido: RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*: parte general. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 130; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 102; TELES, Ney Moura. *Direito penal*: parte geral I. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 211; TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 97; BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 15; COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 556; DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 18; BETANCOURT, Eduardo López. *Teoría del delito*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1995, p. 73; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 11; RUIZ, Sérvio Túlio. *La estructura del delito*. Bogotá: Editorial Temis, 1978, p. 19; LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 107; MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 13.

¹⁷¹ No mesmo sentido: BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 293; GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 141; SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Do crime*. São Paulo: Brasiliavros Editora e Distribuidora Ltda., 1980, p. 10. Vale a citação dos dizeres de Mayer *apud* BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 294, no sentido de que a omissão é uma espécie de inatividade, mas também uma espécie de ação, contrapondo-se, por conseguinte, à noção de atividade, mas não à de ação.

¹⁷² NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 98.

ação, abarcando tanto a noção de ação propriamente dita quanto a de omissão, tal como realizamos.

Interessante salientar a advertência formulada por BRUNO no sentido de que o conceito de ação não se confunde com o de ato. Segundo ele,

uma ação pode ser realizada em vários atos, em diversos movimentos sucessivos do agente, sem que por isso se quebre a sua substancial unidade. Se um indivíduo mata outro com vários tiros ou vários golpes de punhal, há uma série de atos, mas uma ação só¹⁷³.

O conceito de ação sofreu influência de várias teorias¹⁷⁴, dentre elas destacando-se algumas cujas idéias centrais (ao menos em relação aos elementos do crime) já foram pormenorizadamente apresentadas quando da elaboração do conceito analítico de delito¹⁷⁵, mas que, no presente momento, serão novamente enfocadas com redobrada e exclusiva atenção às contribuições relativas à idéia de ação, cujo conceito sofreu profundas transformações na medida em que a doutrina avançava em seus estudos¹⁷⁶.

3.1.1 Teoria causal ou naturalista

¹⁷³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 286. No mesmo sentido: TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 98; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 177. SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Do crime*. São Paulo: Brasilivros Editora e Distribuidora Ltda., 1980, p. 14.

¹⁷⁴ Uma vez mais cumpre-nos destacar que a exposição que será iniciada não pretende, de modo algum, esgotar o tema relativo às teorias da ação, mas tão-somente propiciar uma compreensão relativa às teorias tidas como mais relevantes (causal, finalista e social) e que repercutam diretamente na compreensão do dolo e da culpa.

¹⁷⁵ A propósito, têm-se os itens 2.2.1.1, 2.2.1.2 e 2.2.1.3 do presente trabalho. Ademais, como bem salienta TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 7, “todas as concepções ou modelos de construção do delito podem reduzir-se, em última análise, a teorias sobre a ação”.

¹⁷⁶ Não sem antes registrar a pertinente advertência formulada por PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 292: “antes de examinar a problemática relativa às teorias da conduta, convém deixar patente a impossibilidade de ser elaborado um conceito genérico, totalizante, de ação que envolva ou abranja a ação propriamente dita e a omissão. A propósito, afirma-se que todas as tentativas que têm por objetivo encontrar um conceito de ação em sentido amplo estão condenadas ao fracasso. De logo, importa, então, dizer que a ação e a omissão têm, na teoria jurídica do delito, a função de elemento básico, ainda que não unitário do sistema, suficiente para permitir uma regular interpretação de todos os tipos de injusto”. No mesmo sentido: ANTÓN, Tomás S. Vives. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 140.

Referida teoria estava impregnada pelas idéias positivistas, reinantes no século XIX, dominando “o pensamento jurídico penal dos fins do século passado e do começo do século XX”¹⁷⁷. “Isto significa que se adotava no Direito a mesma metodologia das ciências da natureza, ao invés de se compreender o Direito, procurava-se explicá-lo”¹⁷⁸. O próprio nome da teoria deriva da lei da causalidade que rege a natureza: a relação de causa e efeito, que não é compreendida em suas bases fundamentais, mas somente explicada pelo homem.

Assim, para a teoria causal ou naturalista, “ação é a conduta humana voluntária, que causa um resultado típico”¹⁷⁹, constituindo, portanto, a causa de modificação do mundo exterior. BRANDÃO leciona que para a teoria causalista “a ação é o movimento corpóreo voluntário que causa modificação no mundo exterior”¹⁸⁰. MIRABETE, do mesmo modo, assevera que a ação para os causalistas “é um processo mecânico, muscular e voluntário (porque não é um ato reflexo), em que se prescinde do fim a que essa vontade se dirige”¹⁸¹. TELES, de maneira didática, leciona que, para os causalistas, “a vontade é a causa da conduta e esta é a causa do resultado”¹⁸².

Nos termos de FRAGOSO:

A ação é concebida, assim, como conduta voluntária que causa modificação no mundo exterior. Tal conceito é puramente naturalístico, sendo estranho a qualquer valor e excluindo qualquer apreciação normativa. Ação é posição de causa, e como tal, neste primeiro momento, isenta de qualquer valoração própria do mundo do Direito¹⁸³.

A concepção causal é tida por BRUNO como

um conceito puro da ação, isento de todo juízo de valor, de toda referência a elemento próprio de qualquer dos outros componentes conceituais do crime; a ação tomada como pura realização da vontade no mundo exterior, não

¹⁷⁷ LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 105.

¹⁷⁸ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 20.

¹⁷⁹ PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 110.

¹⁸⁰ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 21.

¹⁸¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 102.

¹⁸² TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 198.

¹⁸³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 7.

importando, neste primeiro momento do conceito do crime, se esta realização constitui violação de uma norma de Direito, se esta violação concretiza uma figura típica ou se os elementos subjetivos do agente têm a categoria necessária para fundamentar a sua responsabilidade penal. Aquêlê “contacto”, que um autor reclama, “com o mundo dos valores que o Direito tutela”, realiza-se através da antijuridicidade e da tipicidade, não da ação puramente¹⁸⁴.

Nos termos desta teoria, os componentes necessários da ação seriam os seguintes:

o processo interno de vontade, a exterioridade dessa vontade no mundo exterior (conduta) e o resultado obtido¹⁸⁵. Segundo informa BRUNO:

Supõe sempre, para constituir ação, uma conseqüente modificação do mundo externo ou o perigo dessa modificação. Não há ação sem resultado. Alguma coisa no mundo exterior, ainda que seja no espírito de um homem ou no estado de ânimo coletivo, há de sofrer uma alteração, embora transitória. O resultado se incorpora à ação como o seu momento final e juridicamente mais relevante, quando a ação se apresenta de relevância para o Direito¹⁸⁶.

E nos termos de PRADO:

A ação é mera causação de evento, provocada pela vontade ou voluntariedade (impulso mecânico/inervação muscular), mas não por esta conduzida. Isso vale dizer: o que importa não é o conteúdo da vontade – sua direção final (se o agente queria ou não realizar a ação típica). O sentido ou conteúdo da vontade é deslocado para a culpabilidade (dolo ou culpa, formas de culpabilidade)¹⁸⁷.

Vê-se, pois, na esteira da lição transcrita, que o conteúdo da vontade para os causalistas não deve ser analisado na ação (já que sua concepção se restringe aos supracitados

¹⁸⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 282-3.

¹⁸⁵ Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 282-6. No mesmo sentido: MESTIERI, João. *Manual de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 111; PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 292; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 152; MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 172-3; ANTÓN, Tomás S. Vives. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 107.

¹⁸⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 285. O mesmo autor salienta que como a “modificação do mundo exterior deve-se considerar mesmo a que se apresenta como simples acontecer psíquico determinado pelo atuar do agente, na própria vítima, como a emoção, a dor, a humilhação, na injúria; a intimidação, o sentimento de insegurança, na ameaça; ou no espírito de outros, como a modificação da estima pública de que gozava a vítima, na difamação ou na calúnia, porque, como dizia von Liszt, o mundo interior de outrem é mundo exterior em relação ao agente”.

¹⁸⁷ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 292.

elementos, invariavelmente objetivos), mas somente na culpabilidade¹⁸⁸. Não interessa, portanto, a finalidade da conduta do agente. Segundo BRANDÃO:

Destarte, não se deve investigar no âmbito da multirreferida ação se a modificação no mundo exterior foi produto da finalidade do agente (dolo) ou se a finalidade foi dirigida para um fato lícito, sendo censurados os meios que o agente utilizou (culpa)¹⁸⁹.

Não obstante constitua “o ponto de partida de todas as teorias da ação”¹⁹⁰, foi muito criticada pelos juristas ao conceber uma vontade que ignoraria o fim para o qual é exercida, reduzindo a concepção de ação a uma atividade quase naturalística, puramente mecânica¹⁹¹, além da comprovada insuficiência na explicação dos crimes omissivos¹⁹²,

¹⁸⁸ Da mesma forma os dizeres de FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 9, para quem o “conteúdo da vontade permanece estranho ao conceito de ação. Basta apenas a certeza de que o agente atuou voluntariamente, sendo irrelevante o que quis. O conteúdo da vontade só terá importância na determinação da culpabilidade, a ser feita em momento posterior”. Como bem exemplifica COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 598, no caso de Caio desferir um tiro mortal contra Tício, “a vontade de Caio é a vontade de pressionar o gatilho, ainda não separamos o *animus necandi*, que é objeto da verificação da culpabilidade, pois ‘o que é querido aqui é indiferente; o conteúdo da vontade é somente importante para a culpabilidade’”.

¹⁸⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 23.

¹⁹⁰ LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 84.

¹⁹¹ Cf. PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 117. Também MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 102, critica a teoria causalista porque “o conceito jurídico penal da conduta humana difere do conceito real. Está-se cindindo um fenômeno real, separando-se a ação voluntária de seu conteúdo”. No mesmo sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 23.

¹⁹² Nos termos do que sustenta MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991, p. 4, “a elaboração de base naturalística, que considera a ação como movimento corpóreo causado por uma vontade e que produz uma modificação no mundo exterior, transcendente, encontra profundas dificuldades ao tentar conceituar o delito omissivo. Ao se considerar, no plano físico, a omissão, como ausência de movimento, caímos no conceito do nada. E o nada, nada causa. Se a omissão é um não fazer alguma coisa, o não fazer, pelo menos, no mundo fenomênico, não pode ser considerado antecedente causal de um resultado”.

culposos e tentados¹⁹³, o que implica dizer que a ação causalista não cumpre de maneira satisfatória (nem mesmo minimamente) sua função classificatória¹⁹⁴.

3.1.2 Teoria finalista

Concebida por Hanz Welzel na primeira metade do século XX, com fundamento na filosofia de N. Hartmann, a ação vem a ser para a teoria finalista uma “atividade humana dirigida a um fim”¹⁹⁵, razão pela qual se afastava definitivamente da concepção clássica na medida em que a ação se torna um acontecer final (com vistas à realização de um objetivo, de uma finalidade), e não meramente causal¹⁹⁶.

Pode o homem, segundo a concepção finalista, prever - dentro de um certo limite - as conseqüências prováveis da realização de sua conduta e, por conseguinte, orientar sua ação à consecução daquilo que deseja. Vejam-se os dizeres de BRANDÃO:

Welzel propõe um exemplo para diferenciar a finalidade da causalidade. Se um raio eletrocuta um homem que trabalha no campo, este fato se baseia na lei da causalidade, visto que entre o homem e a nuvem se deu a máxima tensão necessária para a descarga elétrica. Esta tensão também poderia ter sido originada por qualquer outro objeto que estivesse a certa altura da nuvem. Não existe, pois, um acontecer final para determinar a descarga elétrica. A situação, nas ações humanas, é totalmente diversa; quem deseja matar outrem elege, conscientemente para atingir este fim, os fatores causais

¹⁹³ Cf. MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 111-2. Ainda segundo o mesmo autor, se nos termos da concepção clássica o “agir não vem a ser mais do que ‘provocar resultado’, e se uma das características da tentativa vem a ser exatamente a não-consecução do resultado jurídico do crime, deveríamos pitorescamente concluir inexistir ação nas realizações típicas deixadas em grau de tentativa. O mesmo deveríamos fazer em relação às duas outras figuras; na omissão dá-se a voluntária abstenção de uma ação do agente, a qual seria de se lhe exigir nas circunstâncias. Ora, como do nada, nada pode surgir, concluiríamos que nos delitos de omissão também não haveria de se falar em ação. Quanto aos delitos culposos, sabemos que a sua principal característica vem a ser a não-congruência, ou seja, a vontade finalisticamente manifestada nunca coincide com o resultado objetivado”.

¹⁹⁴ No mesmo sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 207.

¹⁹⁵ PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 110.

¹⁹⁶ Segundo LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 89, a teoria finalista foi influenciada por N. Hartmann, que concebia a finalidade “como uma categoria do pensamento, em contraposição à causalidade, que é uma categoria do ser”.

necessários, como a compra da arma, averiguação da oportunidade, disparar ao objetivo.

A finalidade, portanto, baseia-se na capacidade da vontade de prever, dentro de certos limites, as conseqüências de sua intervenção no curso causal e dirigi-lo conforme a consecução deste dito fim. ‘A espinha dorsal da ação final é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecimento causal’, sem ela a ação seria rebaixada a um acontecimento causal cego¹⁹⁷.

A teoria finalista, portanto, num conceito ontológico, “considera a ação como fenômeno substancial, como realidade pré, supra ou extrajurídica”¹⁹⁸. E assim, antes de se investigar a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, o finalismo procura adequar seu conceito de ação da maneira mais próxima à realidade possível: “não se concebe a vontade do nada ou para nada, e sim dirigida a um fim. A conduta realiza-se mediante a manifestação da vontade dirigida a um fim”¹⁹⁹.

Muito embora a teoria naturalista também faça a previsão da vontade como um dos componentes necessários da ação, como já salientado, o que distingue a ação finalista da naturalista é a profundidade do conteúdo da vontade que aquela “introduz no conceito de ação e a exacerbação daquele pensamento do fim até ao extremo de incluir naquele conceito o elemento do dolo”²⁰⁰. Não basta, portanto, o simples querer alguma coisa, mas sim o querer especialmente designado para a realização de um fim, ou seja, uma ação “conscientemente dirigida ao resultado ilícito. A finalidade confunde-se com ‘dolosidade’ (*Vorsatzlichkeit*)”²⁰¹.

¹⁹⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 23. O exemplo fornecido por Welzel possibilita nítida distinção: a causalidade, baseada nas ciências naturais, limita-se a explicar o ocorrido, enquanto o finalismo procura compreendê-lo.

¹⁹⁸ LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 86.

¹⁹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 103. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 19.

²⁰⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 289. Exemplificando, o mesmo autor assevera que enquanto a ação do homicídio para a doutrina tradicional consiste no gesto de disparar a arma e a morte da vítima que lhe segue, para o finalismo a ação deve estar impregnada também da intenção que animou o agente. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 19; ANTÓN, Tomás S. Vives. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 109.

²⁰¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 290. No mesmo sentido: MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991, p. 27; MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 99; SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Do crime*. São Paulo: Brasiliavros Editora e Distribuidora Ltda., 1980, p. 16.

Foi esta, portanto, a principal contribuição da noção finalista e que possui, inclusive para os fins do presente trabalho, a mais alta relevância: o dolo (e, por conseguinte a culpa) foi retirado da culpabilidade, tendo sido transposto para a estrutura conceitual da ação, pois dela não pode ser separada porque a ela pertence como fator próprio finalístico que lhe dá forma. Nos termos de GALLO:

A ação humana é, saliente-se, por sua essência finalística; propõe-se os fins, escolhem-se os meios necessários para o alcance do fim e se aplicam segundo um plano pré-estabelecido. O momento da finalidade, se se tratar de uma ação penalmente relevante: o dolo, pertence, pois, a ação e não pode ser dela legitimamente separado²⁰².

A ação finalista, nesses termos, é composta apenas pela vontade e pela manifestação dessa mesma vontade²⁰³, já que, novamente em posição diametralmente contrária à causalista, o resultado não integra o conceito de ação, mas tão-somente a estrutura do tipo, sendo sua última característica para a existência do delito consumado²⁰⁴.

Não fugindo à regra, o finalismo também foi alvo das mais diversas críticas, especialmente no que tange ao fato de que seu conceito de ação não abarcaria nem os crimes culposos e nem os omissivos²⁰⁵, sendo constante o retrabalho (até os dias atuais) dessa teoria na tentativa de refutar tais objeções.

²⁰² Apud BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 26.

²⁰³ Cf. MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 105.

²⁰⁴ Cf. MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 113.

²⁰⁵ Nesse sentido: BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 290; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 22-3; SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de um concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 260; MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A teoria do delito e o Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1994, p. 31-2. Aliás, conforme relata REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 128-9, “Jakobs reclama no prólogo da 1ª edição de seu Direito Penal por uma (re) normatização dos conceitos, pois o que importa não é saber quem pode ocasionar ou impedir um resultado, mas quem é responsável por este, o que a teoria final não se preocupa em responder. Ao seu ver, a teoria final da ação não explica os resultados decorrentes de atos imprudentes e de atos automatizados, bem como o comportamento omissivo”.

3.1.3 Teoria social

A teoria social da ação, por sua vez, tem sua origem no ano de 1932, com Eberhard Schmidt, “que, ao atualizar o tratado de von Liszt, procurou dar uma nova feição ao conceito causalista de seu mestre, livrando-o da excessiva influência do positivismo naturalista”²⁰⁶.

Fundada numa tentativa de compatibilizar a noção causal e a finalista, concebe a ação como “o comportamento socialmente relevante”²⁰⁷, dominada ou dominável pela vontade humana, ou seja, buscou-se compreender a ação com base na relação do comportamento humano com o mundo que o rodeia num espaço puramente valorativo, que reúne “as categorias finalidade e causalidade, as quais são contraditórias no plano do ser”²⁰⁸.

Adepto desta teoria, WESSELS assim se manifesta:

A teoria social da ação (Eb. Schmidt, Engisch, Jeschek, Kienapfel, Maihofer, R. Lange, Oehler, E. A. Wolff, aproximando-se dela também Arthur Kaufmann) vê na relevância social do fazer ou da omissão humanos o critério conceitual comum a todas as formas de comportamento. Engloba o agir como fator sensível da realidade social, com todos os seus aspectos pessoais, finais, causais e normativos²⁰⁹.

Como bem salienta PRADO, o que “importa é a significação social da conduta humana do ponto de vista da sociedade (conceito valorado de ação)”²¹⁰. Tal relevância social, por sua vez, “é verificada à medida que a conduta produza efeitos danosos na relação do indivíduo com o seu ambiente social”²¹¹. Porém, como adverte BRANDÃO, “o conceito

²⁰⁶ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 28.

²⁰⁷ PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 110.

²⁰⁸ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 29.

²⁰⁹ WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Tradução Juarez Tavarez. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1976, p. 20.

²¹⁰ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 295.

²¹¹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 66. Segundo WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Tradução Juarez Tavarez. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1976, p. 22, “socialmente

social de ação tem, entretanto, várias vertentes, que ora se prestam a defender o finalismo, ora se prestam a defender o causalismo”²¹².

Valendo-se de ambos os posicionamentos, os defensores da teoria social da ação afirmam que ela superou a antítese entre finalismo e causalismo na medida em que a ação e a omissão só podem ser compreendidas conjuntamente num conceito superior de ação sob um prisma social²¹³, ou seja, naquela apontada relação entre o comportamento humano e o mundo que o rodeia: a ação poderia, assim, ser tanto comissiva (cuja estrutura fundamental seria a finalidade) quanto omissiva (que ocorre “quando não se produz um fazer ativo, que era esperado segundo as normas da Moral ou do Direito”²¹⁴).

3.1.4 Posição adotada e demais considerações relevantes

Conforme já tivemos oportunidade de salientar, a posição finalista foi adotada pelo presente trabalho por se adequar de maneira mais verdadeira à realidade²¹⁵. Nesses

relevante é toda conduta que afeta a relação do indivíduo para com o seu meio e, segundo suas conseqüências ambicionadas ou não desejadas, constitui, no campo social, elemento de um juízo de valor”.

²¹² BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 28. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 295. Para WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1976, p. 22, “a teoria social não exclui, mas inclui os conceitos final e causal de ação”.

²¹³ Nesse mesmo sentido: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 68.

²¹⁴ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 29.

²¹⁵ Assim, apesar de podermos apontar a existência de outras teorias sobre a ação (tais como a teoria sintomática, a teoria normativa, a teoria personalista, a teoria da inevitabilidade individual e a teoria significativa), sobre elas deixamos de tecer considerações por considerar suficiente à delimitação do objeto de pesquisa a exposição já realizada, demonstrando a pertinência do posicionamento do dolo e da culpa na ação. Acerca destas outras teorias, têm-se: ANTÓN, Tomás S. Vives. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 119-334; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 212-14; PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 110; COSTA, Alvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 584; VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, t. I, p. 167; LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 84-106; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 12-7; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 283-4; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 133-4.

termos, a ação é definida por ROCHA e GRECO como sendo “um comportamento humano voluntário dirigido a uma finalidade qualquer”²¹⁶; MIRABETE, por sua vez, leciona que a “conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade”²¹⁷; já BETANCOURT define-a “como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminhado a un propósito”²¹⁸; enquanto para BETTIOL, ação é um “movimento musculare volontario conscientemente diretto alla realizzazione di un fine”²¹⁹.

LUNA, por sua vez, a define como “uma manifestação externa da vontade, que tanto se observa na ação propriamente dita quanto na omissão”²²⁰, advertindo que a materialidade do ato deve ser evitada (como, por exemplo, definir a ação como um movimento corporal), “porque, além de não abranger todo o fazer positivo, exclui a omissão, que é também ação para o direito penal”²²¹.

Contudo, na esteira daquilo que já restou exaustivamente exposto, a despeito da adoção da teoria finalista, isso não significa dizer que ela se encontra livre de críticas²²², conforme a lição de MESTIERI:

Hoje em dia, a discussão em torno de qual dos caminhos seja o melhor, o causalista, o social ou o finalista, perdeu significativamente em importância, mesmo porque nenhum deles, como é de se esperar, se mostra capaz de abarcar a realidade humana de maneira absoluta e perfeita. Cada uma dessas visões doutrinárias possui aspectos positivos e negativos; contudo, a

²¹⁶ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 92.

²¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 104. Da mesma forma se manifesta FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 150, para quem a “ação é atividade humana conscientemente dirigida a um fim”.

²¹⁸ “como o comportamento humano voluntário, positivo ou negativo, encaminhado a um propósito” (tradução do autor). BETANCOURT, Eduardo López. *Teoría del delito*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1995, p. 73.

²¹⁹ “movimento muscular voluntário conscientemente dirigido à realização de um fim” (tradução do autor). BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale: parte generale*. 9. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976, p. 240.

²²⁰ LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 34.

²²¹ LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 34.

²²² Já manifestamos (tópico 3.1 do presente trabalho) adesão à advertência formulada por PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 292, no sentido da impossibilidade hodierna de ser elaborado um conceito genérico, totalizante, de ação que abranja a ação propriamente dita e a omissão, sendo que todas as tentativas nesse sentido estão inexoravelmente condenadas ao fracasso. De qualquer forma, como bem leciona COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 551, “a doutrina finalista é submetida a viva discussão originando constantes revisões e retificações por parte de seus próprios patrocinadores”.

concepção finalista tem, e sempre terá, o inegável mérito de captar a realidade como ela é, trabalhando com um conceito de ação humana que corresponde à verdadeira essência do ser humano, evitando construir um conceito jurídico de ação, que limitasse ou desvirtuasse a verdadeira e plena expressão da natureza humana²²³.

De qualquer forma, também já se disse que a teoria causal, até mesmo pela forte influência positivista que a permeia, padece de indelével erro metodológico na estruturação do conceito de ação: ao invés de compreender a ação humana, busca explicá-la da mesma maneira que os eventos naturais (estes sim sujeitos à causalidade). “Com efeito, a explicação é ato gnosiológico próprio das ciências naturais, mas não serve para investigar as ciências do homem, que têm um ato gnosiológico apropriado: a compreensão”²²⁴.

A teoria social da ação, do mesmo modo, revela-se substancialmente insuficiente, como bem leciona BRANDÃO:

A Teoria Social, por sua vez, procura um conceito valorativo de ação, valorando sua relevância social. Ora, foi dito que o conceito de ação serve como elo de ligação entre os elementos do crime, possibilitando sua sistematização. Por isso o conceito de ação deve ser valorativamente neutro, pois os juízos de valor serão feitos através da tipicidade e da antijuridicidade. Se utilizamos um conceito que não seja valorativamente neutro, poderemos até mesmo pré-julgar a tipicidade e a antijuridicidade, o que não corresponde às exigências de um direito penal liberal²²⁵.

²²³ MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 113.

²²⁴ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 30.

²²⁵ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 30. Também TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 205, critica a referida concepção afirmando que “incluir, no conceito de crime, a idéia de relevância social em nada ajuda a explicá-lo”. E mais: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 104, também critica a teoria social pela “dificuldade de conceituar-se o que seja relevância social da conduta, pois tal exigiria um juízo de valor, ético. Tratar-se-ia de um critério vago e impreciso que, inclusive, influiria nos limites da antijuridicidade, tornando também indeterminada a tipicidade”, bem como TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 92-3, que tece suas críticas no sentido da “impossibilidade, até agora, de se fornecer um conceito preciso para a aventada relevância social da conduta” e “na imprestabilidade prática de um conceito de ação que implique um juízo de valor de tal ordem, que já diga respeito, no fundo, ao conteúdo social do fato, isto é, de conformidade ou desconformidade com a estruturação dos mandamentos coletivos (que, em seu conteúdo, não são coletivos)”. No mesmo sentido, valiosa a crítica de REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 132-3, que afirma que a tentativa da teoria social de reunião de aspectos múltiplos no conceito de ação “pouco esclarece, pois o dado referencial identificador da ação está no reconhecimento de uma qualidade externa, na sua relevância social ou no seu caráter significativo. Não cabe, a meu ver, como pretende a teoria social ou pessoal, antecipar ou casar o conceito de ação ao da sua relevância, pois a questão está em saber antes o que é ação e depois avaliar sua relevância. O conceito social e o pessoal de ação leva a se confundir o objeto da valoração, ou seja, a ação, com a valoração do objeto, a ação relevante”. Da mesma forma se manifesta ANTÓN, Tomás S. Vives. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 117-8, para quem “a doutrina social de ação dissolve o conceito de ação (que diz sustentar) no de realização do tipo” (tradução do autor). No original: “la doctrina social

Desse modo, é de se ver que a teoria finalista, com sua proposta de ação ontológica, “precede a qualquer regulamentação, constituindo estrutura que se há de respeitar ao querer regular condutas”²²⁶. Ou melhor, pode-se afirmar que a realidade se põe à frente dos olhos do legislador que a conhece e sobre ela formula juízos de valor, estando livre para realizar a eleição das ações puníveis, mas não modificar a estrutura final do comportamento²²⁷. A autonomia do ser humano remete à idéia da ação final, nos termos do que leciona CARNELUTTI:

Un hombre que se mueve, a diferencia de una cosa que se mueve, tiene una meta.

La meta o el blanco son cosas tan reales como el movimiento. Pero su realidad es psicológica, no material. Está dentro de nosotros, no fuera. Añadamos que pertenece al campo intelectual. Es uno de los milagros que realiza nuestra inteligencia, capaz de representarse a sí misma una mutación del mundo externo antes de que ocurra²²⁸.

A ação humana, tal como a concebemos desde a formação de nossa consciência, é dirigida à realização de fins (imediatos e mediatos): se nos dirigimos à escola na época da infância é porque estávamos atentos à nossa formação educacional; se posteriormente nos dirigimos à faculdade, foi porque desejávamos exercer uma profissão (imediato) a fim de desfrutarmos de uma vida digna de nossas aspirações (mediato). Esta noção, como visto, não

de la acción disuelve el concepto de acción (que dice mantener) en el de realización del tipo”. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 133; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 15.

²²⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 129. No mesmo sentido: COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 559.

²²⁷ Cf. MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. *Derecho Penal: introducción*. Madrid: Universidad Complutense, 2000, p. 491.

²²⁸ “Um homem que se move, diferentemente de uma coisa que se move, tem uma meta. A meta ou sua ausência são coisas tão reais como o movimento. Mas sua realidade é psicológica, não material. Está dentro de nós mesmos, não fora. Acrescentamos que pertence ao campo intelectual. É um dos milagres que realiza nossa inteligência, capaz de representar a si mesmo uma mutação do mundo externo antes de que ocorra” (tradução do autor). CARNELUTTI, Francesco. *Teoria general del delito*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1952, p. 62-3.

é tão recente: “Aristóteles, já na antigüidade grega, elencava entre as causas primeiras do ser a causa final”²²⁹.

Nesses termos, diz-se que para Welzel a ação perpassa por duas fases: uma interna (vontade) e uma externa (manifestação da vontade). A primeira delas transcorre na mente do agente e consiste em: “a) representação e antecipação mental do resultado a ser alcançado; b) a escolha dos meios a serem utilizados; c) a consideração dos efeitos concomitantes à utilização dos meios escolhidos”²³⁰.

A fase externa, por sua vez, diz respeito à realização no mundo exterior de tudo aquilo que o agente imaginara²³¹. Segundo WELZEL:

A segunda etapa da direção final se leva a cabo no mundo real. É um processo causal, determinado pela definição do fim e dos meios na esfera do pensamento. Na medida em que não se consegue a determinação final no mundo real, por exemplo, quando o resultado não se produz por qualquer razão, a ação final correspondente é somente tentada²³².

O resultado, entretanto, como já se disse e bem salienta FRAGOSO, ao contrário da noção causalista, não integra a noção de ação, sendo integrante do tipo²³³.

E assim, com base no esquema proposto para a noção de ação (fase interna e externa), pode-se concluir que - assim como já se afirmou - ao Direito Penal não interessa o

²²⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 30.

²³⁰ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 97-8. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 150; BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 71; COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 585; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 11-2; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 44.

²³¹ Como bem salienta FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 30, “é conquista antiga do Direito Penal a exigência de ato externo como elemento indispensável para a existência de um crime”.

²³² ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 98.

²³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 150. No mesmo sentido: BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 53; VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 138; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 40-1.

mero pensamento, senão a sua transformação em conduta²³⁴, também ao Direito Penal “não vale o resultado que decorre de movimentos inconscientes”²³⁵, ou de mero reflexo²³⁶, ou melhor, sem que tenha havido qualquer participação da vontade²³⁷, razão pela qual se afirma que a ação penalmente relevante é aquela impregnada pelo dolo ou pela culpa²³⁸.

²³⁴ Como leciona BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 36, “a simples vontade criminosa não é hábil para ensejar a intervenção de Direito Penal, ficando excluída de seu âmbito, porque é requisito da conduta uma vontade manifestada no mundo exterior”, nos termos do que preconiza a máxima de Ulpiano: *cogitationes poenam nemo patitur*. Também assim leciona LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 107, para quem “podem ser pensadas as piores ações sem qualquer conseqüência, a não ser no plano estrito da religião, que reprova, como pecado, não apenas as más ações, mas, também, os maus pensamentos”. No mesmo sentido: CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 10; RUIZ, Sérvio Túlio. *La estructura del delito*. Bogotá: Editorial Temis, 1978, p. 17-8; BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. II, p. 60.

²³⁵ PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 110. No mesmo sentido: MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 106; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 36; ANDRADE, Wanderley. *A defesa criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 353; GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 144; MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A teoria do delito e o Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1994, p. 5; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 95; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 152; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 18; LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 108; SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Do crime*. São Paulo: Brasilivros Editora e Distribuidora Ltda., 1980, p. 18; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 51-2; AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 116.

²³⁶ Segundo PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 311, o ato reflexo é um “movimento de reação a um estímulo interno ou externo”. Já para FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 152, os atos reflexos “consistem numa reação motora (muscular) ou secretória (glandular), que responde automaticamente a uma excitação sensitiva (ex: a tosse, o espirro, o rubor e a palidez emocionais)”. No mesmo sentido: MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 215-6; MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 106; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37; ANDRADE, Wanderley. *A defesa criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 353; LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 95; GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 144; TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 210; MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A teoria do delito e o Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1994, p. 5; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 95; WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Tradução Juarez Tavarez. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1976, p. 23; BETANCOURT, Eduardo López. *Teoría del delito*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1995, p. 97; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 18; LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 107; VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 59; SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Do crime*. São Paulo: Brasilivros Editora e Distribuidora Ltda., 1980, p. 19; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 51; AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 118.

²³⁷ Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 284-303. O autor exemplifica citando o caso de um indivíduo durante um “sono normal completo, o movimento muscular que o sujeito realiza e de que possa provir um resultado típico penal não constitui ação. Falta-lhe o elemento psíquico da vontade, mesmo na sua forma mais elementar e imperfeita. Mas se, anormalmente, o impulso de um sonho

E assim, quando falta a ação, não há crime. Quando faltar um dos seus elementos, também ela não se faz presente e, via de consequência, tampouco o crime²³⁹. Da mesma forma se manifesta GRECO:

Como não houve dolo ou culpa, ou seja, em face da ausência de qualquer elemento subjetivo, o resultado não poderá ser atribuído ao agente para fins penais. Nesse caso, resolve-se o estudo da estrutura jurídica do crime em sede de fato típico. Assim, se não há conduta dolosa ou culposa, não há fato típico; e se não há fato típico, não há crime.

Tal raciocínio é importantíssimo a fim de que seja preservada, sempre, a responsabilidade subjetiva pelo fato praticado pelo agente, afastando-se aquela de natureza objetiva²⁴⁰.

Como consequência lógica da postura adotada pelo presente trabalho, tem-se que as condutas dolosas e culposas distinguem-se desde logo, ou seja, desde a ação, momento inicial do crime²⁴¹, devendo ambos, pois, estar previstos no tipo legal, como se verá logo a seguir.

leva o indivíduo, já meio despertado, a de fato agir no sentido do resultado punível, ou nos estados crepusculares que podem ocorrer no começo ou no fim do sono, ‘entre dormindo e acordado’, então o movimento obedece a uma vontade, por mais imperfeita ou viciada que seja na sua origem e processo, e pode-se falar de uma ação, impunível por inimizabilidade”.

²³⁸ Cf. PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 110. No mesmo sentido: TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 207; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 93; TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 19; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 77. Por conseguinte, na esteira da lição de NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 147, se não há ação juridicamente relevante (e, via de consequência, crime) sem dolo ou culpa, pode-se dizer que não há possibilidade de se admitir a responsabilidade objetiva: “de efeito, no estado presente do direito penal, é ela incompreensível. Representa um retrocesso a tempos primitivos, em que o homem pagava pelo que fizera, sem quaisquer preocupações com o elemento subjetivo. Era o resultado, o dano causado, a clamar sempre por uma pena, que nada mais era que vingança. A responsabilidade só pode ter por fundamento a vontade humana”.

²³⁹ Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 303.

²⁴⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 227.

²⁴¹ No mesmo sentido: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 62.

3.2 O tipo e a tipicidade²⁴²: noções gerais

Para que uma ação possa ser classificada como crime, a conduta humana deve, seguindo-se o conceito analítico de crime adotado pelo presente trabalho, ser típica, isto é, adequar-se ao modelo, ao tipo prescrito em lei. Segundo NORONHA, “atuar tipicamente é agir de acordo com o tipo. Este é a descrição da conduta humana feita pela lei e correspondente ao crime”²⁴³. Para GRECO, enquanto o tipo “é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento, a lei, visa impedir que seja praticada, ou determina que seja levada a efeito por todos nós”²⁴⁴, a tipicidade é “a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador”²⁴⁵. Como bem leciona BRANDÃO, “a tipicidade é, pois, definida como uma relação de adequação entre a ação humana e a norma do Direito. Só se pode falar em crime se, primeiramente, a ação humana for típica, isto é, adequada ao modelo descrito em lei”²⁴⁶, sendo o tipo, ainda nos termos do mesmo autor, “o conjunto de elementos que descrevem um delito determinado”²⁴⁷. LOPES, por seu turno, definiu o tipo como o “modelo de ação, imaginada e descrita pelo legislador como de provável ocorrência na realidade da vida causando dano ou expondo a perigo um bem ou valor, objeto de proteção jurídico-penal”²⁴⁸, sendo a tipicidade “a qualidade de adequar-se a um tipo”²⁴⁹. VARGAS, derradeiramente,

²⁴² Cumpre salientar que a explanação feita acerca da tipicidade pelo presente trabalho limitar-se-á à noção de tipicidade formal, visto que a referida exposição tem por escopo tão-somente apontar a existência dos elementos subjetivos do tipo, que nela se localizam. Não se desconhece, portanto, que a tipicidade penal é composta pela conjugação da tipicidade formal e da tipicidade conglobante (que, por sua vez, é formada pela antinormatividade e pela tipicidade material), sendo prescindível, porém, qualquer investigação nesse sentido para os fins do presente trabalho.

²⁴³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 99.

²⁴⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 150.

²⁴⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 150.

²⁴⁶ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 11.

²⁴⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 51.

²⁴⁸ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 114.

²⁴⁹ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 114.

leciona que enquanto “o tipo legal de crime é o modelo legal de comportamento proibido, compreendendo o conjunto das características objetivas e subjetivas do fato punível”²⁵⁰, “a tipicidade é a adequação ou ajustamento da conduta ao tipo”²⁵¹.

E, bem a propósito, vale citar a lição de MESTIERI:

Tipo é a representação legal absoluta do injusto. Um dado comportamento humano, ainda que ilícito, apenas será considerado criminoso na hipótese de se identificar absolutamente com um modelo de previsão inscrito no Código Penal ou em alguma lei ou disposição de caráter criminal. É precisamente essa identidade entre a previsão abstrata e um dado fato da vida, atribuível ao comportamento humano, que permite a integração do Direito Penal: a tipicidade.

Por isso se diz estar o tipo na lei e a tipicidade, na ação²⁵².

Como visto, portanto, a noção de tipo não se confunde com a de tipicidade: enquanto aquele é uma construção imaginária, esta é a consequência da adequação entre a ação com o tipo²⁵³. PRADO enumera as diversas funções do tipo legal:

a) função seletiva – indica os comportamentos que são protegidos pela norma penal, que interessam ao Direito Penal; b) função de garantia e de determinação – diz respeito ao cumprimento do princípio da legalidade dos delitos e das penas, formal e materialmente, inclusive quanto ao requisito da taxatividade (*lex scripta, lex praevia, lex stricta e lex certa*); c) fundamento da ilicitude (ilicitude tipificada – uma ação típica é lícita); d) função indiciária da ilicitude – é a tipicidade a *ratio cognoscendi* da ilicitude²⁵⁴; e)

²⁵⁰ VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 96-7. Idêntico conceito é fornecido por FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 154.

²⁵¹ VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 97.

²⁵² MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 117. No mesmo sentido: No mesmo sentido: BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 85; COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 672; BETANCOURT, Eduardo López. *Teoría del delito*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1995, p. 108. A tipicidade, pois, nos termos conclusivos de BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 11, é um juízo sobre a ação humana.

²⁵³ Por fim, merecem menção os dizeres de TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 126, ao lecionar que a tipicidade vem a ser “a conformidade entre a descrição legal da conduta criminosa e a prática de um fato concreto, que ofenda um bem jurídico alheio. Deve-se usar a expressão tipicidade para indicar uma relação entre duas situações sociais conflituosas: a situação configurada legalmente como crime e aquela vivida pelo agente no âmbito de sua atividade prática. Quando essa situação social concreta vivida pelo agente se identifica com aquela descrita na lei, dizemos que há tipicidade ou adequação típica”.

²⁵⁴ Muito embora os juristas apontem a função indiciária da tipicidade em relação à ilicitude, mister destacar-se, na esteira do que leciona MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A teoria do delito e o Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1994, p. 41-2, que em alguns hipóteses, tais como no delito culposos, tal função não se faz presente ou é sensivelmente atenuada: “são os denominados tipos abertos, onde a matéria de proibição não se encontra narrada e descrita de forma completa e exaustiva. Nestes tipos, os componentes do injusto, os integrantes da ilicitude emergem de forma parcial. Fica difícil ao julgador apurar, de forma imediata, a

criação do mandamento proibitivo – a matéria proibida ou determinada; f) delimitação do *iter criminis* – assinala o início e o fim do processo executivo do crime²⁵⁵.

Independentemente da concordância ou não em relação a todas essas funções, é certo que a noção de tipo é fundamental para o Direito Penal²⁵⁶, constituindo premissa indelével para qualquer investigação nesse ramo. Aliás, a correta adequação típica de uma conduta depende, necessariamente, da vontade finalista do agente, razão a mais a justificar a adoção da teoria concebida por Welzel²⁵⁷.

comprovação da antijuridicidade da ação. A antijuridicidade, aqui, é comprovada de forma positiva, contrariando a regra dos tipos cerrados, onde o procedimento habitual é a comprovação da ilicitude de forma negativa”, através das causas de justificação. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 158; COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 671.

²⁵⁵ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 336.

²⁵⁶ No mesmo sentido: MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 366; BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. I, p. 218; MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A teoria do delito e o Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1994, p. 5-6; BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 91; BETANCOURT, Eduardo López. *Teoría del delito*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1995, p. 108; FOLCHI, Mario O. *La importancia de la tipicidad en derecho penal*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1960, p. 22. Nos dizeres de BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 52, “as condutas que não forem adequadas a um tipo são penalmente irrelevantes, por isso a tipicidade determina o âmbito da liberdade de ação: tudo o que não for descrito como crime por um tipo não pode ter como consequência uma sanção penal”. Também ANDRADE, Wanderley. *A defesa criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 363, assim se manifesta afirmando que “embora o princípio da anterioridade da lei penal já estivesse inscrito nas Constituições e Códigos Penais brasileiros, foi a adoção do princípio da tipicidade legal, nos moldes concebidos por Beling, que veio acentuar a garantia dos direitos individuais em nosso ordenamento jurídico, impedindo que fatos atípicos pudessem ser apenados”. Da mesma forma se manifesta CAMPOS, Alberto A. *Introducción a la teoría del delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971, p. 9, que afirma que “não estando tipificada, ou seja, descrita a ação no código repressivo, por mais que seja antijurídica, jamais poderá ser imputada do ponto de vista penal” (tradução do autor). No original: “no estando tipificada o sea descripta esta acción en el código represivo, por más que sea antijurídica, no podrá ser nunca imputada desde el punto de vista penal”.

²⁵⁷ Por exemplo, leciona MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A teoria do delito e o Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1994, p. 78, “sob o aspecto exterior ou objetivo, não há dessemelhança entre a tentativa (de homicídio) e o crime de lesões corporais. Sob o aspecto objetivo, há uma identidade na ação entre essas duas formas de fato punível. Somente o dolo no tipo, aferindo o sentido final da conduta humana que lesiona a vítima, pode saber se o agente quis a morte ou, apenas, ferir”. O próprio Welzel *apud* VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 112, aliás, formula o seguinte exemplo: “Se alguém faz um disparo, que passa junto a outro, este processo causal externo pode ser uma tentativa de assassinato, uma tentativa de lesões corporais ou um disparo em lugar proibido, segundo qual seja o dolo do autor. O dolo é, sem dúvida alguma, um elemento do tipo, sem o qual não pode ser constatada a tipicidade do acontecer externo”. No mesmo sentido: TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 201.

Já se viu no capítulo anterior do presente trabalho que o conceito de tipo teve início com Beling²⁵⁸ Sua concepção teve por escopo fornecer uma definição clara e precisa dos fatos tidos como penalmente relevantes e que, por isso, estariam sujeitos à imposição de pena, conferindo segurança a todos os indivíduos sujeitos à ordem jurídica, nos termos da conhecida fórmula da autoria de BELING: “*Keine Verbrechen ohne Tatbestand*”²⁵⁹.

Segundo a lição de BRUNO:

A lei penal não se limita a dizer, por exemplo, não furtarás, ou, se furtares, se te aplicará tal pena, deixando ao julgamento do juiz determinar o que se deve entender por essa expressão demasiadamente vaga de furtar, mas define precisamente pelas suas características elementares o fato que se deve entender por furto. E assim, geralmente, em relação a qualquer outra espécie de ação punível. Constrói, dêsse modo, um grupo de figuras penais, uma das quais tem de ser realizada em concreto pelo fato para que êste possa ser considerado crime. Se o atuar do agente corresponde ou não a uma dessas figuras ou tipos é a primeira investigação a ser empreendida pelo julgador, depois da qual virá a da sua ilicitude e a da culpabilidade do seu autor. Se o fato não corresponde a um tipo determinado, está fora do Direito Penal, e qualquer investigação sôbre os demais elementos definidores do crime é ociosa. A parte especial dos Códigos é um catálogo dessas figuras típicas²⁶⁰.

É possível inferir, portanto, que a partir do momento em que o legislador pretender classificar determinada ação humana como crime, deve prever a integralidade de suas circunstâncias elementares no tipo penal²⁶¹. E, desse modo, pode-se afirmar ser o tipo

²⁵⁸ Ver o item 2.2.1.1 do presente trabalho. Vale citar, contudo, a informação trazida por VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 29, no sentido de que “a palavra ‘tipo’ não é usada pela lei penal brasileira; constitui tradução livre do vocábulo *Tatbestand*, empregada no texto do art. 59 do Código Penal alemão de 1871”.

²⁵⁹ “não há infração penal sem o tipo penal correspondente” (tradução do autor) *apud* MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 117.

²⁶⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 326-7. Da mesma forma têm-se os dizeres de REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 136, para quem a “elaboração do tipo não é aleatória, a ordem e o significado são ínsitos à ação, cabendo, por reflexo e abstração, traçar de modo paradigmático o perfil e o sentido do comportamento. O modelo construído refere-se, portanto, a comportamentos futuros e previsíveis, aos quais se atribuem determinadas conseqüências jurídicas. Tais condutas são dotadas, repita-se, de tipicidade e de sentido. O legislador capta a estrutura típica da conduta concreta, apreende seu sentido e o submete a um enfoque valorativo, considerando-o positivo ou negativo, conforme exigências de convivência humana. O tipo penal assume a estrutura da ação, que se caracteriza pelo seu conteúdo axiológico, ponto de convergência de todas as partes que o integram”.

²⁶¹ E foi exatamente essa noção de que a integralidade das circunstâncias do crime deveriam estar previstas no crime que fez ruir a definição de tipo de Beling, que o concebera puramente objetivo (a respeito, veja-se o item 2.2.1.1 do presente trabalho). Na esteira do que leciona VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 14, “temos por seguro que o Direito é, sobretudo, valoração. Qual critério teria presidido

composto por diversos elementos²⁶², os quais buscam, na verdade, fornecer um fiel retrato da conduta que se busca tipificar²⁶³, compreendendo “a ação ou omissão incriminadas, a relação de causalidade, quando houver, e o evento”²⁶⁴.

Tais elementos compreendem o núcleo do tipo²⁶⁵, o sujeito ativo²⁶⁶, o sujeito passivo²⁶⁷, além de “certos atributos do objeto²⁶⁸, ou circunstâncias do fato, circunstâncias de

à elaboração dos tipos penais senão o da valoração? Se a vida, o patrimônio e a honra não tivessem sido objeto de valoração *a priori* pelo Legislador, existiriam no Código Penal os tipos que descrevem o homicídio, o furto, a injúria? Acreditamos que não”. Vale destacar, contudo, que não se pretende adentrar na polêmica sobre a existência (ou não) do tipo objetivo e do tipo subjetivo nos crimes culposos (tal como existe nos crimes dolosos), visto não constituir o cerne do presente trabalho. Limitamo-nos, pois, à análise dos elementos do tipo de modo a classificar tanto o dolo quanto a culpa como elementos subjetivos do tipo.

²⁶² Registre-se, por oportuno, os dizeres de VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 58, no sentido de que nem todos os elementos “são encontrados sempre e em todos os tipos”.

²⁶³ Do mesmo modo tem-se a lição de COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 558: “sendo a ação final e não um puro acontecimento causal, o conceito de ação pertence integralmente à tipicidade, advertindo-se que são os tipos que descrevem-nas”.

²⁶⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 202.

²⁶⁵ Apontado como a sua parcela mais significativa, o núcleo do tipo é constituído pelo verbo que exprime a ação, geralmente transitivo com o seu objeto, tendo por finalidade, segundo lecionam ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 121, “evidenciar a conduta que se procura evitar ou proibir”.

²⁶⁶ Segundo SOLER *apud* VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 83, sujeito ativo é “o sujeito que executa a ação expressada pelo verbo típico da figura delituosa” (tradução do autor). No original: “o sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva”. Ressalta-se que o sujeito ativo, geralmente, não vem expresso, sendo um ser humano qualquer, restando excluída, portanto, como bem leciona MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 121, “a capacidade delitiva das coisas inanimadas e dos animais, em tempos passados (e, mesmo, até princípios do séc. XVIII), infantilmente reconhecida”. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 260; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 122; BETANCOURT, Eduardo López. *Teoría del delito*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1995, p. 34; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 15; RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 169. Pode a lei, no entanto, em determinados casos, exigir uma condição específica para que o indivíduo possa figurar como sujeito ativo (são os chamados crimes próprios ou *delictum proprium*), como ocorre, por exemplo, no crime do art. 269 do Código Penal, *verbis*: “deixar o médico de denunciar a autoridade pública doença cuja notificação seja compulsória”. Vê-se, nitidamente, que a lei exige a condição de médico para que alguém seja considerado o sujeito ativo do referido crime. Assim, não poderão sê-lo o advogado, o juiz, o garimpeiro e nem mesmo o enfermeiro. Outros exemplos comumente citados são os crimes cometidos por funcionário público contra a administração em geral (arts. 312 a 327 do Código Penal).

²⁶⁷ Definido por BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 62, como sendo o “titular do bem jurídico agredido”, podendo sê-lo tanto pessoa física, quanto jurídica, bem como uma comunidade, ou até mesmo o Estado. Em casos específicos, porém, pode a lei limitar seu universo (como, por exemplo, no caso do estupro, cujo bem jurídico protegido é a liberdade sexual da mulher, conforme se infere do art. 213 do Código Penal: “Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave a. Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”).

²⁶⁸ Convém lembrar a distinção proposta por MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 126, no sentido de que o objeto jurídico, ou objeto de proteção, “é o bem ou interesse protegido pela criação do tipo penal” e não figura, em nenhuma hipótese, entre os elementos do tipo (como, por exemplo, no homicídio, em que o tipo é “matar alguém” e o objeto jurídico é a vida humana). O objeto a que se faz referência é o objeto material, objeto da ação ou de ataque, sendo definido como “a entidade

tempo²⁶⁹ ou lugar²⁷⁰, de modo²⁷¹ ou instrumento de execução^{272,273} (os quais TUBENCHLAK define como sendo os “elementos modais do tipo”²⁷⁴).

Todos esses elementos são denominados de descritivos²⁷⁵. Já se viu, contudo, que a descrição da ação, ao contrário do sustentado por Beling, ficaria incompleta se não fossem agregados outros elementos, tais como os normativos²⁷⁶ e (especialmente) os subjetivos, vez

natural com referência à qual, segundo a descrição do modelo legal, deve diretamente expressar-se a conduta criminosa, pela realização de uma figura de delito ou de uma circunstância agravante”. Tal conceito, por sua vez, também não pode ser confundido com o de sujeito passivo: eventualmente, ressalta o mesmo autor, “dá-se a coincidência de o próprio titular do bem ou interesse protegido ser objeto da ação” (como, por exemplo, no homicídio), mas, ressalta-se, não é regra geral (como, por exemplo, ocorre com o roubo, em que o objeto material é a coisa alheia móvel e o sujeito passivo é o proprietário). Ressalta LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 129, que “tanto Mezger como Maurach entendem que o objeto da ação e o bem jurídico coincidem quando se trata da vida e da integridade corporal”. No mesmo sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 64; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 126-7; TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 191-2; TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 89-90; BETANCOURT, Eduardo López. *Teoría del delito*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1995, p. 57-8; RUIZ, Sérvio Túlio. *La estructura del delito*. Bogotá: Editorial Temis, 1978, p. 11; RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 173; LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 114-6; VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 21; SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Do crime*. São Paulo: Brasilivros Editora e Distribuidora Ltda., 1980, p. 236.

²⁶⁹ Segundo VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 114, “o tempo é a duração, ou o período, ou o prazo, ou a época, ou o momento, ou a oportunidade em que se registram as coisas ou os fatos”.

²⁷⁰ Segundo VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 112, “lugar é todo espaço ocupado por uma coisa, ou que possa vir a sê-lo”.

²⁷¹ Segundo VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 110, “a palavra modo é usada para exprimir a maneira de ser executado o crime, ou a forma de se realizar o tipo”.

²⁷² Segundo VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 107-8, “meio é o instrumento de que se serve o agente para a prática da ação criminosa, sendo constituído sempre por uma coisa”, podendo, inclusive, um ser humano figurar como essa “coisa”, como ocorre, por exemplo, “nos casos em que o agente se serve de um inimputável para a prática material do crime (autoria mediata)”.

²⁷³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 329.

²⁷⁴ TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 32.

²⁷⁵ Para GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 166, os elementos descritivos “são aqueles que têm a finalidade de traduzir o tipo penal, isto é, de evidenciar aquilo que pode, com simplicidade, ser percebido pelo intérprete”. Para TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 253, tais elementos são “facilmente identificáveis, porquanto não pertencem ao âmbito do psiquismo do homem, o agente do fato, mas perceptíveis pelos nossos sentidos, independentemente de qualquer valoração de natureza normativa”. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 160; RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 168.

²⁷⁶ Segundo ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 119, os elementos objetivos se subdividem em: elementos descritivos e elementos normativos. Estes, por sua vez, eventualmente presentes, demandam a apreciação de um conteúdo cultural, social ou mesmo jurídico para a sua correta apreensão: segundo BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I, p. 332-3, os elementos normativos apresentam-se “sob a forma de termos ou expressões propriamente jurídicas, como documento, funcionário, função pública, coisa alheia móvel, para cuja compreensão o julgador se vale de concepções próprias do domínio do Direito, ou de termos ou

que é na ação que se localiza a vontade finalisticamente dirigida a um objetivo, conforme já salientado²⁷⁷.

Já os elementos subjetivos, cuja concepção se deve principalmente a Fischer, Mayer e Hegler²⁷⁸, são representados essencialmente²⁷⁹ (mas não exclusivamente²⁸⁰) pelo dolo e pela culpa. A descrição do tipo não pode prescindir de um deles, sob pena de não se conferir a desejável e almejada segurança jurídica às figuras tipificadas. Afinal, “la ley reprime determinada conducta sólo cuando el estado anímico del agente está encarrilado en una dirección especial; pues bien, al determinar esa característica peculiar de la voluntad criminal, el legislador echa mano de elementos subjetivos”²⁸¹. E mais, se o dolo e a culpa à ação pertencem, no tipo devem estar previstos, nos termos do que preconiza a teoria finalista da ação²⁸².

expressões extrajurídicas, como mulher honesta, saúde, moléstia grave, dignidade, decôro, em que são influentes idéias e conceitos de sentido cultural, mas não pròpriamente jurídicos”. Exemplo típico é a expressão mulher honesta no tipo relativo ao crime de rapto violento (art. 219 do Código Penal: “Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos”). Exatamente por isso, na esteira da observação de TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 255, é de se ver que “a existência de elementos normativos nos tipos é uma exigência dos tempos modernos o que, infelizmente, importa numa menor segurança para os cidadãos, uma vez que deixa para o julgador uma margem maior na verificação da tipicidade dos fatos, o que não é o desejável num regime democrático, pois que enfraquece o princípio da legalidade”. Vale citar, contudo, a lição de TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 231: “na verdade, a doutrina tem hesitado em admitir a existência de elementos puramente descritivos porque entende que, no fundo, todas as expressões usadas nos tipos comportam uma interpretação, mesmo aquelas mais elementares. Assim, no homicídio, no qual ninguém duvida do que seja uma pessoa viva, que caracteriza o conceito de ‘alguém’, diante da sua própria característica e dos progressos da medicina, não existe certeza na decisão de afirmar a partir de que momento se pode considerá-la já como pessoa e não apenas como feto ou até que momento se pode dizer que ainda estará viva ou já morrerá”.

²⁷⁷ Como bem leciona BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 85, “o tipo legal é um conceito abstrato, mas elaborado de conformidade com o material obtido dos elementos objetivos e subjetivos, que passa a representar. Já não resta dúvida de que se incluem nele o dolo e a culpa”.

²⁷⁸ Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 142.

²⁷⁹ Nos termos de BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 64, o dolo e a culpa “são os elementos subjetivos do tipo por excelência”. No mesmo sentido: GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 166.

²⁸⁰ A existência de outros elementos subjetivos do tipo (além do dolo e da culpa) será abordada no tópico seguinte do presente trabalho.

²⁸¹ “a lei reprime determinada conduta somente quando o estado anímico do agente está voltado para uma direção especial; pois bem, ao determinar essa característica peculiar da vontade criminal, o legislador lança mão de elementos subjetivos” (tradução do autor). FOLCHI, Mario O. *La importância de la tipicidad em derecho penal*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1960, p. 72.

²⁸² Como bem leciona VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 116, “embora Welzel tenha dito que o dolo pertence à ação, não existe qualquer incoerência com o

Vale a ressalva de que muito embora a classificação de uma conduta como criminosa dependa de etapas posteriores²⁸³ (relativas, como já visto, à verificação da antijuridicidade e da culpabilidade), o presente trabalho limita-se à explanação acerca da ação típica, conforme já realizado, haja vista que é nela, segundo a postura finalista adotada, que se encontram os objetos de investigação, quais sejam, os elementos subjetivos do tipo (dolo e culpa).

3.3 Os elementos subjetivos do tipo²⁸⁴

Os elementos subjetivos do tipo, cujo descobrimento é atribuído precipuamente ao civilista alemão Albrecht Fischer (*Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*)²⁸⁵, são apontados pela doutrina como sendo o dolo, a culpa e quaisquer outras características subjetivas eventualmente previstas no tipo legal²⁸⁶. Segundo ROXIN:

H. A. Fischer, Hegler, M. E. Mayer y Mezger descubrieron que en muchos casos lo injusto del hecho depende de la dirección de la voluntad del autor –

entendimento de que o dolo é elemento do tipo: o primeiro e indispensável elemento do tipo é a ação: se o dolo está na ação, segue-se que o dolo também é elemento do tipo. Além do dolo, a sede da culpa é também o tipo, nos casos excepcionais em que a punição é a título de culpa, desde que haja previsão legislativa”. Também BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 64, assim se manifesta: “os elementos subjetivos, por sua vez, também estão presentes em todos os tipos, eles se referem à consciência e à vontade. Foi mérito da teoria finalista da ação deslocar o dolo e a culpa da culpabilidade para a ação, por conseguinte, como o tipo penal é a descrição da ação, pode-se afirmar que o dolo e a culpa estão presentes no tipo”.

²⁸³ Afinal, o simples fato da conduta ser típica não significa que ela possa ser considerada crime, pois esta classificação exige a conjugação dos três elementos do conceito analítico (já analisados no item 2.3 do presente trabalho): tipicidade, ilicitude, culpabilidade.

²⁸⁴ Muito embora alguns autores distingam os elementos subjetivos do tipo dos elementos subjetivos do injusto, valemo-nos do posicionamento de REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 142, que afirma não proceder a distinção “porque os autores acabam por não identificar claramente quais sejam os elementos do tipo e quais os do injusto. Mas, fundamentalmente, nos parece supérflua a distinção, uma vez que todos os elementos subjetivos contribuem para definir o sentido da ação tipificada e o valor tutelado”. Independentemente do exposto, mesmo porque excede os estreitos limites da presente pesquisa, opta-se por denominar o dolo e a culpa unicamente como elementos subjetivos do tipo.

²⁸⁵ Cf. COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I, p. 663. No mesmo sentido: MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 346.

²⁸⁶ Cf. MESTIERI, João. *Manual de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 131.

por tanto, de momentos subjetivos, anímico-interiores -, sin que por ello se trate de elementos de la culpabilidad²⁸⁷.

E, na esteira dos dizeres de PRADO, “o tipo subjetivo compreende as circunstâncias que pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor”²⁸⁸, ou seja, seus elementos são situados na alma do autor²⁸⁹, sem os quais o tipo resta inexoravelmente incompleto.

Como bem assevera PIRES:

A exigência do dolo e da culpa como requisito imprescindível à configuração do crime representou uma conquista inigualável no horizonte, nem sempre luminoso em termos humanísticos, do Direito Penal.

A responsabilidade objetiva, admitida como decorrência da mera causação de dano, que fez tantas vítimas como o registra a história das idéias penais, foi vigorosamente combatida por filósofos e penalistas, e hoje está no museu do Direito Penal²⁹⁰.

A importância da consideração do dolo e da culpa (como elementos subjetivos do tipo) fica evidente mediante o exemplo fornecido por MESTIERI:

No tipo de homicídio, por sua vez, não será suficiente o exame *fattispecie*, se presentes ou não seus elementos. O resultado morte, embora típico do delito de homicídio, não obriga necessariamente a integração no tipo de homicídio. Apenas pelo exame da vontade do protagonista e de sua manifestação final no mundo exterior, poderei dizer se cumpriu o tipo de homicídio ou outro qualquer. Assim, presente o dolo de homicídio, terei uma ação de homicídio e um resultado de homicídio. Ao contrário, se patentear-se haver o agente atuado com dolo de lesão, o resultado morte, não querido, mesmo eventualmente, propiciará, tão-só a integração da matéria no art. 129, § 3º, CP, como lesão com resultado morte preterdoloso²⁹¹.

²⁸⁷ “H. A. Fischer, Hegler, M. E. Mayer e Mezger descobriram que, em muitos dos casos, o injusto de um fato dependia da direção da vontade do autor – portanto, de momentos subjetivos, anímico-interiores -, sem que por isso se trate de elementos da culpabilidade” (tradução do autor). ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1979, 66.

²⁸⁸ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 345. Da mesma forma se manifesta TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 106, para quem “o aspecto interno da conduta diz respeito aos elementos do tipo subjetivo, surgindo, daí, as espécies de delitos relacionadas ao dolo e à culpa”. No mesmo sentido: WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Tradução Juarez Tavarez. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1976, p. 34.

²⁸⁹ Cf. MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 119.

²⁹⁰ PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 134.

²⁹¹ MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 120.

Vê-se, pois, que a correta adequação típica depende do elemento subjetivo do tipo, com influência decisiva na apenação do agente. Afinal, no exemplo fornecido, enquanto a pena cominada para o homicídio (simples) é de seis a vinte anos de reclusão, a do crime de lesão corporal seguida de morte é de quatro a doze anos.

E não é só: nosso ordenamento jurídico não admite a existência de um fato punível sem o concurso de um movimento volitivo do sujeito. Como assevera MESTIERI, “a falta de suficiência ou a ausência do tipo subjetivo faz com que não haja tipicidade e, assim, o delito”²⁹². GRECO exemplifica:

Assim, a exemplo do art. 155 do Código Penal²⁹³, aquele que simplesmente subtrai coisa alheia móvel não com o fim de tê-la para si ou para outrem, mas sim com a intenção de usá-la, não comete o crime de furto, uma vez que no tipo penal em tela não existe a previsão dessa conduta, não sendo punível, portanto, o “furto de uso”²⁹⁴.

Não obstante não constituam o objeto de estudo proposto pelo presente trabalho, vale ressaltar a existência de outros elementos subjetivos (denominados por BITENCOURT de “elementos acidentais”²⁹⁵) que igualmente integram o tipo, necessários “à mais precisa caracterização da vontade criminosa, inconfundíveis com o dolo”²⁹⁶. Segundo GRECO, tais elementos “dizem respeito às intenções e tendências do agente. Geralmente, visualizamos

²⁹² MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 134. No mesmo sentido: VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 133.

²⁹³ “Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

²⁹⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 152.

²⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

²⁹⁶ PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 135. Nos termos de PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 348, a existência desses outros elementos subjetivos do tipo baseia-se “na idéia de que em um certo número de delitos, o conceito do injusto característico do tipo delitivo não pode ser determinado sem elementos subjetivos. São eles ânimos, tendências, fins dotados de especificidade própria, constantes do tipo legal de delitos que, se faltos, tornam a conduta atípica”.

essas intenções e tendências por meio de expressões indicativas do fim especial de agir com que atua o agente”²⁹⁷.

3.3.1 O dolo

Veja-se, inicialmente, a lição de TELES:

Longe se vai, na história, o tempo em que se punia pela simples relação de causa e efeito entre o comportamento do homem e o resultado lesivo. Um Direito Penal democrático só pode considerar crimes comportamentos humanos voluntários que poderiam ter sido evitados²⁹⁸.

“O dolo como elemento essencial da ação final compõe o tipo subjetivo”²⁹⁹, dando-lhe vida e sentido. Segundo REALE JÚNIOR, “a resolução pela prática de uma ação importa em conhecer e querer o seu significado, o conteúdo ofensivo que traz em si, e que coincidentemente é o significado punido pela lei penal”³⁰⁰. O dolo, portanto, “se situa na esfera psíquica do agente”³⁰¹, sendo “o elemento psicológico do tipo”³⁰².

Registre-se, contudo, a advertência formulada por GALVÃO e GRECO:

Vale observar que a finalidade da ação não se confunde com o dolo. A vontade finalista que orienta a ação é verificada no sentido natural, sem a necessária incidência da valoração jurídica. O dolo, por sua vez, é conceito jurídico relacionado com o tipo legal e retrata valoração do legislador sobre a vontade natural³⁰³.

Já se viu que o dolo esteve integrando a culpabilidade, mas, com o passar dos estudos, foi remanejado para a tipicidade. Há, contudo, aqueles que defendem uma dupla

²⁹⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 167.

²⁹⁸ TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 217.

²⁹⁹ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 345.

³⁰⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 2125.

³⁰¹ MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991, p. 40.

³⁰² LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 121.

³⁰³ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 62.

função ou posição do dolo³⁰⁴: pertenceria ao tipo como forma de comportamento (elemento subjetivo do tipo); pertenceria à culpabilidade como forma de motivação³⁰⁵ (ou seja, forma de culpabilidade).

Não nos interessa, contudo, adentrar na supra citada divergência, porquanto excede as limitações da presente pesquisa. Basta-nos, assim, a simples consideração de que tanto o dolo quanto a culpa integram a ação (e, como visto, por via de consequência, o tipo) finalisticamente considerada (independentemente de quaisquer outras funções ou valorações que eventualmente possam desempenhar ou assumir).

Interessa-nos sim a definição de dolo. Segundo WELZEL, dolo é “saber e querer a realização do tipo objetivo de um delito”³⁰⁶; GRECO, por sua vez, conceitua-o como “a

³⁰⁴ Segundo PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 295, alguns dos defensores da teoria social da ação é que sustentariam referido posicionamento, como, por exemplo, Roxin, citado por LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 86, que “não hesita, sem dúvida sob a influência da teoria finalista, em bipartir o dolo, ou conceder-lhe uma dupla função, ao estimar a existência de um dolo na ação e a presença de um dolo na culpabilidade, e isto com a intenção de conciliar finalismo social com a estrutura clássica do crime”.

³⁰⁵ Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 67. Nesse sentido se manifesta favoravelmente WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1976, p. 36-7, para quem “o Direito Penal alemão é dominado pelo princípio da culpabilidade, onde culpa e pena devem se corresponder mutuamente (§ 46 I). Como as cominações legais de pena são essencialmente menores nos fatos negligentes do que nos dolosos, a representação do legislador se expressa em que entre fatos puníveis dolosos e negligentes não subsiste uma diferença só no injusto da conduta, mas que também há uma diferença de culpabilidade, que afeta a graduação da pena (compare Roxin, ZStW 74, 554). Disso segue que com os conceitos de ‘dolo’ e ‘negligência’ contidos na lei não se devem indicar somente duas formas diferenciadas de conduta, mas igualmente duas formas diversas de culpabilidade (= tipo de culpa), nas quais o ‘dolo’, no sentido de culpabilidade dolosa, representa o degrau mais elevado e a ‘negligência’, no sentido de culpabilidade negligente o mais diminuto. Assim como o conceito de negligência incorpora reconhecidamente elementos do injusto e da culpabilidade (compare infra § 15 I 1), cabe também ao conceito de dolo uma dupla função: a) no tipo de injusto o dolo é, como forma de conduta, o portador do sentido jurídico-social da ação, que compreende as relações psíquicas do autor para com o acontecimento fático exterior (= dolo do tipo em sentido estrito, como realização consciente e volitiva das circunstâncias objetivas); b) no setor da culpabilidade, o dolo é, como forma de culpa, o portador do desvalor do ânimo, que expressa o deficiente ânimo jurídico especificamente ligado à realização dolosa do tipo (= posição dolosa e defeituosa para com a ordem jurídica)”. Também DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 225-6, acolhe tal posicionamento: “pode nomeadamente defender-se que dolo e negligência constituem primariamente elementos do tipo de ilícito subjetivo, que mediatamente relevam também como graus de culpabilidade; e nesta acepção se fala hoje na doutrina alemã, cada vez com maior insistência, de uma localização, de uma função e de uma valoração duplas, sobretudo do dolo (mas também da negligência) no sistema. Como se pode sustentar que dolo e negligência são entidades complexas, englobando um conjunto de elementos constitutivos, dos quais uns relevam ao nível do tipo de ilícito subjetivo, outros ao nível do tipo de culpabilidade”. Também no Brasil há quem adote tal posição (por exemplo, SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 208-9).

vontade livre e consciente dirigida a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador”³⁰⁷; já MIRABETE o toma como “a vontade dirigida à realização do tipo penal”³⁰⁸; DIAS, da mesma forma, aduz que “o dolo é conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo”³⁰⁹; para MADEIRA, significa “vontade e previsão de realizar os elementos do tipo”³¹⁰; LOPES, do mesmo modo, considera o dolo como a “vontade orientada no sentido do fim antecipado mentalmente pelo agente”³¹¹; já NORONHA o tem como “a vontade livre e consciente de praticar um fato que a lei considera crime”³¹²; SANTOS, por sua vez, entende-o como “a vontade consciente de realizar um crime, ou, mais tecnicamente, o tipo objetivo de um crime, também definível como saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal”³¹³; RAMÍREZ, sintetizando, entende-o como sendo o “conocer y querer de la realización típica”³¹⁴.

Nesses termos, pode-se definir o dolo como, em suma, a vontade dirigida a um fim tipificado. E mais, ainda com base nas definições transcritas, é de se notar que o dolo é composto por dois elementos: a consciência e a vontade³¹⁵. Nos termos de BRANDÃO:

³⁰⁶ Apud PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 345.

³⁰⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 176.

³⁰⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 139.

³⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa e direito penal*. 2. ed. Coimbra: Biblioteca Jurídica Coimbra Editora, 1983, p. 265.

³¹⁰ MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991, p. 27.

³¹¹ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 121.

³¹² NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposos*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 133.

³¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 54.

³¹⁴ “conhecer e querer a realização típica” (tradução do autor). RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 176.

³¹⁵ No mesmo sentido: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 481; BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale: parte generale*. 9. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976, p. 429; LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 196; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 140; TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 222; MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A teoria do delito e o Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1994, p. 77; MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991, p. 28; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 219-20; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 172;

O dolo é definido como consciência e vontade da realização dos elementos objetivos do tipo. Existem, portanto, dois elementos no dolo, o primeiro elemento é de ordem intelectual: a consciência; o segundo elemento é de ordem volitiva: a vontade³¹⁶.

A consciência a que faz referência o dolo, portanto, diz respeito à percepção de todos os elementos do tipo. Desse modo, como leciona FRAGOSO, “o dolo exige conhecimento da ação e das circunstâncias previstas na incriminação do fato, do resultado, e da correspondente relação de causalidade”³¹⁷. Nos termos do que leciona BEMFICA, o agente deve ter “a consciência da conduta e do resultado, e a consciência da relação causal objetiva”³¹⁸, como, “por exemplo, no crime de homicídio (art. 121 do Código Penal que tipifica: ‘Matar alguém’) o sujeito deve ter consciência que mata uma pessoa”³¹⁹.

O outro elemento, como já dito, trata-se da vontade, cuja configuração depende necessariamente da presença do anterior (consciência). Para PRADO, esse elemento volitivo consiste na “vontade incondicionada de realização dos elementos objetivos do tipo”³²⁰. FRAGOSO, por sua vez, leciona que “quanto ao elemento volitivo, o dolo é vontade de

BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 96; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 92; WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1976, p. 50; BETANCOURT, Eduardo López. *Teoría del delito*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1995, p. 210; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 55-7; RUIZ, Sérvio Túlio. *La estructura del delito*. Bogotá: Editorial Temis, 1978, p. 132; RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 177; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 136; BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. II, p. 57; PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 141; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 136; BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168-9; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 54.

³¹⁶ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 67.

³¹⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 172.

³¹⁸ BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 89.

³¹⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 72. No mesmo sentido: LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 196. Não é necessário, contudo, conforme salienta BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. II, p. 65, que o agente conheça “a configuração típica como se encontra expressa no texto legal, mas apenas as circunstâncias de fato do caso concreto que a lei julga necessárias para compor o tipo; isto é, as circunstâncias que funcionam como elementos integrantes do fato punível”.

³²⁰ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 345.

realização da conduta típica. Essa vontade pressupõe a possibilidade de influir sobre o acontecimento”³²¹. Valendo-se da lição de Carnelutti, BRANDÃO leciona acerca do processo que forma a vontade no homem:

O penalista italiano considera que este processo pode ser dividido em três fases. A primeira fase é a representação mental da situação pelo agente, acarretando uma antecipação do evento no plano da fantasia, porque “o interesse determina a ação antes de tudo, mediante a representação mental da situação”.

A segunda fase pressupõe a existência da primeira e consiste em eleger as representações idôneas a fazer o agente prosseguir no seu processo mental. Segundo seu equilíbrio psicológico, o agente distingue as representações entre atraentes, indiferentes e repulsivas. Somente as representações atraentes para o agente fá-lo-ão prosseguir, e são determinadas pelo desiderato. “O desiderato somente acompanha as representações atraentes, as quais são aquelas que consideram os eventos idôneos para atuar o interesse do sujeito”. O desiderato consiste numa inclinação de um homem sobre um bem, que é apto a satisfazê-lo, ou, em outras palavras, é um desejo sobre o bem, é “uma tendência dos sentidos à satisfação de uma necessidade”.

A terceira fase é a conclusão do processo volitivo. Consiste num juízo com relação ao resultado da ação e, em outras palavras, chama-se previsão. Tal juízo completa o referido processo, posto que ele pode abortar o desiderato. Com efeito, se foram previstas conseqüências dolorosas para o agente pelo cometimento da ação, ele pode abster-se de realizá-la. Quando o agente aceita os resultados da ação, o desiderato converte-se em vontade. O grau deste juízo, entretanto, é variável de agente para agente, podendo ser “mais ou menos rigoroso (...). Ao grau da idoneidade da previsão o homem se diz previdente ou também prudente, ou imprevidente ou também imprudente; mas são imprevidentes os que julgam sem cautela, não os que não julgam. A fim de que o desiderato se converta em vontade, o juízo, bem ou mal, deve ter sido feito, porque se pode prever sem volição, mas não se pode ter volição sem prever. (...) Tal juízo, se me permite a expressão em termos econômicos, se refere ao rendimento e ao custo da ação”³²².

Cumprida essa etapa interna, a seguinte é a exteriorização da ação, “numa atividade em que se utilizam os meios selecionados conforme a normal e usual capacidade

³²¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 172.

³²² BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 73-4. Também FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 169, assim se manifesta ao afirmar que “não há vontade sem motivo e representação. Não há vontade sem deliberação, sem escolha entre motivos, ou seja, razões de ordem intelectual ou afetiva que se opõem a determinada ação ou a favorecem. Jaspers dizia que só podemos falar de vontade quando tivermos, de qualquer modo, a impressão de realizar uma escolha ou uma decisão. A decisão é de fato o momento essencial da vontade, podendo considerar-se a deliberação como fenômeno mais intelectual que voluntário (Cuvillier). Não há vontade sem representação, sem que se tenha nitidamente a antecipação de um fim a atingir”. No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 140; GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 146.

humana de previsão. Caso o sujeito pratique a conduta nessas condições, age com dolo e a ele se podem atribuir o fato e suas conseqüências diretas”³²³.

Dando continuidade à investigação acerca do dolo, podemos apontar várias teorias que procuram explica-lo, dentre elas destacando-se: a teoria da vontade, a teoria da representação (também denominada de teoria da possibilidade) e a teoria do consentimento (ou assentimento)³²⁴.

Para a primeira delas, cujo principal expoente é Francesco Carrara³²⁵, o dolo consiste basicamente na vontade livre e consciente de querer praticar a infração penal. Tal vontade, explica BRANDÃO, “se projeta até além do mero movimento corpóreo, porque a vontade de realizar o ato inclui a própria realização do resultado”³²⁶, ou seja, no crime de homicídio³²⁷, por exemplo, o dolo é o fato de realizar a conduta descrita pelo tipo penal “matar alguém”, abrangendo, por isso, não só a ação de desferir tiros, mas também o resultado morte de um indivíduo. Apontada como a doutrina clássica do dolo, é necessário que o agente tenha, pois, a consciência da conduta do resultado e que a pratique voluntariamente.

³²³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 140. Nesses termos, podemos concluir que ausente um dos elementos constitutivos do dolo (consciência ou vontade), ele não se fará presente. No mesmo sentido: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 131.

³²⁴ Vale lembrar que PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 346-7, aponta a existência de outras teorias acerca do dolo: “d) Teoria da probabilidade (cognição): para a existência do dolo, o autor deve entender ‘o fato como provável e não somente como possível’ para a lesão do bem jurídico. e) Teoria da evitabilidade: há dolo eventual quando a vontade do agente estiver orientada no sentido de evitar o resultado; f) Teoria do risco: a existência do dolo depende do conhecimento pelo agente do risco indevido (tipificado) na realização de um comportamento ilícito; g) Teoria do perigo a descoberto: fundamenta-se apenas no tipo objetivo. Perigo a descoberto vem a ser a situação na qual a ocorrência do resultado lesivo subordina-se à sorte ou ao acaso; h) Teoria da indiferença: estabelece a distinção entre o dolo eventual e culpa consciente por meio do ‘alto grau de indiferença por parte do agente para com o bem jurídico ou a sua lesão’”. Todavia, entendemos necessária aos fins da presente pesquisa tão-somente a exposição detalhada acerca das três principais teorias que procuraram explicar o dolo.

³²⁵ Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 68. No mesmo sentido: TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 218; BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 96; BALESTRA, Carlos Fontán. *El elemento subjetivo del delito*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1957, p. 102.

³²⁶ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 68.

³²⁷ Crime previsto pelo art. 121 do Código Penal pátrio: “matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Já para a teoria da representação, concebida por Franz von Liszt, o dolo se perfaz com a mera previsão do resultado. “Assim, será suficiente para a configuração do dolo o elemento intelectual: a consciência, porque é ela que possibilita a representação mental do resultado”³²⁸.

Veja-se, contudo, o que diz MIRABETE:

Embora não se negue a existência da vontade na ação, o que importa para essa posição é a consciência de que a conduta provocará o resultado. Argumenta-se, contudo, que a simples previsão do resultado, sem a vontade efetivamente exercida na ação, nada representa e que, além disso, quem tem vontade de causar o resultado evidentemente tem a representação deste. Nesses termos, a representação já está prevista na teoria da vontade³²⁹.

A teoria do consentimento (também denominada de teoria da anuência), por sua vez, surgida “a partir das críticas feitas à teoria da representação, formuladas por Ernst von Beling”³³⁰, afirma não ser suficiente para a constatação da presença do dolo a mera representação, mas somente se o agente prestar um consentimento com a realização do resultado, mostrando-se indiferente em relação à sua ocorrência. Ou seja, nesses termos, o “dolo exige que o agente consinta em causar o resultado (além de considerá-lo como possível)”³³¹.

Vejam, pois, o que o Código Penal Brasileiro dispõe:

Art. 18. Diz-se o crime:

³²⁸ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 69. Segundo leciona GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 179, “para a teoria da representação, podemos falar em dolo toda vez que o agente tiver tão-somente a previsão do resultado como possível e, ainda assim, decidir pela continuidade de sua conduta. Para os adeptos dessa teoria, não se deve perquirir se o agente havia assumido o risco de produzir o resultado, ou se, mesmo o prevendo como possível, acreditava sinceramente na sua não-ocorrência. Para a teoria da representação, não há distinção entre dolo eventual e culpa consciente, pois que a antevisão do resultado leva à responsabilização do agente a título de dolo”.

³²⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 139. Aliás, como bem leciona BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 93, “até mesmo seus grandes defensores, Von Liszt e Frank, acabaram reconhecendo que somente a representação do resultado era insuficiente para exaurir a noção de dolo”.

³³⁰ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 69.

³³¹ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 346.

I- doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;
Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Inferre-se, pois, consoante o disposto no Código Penal, que no Brasil só se pune o crime doloso, devendo haver expressa disposição para punição a título de culpa (modalidade excepcional).

O dolo é comumente classificado em direto ou eventual, nos termos da definição legal. O dolo direto, por sua vez, previsto pela primeira parte do supracitado art. 18 do Código Penal, ocorre quando o agente quer o resultado típico, sendo a dúvida quanto à real possibilidade de consumação irrelevante para os fins de sua caracterização. Nesta hipótese, como se vê, adotou-se a teoria da vontade, porquanto possível identificar-se o dolo com a intenção³³². Segundo REALE JÚNIOR, o dolo é direto “quando o agente realiza em seu espírito a certeza de que com sua conduta se darão todos os elementos componentes da figura penal. O resultado foi intencionalmente buscado e se reconduz ao autor do fato de modo claro”³³³; TUBENCHLAK, por sua vez, leciona que “a manifestação do querer se dirige finalisticamente ao resultado criminoso; o agente quer o evento”³³⁴. Já BRUNO, de forma simplória, leciona que no dolo direto “o agente previu e quis o resultado que realmente ocorreu: quis matar e matou”³³⁵.

A doutrina costuma fazer referência, ainda, a uma classificação do dolo direto, nos termos do que leciona GRECO:

a) dolo direto de primeiro grau e b) dolo direto de segundo grau. De acordo com o renomado autor, “o dolo direto em relação ao fim proposto e aos meios escolhidos é classificado como de primeiro grau, e em relação aos

³³² Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 173.

³³³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 227.

³³⁴ TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 106.

³³⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. II, p. 71.

efeitos colaterais, representados como necessários, é classificado como de segundo grau”.

A fim de que se possa visualizar melhor a diferença entre os dolos diretos de primeiro e segundo graus, raciocinemos com os seguintes exemplos: I – Suponhamos que A queira matar B. Para tanto, adquire uma pistola, meio tido como necessário e suficiente para o sucesso do plano criminoso. Quando B passa pelo local onde A havia se colocado de emboscada, este efetua o disparo, que causa a morte da vítima. Assim, concluímos que o dolo de A era direto, pois que dirigido imediatamente a produzir o resultado morte, previsto pelo tipo do art. 121 do Código Penal. Além de ser direto, poderá também ser entendido como de primeiro grau, uma vez que, em razão do meio por ele selecionado, não havia possibilidade de ocorrência de qualquer efeito colateral ou concomitante, qual seja, a morte de outras pessoas, que não a vítima por ele escolhida. II – Agora, imagine-se que o agente, terrorista internacional, queira causar a morte de uma importante autoridade pública. Sabendo, antecipadamente, que a vítima faria uma viagem de cunho político, coloca um explosivo no avião no qual esta seria transportada, a fim de que fosse detonado quando a aeronave já tivesse decolado, o que realmente acontece. Neste caso, não somente ocorre a morte da autoridade pública, como também de todas as outras pessoas que com ela se encontravam no referido vôo. O dolo referente à autoridade pública poderá ser considerado direto de primeiro grau, pois que a conduta do terrorista foi dirigida finalisticamente para causar a sua morte. Com relação às demais pessoas que estavam a bordo do avião, o terrorista sequer as conhecia, como também sequer sabia o número exato de passageiros. Contudo, em razão do meio por ele selecionado a fim de causar a morte da autoridade pública, ou seja, o explosivo colocado na aeronave, o resultado morte com relação a todas as outras pessoas passou a ser considerado como certo. Ou seja, a certeza com relação aos efeitos concomitantes ou colaterais faz com que o dolo do agente seja tido como direto. Contudo, será classificado de segundo grau, pois que a finalidade primeira não era a de causar a morte dos demais passageiros, que ele sequer conhecia. Entretanto, em virtude do meio por ele selecionado, a morte dos demais também era tida como certa³³⁶.

Vê-se, pois, não obstante a diferença de graus em relação à conduta do agente, que ambas são classificadas como sendo modalidades do dolo direto, ou seja, de que o agente efetivamente quis o resultado. A finalidade “primeira” não era o que efetivamente se sucedeu, mas era consequência necessária do meio escolhido pelo agente. O dolo direto de segundo grau também é denominado por alguns juristas como dolo de consequências necessárias ou dolo mediato³³⁷.

³³⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 180-1.

³³⁷ Nesse sentido: MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 131; GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 181; TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 106;

A segunda modalidade de dolo, por sua vez, denominada de eventual ou indireto (e que não se confunde com o dolo direto de segundo grau), ocorre na hipótese do agente assumir o risco de produção do resultado lesivo. Isso não significa que o agente deseje tal resultado, mas prevendo que ele possa se realizar, não se detém e assume o risco de praticá-lo. Contudo, mais do que a mera assunção do risco, é necessário que o agente o aceite, aquiescendo no resultado³³⁸, ou melhor, “significa que o autor considera seriamente como possível a realização do tipo legal e se conforme com ela”³³⁹. “Com relação a esta modalidade de dolo adotou-se a teoria do consentimento³⁴⁰, que afirma haver o dolo sempre que o agente representar mentalmente o resultado e consentir com a sua ocorrência, assumindo o risco de produzi-lo”³⁴¹.

O fundamento da existência de tal modalidade é assim explicado por BALESTRA:

El fundamento del dolo eventual está en el razonamiento que permite concluir en que los resultados cargados a ese título, si bien es cierto que no han sido queridos directamente, no se ha dejado tampoco de quererlos, puesto que no se han evitado; por eso dice Beling que no es necesario

BETANCOURT, Eduardo López. *Teoría del delito*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1995, p. 216; RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 181.

³³⁸ No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 174; MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 133; BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 73. Segundo TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 106, o agente executa a conduta anuindo ou consentindo em relação à ocorrência do resultado, sendo, portanto, uma atitude inegavelmente egoísta.

³³⁹ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 346.

³⁴⁰ Conforme preleciona a maioria dos juristas. Como bem observa HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. II, p. 114, “o nosso legislador de 40, ao fixar a noção do dolo, não se ateve à chamada teoria da representação (para a existência do dolo, basta a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo ou provável), que, aliás, na sua pureza, 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 dêste ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo)”. Em sentido contrário: MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A teoria do delito e o Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1994, p. 75-6, para quem o Código Penal adotou unicamente a teoria da vontade. Nesse mesmo sentido: BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 96.

³⁴¹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 70.

precisamente que el autor lo quiera, sino que basta con que “no lo quiera”³⁴².

Aqui já se torna possível fazer-se breve referência ao objeto de estudo proposto pelo presente trabalho pela lição de TUBENCHLAK:

A expressão “assumir o risco de produzi-lo”, inserida no mencionado dispositivo em alusão ao dolo eventual, é, a nosso ver, bastante imprecisa, por não ser inviável a situação de um autor que assuma o risco, não obstante aguardar sinceramente a não ocorrência do resultado, não se podendo falar, aqui, em dolo eventual, mas em culpa consciente³⁴³.

Ou seja, para que seja possível falar-se em dolo eventual na conduta do agente, o indivíduo, como visto, não só deve “assumir o risco” de produzir o resultado doloso mas com ele consentir, anuir, ou seja, se conformar.

E assim, de forma sintética, enquanto para a configuração do dolo direto é necessário “a) que el sujeto prevea el resultado, y b) que lo quiera”³⁴⁴; já para o dolo eventual, basta que haja “a) representación del probable resultado, y b) aceptación del mismo”³⁴⁵. Referida distinção, inclusive, é suficiente para os fins colimados pelo presente trabalho, sendo prescindível qualquer investigação (leia-se classificação) noutra sentido, tal como dolo genérico, dolo determinado, dolo alternativo, dentre outros³⁴⁶.

³⁴² “O fundamento do dolo eventual está na razoabilidade que permite concluir que os resultados advindos a esse título, apesar de não terem sido queridos diretamente, tampouco deixaram de sê-los, já que não foram evitados; por isso Beling diz que não é necessário precisamente que o autor queira o resultado, bastando que ‘não não o queira’” (tradução do autor). BALESTRA, Carlos Fontán. *El elemento subjetivo del delito*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1957, p. 113.

³⁴³ TUBENCHLAK, James. *Teoría do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 106. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 174.

³⁴⁴ “a) que o sujeito preveja o resultado, e b) que o queira” (tradução do autor). BETANCOURT, Eduardo López. *Teoría del delito*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1995, p. 215.

³⁴⁵ “a) representação do resultado provável, e b) aceitação do mesmo” (tradução do autor). BETANCOURT, Eduardo López. *Teoría del delito*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1995, p. 216.

³⁴⁶ E como se não fosse bastante, têm-se os dizeres de PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 347, no sentido de que “a ciência do Direito Penal moderna, após anos de estudos, e, sob o impulso do pensamento finalista, explicita ser o dolo – elemento subjetivo geral do injusto – consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo (tipo objetivo). Compõe-se de um momento intelectual (conhecimento do que se quer) e de um momento volitivo (decisão no sentido de sua realização). Esses elementos ou fatores que configuram a ação típica real formam o dolo. Assim, tem-se modernamente classificado o dolo tão-somente em dolo direto e dolo eventual, visto que, consoante o asseverado *ut supra*, visa ele a concretização dos elementos objetivos (descritivos ou normativos) do tipo de

3.3.2 A culpa

A noção de crime culposo perpassa necessariamente pela noção do descumprimento de um dever de cuidado objetivo e pela ocorrência de um resultado previsível. É este o cerne de um comportamento culposo, sintetizado por RUIZ como “un error de cálculo determinado por un defecto de atención del agente”³⁴⁷.

O fundamento que certamente embasou o surgimento dos tipos culposos foi o de que todo comportamento humano deve revelar-se como socialmente adequado, “revestindo-se do cuidado necessário para que não venha a consistir ameaça a bens jurídicos”³⁴⁸. Veja-se o que diz REALE JÚNIOR acerca do tema:

Na sociedade contemporânea, parafraseando Alex Mount, poderia dizer que o homem é uma ilha cercada de riscos por todos os lados: sob nossas cabeças os fios de eletricidade, sob nossos pés a rede de gás, à nossa frente o tráfego

injusto. Isso significa que esses aspectos objetivos não passam de pontos de referência – objetos do mundo real externo – sobre os quais incide o dolo do agente. Não tem qualquer fundamento científico uma classificação diversa. Desse modo, cai por terra a antiga classificação – oriunda do Medievo e sustentada pela doutrina italiana clássica – que cominuía o dolo em: dolo determinado, indeterminado, cumulativo, alternativo, eventual, genérico, específico, de dano, de perigo, de ímpeto e de propósito etc. Daí por que não há falar-se em dolo alternativo, dolo de ímpeto, dolo de perigo, dolo de dano, dolo de resultado, dolo genérico, dolo específico, de acordo com a doutrina largamente majoritária (nacional e estrangeira). Assim, por exemplo, se o tipo de injusto objetivo é composto ou misto alternativo em que há fungibilidade entre as condutas (v.g., art. 175, CP) não quer dizer que se trata de dolo alternativo. A alternatividade ou a variabilidade contenedora dos comportamentos como parte da estrutura objetiva típica – externa à ação – nada tem a ver com o conceito de dolo como elemento anímico geral. Como bem se assinala, ‘as classificações anteriores quanto às espécies de dolo, devem reduzir-se, simplesmente, a duas categorias: dolo direto e dolo eventual. Não há razão científica alguma na apreciação da terminologia de dolo de ímpeto, de dolo alternativo, dolo determinado, dolo indireto, dolo específico ou dolo genérico, que podem somente trazer confusão à matéria e que se enquadram entre os elementos subjetivos do tipo ou nas duas espécies mencionadas’”. No mesmo sentido: TAVARES, Juarez. *Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, v. 440, p. 22; LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 243; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 138; VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, t. I, p. 277.

³⁴⁷ “um erro de cálculo determinado por um defeito de atenção do agente” (tradução do autor). RUIZ, Sérgio Túlio. *La estructura del delito*. Bogotá: Editorial Temis, 1978, p. 139.

³⁴⁸ MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 188. Da mesma maneira se manifesta TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 224, para quem “o Direito Penal deveria preocupar-se apenas com os comportamentos dolosos, que, como vimos, efetivamente representam uma atitude interna do homem que deve ser proibida e ter como consequência a severa sanção penal. Deveria ser assim, não fosse o Direito Penal o protetor dos bens jurídicos mais importantes, das lesões mais graves, que devem ser punidas, ainda que o fim pretendido por seus causadores seja outro”.

intenso de veículos, desde as ambulâncias e carros de polícia a alta velocidade, as sempre presentes motos insinuantes e os caminhões de carga pesada ou inflamável, os postos de gasolina, os produtos tóxicos das indústrias, sem esquecer a casa, onde há aparelhos elétricos e o fogão a serem desligados, o botijão de gás. O homem forçosamente aprende a conviver com o risco e a tolerá-lo³⁴⁹.

O risco é, pois, inerente ao modelo societário e comunitário adotado. Contudo, forçosamente se deve admitir ser mais fácil punir-se o “querer” do que o “não querer” lesivo (grosso modo)³⁵⁰, tal como ocorre no caso de uma ação culposa, afinal, “no tipo culposos, o agente não realiza propriamente a ação típica, p. ex., de matar, de ferir ou de incendiar. O que ele realiza é uma ação distinta, ou seja, a de se transportar em um veículo, de um lugar para o outro, ou a de limpar uma arma de fogo ou a de jogar fora o restante do cigarro fumegante”³⁵¹. Forma excepcional de delito, ao longo dos tempos foram várias as teorias concebidas no intuito de explicar a natureza da culpa, destacando-se³⁵²: teoria da culpa como previsibilidade do evento; teoria da eficiência material da conduta voluntária; teoria da culpa como erro evitável; teoria da culpa como imprudência ou negligência; teoria da culpa como defeito de inteligência; teoria da culpa como voluntária causação do prejuízo; teoria finalista.

A primeira delas afirma que a culpa deve ser atribuída pelo “conceito subjetivo de ausência de previsão do resultado, que poderia e deveria prever-se, se tudo pudesse ser previsto, devendo ser evitado”³⁵³. São apontadas pela doutrina três variações desta teoria: “(a) a de Carrara; (b) a de Brusa; (c) a de Liszt”³⁵⁴.

O posicionamento de Carrara, segundo BRANDÃO, remete à idéia de culpa como

³⁴⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 233.

³⁵⁰ Como bem salienta BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. II, p. 80, “a culpa é um instituto de formação mais tardia em relação ao dolo”; ou mesmo COSTA, Carlos Adalmyr Condeixa da. *Dolo no tipo: teoria da ação finalista no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989, p. 126, para quem “os delitos imprudentes se encontram pois em certo modo à sombra dos fatos puníveis dolosos”.

³⁵¹ LÓPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 123.

³⁵² Ressalta-se que a exposição empreendida não pretenderá esgotar a evolução histórica da noção de culpa, mas tão-somente propiciar uma breve noção acerca do tema de modo a propiciar a compreensão do conteúdo da culpa tal como hodiernamente concebida.

³⁵³ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 38.

³⁵⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 38.

uma omissão voluntária de diligência em calcular as conseqüências possíveis e previsíveis do próprio fato. Em síntese essa teoria afirma ser a culpa um vício ou defeito da vontade porque não se previu o previsível. A deficiência desta teoria é que ela somente é hábil para explicar a culpa inconsciente, não abarcando as hipóteses de culpa consciente³⁵⁵.

Já Brusa toma o conceito anterior por insuficiente e “aduz o da prevenibilidade³⁵⁶.

A culpa seria a omissão voluntária de diligência necessária para prever e prevenir um evento penalmente antijurídico, possível e prevenível³⁵⁷, tendo notável influência na doutrina civilista³⁵⁸. Já para Liszt, a culpa seria

a não-previsão do resultado previsível no momento em que teve lugar a manifestação da vontade. É previsível o resultado, quando o autor poderia e deveria prevê-lo. O ato culposo é, por conseguinte, a causação voluntária ou o não-impedimento de um resultado não previsto, mas em si previsível³⁵⁹.

Referidas noções são contrapostas pela teoria da eficácia material da conduta³⁶⁰, cujo principal expoente é Stoppato, para quem nos crimes culposos não se julgaria a intenção, mas o resultado. Nos termos do que leciona COSTA, as idéias de Stoppato reúnem-se sobre dois pontos básicos:

a) causalidade voluntária eficiente; b) os meios antijurídicos. Portanto, o autor responderia por tudo que produziu de forma voluntária e eficiente lesando o Direito. Segundo Stoppato, tendo o homem o dever de adotar meios que correspondam aos fins sociais, são puníveis a título de culpa os

³⁵⁵ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 79. Já NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposo*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 31, critica referida concepção pelo fato de que não se poderia falar em vício da vontade “porque se a ação é querida, não há falar em defeito, e se no resultado não existe vontade, não pode haver erro desta”.

³⁵⁶ Segundo NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposo*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 34, “a prevenibilidade substancialmente se reduz à evitabilidade”.

³⁵⁷ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 38.

³⁵⁸ Contudo, como bem observa NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposo*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 34, “a prevenibilidade ou evitabilidade não dá conseqüentemente a essência da culpa. Não se pode impor o dever de prevenir ou evitar quando isto não é possível. A imprevisibilidade ou a inevitabilidade levam, em regra, o resultado ou evento para o terreno do caso fortuito. Por outro lado, objetou-se com procedência que a prevenibilidade está ínsita na previsibilidade, pois seria iníquo punir o que era previsível mas inevitável”.

³⁵⁹ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 39. O mesmo autor salienta que referido conceito de culpa é extremamente formal.

³⁶⁰ Já NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposo*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 51, a denomina de teoria “da causa eficiente, objetiva ou dos meios antijurídicos”. TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 11, por sua vez, denomina-a de “teoria da causalidade”.

eventos lesivos ou contrários ao Direito que são a resultante mediata do atuar voluntário do autor dirigido a um fim antijurídico³⁶¹.

Já a teoria da culpa como erro evitável sustenta que o fundamento da culpa está no erro, que, por sua vez, pode recair sobre as condições ou sobre as conseqüências do próprio ato. “A falha destas teorias está no fato de a conduta culposa repousar sobre um erro de apreciações fáticas, não havendo maneira de diferenciar o erro culposo do erro fortuito”³⁶².

Haus e outros juristas, por sua vez, sustentaram a teoria da culpa como pura imprudência ou negligência, caracterizando-na nesses dados obtidos empiricamente. Os delitos de negligência, portanto, nos termos de HAUS, seriam “as infrações não-intencionais ou cometidas por simples culpa. São chamadas também ‘involuntárias’ porque, embora quando o delinqüente havia querido a causa, não teria querido o evento que deveria prever ou prevenir”³⁶³. Muito embora se refiram à imprudência, à negligência, dentre outras manifestações empíricas, para a definição da culpa, é certo que os adeptos desta teoria não procuraram defini-las, restando mantido o problema da indefinição da culpa.

A teoria do defeito intelectual remonta ao século XVIII, por criação de Almendingen³⁶⁴. A culpa, nesses termos, seria um vício ou defeito na inteligência, oriunda da falta de reflexão do agente, razão pela qual a punição só seria justificável “do ponto de vista da defesa social, segundo a qual a pena deve evitar que novos fatos ‘com defeito de

³⁶¹ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 43-4. Esse mesmo autor salienta, contudo, “a doutrina de Stoppato não conseguiu eliminar a previsibilidade como se propunha. A conduta voluntária eficiente não é elemento distinto de culpa, apresentando-se no dolo e no caso fortuito. Cria uma responsabilidade objetiva, pois prescinde do nexó psíquico”. Nesse mesmo sentido: NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposo*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 52; HUNGRIA, Nélsion. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. II, p. 26.

³⁶² COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 46.

³⁶³ *Apud* COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 47.

³⁶⁴ Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 79. No mesmo sentido: BALESTRA, Carlos Fontán. *El elemento subjetivo del delito*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1957, p. 120.

inteligência' voltem a ser cometidos"³⁶⁵. Esta teoria, porém, é refutada pelos juristas pelo fato de que “renuncia ao Direito Penal da culpabilidade nos tipos culposos, pois é impossível reprovar-se a execução de uma ação e a produção de um resultado oriundo da insuficiência intelectual”³⁶⁶.

ROCCO, por sua vez, elabora a teoria da culpa como voluntária causação de perigo: “a culpa não é senão uma conduta (ação ou omissão) perigosa e por isso juridicamente vedada, da qual deriva um resultado danoso, não previsto nem querido pelo agente”³⁶⁷, ou seja, fundamenta a concepção da culpa na possibilidade de produção de um resultado danoso, sendo composta, basicamente, por três elementos: “a) a existência de uma norma incriminatória; b) a ausência de vontade ou previsão em relação ao dano; c) tal ausência ou previsão diante de um juízo comum e não do autor factual”³⁶⁸. Segundo NORONHA, “pondera-se, entretanto, que essa teoria não demonstra a essência da culpa, mas unicamente o fundamento da punibilidade”³⁶⁹.

Por fim, tem-se a teoria finalista da ação, para quem a ação culposa é dirigida a um fim juridicamente irrelevante³⁷⁰, reprovando-se, contudo, os meios eleitos pelo agente para a consecução desse mesmo fim³⁷¹ (meios que são imprudentes, imperitos ou

³⁶⁵ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 79. No mesmo sentido: NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposo*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 30.

³⁶⁶ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 12.

³⁶⁷ *Apud* NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposo*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 31.

³⁶⁸ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 51.

³⁶⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposo*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 31.

³⁷⁰ Como bem salienta COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 55, “na ação dolosa a finalidade é fator configurador do processo-ação, ao passo que na culposa é só momento de referência”.

³⁷¹ No mesmo sentido tem-se a lição de PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 350: “O tipo de injusto culposo tem estrutura diversa do tipo doloso. Neste último é punida a ação ou a omissão dirigida a um fim ilícito; ao passo que no culposo pune-se o comportamento mal dirigido a um fim irrelevante (ou lícito). Compara-se, aqui, ‘a direção finalista da ação realizada com a direção finalista exigida pelo Direito. O fim perseguido pelo autor é geralmente irrelevante, mas não os meios escolhidos ou a forma de sua utilização’. Há uma contradição essencial entre o querido e o realizado pelo autor. A direção finalista da ação não corresponde à diligência devida. A diferença entre delito doloso e culposo está no tipo de injusto. Na infração ao dever objetivo de cuidado radica a censura penal. Como decorrência da inobservância do cuidado devido produzem-se um resultado material externo ou um perigo concreto para o bem jurídico não queridos pelo autor”.

negligentes), havendo, pois, a inobservância de um dever de cuidado exigido pelo ordenamento jurídico.

Veja-se o exemplo fornecido por GRECO:

Aquele que, v.g., almejando chegar a tempo ao batismo de seu filho, imprime velocidade excessiva ao seu veículo e, em virtude disso, culposamente, atropela alguém, não atua com o fim de causar dano algum. Pelo contrário, a intenção do agente era a melhor possível. A sua finalidade era, como se percebe, completamente lícita. Contudo, os meios empregados pelo agente para que pudesse alcançar aquilo que desejava inicialmente (chegar a tempo ao batismo de seu filho) é que foram utilizados de maneira inadequada e deram causa ao evento lesivo³⁷².

Muito embora a postura finalista seja a mais adequada e a adotada pelo presente trabalho, admite-se que o tipo culposo é dos mais tormentosos problemas à teoria do crime. MESTIERI, por exemplo, afirma sê-lo “incongruente, não havendo, ainda, jamais, paralelo entre finalidade e causalidade”³⁷³. Disso já se nota a complexidade da matéria. Contudo, as dificuldades enfrentadas não podem significar obstáculo à investigação científica.

Independentemente de quaisquer fatores, uma vez mais tomando-se como fundamento a teoria finalista, é possível inferir-se que na culpa há uma conduta voluntária³⁷⁴ cuja finalidade é penalmente irrelevante (geralmente lícita)³⁷⁵, mas cujo resultado lesivo (não querido) é previsível e decorre (nexo causal) da inobservância (por parte do agente) de um cuidado objetivamente devido (*das Handlungsunrecht*)³⁷⁶.

³⁷² GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 142.

³⁷³ MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 191. A incongruência é de tal monta que Binding *apud* COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 8, chegava a afirmar que “o tipo culposo fora tratado como um filho ilegítimo do Direito Penal”. Também COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 35, afirma que “o problema da culpa é um dos principais cometidos ao Direito Penal dos dias presentes”. No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 145.

³⁷⁴ Cf. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 142.

³⁷⁵ Tal conclusão foi obra de Niese, segundo afirma COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 17.

³⁷⁶ De maneira idêntica se manifesta PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 143, para quem “a culpa *stricto sensu*, doutrinariamente, exige à sua configuração: a) conduta voluntária dirigida a um fim lícito; b) inobservância ao dever de cuidado objetivo; c)nexo causal; d) resultado involuntário; e) a previsibilidade objetiva”. Nos dizeres

O cuidado objetivamente devido, segundo PRADO,

está fixado em normas administrativas (v.g., regras de trânsito) ou disciplinares (*legis artis*). Em outros casos, não regulados, devem imperar as circunstâncias próprias da realidade concreta do agente vazadas no sentido de atender à finalidade de proteção normatizada³⁷⁷.

Pelo fato de viver em sociedade, não pode o homem fazer aquilo que bem entender, pois assim agindo poderá lesionar terceiros. “Esse dever de cuidado objetivo, dirigido a todos nós, faz com que atentemos para que determinadas regras de comportamento, mesmo que não escritas ou expressas, a fim de convivermos harmoniosamente em sociedade”³⁷⁸, devendo esse cuidado ser aferido mediante meticulosa consideração das circunstâncias fáticas³⁷⁹. Nos termos de COSTA, “dentro do contexto da vida moderna, o dever de cuidado obriga o cidadão a aplicar toda a sua potencialidade, observando cada vez mais a prudência, o controle e a vigilância no obrar rotineiro para se acautelar dos perigos”³⁸⁰.

E, ainda, segundo MIRABETE:

Como muitas das atividades humanas podem provocar perigo para os bens jurídicos, sendo inerentes a elas um risco que não pode ser suprimido inteiramente sob pena de serem totalmente proibidas (dirigir um veículo, operar um maquinismo, lidar com substâncias tóxicas etc.), procura a lei

de REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 238, “o agente em geral pratica uma ação lícita de forma ilícita, e admite fazê-la de modo indevido, com desprezo ao cuidado devido nas circunstâncias da situação e pessoais. O motorista que sente sono e prefere continuar a viagem, em vez de parar no acostamento deu mais valor à continuidade do percurso do que ao cuidado devido que a situação impunha”. Ou melhor, nos dizeres de COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 11, o atuar culposo é “um atuar dirigido finalisticamente ao lícito que, por um desvio cibernético, vem a lesionar um bem juridicamente protegido pela violação de um dever objetivo de cuidado”.

³⁷⁷ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 352.

³⁷⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 190. Como bem exemplifica TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 228, “não está escrita, em lei ou regulamento algum, a norma que manda o pai, ao chegar em casa para o descanso do dia, guardar seu revólver em local fora do alcance de seus filhos menores – para que estes não brinquem com arma tão perigosa, causando perigo ou resultados lesivos a outros – mas, nem por isso, deve deixá-la em cima da mesa”.

³⁷⁹ Como bem leciona CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 72, o cuidado é objetivo porque não se procura “estabelecer qual é o cuidado que no caso concreto se aplica ou que podia ser aplicado pelo autor, já que esta é uma questão afeta à culpabilidade, mas sim qual é o cuidado requerido pela vida de relação social” (tradução do autor). No original: “establecerlo cuál es el cuidado que en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor, ya que esta es una cuestión que afecta a la culpabilidad, sino cuál es el cuidado requerido en la vida de relación social”.

³⁸⁰ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 21.

estabelecer quais os deveres e cuidados que o agente deve ter quando desempenha certas atividades (velocidade máxima permitida nas ruas e estradas, utilização de equipamento próprio em atividades industriais, exigência de autorização para exercer determinadas profissões etc.). É impossível, porém, uma regulamentação jurídica que esgote todas as possíveis violações de cuidados nas atividades humanas. Além disso, às vezes a violação de uma norma jurídica não significa que o agente tenha agido sem as cautelas exigíveis no caso concreto. Quando não se pode distinguir pelas normas jurídicas se, em determinado fato lesivo a um bem jurídico, foram obedecidas as cautelas exigíveis, somente se poderá verificar o âmbito do cuidado exigido no caso concreto se forem considerados os aspectos particulares relacionados com a ocorrência. Essa verificação inclui a indagação a respeito da possibilidade de reconhecimento do risco de causar uma lesão e da forma que o agente se coloca diante dessa possibilidade. Deve-se confrontar a conduta do agente que causou o resultado lesivo com aquela que teria um homem razoável e prudente em lugar do autor. Se o agente não cumpriu com o dever de diligência que aquele teria observado, a conduta é típica, e o causador do resultado terá atuado com imprudência, negligência ou imperícia³⁸¹.

Veja-se, a propósito, o que dispõe o atual Código Penal Brasileiro:

Art. 18. Diz-se o crime:

II- culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Não obstante fazer referência à excepcionalidade da punição dos crimes culposos³⁸², BRANDÃO adverte que a definição legal não expressa a essência da culpa, fazendo referência apenas ao resultado³⁸³ e às “formas de cometimento do crime culposo (por

³⁸¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 146.

³⁸² Sobre a qual já nos manifestamos no tópico 3.3.1 do presente trabalho.

³⁸³ É de se observar que a conduta culposa só poderá constituir crime acaso sobrevenha um resultado naturalístico. Vale dizer, se apesar da ação culposa não ocorrer o resultado lesivo, nada poderá ser imputado ao autor, ressalvada a hipótese em que a conduta constitui, por si mesma, um ilícito penal. Exemplificando, REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 239, propõe a seguinte hipótese: “se dois carros em alta velocidade correm paralelamente e ao atravessarem o sinal vermelho um deles vem a atropelar um transeunte, a ação dos dois motoristas é em essência iguais, como desrespeito ao dever de cuidado, mas crime só ocorre com relação ao motorista cujo carro alcançou a vítima. A ação de ambos foi realizada conscientemente com inobservância da diligência devida, mas a sociedade é mais ofendida pela ação da qual resultou a morte de uma pessoa”. CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 74, por sua vez se refere ao resultado nos delitos culposos como o componente de azar (*Zufallskomponente*), porque somente quando existente o resultado é que eles podem ser punidos. Já COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 16, se refere ao resultado como “a concretização da lesão de cuidado”. No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 147; TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 232; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério.

imprudência, por negligência ou por imperícia)³⁸⁴, ou seja, nas modalidades da inobservância do famigerado dever de cuidado objetivo³⁸⁵.

A imprudência consiste, segundo MESTIERI, “no desatender às cautelas que a experiência comum está a indicar necessárias”³⁸⁶. Nos dizeres de PRADO, “vem a ser uma atitude positiva, um agir sem a cautela, a atenção necessária, com precipitação, afoitamento ou inconsideração”³⁸⁷. Já MIRABETE leciona ser “uma atitude em que o agente atua com precipitação, inconsideração, com afoiteza, sem cautelas, não usando de seus poderes inibidores”³⁸⁸. BITENCOURT, da mesma forma, afirma que a “imprudência é a prática de uma conduta arriscada ou perigosa”³⁸⁹. GRECO exemplifica afirmando ser “imprudente é o motorista que imprime velocidade excessiva a seu veículo ou o que desrespeita um sinal vermelho em um cruzamento”³⁹⁰. É, portanto, uma modalidade comissiva, denotando “a idéia de cautela necessária, daí conclui-se que a imprudência é o agir sem a cautela necessária”³⁹¹.

Já a imperícia, “forma especificada de negligência ou imprudência”³⁹² é a inabilidade técnica, momentânea ou não, na prática de determinada conduta, ou, nos termos

Estrutura jurídica do crime. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 143; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60; BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. II, p. 89-90; COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 60; VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, t. I, p. 283.

³⁸⁴ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 78. Da mesma forma se manifesta GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 189, para quem a definição legal “não se mostra suficiente para que possamos aferir com precisão se determinada conduta praticada pelo agente pode ser ou não considerada culposa”. Aliás, parafraseando Vannini, citado por HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. II, p. 203, trata-se “de sutis distinções nominais de uma situação culposa substancialmente idêntica, isto é, omissão, insuficiência, inaptidão grosseira no avaliar as conseqüências lesivas do próprio ato”.

³⁸⁵ No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 223; BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 100; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 144.

³⁸⁶ MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 190.

³⁸⁷ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 352.

³⁸⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 149.

³⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 61.

³⁹⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 196.

³⁹¹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 82.

³⁹² MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 190. No mesmo sentido: BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense,

de BRANDÃO, “é a falta de capacidade técnica, ocorrendo no âmbito do exercício de profissão, arte ou ofício”³⁹³. Podendo ser praticada tanto na forma omissiva quanto na comissiva, a imperícia é tida por BETTIOL como “un’imprudenza qualificata”³⁹⁴.

A negligência, por sua vez, é tida por MESTIERI como um “*minus* no cumprimento do dever jurídico, pelo não-implemento da conduta necessária para evitar a conduta típica previsível”³⁹⁵. Modalidade omissiva, vem a ser “a inércia do agente que, podendo agir para não causar ou evitar o resultado lesivo, não o faz por preguiça, desleixo, desatenção ou displicência”³⁹⁶. É, portanto, o “deixar de fazer aquilo que a diligência normal impunha”³⁹⁷, ou melhor, “a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente”³⁹⁸.

Não obstante a referida distinção, alguns autores se referem à negligência de maneira ampla, de modo a abarcar todo o conteúdo da culpa³⁹⁹ (ou seja, a negligência assumiria a posição de gênero, do qual seriam espécies a imprudência, a imperícia e a própria negligência).

E mais: podem tais modalidades coexistir, como bem exemplifica NOGUEIRA:

2001, p. 100. HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. II, p. 203.

³⁹³ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 83.

³⁹⁴ “uma imprudência qualificada” (tradução do autor). BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale: parte generale*. 9. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976, p. 450. Isso porque, como bem leciona NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 145, a imperícia pode ocorrer fora da arte ou profissão, “mas, sob o ponto de vista jurídico, será imprudência ou negligência. Assim, se uma parteira causa a morte de gestante, será imperita; se for uma curandeira, será imprudente”.

³⁹⁵ MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 190.

³⁹⁶ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 352.

³⁹⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 196.

³⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 62.

³⁹⁹ Nesse sentido: TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 260; TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 231; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 23; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 149; TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 111; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 144. Aliás, como informa PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 143, referida posição “foi adotada pelo Código Penal português”.

O motorista que sai com pneus “carecas”, lotando em excesso o carro e dirigindo-o em alta velocidade e que numa curva ainda procure pisar nos freios, é negligente (por não trocar os pneus), imprudente (por lotar o carro, sair com pneus em mau estado e dirigir com excesso de velocidade) e imperito (por pisar nos freios numa curva)⁴⁰⁰.

Ao lado da inobservância do dever de cuidado objetivo, já se afirmou que a previsibilidade⁴⁰¹ do evento lesivo também é requisito do atuar culposo. A propósito, diz-se que a previsibilidade é o limite da culpa. Não pode um ser humano ser punido por algo não desejado (como nas condutas culposas) que não seja previsível⁴⁰². Não é necessário, porém, que o indivíduo faça a previsão de modo concreto: basta a possibilidade (ou razoabilidade) da previsão⁴⁰³.

⁴⁰⁰ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Delitos do automóvel*: apontamentos sobre o dolo eventual. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1974, p. 58.

⁴⁰¹ Previsibilidade, segundo TELES, Ney Moura. *Direito penal*: parte geral I. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 233, “é a possibilidade de o sujeito, nas condições em que se encontra, antever o resultado lesivo”. Da mesma forma se manifesta NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 141, para quem a “previsibilidade é a possibilidade de se prever um fato. Diz-se haver previsibilidade quando o indivíduo, nas circunstâncias em que se encontrava, podia ter-se representado como possível a consequência de sua ação. Distingue-se da previsão, pois esta a contém. O previsto é sempre previsível. A previsão é o desenvolvimento natural da previsibilidade”. Registra-se, contudo, na esteira da lição de COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 63, que há autores que sustentam ser a previsibilidade um “elemento do juízo de culpabilidade (Maurach)”, sendo correto, porém, tal como Welzel, dizer que “a previsibilidade situa-se no dever objetivo do cuidado e integra o tipo”.

⁴⁰² Inexistente a previsibilidade, fala-se em caso fortuito, não respondendo o agente pelo resultado, ou seja, inexistente o crime culposo. No mesmo sentido: NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 142; HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. II, p. 184. Como bem leciona LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 121, “a evitação do resultado está condicionada à sua previsibilidade. Só se pode evitar o que seja previsível”.

⁴⁰³ Segundo REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236, “o reconhecimento da situação como potencialmente causadora do evento deve se dar com base na experiência da vida diária e do curso habitual das coisas, verificando-se o que ordinariamente acontece, “o que é consequência costumeira do tráfego usual da vida”. Vale lembrar que ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 145-6, apontam a existência de dois critérios: o da previsibilidade objetiva e o da previsibilidade subjetiva: “para se verificar a previsibilidade objetiva deve ser feita a substituição do agente por um homem médio. Se o homem médio, naquelas circunstâncias em que atuou o agente, tivesse agido de forma diferente a fim de evitar o resultado, é sinal de que este era previsível. Se mesmo com a substituição do agente pelo homem médio o resultado ainda assim persistir, devemos concluir que o fato escapou ao âmbito normal da previsibilidade e, portanto, não pode a ele ser atribuído. Na previsibilidade subjetiva não existe essa substituição hipotética; não há a troca do agente pelo homem médio para saber se o fato escapava ou não à sua previsibilidade. Aqui, na previsibilidade subjetiva, o que é levado em consideração são as condições particulares, pessoais do agente, quer dizer, considera-se, na previsibilidade subjetiva, as limitações e as experiências daquela pessoa cuja previsibilidade está-se aferindo em um caso concreto”. Já NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 141, aponta a existência de um terceiro critério (e ao qual manifesta adesão – cf. NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposo*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 91), que intenta conciliar os anteriores e foi “adotado pelo diploma suíço, no art. 18, que, após definir o delito culposo, acrescenta: ‘A imprevidência é culpável quando o autor do ato não usou das precauções exigidas pelas circunstâncias e por sua situação pessoal’”.

Nesses termos, pode-se cindir a culpa em espécies conforme a realização ou não (por parte do agente) do esforço mental da previsão do evento típico⁴⁰⁴. Assim, na culpa consciente, “o agente representa a possibilidade de vir a ser, o seu comportamento finalisticamente antecipado, a causa de um resultado típico, porém não se inibe, age; mas na sincera crença de que tal resultado não se dará”⁴⁰⁵. É também denominada de culpa com previsão (ou *ex lascivia*) pelo fato do agente desenvolver o exercício mental concreto da previsão do resultado lesivo, muito embora tenha a sincera convicção de que ele não ocorrerá⁴⁰⁶, devido, geralmente, à sua habilidade.

Culpa inconsciente (também denominada de culpa sem previsão ou de *ex ignorantia*) difere da anterior na medida em que não há qualquer previsão por parte do agente: nela, “o agente não prevê a possibilidade de um resultado típico e antijurídico, quando era capaz de prevê-lo e o Direito exigia dele a previsão, por inobservância de um dever de cuidado”⁴⁰⁷. Segundo PRADO, ao agir com culpa inconsciente, “o autor não prevê o resultado que lhe é possível prever. Não prevê o resultado, embora possível, transgredindo, desse modo, sem saber, o cuidado objetivo exigível. O agente não conhece concretamente o dever objetivo de cuidado, apesar de lhe ser concebível”⁴⁰⁸. Para MIRABETE, “não há no agente o conhecimento efetivo do perigo que sua conduta provoca para o bem jurídico alheio”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ Vale registrar a lição de COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 71, para quem “as duas formas de culpa são de difícil distinção na prática, cujo conteúdo está na falta de atenção devida, inexistindo qualquer relação hierárquica, e a razão existencial lógica está na linha de separação do dolo eventual”.

⁴⁰⁵ MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 191.

⁴⁰⁶ No mesmo sentido: GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 198; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 150; TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 234; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 227.

⁴⁰⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 80.

⁴⁰⁸ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 353.

⁴⁰⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 150.

3.4 A distinção do dolo eventual e da culpa consciente no Direito penal e suas limitações

Realizada as necessárias incursões na teoria do delito (leia-se na ação e no tipo), torna-se possível verificar a proximidade da figura do dolo eventual e da culpa consciente. Como bem salienta TAVARES, “a distinção entre dolo eventual e culpa consciente continua sendo um dos pontos mais controvertidos e nevrálgicos da teoria do delito”⁴¹⁰.

Também nesse sentido se manifesta SANTOS:

A definição do dolo eventual e sua distinção da imprudência consciente, como conceitos simultaneamente excludentes e complementares, é uma das mais controvertidas e difíceis questões do direito penal, porque se fundamenta na identificação de atitudes diferenciáveis, em última instância, pela situação afetiva do autor⁴¹¹.

Ao longo dos tempos, várias foram as teorias que tentaram explicar a diferença entre essas duas inegavelmente próximas figuras. TAVARES divide essas teorias em dois grandes grupos: as teorias intelectivas (teoria da representação ou da possibilidade, teoria da probabilidade, teoria da evitabilidade, teoria do risco e teoria do perigo a descoberto) e as teorias volitivas (teoria do consentimento ou da assunção e a teoria da indiferença)⁴¹².

Schröder e Schmidhäuser conceberam a teoria da representação ou da possibilidade afirmando não existir a culpa consciente, mas tão-só a inconsciente. “Assim, desde que o agente tenha conscientemente admitido a possibilidade da ocorrência do resultado, haverá dolo eventual”⁴¹³. Nesses termos, caso o agente tenha o conhecimento dos

⁴¹⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 346. No mesmo sentido Welzel *apud* PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 89.

⁴¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 61.

⁴¹² Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 334-41.

⁴¹³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 335.

elementos subjetivos do tipo, ter-se-á dolo; do contrário, culpa. Tal teoria, contudo, conforme TAVARES,

diante das dificuldades de sua aplicação prática, trabalha com a ficção de que a confiança em que o resultado não ocorra implica a eliminação da possibilidade de seu conhecimento, transmutando uma condição volitiva (a confiança na sua não-ocorrência) em um dado intelectual (a possibilidade de sua representação)⁴¹⁴.

A teoria da probabilidade, por sua vez, apresentada como uma variante da teoria da possibilidade, é traduzida pelos dizeres de BITENCOURT:

Teoria da probabilidade⁴¹⁵ – diante da dificuldade de demonstrar o elemento volitivo, o querer o resultado, admite a existência do dolo eventual quando o agente representa o resultado como de muito provável execução e, apesar disso, atua, admitindo ou não a sua produção. No entanto, se a produção do resultado for menos provável, isto é, pouco provável, haverá culpa consciente⁴¹⁶.

Já a teoria da evitabilidade foi concebida por Armin Kaufmann paralelamente ao desenvolvimento da teoria finalista. Segundo leciona TAVARES:

De acordo com essa concepção, se o agente representar como possível o resultado, o dolo eventual só será excluído se a sua vontade dirigente do fato estiver orientada no sentido de evitar o resultado. Haverá, assim, culpa consciente quando o agente, juntamente com a prática de sua ação, assentar contrafactores com a ajuda dos quais possa conduzir essa atividade, de modo a não produzir as conseqüências que havia previsto como possíveis⁴¹⁷.

Frisch, por sua vez, formulou a teoria do risco:

⁴¹⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 335-6.

⁴¹⁵ Segundo BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. II, p. 75, a teoria da probabilidade situa o dolo eventual dentro daquela teoria da representação, “que já vimos ser insuficiente para fundamentar o dolo”.

⁴¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64. É de se notar desde logo, contudo, a manifesta impropriedade da teoria da probabilidade, notadamente porque pretende reduzir o elemento subjetivo do tipo, naturalmente anímico, a algo matematicamente aferível, como se a probabilidade da produção do resultado é que determinasse se o agente foi movido por dolo ou por culpa. Da mesma forma os dizeres de BALESTRA, Carlos Fontán. *El elemento subjetivo del delito*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1957, p. 128, para quem essa teoria é “excessivamente objetiva”.

⁴¹⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 338. Contudo, o mesmo autor salienta ser a referida concepção insuficiente pois “na vida real, nem sempre as pessoas, ao realizarem atividades, tomam as precauções devidas a evitar resultados indesejáveis ou lesivos decorrentes dessas atividades e nem por isso atuam dolosamente”.

Parte ele de que o objeto do dolo não é o resultado típico, mas, sim, unicamente a conduta típica. Por exemplo, no homicídio, não será a morte da vítima, mas a conduta que traga risco para a vida. Com tal proposta, baseia-se em que, na realidade, o dolo só pode ser identificado pelo seu elemento intelectual quanto ao risco indevido em face da prática de uma conduta e não pelo seu elemento volitivo, que na prática seria absolutamente dispensável de sua estrutura. Portanto, para o dolo eventual basta que o agente tenha conhecimento desse risco, que não é qualquer risco, mas o risco tipificado como ação proibida. Haverá culpa consciente quando o autor, diante da representação de um perigo concreto, diga a si mesmo: por este ou outro motivo, nada passará. Isto significa que o autor, nesta situação, se decide subjetivamente por uma conduta não perigosa e, pois, não atua dolosamente⁴¹⁸.

Já Herzberg formulou a teoria do perigo a descoberto aduzindo que nos casos em que a sorte ou o acaso decidissem o resultado do evento lesivo, haveria dolo eventual (ou seja, a ocorrência do resultado está fora da órbita de atuação do agente); já a culpa consciente dar-se ia quando o agente, a vítima ou mesmo um terceiro pudesse, tendo em vista cuidadosa observação, evitar o resultado lesivo⁴¹⁹.

No que tange às teorias volitivas, que levam em conta não só o elemento intelectual mas também o elemento volitivo, destacam-se a teoria do consentimento e a teoria da indiferença. A primeira delas, nos termos de BITENCOURT, assevera ser

insuficiente que o agente represente o resultado como de provável ocorrência, sendo necessário que a probabilidade da sua produção seja incapaz de remover a vontade de agir. Haveria culpa consciente se, ao contrário, desistisse da ação se estivesse convencido da probabilidade do resultado. No entanto, não estando convencido, calcula mal e age, produzindo o resultado⁴²⁰.

A teoria do consentimento “é a teoria dominante e tem por base uma vinculação emocional do agente para com o resultado”⁴²¹. Nos termos do que leciona TAVARES:

⁴¹⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 339.

⁴¹⁹ Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 339-40.

⁴²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64. No mesmo sentido: WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1976, p. 52-3; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 59.

⁴²¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 341.

A teoria do consentimento aproxima-se bastante da posição assumida pelo Código Penal, que exige que o agente tenha assumido o risco de produção do resultado, o que quer dizer que deve vincular a esse resultado a sua vontade de realização. Como todas as demais teorias, esta apresenta também suas falhas, ao desconsiderar o plano global do fato e, assim, poder exatamente elucidar acerca do que se deva entender, afinal, por assumir o risco do resultado⁴²².

A teoria da indiferença, por outro lado, concebida por Exner e Engisch, diferencia “o dolo eventual da culpa consciente por meio do alto grau de indiferença por parte do agente para com o bem jurídico ou a sua lesão”⁴²³. Possuindo certa semelhança com a teoria do consentimento, pode, contudo, levar a algumas situações díspares, como, por exemplo, nos casos de culpa inconsciente, onde o agente não representou conscientemente qualquer perigo para o bem jurídico alheio.

A doutrina faz, ainda referência às fórmulas de Frank no intuito de delimitar essa fronteira distinção entre dolo eventual e culpa consciente. “São indicações práticas de como se deve proceder para identificar uma e outra situação”⁴²⁴. Acerca de tais fórmulas, valemos dos dizeres de HUNGRIA:

São bem conhecidas, a respeito do dolo eventual, as chamadas “fórmulas de Frank”. A primeira delas assim decide: a previsão do resultado como possível somente constitui dolo, se a previsão do mesmo resultado como certo não teria detido o agente, isto é, não teria tido o efeito de um decisivo “motivo de constraste”. É esta a fórmula denominada “da teoria hipotética do consentimento”, a que o próprio Frank acrescentou esta outra (chamada “da teoria positiva do consentimento”): “Se o agente se diz a si próprio: seja como fôr, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir, é responsável a título de dolo”⁴²⁵.

TAVARES, por sua vez, tece críticas a tais formulações:

A primeira fórmula não é o enunciado de uma teoria, mas simples critério de aferição de prova, pelo qual se pretende a distinção de duas formas diferenciadas de imputação. Sendo unicamente um critério processual e não penal, a diferença entre dolo eventual e culpa consciente fica na dependência do juiz, o qual a decidirá então com base numa formulação psicológica

⁴²² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 342.

⁴²³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 342.

⁴²⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 343.

⁴²⁵ HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. II, p. 117-8.

hipotética, que normalmente está vinculada à personalidade do sujeito. Isso cria uma total instabilidade no âmbito do injusto, porque a imputação deixa de seguir por caminhos subjetivos e demarcados para submeter-se a caprichos ou pré-compreensões de quem a irá decidir. Por isso mesmo, é bem acertada a crítica de Maria del Mar Diaz Pita de que “se a conclusão do juiz é que o sujeito haveria atuado também como o fez, ainda que tivesse tido a certeza daquilo que lhe parecia provável, então faz com que o sujeito responda por uma aceitação do resultado que, na realidade, não assumiu, por uma vontade que não teve, por algo que definitivamente não fez”. Com tal fórmula, o que se consagra é no fundo um direito penal do autor, hoje revigorado, como diz René Dotti, “...pela aventura de um novo totalitarismo: o direito não estaria na lei, mas na cabeça do juiz”.

Relativamente à segunda fórmula, Frank a pressupõe a partir de uma atitude interna do sujeito, que não pode ser objeto de avaliação do direito penal. Isto é explicável, porque Frank alinhava a diferença entre dolo eventual para com a culpa consciente no âmbito da culpabilidade, fazendo incidir sobre o agente um juízo de reprovação pela conduta realizada, daí ser sua fórmula absolutamente incompatível com uma teoria democrática do injusto com base em critérios objetivos de imputação⁴²⁶.

Com efeito, se várias foram as teorias e fórmulas que procuraram definir os limites do dolo eventual e da culpa consciente, a doutrina pátria, delas se valendo, procura estabelecê-los. Segundo BRUNO, “a culpa com previsão representa um passo mais da culpa simples para o dolo. É uma linha quase imponderável que a delimita do dolo eventual”⁴²⁷.

Veja-se, inicialmente, a lição de BITENCOURT:

Os limites fronteiros entre dolo eventual e culpa consciente constituem um dos problemas mais tormentosos da Teoria do Delito. Há entre ambos um traço comum: a previsão do resultado proibido. Mas, enquanto no dolo eventual o agente anui ao advento desse resultado, assumindo o risco de produzi-lo, em vez de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, repele a hipótese de superveniência do resultado, na esperança convicta de que este não ocorrerá⁴²⁸.

Também NORONHA assim se manifesta:

Representa a culpa com previsão (*culpa ex lascivia*) o seu estágio mais avançado, pois avizinha-se do dolo eventual, com o qual confina. Muitos acham até difícil extremá-los. Todavia, distinguem-se: na culpa consciente, embora prevendo o resultado, o agente crê sinceramente que, no caso, êle não ocorrerá; no dolo eventual, embora não queira também o evento, êle o aceita, aquiesce, pois assume o risco de produzi-lo. Conceitua-se melhor essa espécie do dolo, falando-se que, enquanto no direto o indivíduo age por

⁴²⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 344-5.

⁴²⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. II, p. 92.

⁴²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63.

causa do resultado, no eventual, age apesar do resultado. Na culpa consciente, entretanto, o agente não aceita o evento como verificável no caso concreto; repele-o, embora inconsideradamente⁴²⁹.

Já segundo MESTIERI:

Essa espécie de dolo aproxima-se muito da denominada culpa com previsão ou consciente; em ambos os casos o agente representa como possível a superveniência do resultado típico. Contudo, na ação animada de dolo eventual o agente consente no advento do resultado (teoria do consentimento), dá de ombros, não se importa com isso e nem deixa de atuar, enquanto que na culpa consciente o agente, embora represente tal possibilidade, afasta-a sinceramente, não acreditando que de sua atividade possa advir o resultado típico⁴³⁰.

Do mesmo modo têm-se os dizeres de BRANDÃO:

Tanto a culpa consciente quanto o dolo eventual têm presentes a previsão efetiva do resultado, sendo que a diferença entre eles reside no plano subjetivo do agente. É que, enquanto na culpa consciente o sujeito confia que o resultado não se realizará, no dolo eventual o agente tem uma posição de indiferença ante a configuração do resultado, dando o consentimento para a sua ocorrência, com a assunção do risco de produzi-lo⁴³¹.

Tamanha é a importância (na mesma medida de sua dificuldade) do tema investigado que quase todos os estudiosos do Direito Penal procuram, cada qual à sua maneira, estabelecer a tênue diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente⁴³². Veja-se, porém, de maneira conclusiva, os dizeres de TOLEDO:

⁴²⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposos*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 94.

⁴³⁰ MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 133.

⁴³¹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 81

⁴³² A propósito, transcrevemos mais algumas dessas tentativas de elaboração da propalada distinção: segundo PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 353, “no dolo eventual, o agente presta anuência, concorda com o advento do resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo a renunciar à ação. Ao contrário, na culpa consciente, o agente afasta ou repele, embora inconsideradamente, a hipótese de superveniência do evento e empreende a ação na esperança de que este não venha a ocorrer (prevê o resultado como possível, mas não o aceita, nem o consente)”; já para GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 198, “na culpa consciente, o agente, embora prevendo o resultado, acredita sinceramente na sua não-ocorrência; o resultado previsto não é querido ou mesmo assumido pelo agente. Já no dolo eventual, embora o agente não queira diretamente o resultado, assume o risco de vir a produzi-lo. Na culpa consciente, o agente sinceramente acredita que pode evitar o resultado; no dolo eventual, o agente não quer diretamente produzir o resultado, mas, se este vier a acontecer, pouco importa”; segundo MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 150-1, “a culpa consciente avizinha-se do dolo eventual, mas com ela não se confunde. Naquela, o agente, embora prevendo o resultado, não o aceita como possível. Neste, o agente prevê o resultado, não se importando que venha ele a ocorrer”; para MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A teoria do delito e o Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1994, p. 80, “quanto ao dolo eventual e à culpa consciente, a distinção está no assentimento

A culpa consciente limita-se com o dolo eventual (CP, art. 18, I, *in fine*). A diferença é que na culpa consciente o agente não quer o resultado nem assume deliberadamente o risco de produzi-lo. Apesar de sabê-lo possível, acredita sinceramente poder evitá-lo, o que só não acontece por erro de cálculo ou por erro na execução. No dolo eventual, o agente não só prevê o resultado danoso como também o aceita como uma das alternativas possíveis. É como se pensasse: vejo o perigo, sei de sua possibilidade, mas, apesar disso, dê no que der, vou praticar o ato arriscado⁴³³.

E os de BITENCOURT:

Na hipótese de dolo eventual, a importância negativa da previsão do resultado é, para o agente, menos importante do que o valor positivo que atribui à prática da ação. Por isso, entre desistir da ação ou praticá-la, mesmo correndo o risco da produção do resultado, opta pela segunda alternativa. Já na culpa consciente, o valor negativo do resultado possível é, para o agente, mais forte do que o valor positivo que atribui à prática da ação. Por isso, se estivesse convencido de que o resultado poderia ocorrer, sem dúvida, desistiria da ação. Não estando convencido dessa possibilidade, calcula mal e age. No dolo eventual, o agente decide agir por egoísmo, a qualquer custo,

do resultado. No dolo eventual, o agente consente no resultado típico. Na culpa consciente, há uma previsibilidade do resultado típico, sem a anuência do agente. O consentimento no resultado é substituído, no plano psicológico, pela sincera crença da inoportunidade do referido resultado”; já conforme REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 243, “no dolo eventual une-se o assentimento à assunção do risco, a partir da posição do agente de que confia que pode ocorrer o resultado e assim mesmo age. Na culpa consciente assoma ao espírito do agente a possibilidade de causação do resultado, mas confia ele que este resultado não sucederá. Limitrofes, na culpa consciente confia que não se produzirá o resultado possível, no dolo eventual não se confia que não se produzirá esse resultado. Na culpa consciente o agente considera que tudo andrà bem, tudo vai dar certo”; segundo FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 174, “o dolo eventual aproxima-se da culpa consciente e dela se distingue porque nesta o agente, embora prevendo o resultado como possível ou provável, não o aceita nem consente. Não basta, portanto, a dúvida, ou seja, a incerteza a respeito de certo evento, sem implicação de natureza volitiva. O dolo eventual põe-se na perspectiva da vontade, e não da representação, pois esta última pode conduzir também à culpa consciente”; para WESSELS, Johannes. *Direito penal*: parte geral (aspectos fundamentais). Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1976, p. 52, “é largamente discutida a questão de que modo se diferencia o dolo eventual da negligência consciente. Em ambos os casos o autor representa como possível a ocorrência do resultado; a diferença situa-se em que ele, no *dolus eventualis*, toma em compra (11) o resultado e conforma-se com o risco da realização do tipo, enquanto na conduta conscientemente negligente (contrária ao dever) confia na não ocorrência do resultado”; já nos termos de LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 124, “a culpa consciente aproxima-se bastante do dolo eventual, mas deste, realmente, se distingue. É que, na culpa consciente, o agente prevê o resultado mas não o quer, nem o admite, enquanto que, no dolo eventual, o agente prevê o resultado e não o quer, nem tem interesse nele, porém, não recua ou deixa de agir ainda prevendo que o resultado possa ocorrer”; para COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 73, “o dolo eventual se diferencia da culpa consciente porque naquele o autor aceita o resultado ilícito que aparece como possível, e na culpa consciente obra com a esperança, confia em que o resultado não chegara a produzir-se”; segundo TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 114, “por demais tênue é a fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente, existindo em ambos os casos a previsão. Naquele, o autor prevê e aceita o resultado; nesta, o autor espera ‘sinceramente’ a sua não ocorrência”; para BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. II, p. 74, “o dolo eventual confina com a culpa. Se o agente, prevendo, embora, o resultado, espera sinceramente que este não ocorra, não se pode falar de dolo, mas só de culpa. É a culpa com previsão ou culpa consciente”.

⁴³³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 302.

enquanto na culpa consciente o faz por leviandade, por não ter refletido suficientemente⁴³⁴.

Possível concluir-se, destarte, que se o agente tivesse consentido com a ocorrência do resultado, ter-se-ia o dolo eventual; do contrário, se abominasse a ocorrência de tal evento lesivo, a hipótese seria de culpa consciente. No dolo eventual, portanto, acaso tivesse a ocorrência do crime como certo, o agente manteria sua conduta; na culpa consciente não. Nos termos do que definea TAVARES:

No dolo eventual o agente deve ter refletido e estar consciente acerca da possibilidade da realização do tipo e, segundo o seu plano para o fato, se tenha colocado de acordo com o fato de que, com sua ação, produzirá uma lesão do bem jurídico. Já na culpa consciente, o agente também está ciente da possibilidade de realização do tipo, mas como não se colocou de acordo com a produção do resultado lesivo, espera poder evitá-lo ou confia na sua não-ocorrência. A distinção, assim, deve processar-se no plano volitivo e não apenas no plano intelectual do agente⁴³⁵.

De qualquer forma, impende dizer que no dolo eventual, pelo fato de ser antes de tudo dolo, há sempre uma vontade de lesar o bem jurídico⁴³⁶. E por isso, revolvendo-se a lição de BITENCOURT:

⁴³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63.

⁴³⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 346-7.

⁴³⁶ É nisto que, segundo TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 350-2, repousa a questão primordial do dolo eventual: “para que se possa sustentar a existência do dolo eventual ainda dentro da estrutura do dolo, como forma de direção consciente e voluntária da sua conduta, assim como vontade de manobrar ou conduzir essa atividade, será preciso partir de dois fundamentos: a) o agente deve ter consciência de que, com sua atuação, pode seriamente lesar ou pôr em perigo um bem jurídico; b) atua com indiferença diante dessa séria possibilidade de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, de modo a assumir o risco de sua produção. O que assinala, portanto, a base do dolo eventual é a relação recíproca de seus elementos constitutivos. Primeiramente, o agente deve dirigir sua conduta com consciência da seriedade das possibilidades de lesão e de perigo de lesão ao bem jurídico e, ademais, com indiferença a essa possibilidade de lesão ou colocação de perigo que ele admitiu como séria, isto é, uma possibilidade efetiva, concreta, atual. Em segundo lugar, que essa indiferença se traduza numa aceitação desse resultado de dano ou de perigo. A indiferença não se pode satisfazer simplesmente com uma decisão sobre a direção da conduta, mas pressupõe, para servir de base ao dolo, que o agente inclua na sua consciência que essa modalidade de atuação está sendo conduzida no sentido de uma séria possibilidade de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico. A referência ao bem jurídico é, no caso, essencial porque significa que o agente situa sua vontade como vontade de realização da ação e do resultado e, com isso, acentua a intensidade de agressão ao bem jurídico. Penso que aqui é perfeitamente dispensável a arguição de que o agente, com isso, igualmente viola a norma, pois a norma não pode ser tida como violada no plano subjetivo. A norma é apenas um instrumento de delimitação de poder e por isso não é violada pelo sujeito. Trata-se unicamente de um instrumento de demarcação de atividades. Se o agente lesa o bem jurídico dentro da zona do ilícito, então se pode dizer que ele está praticando uma conduta proibida, cuja gravidade depende da intensidade de sua atuação qualificada no processo de imputação. A indiferença constitui, portanto, um marco inicial de medição dessa intensidade, daquilo que o Código Penal brasileiro

A consciência e a vontade, que representam a essência do dolo, também devem estar presentes no dolo eventual. Para que este se configure é insuficiente a mera ciência da probabilidade do resultado ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado. É indispensável determinada relação de vontade entre o resultado e o agente, e é exatamente esse elemento volitivo que distingue o dolo da culpa⁴³⁷.

Também PRADO leciona que “para afirmar-se a existência de dolo eventual é necessário que o autor tenha consciência de que com sua conduta pode efetivamente lesar ou pôr em perigo um bem jurídico e que atue com indiferença diante de tal possibilidade”⁴³⁸, aceitando, pois, a ocorrência do resultado.

Por outro lado, a culpa consciente também não deixa de ser apenas uma espécie da culpa, na qual o resultado não é desejado⁴³⁹, muito embora seja previsto, sendo reprovável os meios de que se vale o agente. Veja-se, em resumo, a lição de DIAS:

Sem dúvida, o dolo é conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo e a negligência violação de um dever de cuidado; e, nesta parte, aquele e esta são elementos constitutivos do tipo-de-ilícito. Mas o dolo é ainda expressão de uma atitude pessoal contrária ou indiferente e a negligência expressão de uma atitude pessoal descuidada ou leviana perante o dever-ser jurídico-penal⁴⁴⁰.

Tem-se, portanto, nesses termos, como estabelecida a distinção entre dolo eventual e culpa consciente. Conforme lição de BETTIOL:

expressa como assumir o risco da produção do resultado. Só haverá assunção do risco quando o agente tenha tomado como séria a possibilidade de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico e não se importa com isso, demonstrando, pois, que o resultado lhe era indiferente. Assim, não poderão servir de ponto de apoio a essa indiferença e, pois, do dolo eventual, a simples dúvida ou a simples possibilidade, ou a simples decisão acerca da ação. Ao determinar o que se possa considerar séria possibilidade e assumir o risco do resultado, é indispensável fazer uma análise das circunstâncias do caso concreto, tendo por orientação o critério da real possibilidade de evitar esse resultado. Se o agente desenvolve uma atividade que, pelas circunstâncias em que é praticada, só assimila fatores favoráveis à ocorrência do resultado, pode-se dizer que há, então, séria possibilidade dessa ocorrência. Ademais, se da análise concreta se depreende que ao agente não restava nenhuma chance de evitar o resultado, mediante sua própria atividade, deve-se reconhecer que ele, então, assumiu o risco desse resultado, de nada valendo as indagações de que esperava que nada acontecesse”.

⁴³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.

⁴³⁸ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 354.

⁴³⁹ Cf. NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposos*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 95.

⁴⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa e direito penal*. 2. ed. Coimbra: Biblioteca Jurídica Coimbra Editora, 1983, p. 265.

Se l'agente opera in una situazione di indifferenza rispetto allá produzione dell'evento, assumendo il rischio dell'evento o sperando che esso abbia a realizzarsi, il dolo (eventuale) deve ammettersi, mentre se opera sperando che l'evento non abbia a verificarsi, il dolo deve ritenersi escluso e deve ammettersi la colpa cosciente. La prova indubbiamente non è facile: cio che conta è che essa non debba essere esclusivamente desunta dal carattere del reo, ma da tutto el complesso delle circostanze che determinano la capacita a delinquere del reo⁴⁴¹.

Já se vê nos dizeres do jurista italiano que a propalada distinção também remete à idéia de prova. Também CONDE, optando pela teoria da vontade ou do consentimento para diferenciar dolo e culpa, teve a oportunidade de afirmar que

es preferible la teoría de la voluntad, porque, en última instancia, todo el problema del dolo desemboca a la larga en la demostración del querer el resultado, siendo insuficiente la simple representación de su probable producción. La demostración de esse querer plantea, problemas de prueba en la práctica, pero no por ello puede prescindirse de él⁴⁴².

A distinção do dolo eventual e da culpa consciente, portanto, tem seus fundamentos no Direito Penal, mas sua demonstração incumbe à prova, instituto afeto à Teoria Geral do Processo e, por conseguinte, ao Direito Processual Penal. Formula-se, assim, idêntica conclusão daquela concebida por ZAFFARONI e PIERANGELI:

O limite entre o dolo eventual e a culpa com representação é um terreno movediço, embora mais no campo processual do que no penal. Em nossa ciência, o limite é dado pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, e, no campo processual, configura um problema de prova⁴⁴³.

⁴⁴¹ “Se o agente opera uma situação de indiferença frente à produção do resultado, assumindo o risco do resultado ou esperando que ele se realize, o dolo (eventual) se revela, mas se espera que o resultado não se verifique, o dolo não deve se fazer presente, dando-se lugar à culpa consciente. A prova indubitavelmente não é fácil: não se deve levar em conta exclusivamente aspectos característicos do réu, mas todo o complexo de circunstâncias que determinaram a capacidade de delinquir do réu” (tradução do autor). BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale*: parte generale. 9. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976, p. 437-8.

⁴⁴² “É preferível a teoria da vontade, porque, em última instância, todo o problema do dolo desemboca na demonstração do querer o resultado, sendo insuficiente a simples representação de sua provável produção. A demonstração desse querer traz, certamente, problemas de prova na prática, mas não é por isso que se pode dele prescindir” (tradução do autor). CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 60.

⁴⁴³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 499.

Destarte, passa-se à análise da prova no processo penal, instituto ao qual incumbirá, na prática, nos termos daquilo que restou assentado, recolher aquilo que já apontamos diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, de modo a justificar uma correta adequação típica da conduta do agente.

4 TEORIA DA PROVA E O PROCESSO PENAL

4.1 Intróito

Se, como visto, a (ainda que tênue) distinção entre dolo eventual e culpa consciente é também um problema do instituto da prova, nada melhor, portanto, que se discorra acerca desse instituto no âmbito do processo penal, no escopo de se verificar qual a sua contribuição (e eventual limitação) para a pretendida distinção.

A partir do conceito de Teoria Geral do Processo como “um conjunto de conhecimentos organizados para comparar, unificar e identificar os princípios, sistemas e institutos que definem o processo e o direito processual”⁴⁴⁴, ou seja, admitindo-se como fundamento de existência da teoria geral do processo uma base principiológica uníssona (mais especificamente os princípios institutivos do processo, quais sejam, a ampla defesa, a isonomia e o contraditório⁴⁴⁵) e que, por isso, seria aplicável tanto à esfera civil quanto à penal, é de se notar que nesse marco é que deverá se situar a teoria da prova.

Porém, à míngua de estudos acerca da teoria da prova no processo penal sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, far-se-á breve mas necessária exposição acerca desse instituto a partir da teoria do processo como relação jurídica (com eventuais e pontuais incursões clássicas, naquilo que dela se aproximam) para, logo em seguida, buscar-se uma

⁴⁴⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 175.

⁴⁴⁵ Taxionomia adotada por LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 88-90.

releitura dessas mesmas considerações à luz do Estado Democrático de Direito, na esteira do paradigma adotado pelo presente trabalho.

4.2 Incursões na teoria da prova a partir do instrumentalismo

4.2.1 Noções gerais

Inicialmente, os juristas procuram responder à inquietação advinda com a singela pergunta “o que se entende por prova?”. Segundo TOURINHO FILHO:

Essa indagação constitui a primeira dificuldade para aquele que aborda o tormentoso problema das provas judiciais. É sabido, diz Bricchetti, que a finalidade do Direito Processual, em geral, e do Direito Processual Penal, em particular, é reconhecer e estabelecer uma verdade jurídica. Tal fim se alcança por meio das provas que se produzem e se valoram segundo as normas prescritas em lei⁴⁴⁶.

Segundo SILVA, a prova consiste “na demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta”⁴⁴⁷. Já GRECO FILHO leciona ser “todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém”⁴⁴⁸. Para MITTERMAYER, prova é “o complexo dos motivos productores da certeza”⁴⁴⁹. CARRARA, por sua vez, define a prova como “tudo aquilo que serve para nos tornar certos da verdade de uma proposição”⁴⁵⁰. Valendo-se da etiologia, CAPEZ leciona que a prova advém do latim *probatio*, sendo

⁴⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 221.

⁴⁴⁷ SILVA, Willian. *Direito processual penal ao vivo: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 113.

⁴⁴⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 196.

⁴⁴⁹ MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. por Alberto Antônio Soares. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1871, p. 93.

⁴⁵⁰ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Trad. de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 399.

o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação⁴⁵¹.

No mesmo sentido a lição de MIRABETE:

Para que o juiz declare a existência da responsabilidade criminal e imponha sanção penal a uma determinada pessoa é necessário que adquira a certeza de que se foi cometido um ilícito penal e que seja ela a autora. Para isso deve convencer-se de que são verdadeiros determinados fatos, chegando à verdade quando a idéia que forma em sua mente se ajusta perfeitamente com a realidade dos fatos. Da apuração dessa verdade trata a instrução, fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam, sobretudo para demonstrar ao juiz a veracidade ou falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade e na individualização das penas. Essa demonstração que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento é o que constitui a prova⁴⁵².

E também a de NOGUEIRA:

O processo penal tem por finalidade a apuração do fato criminoso e de sua autoria para a respectiva sanção, o que se consegue através da prova, que, em regra, são os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz, por meio de procedimento legal e regular⁴⁵³.

Valendo-se das lições de Chiovenda e de Liebman, MORAIS e LOPES conceituam a prova sob dois aspectos:

a) objetivamente, é o conjunto de meios ou elementos destinados a demonstrar a existência de fatos alegados no processo; b) subjetivamente, é a própria convicção que o juiz forma sobre a existência desses mesmos fatos⁴⁵⁴.

Nessa esteira, afirma-se que as alegações produzidas por quaisquer das partes no curso de um processo penal carecem de prova, isto é, de comprovação, sob pena de ser

⁴⁵¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 259.

⁴⁵² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 44.

⁴⁵³ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 190.

⁴⁵⁴ MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 17.

(juridicamente) tida como inexistente (rememorando-se velho adágio romano: *ex-audit, ex-mundi*⁴⁵⁵).

Do mesmo raciocínio também decorreria o princípio do *actori incumbit probatio* ou *onus probandi incumbit ei qui asserit*, ou seja, o ônus da prova incumbe a quem alega.

Segundo TOURINHO FILHO:

Se o Promotor denuncia B por haver provocado lesão corporal em L, cumpre ao órgão de acusação carrear para os autos os elementos de prova necessários para convencer o julgador de que B produziu lesão corporal em L. Se a defesa alegar qualquer causa que vise a exculpar a conduta de B, inverte-se o *onus probandi*: cumprirá à defesa a prova da tese levantada⁴⁵⁶.

Nesses termos, a prova dos fatos constitutivos (ditos criminosos) incumbiria à acusação, enquanto a existência de fatos extintivos, impeditivos ou modificativos seria atribuição da defesa⁴⁵⁷.

Nos dizeres de NOGUEIRA:

Ao acusador cabe provar as alegações relativas ao fato delituoso, ou seja, os fatos constitutivos, como a tipicidade e a autoria, sendo que o dolo se presume e a culpa deve ser provada.

Ao acusado incumbe provar os fatos extintivos, impeditivos e modificativos.

Fatos extintivos são os que fazem cessar a relação jurídica: prescrição, decadência, perdão, casamento da ofendida etc.

⁴⁵⁵ “o que está fora dos autos, está fora do mundo” (tradução do autor).

⁴⁵⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 239-40.

⁴⁵⁷ No mesmo sentido: TEIXEIRA, Adenilton Luiz. *Da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 13; SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 65; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 204, por sua vez, atribui a concepção dessa formulação a Micheli nos seguintes termos: “Micheli entende que a repartição do ônus da prova é definida pela posição da parte relativamente ao efeito jurídico que pretende conseguir, verificando-se como se manifesta o processo em concreto. Em princípio, porém, ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor”. Já MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 32, afirma que o Código de Processo penal não estabeleceu o referido critério (dos fatos constitutivos, extintivos e modificativos, tal como o fez expressamente o Código de Processo Civil), razão pela qual sugere os seguintes critérios: “a) o ônus da prova do fato delituoso ou contravençional (materialidade) incumbe à acusação; b) o ônus da prova das excludentes de criminalidade (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, estrito cumprimento de dever legal) e das causas de isenção de pena, incumbe ao acusado; c) a prova da autoria do fato cabe à acusação; d) provadas a materialidade e a autoria pela acusação, ao réu incumbirá, em regra, demonstrar não ter agido com dolo; e) a prova da culpa incumbe à acusação; f) as agravantes devem ser provadas pela acusação e as atenuantes pela defesa”.

Fatos impeditivos são os que excluem o elemento vontade livre e consciente quando da prática do fato, como o erro de fato, a coação irresistível, as causas de exclusão da culpabilidade.

Fatos modificativos são aqueles que se opõem à relação litigiosa, ou seja, todos os que importem na exclusão da antijuridicidade ou ilicitude⁴⁵⁸.

A produção da prova, por sua vez, é tida pelos instrumentalistas como um ônus⁴⁵⁹ e não como um dever, uma obrigação⁴⁶⁰. Segundo TOURINHO FILHO, ônus é “um imperativo que a lei estabelece em função do próprio interesse daquele a quem é imposto”⁴⁶¹. Isso se daria pelo fato de não haver a previsão específica de qualquer sanção para a não produção da prova, salvo a de que as alegações (não comprovadas) não poderão constituir fundamento para a decisão. CAPEZ, do mesmo modo, leciona:

A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não-cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação.

A prova é indubitavelmente um ônus processual, na medida em que as partes provam em seu benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar sua convicção⁴⁶².

⁴⁵⁸ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 190-1.

⁴⁵⁹ Segundo RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 442, “do latim *onus, oneris*, que significa carga, peso, fardo, encargo, aquilo que sobrecarrega”. No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 263-65; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 239-40; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 272; MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 29; SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 65; TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 307.

⁴⁶⁰ Segundo informa BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 175, a distinção entre ônus e dever foi obra inicialmente de “Goldschimidit”.

⁴⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 240.

⁴⁶² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 272. Do mesmo modo os dizeres de RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 442-3, para quem o ônus probatório se trata “de uma obrigação para consigo mesmo que, se não for cumprida, ninguém, a não ser o encarregado, sairá prejudicado. Diferentemente do dever, que é sempre para com outrem e faz nascer o direito subjetivo. O ônus não, pois não corresponde a nenhum direito subjetivo e, se o encarregado de realizar o ato não o faz, apenas ele sofrerá com sua inércia ou ineficiência”.

Afirmam os referidos juristas que tal concepção adviria, inclusive, do art. 156 do Código de Processo Penal pátrio, para o qual “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante”.

A esse respeito, tem-se lição de TOURINHO FILHO:

Já se disse que a segunda parte do art. 156 do CPP praticamente torna inútil a primeira. Não se deve olvidar, contudo, que o Juiz somente em casos excepcionais deve empreender a pesquisa de ofício. Seu campo de ação na área de pesquisa probatória deve ser por ele próprio limitado, para evitar uma sensível quebra da sua imparcialidade. Naqueles países em que o procedimento penal é escalonado (instrução afeta a um órgão e julgamento a outro), inteira razão assiste a Florian, Manzini, Sabatino e a tantos outros que minimizam o ônus da prova no processo. No nosso sistema, entretanto, temos um Juiz único: o que instrui é o mesmo que julga⁴⁶³.

A atuação do magistrado, portanto, para os adeptos do instrumentalismo, se daria de forma complementar e subsidiária à precípua atuação das partes⁴⁶⁴, decorrendo tal faculdade do princípio da verdade real ou processual⁴⁶⁵ que rege o processo penal: segundo ele, devem ser envidados esforços no intuito de se tentar reconstruir (com a maior fidelidade possível) os fatos que deram ensejo à persecução penal tais quais como efetivamente tenham ocorrido. Nos termos de CAPEZ, constitui “dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa

⁴⁶³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 241. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 310-11; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 217.

⁴⁶⁴ Ou, nos termos de CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 273, a “faculdade de produção de provas pelo magistrado é supletiva, devendo, pois, ser comedida, nesse sentido, sua atuação”.

⁴⁶⁵ Os instrumentalistas divergem quanto à denominação do referido princípio. Enquanto alguns preferem denominá-lo de verdade real (tais como CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 26-7; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 44; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 227; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 195; TEIXEIRA, Adenilton Luiz. *Da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 14; MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 33), outros o denominam de verdade processual (como, por exemplo RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 5-6; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 307).

das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença”⁴⁶⁶.

Do mesmo modo têm-se os dizeres de MIRABETE:

Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontre limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções transações etc., tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal⁴⁶⁷.

De qualquer forma, apesar da (já nesta altura vislumbrável) inegável complexidade do instituto da prova, sua importância na seara jurídica é indiscutível⁴⁶⁸. Nos termos de CAPEZ:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto⁴⁶⁹.

4.2.2 Objetivo da prova

Os adeptos do instrumentalismo, com poucas variações, afirmam que o objetivo da prova é, decisivamente, contribuir para a formação da convicção do juiz arregimentando elementos que venham a fundamentar o provimento jurisdicional: segundo CAPEZ, a prova “destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde

⁴⁶⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23.

⁴⁶⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 44.

⁴⁶⁸ A ponto de CABRAL NETTO, Joaquim. *Instituições de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 139, afirmar ser a prova “a pedra angular do processo”.

⁴⁶⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 259.

da causa”⁴⁷⁰; RANGEL, por sua vez, afirma que a prova “tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade”⁴⁷¹; já NOGUEIRA assinala que sua “finalidade é formar a convicção do juiz para proferir uma decisão de mérito”⁴⁷²; TEIXEIRA, do mesmo modo, assevera que “a prova tem por finalidade levar ao espírito do Julgador a verdade ou falsidade dos fatos alegados judicialmente. Assim, em realidade a prova tem por escopo demonstrar e convencer o magistrado de alguma coisa: demonstrar algo ao Juiz”⁴⁷³; também MORAIS e LOPES afirmam que a finalidade precípua da prova “é a apuração da verdade dos fatos objeto do processo”⁴⁷⁴; já MALATESTA leciona que “a prova não faz mais que refletir no espírito humano a verdade objetiva; é através dela que chegamos à posse da verdade”⁴⁷⁵; TOURINHO FILHO, seguindo a mesma linha de raciocínio, leciona:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela maneira⁴⁷⁶.

4.2.3 Fonte de prova

Constitui fonte de prova “tudo quanto possa ministrar indicações úteis, cujas comprovações sejam necessárias”⁴⁷⁷. Desse modo, a denúncia ou a queixa-crime, peças

⁴⁷⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 259. No mesmo sentido: TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 266.

⁴⁷¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 405.

⁴⁷² NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 191.

⁴⁷³ TEIXEIRA, Adenilton Luiz. *Da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 7.

⁴⁷⁴ MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 19.

⁴⁷⁵ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. por Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 155.

⁴⁷⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 222.

⁴⁷⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 225. Em sentido contrário têm-se os dizeres de SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como*

vestibulares do processo penal, nas quais a acusação discorre acerca dos fatos tidos como criminosos, seriam exemplos típicos de fontes de prova. Da mesma forma, a defesa prévia também poderia constituir fonte de prova, desde que nela constem dados ou informações sujeitos a comprovação (como, por exemplo, quando se faz breve incursão meritória de modo a refutar alguns dos argumentos contidos na exordial).

4.2.4 Objeto de prova⁴⁷⁸

Tudo aquilo que possa influir na decisão judicial e que demanda de comprovação é considerado pelos instrumentalistas como objeto de prova. Parafraseando Manzini, TOURINHO FILHO define como objeto de prova “todos os fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação”⁴⁷⁹.

MIRABETE, do mesmo modo, considera-o como aquilo “que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio”⁴⁸⁰. GRECO FILHO, por sua vez, define o objeto de prova como sendo “os fatos

garantia constitucional do devido processo legal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 55-6, para quem “as provas são obtidas através de fontes e meios. Embora se use a palavra fonte em lugar de meio de prova, e meio no lugar de fonte, a verdade é que esses termos são absolutamente distintos”, na medida em que “as fontes de prova existem antes da ação judicial”, enquanto “os meios são posteriores à propositura da demanda”. A autora exemplifica citando “um documento pelo qual se formalizou um negócio é fonte de prova do ato. Utilizado no processo será o meio de se confirmar a sua realização”.

⁴⁷⁸ Vale ressaltar a advertência formulada por RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 406, no sentido de que o objeto da prova não se confunde com o objeto de prova. Segundo o jurista, “o objeto da prova é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor”. O objeto de prova, por outro lado, significa quais “fatos ou coisas devem ser provados”, pois, como afirma logo em seguida, determinados fatos prescindem de comprovação, mas devem integrar o rol de conhecimento do juiz.

⁴⁷⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 222. O mesmo autor adverte que o termo “fatos”, em processo penal, possui alargada extensão, abrangendo “os diversos acontecimentos do mundo exterior, e, segundo Florian, esse conceito se estende e alcança coisas, lugares, pessoas e documentos”.

⁴⁸⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 257. Cumpre-nos registrar que a conceituação transcrita se refere, para o autor, ao objeto da prova, não fazendo qualquer menção (tampouco distinção) acerca do objeto de prova.

pertinentes, relevantes e não submetidos à presunção legal”⁴⁸¹. Já nos termos de CAPEZ, objeto de prova

é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual⁴⁸².

Tais juristas, por sua vez, atentam para o fato de que somente os fatos que dão lugar à dúvida é que constituiriam objeto de prova. Advertem, porém, que isso de modo algum significaria que os fatos incontroversos⁴⁸³ não dependem de prova, ou seja, os fatos que porventura tenham sido alegados por uma das partes, ainda que não contraditados pela parte contrária, ainda assim dependeriam de comprovação⁴⁸⁴. Isso se explicaria, alegam os juristas, pelo princípio da verdade real ou processual⁴⁸⁵: desse modo, nem mesmo a confissão (tida pelo sistema inquisitivo⁴⁸⁶ como prova inconteste) poderia ensejar, por si só, a condenação de um indivíduo, devendo ser corroborada pelos demais elementos que constem dos autos.

Porém, como assevera TOURINHO FILHO, “provar a notoriedade é tarefa de louco”⁴⁸⁷. Os fatos notórios são definidos pela doutrina como sendo “aqueles cujo

⁴⁸¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 197-8. Referido autor esclarece o que denomina de fatos pertinentes e relevantes: “apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los; os fatos impertinentes, isto é, não relacionados com a causa, devem ter sua prova recusada pelo juiz, sob pena de se desenvolver atividade inútil. Além dos pertinentes, só devem ser provados os fatos relevantes, que são os que podem influir, em diferentes graus, na decisão da causa. Os fatos irrelevantes são, na realidade impertinentes”.

⁴⁸² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 259. Do mesmo modo, a transcrita conceituação formulada pelo autor se refere a objeto da prova, terminologia que já nos posicionamos ser inadequada.

⁴⁸³ Também denominados de fatos admitidos ou aceitos.

⁴⁸⁴ Exceção feita a TEIXEIRA, Adenilton Luiz. *Da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 21, que ao afirmar a existência de “alguns fatos que, apesar de relevantes para o processo, independem de prova”, inclui dentre eles “os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte adversa” e “os fatos admitidos no processo como incontroversos”. Tal posicionamento, contudo, é ímpar e não merece qualquer crédito.

⁴⁸⁵ Sobre o tema já nos manifestamos no tópico 4.2.1 do presente trabalho.

⁴⁸⁶ Remete-se o leitor ao item 4.3 do presente trabalho, onde o tema (sistemas processuais) será abordado.

⁴⁸⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 222.

conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade”⁴⁸⁸, ou como “aquele que é do conhecimento de qualquer pessoa medianamente informada”⁴⁸⁹, e, desse modo, também o é do juiz⁴⁹⁰. Há quem diga, inclusive, que o grau de certeza decorrente da notoriedade de um fato é maior do que aquele decorrente da prova⁴⁹¹. Exemplos típicos de fatos notórios (e que, por isso, independem de comprovação) é que no dia 25 de dezembro é comemorado o Natal ou mesmo a constatação de que o fogo queima. À obviedade, tais informações fazem parte do conhecimento do *homo medius*⁴⁹².

MIRABETE, porém, adverte:

Não se confunde a notoriedade do fato com o conhecimento do juiz; um fato pode ser do conhecimento deste e não ser notório. Também não se confunde ela com a *vox publica*, o conhecimento de um número indeterminado de pessoas constituído de rumores, boatos vagos e imponderáveis que se espalham pelo povo e que podem advir de lendas e invenções ou, ainda quando verdadeiros, podem ser aumentados e corrompidos. Difere também a notoriedade do clamor público, que é o brado, o estrépido, a indignação provocada pela prática do delito e que, na nossa legislação, p. ex., torna inafiançáveis os crimes punidos com reclusão (art. 323, V, do CPP⁴⁹³)⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 260.

⁴⁸⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 406.

⁴⁹⁰ No mesmo sentido: PALACIO, Lino Enrique. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, p. 20. Em sentido contrário (ou seja, no sentido de que os fatos notórios no processo penal também carecem de prova): GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 197.

⁴⁹¹ Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 223.

⁴⁹² Pertinente a advertência formulada por MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 23-5, quando afirmam que “o conceito de notoriedade é, contudo, relativo, pois, o que é evidente para uns, poderá ser duvidoso para outros, em função das circunstâncias de tempo, lugar, grau de cultura, etc.”. Valendo-se da lição de juristas clássicos, afirmam que “Couture não concorda com a correlação entre fato notório e generalidade, porque um fato pode ser notório e não ser conhecido por todos (p. ex., é notório o fato de que, em 1945, foi descoberto o processo de divisão do átomo), mas esse fato não é conhecido por pessoas que vivem fora dos centros de informação. O mestre uruguaio considera notório o fato que entra naturalmente no conhecimento, na cultura e na informação normal dos indivíduos, com relação a um lugar ou a um círculo social, em um momento determinado (no momento em que ocorra a decisão). Os principais atributos do fato notório são, portanto, os seguintes: a) notoriedade é um conceito relativo, dependendo de circunstâncias de tempo e lugar; b) notoriedade não se confunde com generalidade, porque há fatos notórios conhecidos apenas em determinados círculos sociais; c) os fatos notórios são conhecidos por um número indeterminado de pessoas razoáveis e de cultura mediana. A referibilidade ao *homo medius* – como ocorre, por exemplo, com o conceito de culpa – parece indispensável, porque em todos os grupos sociais há indivíduos inteiramente alheios à cultura e ao saber”.

⁴⁹³ “Art. 323. Não será concedida fiança: V – nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça”.

⁴⁹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 257-8.

Também os fatos evidentes⁴⁹⁵ prescindiriam de comprovação. Tais fatos seriam aqueles indiscutíveis, indubitáveis, cuja constatação é fácil e rapidamente percebida. Nos termos de CAPEZ, “a evidência nada mais é do que um grau de certeza que se tem dos conhecimentos sobre algo. Nesses casos, se o fato é evidente, a convicção já está formada, logo, não carece de prova”⁴⁹⁶. MIRABETE exemplifica citando a hipótese de um indivíduo que, acusado de desfechar os tiros fatais contra uma vítima, prova que no exato momento do cometimento do crime se encontrava em outro lugar, distante daquele onde se deu o fatídico acontecimento, o que acaba por excluir a necessidade de se comprovar que ele não estava no local do crime⁴⁹⁷.

Transcreve-se a lição de TOURINHO FILHO a respeito dos fatos notórios e evidentes:

Tanto a evidência como a notoriedade não podem ser postas em dúvida. Ambas produzem no Juiz o sentimento da certeza em torno da existência do fato. Explica Manzini: se um fato é evidente, não pode o Juiz desconhecê-lo, pois sua discricionariedade na valoração da prova se exercita no terreno da dúvida, não se podendo admiti-la no da certeza (cf. Tratado de derecho procesal penal, trad. Sentis Melendo, v. 3, p. 206).

Daí a máxima *notoria vel manifesta non egent probatione* (o notório e o evidente não precisam de prova). É verdade, como diz Manzini, que “probar lo evidente és algo, no sólo supérfluo, sino estúpido, por lo menos para el derecho”⁴⁹⁸. Se um homem se move e fala, não há necessidade de prova para demonstrar que está vivo, ou, “se se encuentra un cuerpo humano putrefacto, ni un filósofo siqueira podría poner en duda que se trate de un cadáver...”⁴⁹⁹ (V. Manzini, Derecho procesal penal, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, EJE, 1952, v. 3, p. 205). Sem embargo, se se trata de homicídio, embora não se duvide nem se possa duvidar de que aquele corpo seja de uma pessoa morta, a lei exige, malgrado o princípio do livre convencimento do Juiz⁵⁰⁰, sob pena de nulidade, o exame de corpo de delito, não para constatar que a pessoa está morta (o que é evidente), mas para precisar a *causa mortis*, ou, quando assim não seja, por ter sido evidente pelos sinais externos, para que

⁴⁹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Proceso penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 257, se refere a eles como sendo “fatos axiomáticos (intuitivos), evidentes por si mesmos”. Nesse mesmo sentido: CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 260.

⁴⁹⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 260.

⁴⁹⁷ Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Proceso penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 257.

⁴⁹⁸ “provar o evidente não é somente supérfluo, mas também estúpido, ao menos para o direito” (tradução do autor).

⁴⁹⁹ “se se encontra um corpo humano em estado de putrefação, nem um filósofo sequer poderia colocar em dúvida que se trata de um cadáver...” (tradução do autor).

⁵⁰⁰ A respeito dos sistemas de apreciação da prova, trataremos no item 4.2.7 do presente trabalho.

fique memória daquele fato no processo, uma vez que nos crimes que deixam vestígios o exame de corpo de delito direto ou indireto é pressuposto processual de validade, nos termos do art. 564, III, b, do CPP⁵⁰¹⁵⁰².

Do mesmo modo, as máximas de experiência também dispensariam a prova de sua existência. Com efeito, TOURINHO FILHO as define como sendo

“noções e conhecimentos ministrados pela vida prática e os costumes sociais”. São juízos formados ante o *quod plerumque accidit* (o que normalmente acontece) “e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média”. Sabem, por exemplo, os Juízes das Comarcas de Jaú, Barra Bonita, Lençóis Paulista, todas do Estado de São Paulo, que, durante a safra canavieira, é grande o movimento de caminhões e até treminhões pelas estradas⁵⁰³.

GRECO FILHO faz questão de distinguir os fatos notórios das regras ou máximas de experiência:

O fato notório é o fato isolado de conhecimento geral. Por exemplo, 7 de setembro é feriado nacional. Dos fatos notórios, porém, ao que habitualmente acontece, é possível surgirem regras da experiência: 7 de setembro é feriado nacional; ora, habitualmente nesse dia há parada militar em determinado lugar, o que leva à conclusão que, em todo o dia 7 de setembro naquele lugar há um determinado tipo de aglomeração de pessoas, independentemente de se provar de forma direta que em certo 7 de setembro houve essa aglomeração⁵⁰⁴.

Alguns juristas citam ainda as presunções legais como dispensáveis de comprovação “porque são conclusões decorrentes da própria lei, ou, ainda, o conhecimento que decorre da ordem normal das coisas”⁵⁰⁵. Presumir, segundo lição de MIRABETE, “é tomar como verdadeiro um fato, independentemente de prova, levando-se em conta aquilo

⁵⁰¹ “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167;”; “Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

⁵⁰² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 222-3.

⁵⁰³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 224.

⁵⁰⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 212.

⁵⁰⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 260.

que em geral acontece”⁵⁰⁶, podendo ser classificadas como absolutas (*juris et de jure*) ou relativas (*juris tantum*), dependendo da possibilidade de se provar o contrário⁵⁰⁷.

4.2.5 Meios ou métodos de prova

Segundo TOURINHO FILHO, meio de prova “é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo”⁵⁰⁸. MIRABETE, por sua vez, leciona que “meios de prova são as coisas ou ações utilizadas para pesquisar ou demonstrar a verdade: depoimentos, perícias, reconhecimentos etc.”⁵⁰⁹. Já nos termos de RANGEL:

Meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam.

O depoimento da testemunha é o meio de prova de que se utiliza o juiz para formar sua convicção sobre os fatos controvertidos. A inspeção judicial é meio de prova. O indício é um meio de prova. Enfim, tudo aquilo que o juiz utiliza para alcançar um fim é considerado meio de prova⁵¹⁰.

A doutrina instrumentalista não hesita em afirmar que, vigorando o princípio da verdade real ou processual⁵¹¹, “não há de se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, sob

⁵⁰⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 258.

⁵⁰⁷ Nesse sentido: RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 437; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 260; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 224; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 258.

⁵⁰⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 225. Nos mesmos termos a definição de CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 271: “meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo”.

⁵⁰⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 259.

⁵¹⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 407.

⁵¹¹ Veja-se o item 4.2.1 do presente trabalho.

pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei”⁵¹². Do mesmo modo tem-se a lição de TOURINHO FILHO:

Vigorando no Processo Penal o princípio da verdade real, é lógico não deva haver qualquer limitação à prova, sob pena de ser desvirtuado aquele interesse do Estado na justa atuação da lei. A atitude do Juiz no cível, doutrina Dellepiane, é, em certo modo, passiva, e a prova reveste, então, o caráter de uma confrontação. No juízo criminal é diferente. Não se achando em presença de verdades feitas, de um acontecimento que se lhe apresente reconstruído pelas partes, está obrigado a procurar, por si mesmo, essas verdades⁵¹³.

Nesses termos, tais juristas argumentam que muito embora o Código de Processo Penal pátrio preveja entre seus arts. 158 e 250 (com algumas exceções) diversos meios de prova, não se poderia tomá-los como exaustivos. Isso porque seria muita pretensão do legislador imaginar que poderia prever, numa antecipação mental digna de registro, todos os métodos de prova capazes de recolher tudo aquilo que as partes repute como necessários ao deslinde da causa, sendo, portanto, plenamente admissíveis as chamadas provas inominadas⁵¹⁴.

Esses mesmos juristas advertem, contudo, de que esse princípio da liberdade da prova não vigoraria de maneira absoluta⁵¹⁵ na medida em que o próprio Código de Processo Penal estabelece, por exemplo, em seu art. 155, que “no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”. A prova

⁵¹² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 271. Já RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 412, vai além, afirmando que “o princípio da liberdade da prova é um consectário lógico do princípio da verdade real”.

⁵¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 227.

⁵¹⁴ Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 227; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 271; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 259; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 412; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 192; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 199; TEIXEIRA, Adenilton Luiz. *Da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 31; VASCONCELOS, Anamaria Campos Tôres de. *Prova no processo penal: justiça como fundamento axiológico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 40; MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 19.

⁵¹⁵ Nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 259; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 271; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 227; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 412-3.

da morte de determinado indivíduo que se encontra processado criminalmente, portanto, circunstância que é capaz de influir diretamente na extinção da punibilidade⁵¹⁶, só pode ser comprovada através da certidão de óbito, tal qual como ocorre com o casamento (cuja comprovação é feita mediante a respectiva certidão e que pode influir, v. g., no reconhecimento da causa especial de aumento de pena nos crimes sexuais, conforme dispõe o art. 226, III, do Código Penal⁵¹⁷).

Destaca-se, ainda dentre citados juristas, uma tendência atual no sentido de rejeitar “todo e qualquer meio de prova que atente contra a moralidade ou viole o respeito à dignidade humana”⁵¹⁸. Nos termos de RANGEL, “os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana impedem que a procura da verdade utiliza-se de meios e expedientes condenáveis dentro de um Estado Democrático de Direito”⁵¹⁹.

Com efeito, não se poderia conceber a utilização de provas que violem tais prerrogativas. Aliás, não foi por outro motivo o porquê da Constituição Federal de 1988 ter expressamente disposto em se bojo serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”⁵²⁰.

Assim, regra geral, qualquer prova que se despir da indelével característica da licitude seria imprestável para o processo. E esses juristas costumam classificar tais provas constitucionalmente tidas como inadmissíveis em ilícitas e ilegítimas⁵²¹: ilícitas seriam as provas que contrariassem norma de direito material “quer quanto ao meio ou modo de

⁵¹⁶ Nos termos do art. 107 do Código Penal, “extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente”.

⁵¹⁷ Assim consta: “Art. 226. A pena é aumentada de quarta parte: III – se o agente é casado”.

⁵¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 227.

⁵¹⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 412.

⁵²⁰ Art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988.

⁵²¹ Ver: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 340; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 260; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 261-2; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 231; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 417; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 229-30.

obtenção”⁵²². Desse modo, “serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de direito civil, comercial ou administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais”⁵²³.

Exemplos vários são citados: “a confissão do indiciado conseguida pelo *lie-detector*”⁵²⁴, cuja obtenção infringiria tanto o disposto no art. 146 do Código Penal⁵²⁵ quanto o art. 5º, III da Constituição Federal⁵²⁶; a “confissão obtida mediante a prática de tortura”⁵²⁷, que também não só ofenderia o mesmo art. 5º, III da Constituição Federal, mas também o art. 1º, da Lei 9.455/97⁵²⁸; as provas “obtidas com violação ao domicílio”⁵²⁹, pois contrariam o art. 5º, XI, da Constituição Federal⁵³⁰.

Por outro lado, provas ilegítimas seriam aquelas que afrontam normas processuais “tanto na produção quanto na introdução da prova no processo”⁵³¹. São exemplos: documento juntado na fase das alegações finais do procedimento do Tribunal do Júri, por contrariedade ao que dispõe o art. 406, § 2º, do Código de Processo Penal⁵³²; “as provas relativas ao estado de pessoas produzidas em descompasso com a lei civil, ou seja, por qualquer meio que não

⁵²² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 260.

⁵²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 262.

⁵²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 231.

⁵²⁵ “Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”.

⁵²⁶ “Art. 5º, III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

⁵²⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 262.

⁵²⁸ “Art. 1º Constitui crime de tortura: I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos”.

⁵²⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 417.

⁵³⁰ “Art. 5º, XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

⁵³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 260.

⁵³² “Art. 406. Terminada a inquirição das testemunhas, mandará o juiz dar vista dos autos, para alegações, ao Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, e, em seguida, por igual prazo, e em cartório, ao defensor do réu. § 2º Nenhum documento se juntará aos autos nesta fase do processo”.

seja a respectiva certidão”⁵³³, nos exatos termos daquilo que se demonstrou logo acima, ou seja, por descompasso com o art. 155 do Código de Processo Penal⁵³⁴.

Nada obsta, nesses termos, que a prova seja, concomitantemente, ilícita e ilegítima⁵³⁵ (e, à obviedade, inadmissível). A bem da verdade, porém, alguns juristas já lecionam que a referida distinção não mais tem razão de ser, pois a Constituição considerou ambas como sendo inadmissíveis, vedando, por conseguinte, sua utilização no processo penal. Aliás, nos termos de RANGEL, “a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, a punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar”⁵³⁶.

A título de ilustração, far-se-á breve explanação acerca de alguns dos mais importantes meios de provas previstos pelo Código de Processo Penal, ainda sob a perspectiva instrumental, tomando-se o cuidado de advertir, no entanto, que a exposição empreendida não pretende esgotar o tema (e nem mesmo os diversos meios de prova elencados pela legislação), senão fornecer ao leitor um panorama geral acerca dos meios de prova de modo a possibilitar a compreensão do tema proposto.

4.2.5.1 Interrogatório

⁵³³ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 262.

⁵³⁴ “Art. 155. No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”.

⁵³⁵ Como no exemplo fornecido por TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 231, no que tange às “cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meio criminosos, além de ilícitas, em face do processo de obtenção, são ilegítimas, porque vedadas pelo art. 233 do CPP”, cuja redação é a seguinte: “Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo”.

⁵³⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 414.

Nos processos criminais cujo rito previsto pela legislação é o ordinário⁵³⁷, logo após o oferecimento e o recebimento da denúncia, é designada a data do interrogatório, da qual tomará o réu ciência por ocasião de sua citação⁵³⁸. Referido instituto, previsto no Código de Processo Penal entre os arts. 185 e 196, é apontado como “um dos atos processuais mais importantes”⁵³⁹, notadamente pelo fato de que seria “o primeiro contato do réu com o processo penal”⁵⁴⁰.

O interrogatório constitui-se na oitiva do próprio acusado perante o juízo, ou, nos dizeres de GRECO FILHO, “é a audiência do réu”⁵⁴¹, onde será inquirido acerca de suas informações pessoais (interrogatório de identificação) e sobre os fatos que lhe estão sendo imputados (interrogatório de mérito)⁵⁴². É, portanto, o momento oportuno não só para o réu se identificar perante a autoridade judicial, mas também para expor seu ponto de vista acerca dos fatos narrados pela exordial, seja relatando a sua versão, seja afirmando desconhecê-los.

ESPÍNOLA FILHO discorre acerca da finalidade do interrogatório:

A finalidade do interrogatório é tríplice: a) facultar ao magistrado o conhecimento do caráter, da índole, dos sentimentos do acusado; em suma,

⁵³⁷ Destinado aos crimes punidos com reclusão.

⁵³⁸ Ato de comunicação processual mais importante do processo penal, no qual é dada ciência ao réu dos termos da acusação que contra ele é proposta e o chama para, sendo de seu interesse, ir ao processo se defender. No mesmo sentido: VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 162.

⁵³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 267.

⁵⁴⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 355.

⁵⁴¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 225.

⁵⁴² O art. 187 do Código de Processo Penal e seus §§ dispõem ser o interrogatório “constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. § 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais. § 2º Na segunda parte, será perguntado sobre: I – ser verdadeira a acusação que lhe é feita; II – não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a quem atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela; III – onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta; IV – as provas já apuradas; V – se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando e se tem o que alegar contra elas; VI – se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido; VII – todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração; VIII – se tem algo mais a alegar em sua defesa”. Vale lembrar, contudo, que o juiz não está adstrito às perguntas elencadas pelo transcrito artigo, como, aliás, consta da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941), item VII, donde se lê: “é facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade”.

compreender-lhe a personalidade; b) transmitir ao julgador a versão, que, do acontecimento, dá, sincera ou tendenciosamente, o inculcado, com a menção dos elementos, de que o último dispõe ou pretende dispor, para convencer da idoneidade de sua versão; c) verificar as reações do acusado, ao lhe ser dada diretamente, pelo juiz, a ciência do que os autos encerram contra ele⁵⁴³.

Afirma-se, ainda, que o direito ao interrogatório, ou seja, do acusado ser ouvido perante o juízo, encontra-se positivado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, vulgo Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional subscrito pelo Brasil e incorporado ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 678/92, donde se lê:

Artigo 8

Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Vale destacar que o instituto do interrogatório sofreu sensíveis reformulações nos últimos tempos. Até a edição da Lei 10. 792/03, o art. 186 do Código de Processo Penal vigorava com a seguinte redação:

Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

Com o advento do referido diploma legal, sua parte final sofreu apreciável alteração:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

⁵⁴³ *Apud* MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 98.

Muito embora fosse absolutamente dispensável tal reforma, cuja verdadeira alteração se deu mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988⁵⁴⁴, que dispôs em seu art. 5º, LXIII, que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, e, nos termos de TOURINHO FILHO, “se o preso tem esse direito, quanto mais o que esteja em liberdade e, como já se disse, com muito mais razão ainda quando deve ser ouvido pelo juiz”⁵⁴⁵, é de se notar que o legislador promoveu, com a edição da mesma lei, outras louváveis alterações, tais como a possibilidade das partes formularem perguntas.

Consta do atual art. 188 do Código de Processo Penal que “após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”⁵⁴⁶. Referido artigo acabou impingir a marca do contraditório no interrogatório, facultando às partes a proposição de perguntas ao interrogado.

Também como decorrência das modificações introduzidas no recente ano de 2003, tem o réu agora o direito de se entrevistar previamente (à realização do interrogatório) com seu defensor, conforme se depreende do § 2º do art. 185 do Código de Processo Penal: “Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor”.

Nos termos de RANGEL:

⁵⁴⁴ Vale destacar os dizeres de RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 469-70, para quem “o parágrafo único do art. 186 do CPP veda expressamente aquilo que a CRFB já fazia, mas precisava de uma lei para dar efetividade a Constituição o que, por si só, caracteriza um absurdo incomensurável. No Brasil é assim: precisa de uma lei para fazer valer a Constituição. Veja o que já dizíamos, em edições anteriores, antes da Lei 10.792/03: Neste caso, advogamos a tese de que a parte do final do art. 186 do CPP está revogada, não sendo mais lícito ao juiz advertir o réu na forma prevista no mencionado artigo, sob pena de nulidade, em verdadeira afronta à regra constitucional que garante ao réu o direito de permanecer calado”.

⁵⁴⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 276.

⁵⁴⁶ O dispositivo legal anterior à alteração que correspondia ao atual art. 188 era o art. 187, do qual constava: “O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas”.

Trata-se de orientação, prévia, ao réu, de como comportar-se diante dos fatos que lhe são imputados pelo Ministério Público e que serão perguntados pelo juiz. Interrogatório realizado sem que antes o acusado tenha se entrevistado com a defesa técnica é interrogatório inquisidor, realizado por juiz inspirado pela época em que o Código foi feito, na Era Vargas, durante a ditadura⁵⁴⁷.

Antes tido unicamente como meio de prova, a maioria dos juristas adeptos do instrumentalismo já também o considera como meio de defesa. Vale dizer, a ordem constitucional, consagrando o sistema acusatório⁵⁴⁸, promoveu ligeira transformação na figura do acusado, não o tendo mais como mero objeto de prova, mas efetivamente como sujeito de direitos, cujo respeito às suas prerrogativas é fator de legitimação do poder punitivo estatal. Desse modo, o interrogatório é, e assim deve ser, meio de prova e, concomitantemente, meio de defesa⁵⁴⁹. Nesses mesmos termos tem-se consolidado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO PENAL. INTERROGATÓRIO. DELEGAÇÃO DE SUA REALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA. 1. O interrogatório, consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, é meio de prova e de defesa. 2. Pode sua realização, a teor da letra do § 1º, do art. 9º, da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, ser delegada a juiz ou membro de tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem, dispondo, em idêntico sentido, o Regimento Interno do STF - art. 239, § 1º - e, também, o Regimento Interno do STJ - art. 225, § 1º. 3. O princípio da vinculação do Juiz não vigora no processo criminal brasileiro, ausente prejuízo para a defesa, dado que a letra do art. 196 do Código de Processo Penal, admite a possibilidade de nova inquirição, caso necessário. 4. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental na Ação Penal nº 224/SP – Corte Especial – STJ – rel. Min. FERNANDO GONÇALVES – DJ 20/09/2004, p. 172).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. MEIO DE PROVA E MEIO DE

⁵⁴⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 471.

⁵⁴⁸ Acerca dos sistemas processuais, remetemos o leitor ao item 4.3 do presente trabalho.

⁵⁴⁹ Nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 277; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 206; MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 98. Contra, no sentido de ser exclusivamente meio de defesa: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 268, CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 299. Já TEIXEIRA, Adenilton Luiz. *Da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 37, sustenta um posicionamento de conveniência: o interrogatório poderá ser tanto meio de prova quanto meio de defesa, “dependendo dos elementos processuais”, ou seja, dependendo das informações trazidas aos autos pelo interrogado.

DEFESA. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO. RÉU. INTIMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RENÚNCIA AO DIREITO DE RECORRER. DEFESA TÉCNICA. ANUÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE. ORDEM DENEGADA. 1. O interrogatório do réu constitui, além de um meio de prova, o momento processual oportuno para que o acusado forneça a sua versão sobre os fatos criminosos que lhe são imputados. 2. "O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado." (artigo 185 do Código de Processo Penal). 3. O interrogatório deve ser realizado, sempre que possível, até o trânsito em julgado, sob pena de, em estando presente o réu, declarar-se a nulidade do processo. 4. Regularmente intimados da sentença condenatória o réu e seu defensor, não há falar em nulidade do processo por ausência de interrogatório na hipótese de o acusado expressamente consignar seu desejo de não apelar e a defesa técnica que o representa não demonstrar inconformismo com a edição do decreto condenatório, requerendo, tão-somente, a concessão dos benefícios da suspensão condicional da pena, o que restou, na espécie, deferido. 5. Ordem denegada. (*Habeas Corpus* nº 14.668/SP – 6ª Turma – STJ – rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO – dj 24/09/01, p. 348).

Inexistindo em nosso ordenamento jurídico a figura do perjúrio⁵⁵⁰, o réu pode, por ocasião do interrogatório, responder àquilo que lhe for perguntado (confessando⁵⁵¹ ou mentindo) ou mesmo silenciar-se. Esta última possibilidade, prerrogativa por imposição constitucional, não poderá, lecionam os juristas, em nenhuma hipótese, ser tomada em prejuízo do acusado⁵⁵².

⁵⁵⁰ Segundo GONÇALVES, Fernando David de Melo. *Habeas Corpus* para mentir na CPI: Abuso Legal ou Direito? In: http://www.revistaautor.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=345&Itemid=44, comete perjúrio o acusado que faz afirmações inverídicas por ocasião de sua oitiva, após ter jurado dizer a verdade com a mão direita sobre a Bíblia. É previsto, por exemplo, na legislação norte-americana. No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 229.

⁵⁵¹ Segundo MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 286, "a confissão é o reconhecimento realizado em juízo, por uma das partes, a respeito da veracidade dos fatos que lhe são atribuídos e capazes de ocasionar-lhe conseqüências jurídicas desfavoráveis". Já nos termos de CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 307, a confissão "é a aceitação pelo réu da acusação que lhe é dirigida em um processo penal. É a declaração voluntária, feita por um imputável, a respeito de fato pessoal e próprio, desfavorável e suscetível de renúncia". Por fim, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 287, resume afirmando que a confissão "é o reconhecimento feito pelo imputado da sua própria responsabilidade". O mesmo autor ressalta o fato de que, à época do sistema inquisitivo, a confissão era tida como a rainha das provas "porque ninguém melhor do que o acusado pode saber se é ou não culpado". Atualmente, porém, não possui mais o valor probante absoluto: segundo o art. 197 do Código de Processo Penal, "o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre elas e estas existe compatibilidade ou concordância".

⁵⁵² Nesse sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 362; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 281-2; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 302-3; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 274-6.

4.2.5.2 Exame de corpo de delito e perícias em geral

Perícia, segundo leciona MAIA NETO, constitui um meio de prova admitido “no processo, destinado a levar ao Juiz elementos relativos a fatos que careçam de conhecimentos técnicos, podendo constituir numa declaração de ciência, na afirmação de um juízo, ou em ambas, simultaneamente”⁵⁵³. Segundo OLIVEIRA, “a prova pericial, antes de qualquer outra consideração, é uma prova técnica, na medida em que pretende certificar a existência de fatos cuja certeza, segundo a lei, somente seria possível a partir de conhecimentos específicos”⁵⁵⁴. Para CAPEZ, o termo perícia, originário do latim *peritia*, que significa habilidade especial, indica “um meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra profissional, dotada de formação e conhecimentos técnicos específicos, acerca de fatos necessários ao deslinde da causa”⁵⁵⁵. MARQUES, por sua vez, define a perícia como “a prova destinada a levar ao juiz elementos instrutórios sobre normas técnicas e sobre fatos que dependam de conhecimento especial”⁵⁵⁶. Já para MIRABETE:

Entende-se por perícia o exame procedido por pessoa que tenha determinados conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos acerca dos fatos, circunstâncias objetivas ou condições pessoais inerentes ao fato punível a fim de comprová-los⁵⁵⁷.

MAIA NETO justifica a existência das provas periciais:

A prova pericial ocorre todas as vezes que o Juiz não for suficiente apto para realizar a verificação dos fatos, seja pela ausência de conhecimentos técnicos ou pela impossibilidade de colher os dados necessários, quando o trabalho será realizado por pessoas entendidas na matéria, através de perícia.

⁵⁵³ MAIA NETO, Francisco. *Da prova pericial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 3.

⁵⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

⁵⁵⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 291. No mesmo sentido: PALACIO, Lino Enrique. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, p. 127; FLORIAN, Eugênio. *De las pruebas penales: de las pruebas en particular*. Bogotá: Editorial Temis, 1969, t. II, p. 323.

⁵⁵⁶ *Apud* NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 197.

⁵⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 267.

Na grande maioria das ocasiões em que se exigem tais investigações, os fatos são de natureza tal que obriga-se a presença de um técnico, o que na linguagem jurídica são conhecidos como fatos de percepção técnica.

Esta conceituação prende-se ao fato de que a análise da matéria exige conhecimentos técnicos ou científicos, oriundos da formação acadêmica e profissional, que fazem com que as questões sejam plenamente justificadas⁵⁵⁸.

Nos termos de TOURINHO FILHO:

A perícia é um simples meio de prova? Tal indagação tem suscitado debates, principalmente entre os autores estrangeiros. Entende Carnelutti que o perito exerce a função de auxiliar do Juiz. Com originalidade procura ele estabelecer distinção entre a perícia e os demais meios probatórios, principalmente o testemunhal, dizendo que a testemunha tem uma função passiva; o perito, uma função ativa; a testemunha comparece como objeto, e o perito, como sujeito; a testemunha é examinada, e o perito examina; o Juiz chama a testemunha para que deponha sobre o fato e chama o perito para que o conheça. Von Kries sustenta, também, que, em geral, os peritos podem ser caracterizados como auxiliares do Juiz. Entre nós, comunga desse entendimento o grande processualista Hélio Tornaghi, para quem o perito está investido do múnus público de assessorar tecnicamente o Juiz. E conclui: a perícia não prova; ilumina a prova⁵⁵⁹.

Também MIRABETE não considera a perícia como um simples meio de prova, afirmando ser o perito “um apreciador técnico, assessor do juiz, com uma função estatal destinada a fornecer dados instrutórios de ordem técnica”⁵⁶⁰. Referidos posicionamentos seriam acampados pela legislação vigente na medida em que o Código de Processo Penal dispõe acerca dos peritos e intérpretes no título VIII, intitulado “Do juiz, do Ministério Público, do acusado e defensor, dos assistentes e auxiliares da justiça”. Nesses termos, o

⁵⁵⁸ MAIA NETO, Francisco. *Da prova pericial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 2.

⁵⁵⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 247-8. Referido autor termina por concluir ser a perícia “mais que um meio de prova e que, na verdade, pelo menos no nosso *jus positum*, o legislador não considerou o perito como simples sujeito de prova, mas como auxiliar do Juiz”. Já CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 292, afirma estar a perícia numa “posição intermediária entre a prova e a sentença. Representa um *plus* em relação à prova e um *minus* em relação à sentença. É também chamada de prova crítica”.

⁵⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 267.

perito seria tido como verdadeiro auxiliar da justiça, sujeito à disciplina judiciária⁵⁶¹ e à suspeição aplicável aos juízes⁵⁶², não tendo as partes qualquer influência na sua nomeação⁵⁶³.

O resultado da perícia, por sua vez, é apresentado no laudo pericial⁵⁶⁴, onde os peritos, nos exatos termos do art. 160 do Código de Processo Penal, “descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados”. Apesar da especificidade das provas periciais, que geralmente abrangem conhecimentos cuja noção escapa ao senso do magistrado, ele não está vinculado ao resultado apresentado, podendo, inclusive, rejeitá-lo⁵⁶⁵.

Diversas são as espécies do gênero perícia como meio de prova: o corpo de delito⁵⁶⁶, a necropsia⁵⁶⁷ (também chamada de autópsia ou necroscopia⁵⁶⁸), a exumação⁵⁶⁹, o exame complementar⁵⁷⁰, dentre outros.

⁵⁶¹ Nos termos do art. 275 do Código de Processo Penal, que dispõe que “o perito, ainda quando não oficial, estará sujeito à disciplina judiciária”.

⁵⁶² Segundo o art. 280 do Código de Processo Penal, “é extensivo aos peritos, no que lhes for aplicável, o disposto sobre suspeição dos juízes”.

⁵⁶³ Como se infere da mera leitura do art. 276 do Código de Processo Penal: “as partes não intervirão na nomeação do perito”.

⁵⁶⁴ Segundo CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 292, “a perícia corporifica-se, materializa-se por uma peça técnica denominada laudo pericial, que pode ser definida como toda a peça escrita na qual os peritos lançam o resultado do exame efetivado, mencionando o que observaram e consignando suas conclusões”. Já NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 200, leciona que o “laudo é a exposição minuciosa do observado pelos peritos e de suas conclusões. Possui quatro partes: preâmbulo ou introdução, que contém o nome dos peritos e o objeto da perícia; exposição, consistente na narração de tudo o que foi observado; discussão, ou seja, a análise ou crítica dos fatos observados; e conclusão, que contém as respostas aos quesitos do juiz e das partes (ou da autoridade policial)”.

⁵⁶⁵ Conforme dispõe o art. 182 do Código de Processo Penal: “o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”. É a consagração do sistema liberatório na apreciação do laudo pericial. Segundo MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 270, “pelo sistema vinculatório, o juiz não pode deixar de aceitar o laudo; por se tratar de prova técnica, o julgador estaria adstrito às conclusões do perito. Pelo sistema liberatório, o juiz tem inteira liberdade de apreciação em aceitar ou rejeitar o laudo. Vigindo em nosso país o princípio do livre convencimento, o juiz não está adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo no todo ou em parte (art. 182). Caso se admitisse o sistema contrário, o perito, em última análise, seria o julgador. Ora, o juiz tem sempre condições de compreender a exposição e opiniões em torno de um ponto, sejam de caráter técnico, científico, artístico ou prático, podendo estudá-lo, colhendo em várias fontes e mesmo no processo elementos que podem corroborar as conclusões dos peritos”. No mesmo sentido: CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 291; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 257; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 199-200.

⁵⁶⁶ Segundo GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 221, “a expressão ‘corpo de delito’ tem dois sentidos. Num sentido mais amplo (e histórico), o corpo de delito é a própria infração no que ela tem de exterior; confunde-se com a conduta criminosa. No sentido técnico-processual, corpo de delito é o conjunto de modificações físicas do mundo exterior provocado pela ação delituosa, ou seja, os vestígios deixados pela infração”. O exame de corpo de delito entendido como meio de

4.2.5.3 Perguntas ao ofendido e inquirição de testemunhas

prova, encontra-se previsto entre os arts. 158 e 161 do Código de Processo Penal e é apontado pelos juristas como a mais importante das perícias (como, por exemplo, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 248). Na hipótese do crime deixar vestígios, tanto a materialidade do delito quanto suas conseqüências deverão ser objeto de prova pericial (sendo a sua ausência causa de nulidade do processo, nos termos do que dispõe o art. 564, III, b, do Código de Processo Penal: “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167”) a ser realizada diretamente sobre o objeto material do crime (por exemplo, no homicídio, deve o exame ser realizado no cadáver), ou seja, sobre o chamado “corpo de delito” (exame direto), e somente na sua impossibilidade é que poderá ser realizado indiretamente, através de testemunhas, conforme estabelecido pelo art. 167 do Código de Processo Penal (“art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”). Segundo MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 272, havendo necessidade do exame de corpo de delito indireto, “o juiz deve inquirir a testemunha sobre a materialidade do fato e suas circunstâncias e a palavra dela bastará para firmar o convencimento do julgador, de acordo com o princípio da livre apreciação” (sobre este princípio, remete-se o leitor ao item 4.2.7.4 do presente trabalho). Já GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 222, adverte para o fato de que, nesses casos, não existe “exame indireto”, mas sim “prova não-pericial do corpo de delito”. Vale mencionar a lição de MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 69, para os quais “não há formalidades sacramentais estipuladas pela lei para se obter o corpo de delito pelo processo indireto, contrariamente do que ocorre com o direto, como mais adiante se verá. Ele vem naturalmente inserido no bojo do depoimento das testemunhas, e diz do conhecimento que tiveram dos efeitos da infração. Nem há necessidade de se pedir, como ainda vimos que se fez num processo-crime, que sejam nomeados peritos para elaborarem laudo de exame de corpo de delito com base em informações prestadas por testemunhas, quando ouvidas durante a instrução, facultando-se às partes o oferecimento de quesitos. A prova assim, indireta ou suplementar, se resume à própria palavra da testemunha, e só por ela deverá, ou não, ser admitida, independentemente de qualquer outra providência ou formalidade”.

⁵⁶⁷ Segundo CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 294, a necropsia é modalidade do exame de corpo de delito que visa, num exame interno do cadáver, constatar a *causa mortis*. Encontra-se previsto no art. 162 do Código de Processo Penal.

⁵⁶⁸ Nos termos do que leciona NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 200.

⁵⁶⁹ A exumação, prevista pelo art. 163 do Código de Processo Penal, também é modalidade do exame de corpo de delito que ocorre quando já ocorrido o sepultamento do cadáver que se pretende examinar. Segundo MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 274, “pode acontecer que o cadáver a ser examinado já esteja sepultado, quer por se desconhecer de início que houve a prática de crime, quer para comprovar-se ou retificar-se laudo anterior sobre o qual pairam dúvidas”.

⁵⁷⁰ Previsto no art. 168 do Código de Processo Penal, os exames complementares são realizados, segundo leciona TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 261, “quando os peritos não podem, logo no primeiro exame, classificar a lesão”. Por exemplo, uma lesão corporal é considerada grave quando resulta para a vítima incapacidade para as suas ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, conforme preconiza o art. 129, § 1º, I, do Código de Processo Penal (“art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. § 1º Se resulta: I – incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias; Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos”). Ora, realizado o exame de corpo de delito na vítima logo após o evento criminoso, é de se notar que um exame complementar deverá ser realizado cerca de 30 (trinta) dias depois para que se possa aferir se a lesão poderá ser classificada (ao menos com relação a esse motivo) como grave.

Enquanto a vítima é o sujeito passivo do crime⁵⁷¹, ou melhor, “é o titular do direito lesado ou posto em perigo pelo crime”⁵⁷², testemunha “é a pessoa que, perante o juiz, declara o que sabe acerca dos fatos sobre os quais se litiga no processo penal ou as que são chamadas a depor, perante o juiz, sobre suas percepções sensoriais a respeito dos fatos imputados ao acusado”⁵⁷³.

Com sabedoria, o legislador tratou da oitiva de ambos (da vítima e da testemunha) em capítulos distintos no Código de Processo Penal (5 e 6 do Título VII, “Das provas”), porquanto definitivamente não pode ser testemunha o indivíduo que é vítima do crime. Com efeito, a testemunha compromissada se sujeita à obrigação de dizer a verdade, podendo, inclusive, vir a ser processada por crime de falso testemunho⁵⁷⁴, sendo que o mesmo não se pode dizer da vítima: inteiramente envolvida, dela não se exige o compromisso de dizer a verdade⁵⁷⁵. Ambas as oitivas (do ofendido e das testemunhas), porém, são apontadas como meios de prova.

TOURINHO FILHO leciona:

A vítima do crime, em geral, é que pode esclarecer, suficientemente, como e de que forma teria ele ocorrido. Foi ela quem sofreu a ação delituosa e, por isso mesmo, estará apta a prestar os necessários esclarecimentos à Justiça.

Sendo assim, qual seria o valor probatório de suas palavras? *Prima facie*, parecerá que suas declarações devem ser aceitas sem reservas, pois ninguém melhor que a vítima para esclarecer o ocorrido. É de ponderar, entretanto, que aquele que foi objeto material do crime, levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento e até mesmo pela paixão, procura narrar os fatos como

⁵⁷¹ Sobre o tema já nos manifestamos no item 3.2 do presente trabalho.

⁵⁷² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 293.

⁵⁷³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 292.

⁵⁷⁴ Previsto no art. 342 do Código Penal: “Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”. Todo indivíduo para ser testemunha deve prestar o compromisso a que alude o art. 203 do Código de Processo Penal: “A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade”. Caso contrário, poderá ser ouvido apenas como informante ou declarante.

⁵⁷⁵ Como bem lecionam MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 142, “em princípio a narrativa da vítima deve ser recebida com reservas, pelo seu natural comprometimento psicológico com os fatos, e pelo seu interesse no desfecho do processo”.

lhe pareçam convenientes; às vezes, a emoção causada pela cena delituosa é tão intensa que o ofendido, julgando estar narrando com fidelidade, omite ou acrescenta particularidades, desvirtuando os fatos.

Atendendo a tais circunstâncias, o ofendido nem presta compromisso nem se sujeita a processo por falso testemunho.

Desse modo, a sua palavra deve ser aceita com reservas, devendo o Juiz confrontá-la com os demais elementos de convicção, por se tratar de parte interessada no desfecho do processo⁵⁷⁶.

As inquirições são, via de regra, realizadas oralmente⁵⁷⁷ e reduzidos a termo⁵⁷⁸.

Podem as partes, quando da oitiva, formular perguntas, que deverão ser dirigidas ao juiz, que as formulará à testemunha (sistema presidencial⁵⁷⁹), podendo recusar aquelas que se mostrem repetitivas ou não tiverem relação com os fatos, conforme se infere do art. 212 do Código de Processo Penal⁵⁸⁰.

Regra da mais alta importância, dizem os juristas, é aquela cuja previsão se encontra no art. 213 do Código Processual Penal, que dispõe que “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”. Com efeito, “a testemunha deve depor sobre os fatos sem externar opiniões ou emitir juízos valorativos”⁵⁸¹, pois mesmo narrando fatos, expô-los-á conforme suas impressões. Ou

⁵⁷⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 298. No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 291.

⁵⁷⁷ Nos termos do que dispõe o art. 204 do Código de Processo Penal: “o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito”. Tal providência, segundo MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 303, se dá pelo fato de que no escrito falta “a espontaneidade necessária que dificulta ao juiz a observação sobre o grau de sinceridade ou falsidade que pode ser revelado no depoimento oral”. Há exceções, como, por exemplo, aquela prevista pelo § 1º do art. 14 da Lei 4.898/65, que dispõe acerca dos crimes cometidos com abuso de autoridade: “O perito ou as testemunhas farão o seu relatório e prestarão seus depoimentos verbalmente, ou o apresentarão por escrito, querendo, na audiência de instrução e julgamento”.

⁵⁷⁸ Como se vê do art. 216 do Código de Processo Penal: “o depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos”.

⁵⁷⁹ Segundo TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 326, no sistema presidencial, é o juiz que se dirige à testemunha, em oposição ao sistema do *cross examination*, onde as partes se dirigem diretamente às testemunhas.

⁵⁸⁰ “Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha, O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida”.

⁵⁸¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 310.

seja, opiniões e juízos só tendem a viciá-lo ainda mais, tornando-o, por conseguinte, absolutamente ininteligível.

A despeito das inúmeras ressalvas que são feitas ao presente meio de prova, tomando-o por temerário⁵⁸², a doutrina instrumentalista ressalta sua importância, “pois, dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova. Em geral, as infrações penais só podem ser provadas, em juízo, por pessoas que assistiram ao fato ou dele tiveram conhecimento”⁵⁸³.

4.2.5.4 Indício

Segundo RANGEL, a noção de “indício vem do latim *indiciu*, que significa indicar, apontar, sinal, indicação. É todo e qualquer fato⁵⁸⁴, ou circunstância, certo e provado, que tenha conexão com o fato, mais ou menos incerto, que se procura provar”⁵⁸⁵. MANZINI, por sua vez, define-o como “una circunstancia cierta de la que se puede sacar por indicción lógica, una conclusión acerca de la existencia o inexistencia de un hecho a probar”⁵⁸⁶. Nos termos de MITTERMAYER, “o indício é um facto (a) em relação tão precisa com outro facto, que de um o juiz chega ao outro por uma conclusão natural”⁵⁸⁷. DELLEPIANE, por sua vez, define o indício como “todo rastro, vestígio, pegada, circunstância e, em geral, todo fato conhecido, ou, melhor dito, devidamente comprovado, suscetível de levar-nos, por via de

⁵⁸² Para maiores informações acerca do tema, ver: AQUINO, José Carlos Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987.

⁵⁸³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 299. No mesmo sentido: NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 212; MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 126.

⁵⁸⁴ Segundo advertência formulada por TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 451, “o indício é sempre um fato”.

⁵⁸⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 435.

⁵⁸⁶ “uma circunstância certa que se pode chegar por indução lógica, uma conclusão acerca da existência ou inexistência de um fato a se provar” (tradução do autor) *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 351.

⁵⁸⁷ MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. por Alberto Antônio Soares e atualizado por Pontes de Miranda. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 495-6.

inferência, ao conhecimento de outros fatos desconhecidos”⁵⁸⁸. Já para CAPEZ, indício “é toda circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante raciocínio lógico, pelo método indutivo, obtém-se a conclusão sobre um outro fato. A indução parte do particular e chega ao geral”⁵⁸⁹. Para OLIVEIRA, “pelo indício, afirma-se a existência do conhecimento de uma circunstância do fato delituoso, por meio de um processo dedutivo cujo objeto é a prova da existência de outro fato”⁵⁹⁰. GRECO FILHO, do mesmo modo, define-o como sendo “fatos ou circunstâncias de fato que podem levar à conclusão da existência de outros fatos”⁵⁹¹. Simplificadamente, TOURINHO FILHO define indício como sendo aquilo “que se vê e que por dedução lógica nos conduz ao fato probando”⁵⁹².

O conceito legal de indício está previsto no art. 239 do Código de Processo Penal: “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo a relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Alguns autores, entretanto, divergindo da maioria, chegam a afirmar que eles não podem ser qualificados como meios de prova propriamente ditos⁵⁹³.

TOURINHO FILHO fornece diversos exemplos de indícios, facilitando a sua compreensão:

A circunstância de alguém ter sido surpreendido com a *res furtiva* é um indício de ter sido o autor do furto; se alguém morreu envenenado e se tem notícia de que na véspera Mévio adquirira veneno em alguma farmácia, tal circunstância pode ser indício de ter sido ele o autor do crime; se Tício é assassinado, a circunstância de que Mévio, seu inimigo, alardeara, dias antes, que iria matá-lo, é um indício de ter sido ele o responsável pelo homicídio; se a Autoridade Policial, ao ouvir um suspeito de homicídio, exhibe-lhe a camisa ensangüentada da vítima e ele, naquele instante, põe-se a tremer, tal circunstância pode ser indício de sua responsabilidade⁵⁹⁴.

⁵⁸⁸ DELLEPIANE, Antônio. *Nova teoria da prova*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958, p. 67.

⁵⁸⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 333.

⁵⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 398.

⁵⁹¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 209.

⁵⁹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 352.

⁵⁹³ Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 399. Em sentido contrário, ou seja, apontando os indícios como verdadeiro meio de prova: RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 441.

⁵⁹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 353.

Contudo, como o próprio autor observa logo em seguida, é possível que todos esses indícios se mostrem verídicos em apontar o responsável, “mas, por outro lado, as conclusões podem não ser verdadeiras”⁵⁹⁵. Ainda assim, acerca do valor probatório dos indícios, RANGEL assevera ser possível a condenação com fundamento em indícios pois “diante do sistema do livre convencimento e do princípio da verdade real, o juiz está livre para decidir de acordo com a sua própria consciência”⁵⁹⁶. Também TOURINHO FILHO se manifesta favoravelmente à possibilidade do juiz profirir um decreto condenatório com base em indícios⁵⁹⁷. Nos termos de MIRABETE:

É tanto mais forte o indício quanto mais íntima sua relação com o fato, não havendo princípios inflexíveis sobre o valor da prova indiciária no processo. Nossa lei não se atém a qualquer classificação, embora por vezes aluda ao valor da prova indiciária, como quando fala em indícios “suficientes” na hipoteca legal (art. 134⁵⁹⁸), na prisão preventiva (art. 311⁵⁹⁹) etc., ao passo em que outros, como no artigo 408⁶⁰⁰, versando a pronúncia, fala somente em indícios.

Diante do sistema de livre convicção do juiz, encampado pelo Código, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se atesta na Exposição de Motivos, em que se afirma não haver hierarquia de provas por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a qualquer outra (item VII)⁶⁰¹.

Os juristas ressaltam, ainda, que a noção de indício não se confunde com a de presunção⁶⁰². Nos termos da lição de RANGEL:

⁵⁹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 354.

⁵⁹⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 441.

⁵⁹⁷ Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 354.

⁵⁹⁸ “Art. 134. A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria”.

⁵⁹⁹ Na verdade, muito embora a prisão preventiva esteja prevista a partir do art. 311 do Código de Processo Penal, o autor quis fazer referência ao art 312, do qual se lê: “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver provada existência do crime e indício suficiente de autoria”.

⁶⁰⁰ “Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronúncia-lo-á, dando os motivos do seu convencimento”.

⁶⁰¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 317. No mesmo sentido: CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 333.

⁶⁰² Segundo MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. por Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 216, tanto o indício quanto a presunção, embora diferenciáveis, são espécies da prova indireta. No mesmo sentido: FLORIAN, Eugênio. *De las pruebas penales: de la prueba en general*. Bogotá: Editorial Temis, 1968, t. I, p. 81.

O fato de Tício ter sido visto com uma arma na mão no local do crime no dia e hora em que o mesmo foi perpetrado, indica, aponta que Tício foi seu autor. Pois, provavelmente, todo aquele que se encontrar no local do crime no dia e hora em que o mesmo for cometido, estando munido de uma arma, será seu autor.

Portanto, a operação mental (processo de raciocínio lógico) que é realizada para concluir que Tício é autor do homicídio é a presunção (suposição, suspeita). Assim, indício é o fato provado e conhecido (Tício estava no local do crime no mesmo horário e dia em que foi praticado, com uma arma na mão); a presunção é a operação intelectual que liga esse fato a outro, qual seja: Tício é o autor do crime.

O indício é o fato indicativo. A presunção, o fato indicado⁶⁰³.

Assim, na definição que demos acima, o fato certo e provado é o indício. O raciocínio que se faz para se chegar ao fato incerto que se quer provar é a presunção, razão pela qual se diz que a presunção é a operação mental que liga um fato conhecido a outro que se quer conhecer⁶⁰⁴.

Da mesma forma leciona NOGUEIRA, para quem os “indícios são certas circunstâncias que nos permitem chegar à verificação da existência de um fato. Por um raciocínio intelectual, a partir de um fato conhecido e demonstrado (indício) chega-se (por presunção) à demonstração de outro fato”⁶⁰⁵. Veja-se, a propósito, o exemplo fornecido por GRECO FILHO:

Assim, o art. 224 do Código Penal⁶⁰⁶ institui uma presunção: “presume-se a violência...”. Eis o mecanismo da presunção legal, utilizando-se o exemplo desse dispositivo: a violência é elemento do tipo penal estupro⁶⁰⁷. Ora, nos casos apontados no art. 224, o legislador quis que, provada, por exemplo, a idade menor de 14 anos da vítima, se desse como provado ou certo o elemento do tipo violência. Assim, para os efeitos do crime de estupro, a prova da idade é prova indireta da violência. A idade é um indício que leva à conclusão, por meio da aplicação da regra de presunção legal, da existência (no plano jurídico) da violência⁶⁰⁸.

⁶⁰³ Nesses mesmos termos tem-se o posicionamento de TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 457, que, inclusive, exemplifica: “a oligofrenia é indício de periculosidade; é o fato indicativo, o indício. A presunção é a periculosidade. A menoridade é indício de imaturidade, de incapacidade. Presume-se a incapacidade do menor. O indício é a menoridade; a presunção, a incapacidade”.

⁶⁰⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 435-6. No mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 357; MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 178.

⁶⁰⁵ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 225.

⁶⁰⁶ “Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos”.

⁶⁰⁷ O estupro está previsto no art. 213 do Código Penal: “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”.

⁶⁰⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 209.

4.2.6 Princípios da prova

A doutrina instrumentalista aponta, com certa divergência⁶⁰⁹, alguns princípios relacionados à prova, denominando-os de regentes. O primeiro deles é o princípio da oralidade, segundo o qual “deve haver predominância da palavra falada (depoimentos, alegações, debates)”⁶¹⁰. Privilegia-se, pois, a produção oral da prova, vedando-se, por exemplo, os depoimentos escritos, salvo pontuais exceções admitidas pela legislação⁶¹¹.

Como decorrência do princípio da oralidade⁶¹², a doutrina faz menção ao princípio da concentração, ou seja, “busca-se concentrar toda a produção da prova na audiência”⁶¹³. Outro princípio apontado como regente é o da comunhão ou aquisição da prova: uma vez produzida, (a prova) poderá ser aproveitada tanto pela acusação, quanto pela defesa, quanto pelo próprio juízo, independentemente da parte que a tiver requerido⁶¹⁴.

Segundo RANGEL:

A palavra comunhão vem do latim *communione*, que significa ato ou efeito de comungar, participação comum em crenças, idéias ou interesses. Referindo-se à prova, portanto, quer-se dizer que a mesma, uma vez no processo, pertence a todos os sujeitos processuais (partes e juiz), não obstante ter sido levada apenas por um deles. Assim, se o Ministério Público arrola Tício como testemunha, não pode desistir de sua oitiva sem o consentimento da parte contrária (a defesa), e, se esta consentir, pode o juiz,

⁶⁰⁹ No mesmo sentido: TEIXEIRA, Adenilton Luiz. *Da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 27.

⁶¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 266.

⁶¹¹ Veja-se, a propósito, o art. 221, § 1º, do Código de Processo Penal: “§ 1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício”.

⁶¹² Segundo NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 194, tal princípio (da concentração) “está implícito na oralidade”. Já MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 61, aponta outros dois “subprincípios” (além do princípio da concentração) como decorrentes do princípio da oralidade: “princípio da identidade física do juiz (o juiz que colher a prova, deverá proferir a sentença)” e “da imediatidade física do juiz (participação real do juiz na colheita de prova, em contato direto com as partes)”, ressalvado o fato de que o da identidade física do juiz não vigora no processo penal.

⁶¹³ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 276.

⁶¹⁴ Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 225; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 275-6; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 266; TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 268-9.

agora, querer ouvi-la, pois a testemunha pertence ao processo e não ao Ministério Público. Diga-se o mesmo se a testemunha é arrolada pela defesa.

O princípio da comunhão da prova é um consectário lógico dos princípios da verdade real⁶¹⁵ e da igualdade das partes na relação jurídico processual, pois as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado para os autos⁶¹⁶.

O princípio do contraditório ou da audiência contraditória, basilar à própria concepção de processo, também se faz presente como regente da prova. Afinal, explicam os juristas, deve a prova admitir a contraprova, “não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte”⁶¹⁷.

Os instrumentalistas perfilam ainda o princípio da auto-responsabilidade das partes dentre aqueles que regem a prova: segundo ele, “as partes assumem as conseqüências de sua inatividade, erro ou atos intencionais”⁶¹⁸, bem como o princípio da publicidade: a produção da prova (assim como todos os demais atos judiciais) é, em regra, pública (as exceções encontram-se legalmente previstas), constituindo verdadeiro freio contra a fraude e a corrupção⁶¹⁹.

4.2.7 Sistemas de apreciação da prova – O procedimento probatório

A fim de abordarmos os sistemas históricos de apreciação da prova, faz-se imprescindível breve incursão naquilo que os instrumentalistas denominam de procedimento

⁶¹⁵ Acerca deste princípio, veja-se o item 4.2.1 do presente trabalho.

⁶¹⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 411.

⁶¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 266.

⁶¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 275.

⁶¹⁹ Convém lembrar, por oportuno, a lição de MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 45: “O princípio da publicidade dos atos processuais, profundamente ligado à humanização do processo penal, contrapõe-se ao procedimento secreto, característica do sistema inquisitório” (para maiores informações acerca dos sistemas processuais penais, remetemos o leitor ao item 4.3 do presente trabalho).

probatório, que é por eles desdobrado em quatro momentos distintos, quais sejam: a proposição ou indicação; a admissão; a produção, e, por fim; a valoração⁶²⁰.

Inicialmente, a fase de proposição refere-se ao momento de indicação das provas pelas partes. Por exemplo, quando do oferecimento da denúncia, o Ministério Público deve indicar, quando necessário, o rol de testemunha⁶²¹ e requerer as diligências que entender necessárias⁶²². O oferecimento da denúncia, portanto, é o momento que dispõe a acusação para indicar ou propor referidos meios de prova, “sendo que a não-indicação da prova a ser produzida pode ensejar a preclusão”⁶²³. Da mesma forma, o momento de proposição ou indicação das testemunhas de defesa, via de regra, é aquele previsto pelo art. 395 do Código de Processo Penal⁶²⁴ (defesa prévia).

Embora inexista dispositivo expresso no Código de Processo Penal que disponha acerca da admissão da prova, os instrumentalistas não discordam em apontar tal fase como sendo a imediatamente seguinte à da indicação. Segundo CAPEZ, “trata-se de ato processual específico ou personalíssimo do juiz, que, ao examinar as provas propostas pelas partes e seu objeto, defere ou não a sua produção”⁶²⁵. Nesses termos, se a primeira etapa é atribuição das partes, a segunda constitui tarefa exclusiva do juiz, devendo ele verificar se as provas indicadas são admissíveis e pertinentes.

⁶²⁰ Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 242; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 448; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 273. Já GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 207, e TEIXEIRA, Adenilton Luiz. *Da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 31, apontam somente três momentos, excluindo o da valoração. Cabe a advertência, contudo, que este último autor confunde as noções dos momentos de produção e de valoração da prova, na medida em que afirma que “o terceiro momento (da execução da prova) é aquele em que as provas serão apreciadas pelo Juiz”.

⁶²¹ Segundo o art. 41 do Código de Processo Penal, “a denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

⁶²² Nos termos do que prevê o art. 399 do Código de Processo Penal: “o Ministério Público ou o querelante, ao ser oferecida a denúncia ou a queixa, e a defesa, no prazo do art. 395, poderão requerer as diligências que julgarem convenientes”.

⁶²³ TEIXEIRA, Adenilton Luiz. *Da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 31.

⁶²⁴ “Art. 395. O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de 3 (três) dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas”.

⁶²⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 273.

A terceira etapa da atividade probatória é a sua produção propriamente dita. Nesta fase, segundo RANGEL, “as provas que foram indicadas pelas partes⁶²⁶ são submetidas ao crivo do contraditório⁶²⁷”,⁶²⁸ de modo a trazer aos autos aquilo que as partes reputarem como necessários à comprovação daquilo que alegam, sendo tal produção realizada, via de regra, de forma oral⁶²⁹.

A derradeira fase diria respeito à valoração da prova produzida, que “nada mais é do que o juízo valorativo exercido pelo magistrado em relação às provas produzidas, emprestando-lhes a importância devida, de acordo com a sua convicção”⁶³⁰. A formação de tal juízo, por sua vez, segundo lecionam os instrumentalistas, foi alvo de influência dos mais diversos sistemas de avaliação das provas⁶³¹, nos exatos termos do que leciona TOURINHO FILHO: “a apreciação das provas, através da história, passou por diferentes fases, ‘amoldando-se às convicções, às conveniências, aos costumes e ao regime político de cada povo’”⁶³², dentre elas destacando-se as seguintes:

4.2.7.1 Sistema da certeza legal

Apontado como o mais remoto, o sistema da certeza legal trazia consigo a noção de que a certeza dos fatos dependia da manifestação de lei natural ou divina. Segundo lição de MORAIS e LOPES, “entre os povos primitivos não havia critérios racionais para a

⁶²⁶ Acrescenta-se: e posteriormente deferidas pelo juízo.

⁶²⁷ Como já se viu, por imposição do princípio da audiência contraditória, tido como regente da prova no processo penal (acerca dos princípios regentes da prova, veja-se o tópico 4.2.6 do presente trabalho).

⁶²⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 450.

⁶²⁹ Sobre o princípio da oralidade, apontado como regente da prova no processo penal, veja-se também o item 4.2.6 do presente trabalho.

⁶³⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 273.

⁶³¹ Como leciona RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 451, sistema de avaliação das provas “é o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos”, de modo a formar sua convicção.

⁶³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 244.

demonstração dos fatos, a qual se fazia empiricamente, através das impressões pessoais”⁶³³, constituindo os ordálios expressão típica:

Denominados Juízos de Deus, sob a falsa crença de que a Divindade intervinha nos julgamentos e, num passe de mágica, deixava demonstrado se o réu era ou não culpado. Embora conhecido de outros povos, o sistema ordálico desenvolveu-se e aprimorou-se na Idade Média, entre os europeus, “sob o domínio germânico-barbárico”. Submetia-se o pretense culpado a uma prova, para se aferir a sua responsabilidade. Havia a prova da água fria: jogando o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona, era culpado... A do ferro em brasa: o pretense culpado, com os pés descalços, teria de passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, era inocente; se se queimasse, sua culpa era manifesta... O *judicium affae*: o indivíduo devia engolir, de uma só vez, grande quantidade de alimento – notadamente farinha de trigo. Se não o fizesse, era culpado... O Juiz limitava-se a comprovar o resultado das provas⁶³⁴.

A adoção de um sistema em tais bases é assim justificada por VASCONCELOS:

Os povos primitivos, por desconhecerem as causas dos fenômenos naturais e dos fatos humanos, não podiam explicar o delito, nem conseguiam comprovar suas causas ou a significação mesma da delinqüência e dos réus, por isso buscavam fora do homem, em um ser superior, a solução deste problema⁶³⁵.

Verifica-se, pois, lecionam os juristas instrumentalistas, que a valoração da prova era deixada a cargo de seres superiores, como se fosse possível. Um evento naturalístico, quase sempre macabro, com resultado geralmente inevitável, era o que decidia (literalmente) a sorte do indivíduo processado. Em suma: o acaso era o julgador e o juiz um mero espectador e fiscalizador do resultado das provas.

⁶³³ MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 11.

⁶³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 244. Também CASTRO, Francisco Augusto das Neves. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. Campinas: Servanda, 2000, p. 44, se manifesta acerca do tema: “as ordálias, julgamentos ou juízos de Deus, consistiam em submeter o acusado a uma certa e determinada prova, supondo que Deus não o deixaria sair dela com vida se fosse culpado. Esta espécie encontra-se entre quase todos os povos primitivos”. No mesmo sentido: MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. por Alberto Antônio Soares e atualizado por Pontes de Miranda. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 23.

⁶³⁵ VASCONCELOS, Anamaria Campos Tôres de. *Prova no processo penal: justiça como fundamento axiológico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 56.

4.2.7.2 Sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz

Nesse sistema, o legislador transfere ao magistrado toda a responsabilidade pela valoração da prova. Segundo TOURINHO FILHO:

De acordo com o sistema da íntima convicção, o julgador não está obrigado a exteriorizar as razões que o levam a proferir a decisão. O Juiz atribui às provas o valor que quiser e bem entender, podendo, inclusive, decidir valendo-se de conhecimento particular a respeito do caso, mesmo não havendo provas nos autos. Ele decide de acordo com a sua convicção íntima, sem necessidade de fundamentar a decisão⁶³⁶.

Ou seja, possui o juiz amplo e irrestrito poderes para decidir como lhe convém. Como leciona RANGEL, “o fundamento da sentença é a certeza moral do juiz. O principal argumento da decisão é a convicção do magistrado. É o seu sentimento íntimo, com base em qualquer prova ou experiência pessoal, expressos ou não no processo”⁶³⁷.

Esse sistema possui resquícios que podem ser encontrados na legislação até hoje, como, por exemplo, o instituto do Tribunal do Júri, previsto no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal⁶³⁸, que não exige dos jurados que porventura integrem o Conselho de Sentença qualquer fundamentação acerca de seu posicionamento. Exige-se, tão somente, manifestação num ou noutro sentido⁶³⁹. E mais: nem mesmo se sabe qual o voto de cada um dos jurados, na medida em que a própria Constituição assegurou o sigilo das votações.

4.2.7.3 Sistema das provas legais ou da certeza moral do legislador

⁶³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 245-6.

⁶³⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 451.

⁶³⁸ “Art. 5º, XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

⁶³⁹ Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 275; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 246; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 266; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 214.

O aparecimento do sistema das provas legais está intimamente vinculado com a completa falência de seu antecessor (íntima convicção), na medida em que ambos se diferem visceralmente: enquanto este primava pela desmedida liberdade conferida ao juiz na valoração da prova, aquele, também denominado de prova tarifada, prevê que toda prova tem o seu valor já prefixado em lei, abstratamente, pelo legislador⁶⁴⁰.

Leciona OLIVEIRA:

Como superação do excesso de poderes atribuídos ao juiz ao tempo do sistema inquisitivo, o que ocorreu de forma mais intensa a partir do século XIII e até o século XVII, o sistema das provas legais veio com o objetivo declarado de reduzir tais poderes, instituindo um modelo rígido de apreciação da prova, no qual não só estabeleciam certos meios de prova para determinados delitos, como também se valorava cada prova antes do julgamento. Ou seja, no sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável⁶⁴¹.

Nota-se, pois, a desconfiança do legislador com o magistrado, a quem se acusava de inúmeros abusos. Explica RANGEL:

Em termos de provas, não vale mais o que o juiz diz, mas, sim, o que o legislador estabelece como meio de prova prioritário. Cada prova tinha o seu valor previamente determinado, além do que somente a combinação delas, resultando uma certa quantidade de prova, poderia autorizar a condenação criminal⁶⁴².

A existência de uma regra prefixada de valoração da prova gerou incomensuráveis absurdos, explicam os adeptos do instrumentalismo: “se, num processo, uma testemunha idônea desse a sua versão e outra inverossímil houvesse sido apresentada por duas testemunhas, esta prova se sobrepunha àquela”⁶⁴³, simplesmente dada à maioria numérica, independentemente de quão absurda fosse. E mais, a confissão era considerada a rainha das

⁶⁴⁰ Nesse sentido: RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 454; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 214.

⁶⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 313.

⁶⁴² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 454.

⁶⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 245.

provas, prova plena, atestado máximo e irrefutável da responsabilidade, constituindo a tortura meio hábil para se obtê-la⁶⁴⁴.

MORAIS e LOPES lecionam:

Neste sistema, o papel do juiz fica restrito à mecânica aplicação dos valores prefixados pelo legislador para as diversas espécies de provas.

De acordo com esse critério, as provas têm um valor tarifado em lei, obstando a que o juiz dele se afaste.

O brocardo *testis unus, testis nullus*, por exemplo, constitui critério predeterminado para a valoração da prova.

De origem bíblica o aforismo – “Não será admitido contra um homem somente uma testemunha, qualquer que seja o crime, falta ou delito. Só se tomará a coisa em consideração sobre o depoimento de duas ou três testemunhas” (Deuteronômio, 19,15) – passou para o Direito Canônico, fazendo carreira em diversos países.

Nas Ordenações, o depoimento de uma única testemunha valia como “meia-prova”, devendo ser completada pelo juramento supletório; já o depoimento de duas testemunhas era recebido como prova plena⁶⁴⁵.

Também esse sistema encontra guarida em alguns dispositivos do Código de Processo Penal atual, ainda que como exceção. Por exemplo, no parág. único do art. 232, o legislador condicionou a validade da fotografia do documento à autenticação, sem a qual ela se torna imprestável. É, portanto, o legislador valorando a prova de maneira antecipada⁶⁴⁶.

4.2.7.4 Sistema da livre convicção⁶⁴⁷

⁶⁴⁴ Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 313.

⁶⁴⁵ MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 40.

⁶⁴⁶ Os juristas citam diversos outros exemplos, tais como: o art. 155 (“no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”), o art. 158 (“quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”) c/c o art. 564, III, b (“a nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167”), art. 237 (“as públicas-formas só terão valor quando conferidas com o original, em presença de autoridade”), todos do Código de Processo Penal. Nesse sentido: RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 454-5; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 274; MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 41.

⁶⁴⁷ Já TEIXEIRA, Adenilton Luiz. *Da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 32, prefere denominá-lo de “sistema da convicção condicionada”.

A Revolução Francesa é apontada como o marco histórico do abandono do sistema das provas legais e de sua substituição pelo sistema da livre convicção⁶⁴⁸. Tido como posição intermediária entre os dois sistemas anteriormente descritos⁶⁴⁹, diz-se ser livre o juiz na formação de seu convencimento, não estando vinculado a qualquer valoração prévia, senão à sua própria, formada quando da apreciação da prova. Ou melhor, “não fica adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre na sua escolha, aceitação e valoração”⁶⁵⁰, nos exatos termos de MIRABETE.

Já segundo GRECO FILHO, o sistema da livre convicção

ao mesmo tempo que mantém a liberdade de apreciação, vincula o convencimento do juiz ao material probatório constante dos autos, obrigando, também, o magistrado a fundamentar sua decisão de modo a se poder aferir o desenvolvimento de seu raciocínio e as razões de seu convencimento⁶⁵¹.

Do mesmo modo leciona NOGUEIRA, para quem o juiz, nesse sistema “não fica preso a critérios valorativos; é amplo o seu campo de investigação. Toda prova tem valor relativo”⁶⁵².

A despeito da liberdade quanto ao convencimento, os juristas lecionam ser indispensável a fundamentação. Conforme OLIVEIRA:

É dizer, embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas⁶⁵³.

⁶⁴⁸ Cf. SILVA, Willian. *Direito processual penal ao vivo: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 115.

⁶⁴⁹ A ponto de TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 246, afirmar que o sistema da livre convicção não possui “o perigo do despotismo judicial que o sistema da íntima convicção ensejava” e nem mesmo tolhia “os movimentos o Juiz no sentido de investigar a verdade, como acontecia com o sistema das provas legais”.

⁶⁵⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 266.

⁶⁵¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 214.

⁶⁵² NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 196.

⁶⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 314. No mesmo sentido têm-se os dizeres de NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 197, para quem o sistema do livre convencimento motivado “não significa liberdade de

CAPEZ, seguindo a mesma linha de raciocínio, afirma ser tal modelo o ideal às tendências modernas, pois “atende às exigências da busca da verdade real, rejeitando o formalismo exacerbado, e impede o absolutismo pleno do julgador, gerador do arbítrio, na medida em que exige motivação”⁶⁵⁴.

4.3 Proposições acerca da teoria da prova a partir das teorias democráticas do processo no paradigma do Estado Democrático de Direito

Finda a explanação acerca da prova no processo penal a partir das correntes instrumentalistas, é de se ver não ser possível, dentro da postura teórica adotada pelo presente trabalho, aceitar indiscriminadamente todas essas considerações, mormente quando se pretenda discutir o instituto da prova em bases (constitucionalmente) democráticas.

E assim, dar-se-á início à presente abordagem a partir dos sistemas de apreciação da prova (último tópico do item anterior), na tentativa de, didaticamente, elaborar as bases teóricas que nos possibilitem compreender o instituto da prova sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Muito embora a expressiva maioria dos instrumentalistas aponte o sistema da livre convicção (que julgam ter sido adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e que melhor se adequaria às aspirações do legislador constituinte de 1988) como sinônimo do sistema da

apreciação em termos que atinjam as fronteiras do arbítrio, visto que o juiz, ao sentenciar, deve indicar os motivos de fato e de direito para fundamentar sua decisão”.

⁶⁵⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 275.

persuasão racional⁶⁵⁵, é de se ver que tal assertiva peca até mesmo pela base, sendo nítida e substancial a diferença.

Com efeito, se algo é considerado como “livre”, significa dizer, necessariamente, que não se encontra subordinado a qualquer condição, nem mesmo à razão. Destarte, se a convicção do magistrado é livre, jamais poderá ser racionalmente determinada, por impropriedade conceitual⁶⁵⁶.

Como se não fosse bastante, veja-se trecho do título VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941), da autoria do Ministro Francisco Campos, quando é abordado o instituto da prova:

Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, “*ex vi legis*”⁶⁵⁷, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.

E, por oportuno, recorre-se aos dizeres de LEAL sobre o sistema da livre convicção:

⁶⁵⁵ Como se verifica, por exemplo, nos escritos dos seguintes autores: RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 456; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 314; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 266; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 275; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 246; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 214; TEIXEIRA, Adenilton Luiz. *Da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 34; MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 39.

⁶⁵⁶ Vale trazer à tona os dizeres de VASCONCELOS, Anamaria Campos Tôrres de. *Prova no processo penal: justiça como fundamento axiológico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 68: “não há uma coerência no emprego da palavra livre. Ora é usada como liberdade de um sistema legal de regras de juízo, ora como liberdade do juiz frente ao diálogo e ao contraditório das partes; liberdade do vínculo de motivação, liberdade em gênero do juiz com respeito à lei e conseqüentemente a palavra convencimento assume o sentido do contexto em que se insere”.

⁶⁵⁷ “por força legal” (tradução do autor).

O sistema da livre convicção, que orientou o sistema de *common law*, tem suas bases em juízos de equidade e conveniência pela apologia dos julgadores nobres e magnânimos, em que o interesse coletivo é regrado “*secundum conscientiam*”⁶⁵⁸ por temperamentos cívicos e humanitários e pela discricionariedade na escolha da melhor conduta, legal ou não, para a solução dos conflitos na sociedade. Os critérios desse sistema geraram o Processo Dispositivo que, ainda na Inglaterra e Estados Unidos, mostra-se exitoso pela hegemonia econômica que ostentam, dispensando leis prévias para assegurar direitos fundamentais de sobrevivência e dignidade econômica para a maioria de seus povos, porque estes vivem em padrões privilegiados pelo aprofundamento da miséria e dominação que infligem ao Terceiro Mundo⁶⁵⁹.

Ora, sem querer adentrar na polêmica discussão que pretendeu instaurar o referido autor com a parte final do trecho transcrito, mesmo porque escapa, e muito, os objetivos do presente trabalho, é de se notar que as bases estruturais do sistema da livre convicção, a despeito da posição majoritária da doutrina instrumentalista, encontram-se inegavelmente superadas, não mais se podendo falar em juízos de equidade e conveniência (travestidos, como visto, em expressões do tipo “honesto e lealmente”⁶⁶⁰ utilizadas, como visto, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal) como atributos intrínsecos à figura do julgador e utilizá-los como critérios norteadores de sua atuação, o que acaba por afastar a possibilidade de sua utilização num Estado Democrático de Direito.

Aliás, tais predicados são exaustivamente utilizados pelos instrumentalistas para justificar o sistema da livre convicção. MIRABETE, por exemplo, quando discorre acerca do valor probatório da prova testemunhal, refere-se expressamente a tais características eminentemente subjetivas, como se atributos intrínsecos à figura de juiz, e que, por isso mesmo, se revelam como extremamente nocivas ao Estado Democrático de Direito, que há

⁶⁵⁸ “segundo a consciência” (tradução do autor)

⁶⁵⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 102-151. O mesmo autor continua: “No mundo de hoje, em que as conquistas históricas de liberdade, dignidade e igualdade de direitos se firmaram, as decisões *secundum conscientiam* não têm substrato legal, porque adotam juízos de convicção íntima, sem que esta convicção esteja balizada em critérios legais. Atualmente, os princípios jurídicos se mostram fecundos em todas as legislações dos povos civilizados, não sendo mais acolhível apoiar-se em juízos de sensibilidade, clarividência e magnanimidade como fundamento dos provimentos jurisdicionais”.

⁶⁶⁰ Ora, se a garantia do sistema da livre convicção repousa no fato do juiz formar “honesto e lealmente a sua convicção”, é de se ver que jamais poderá ser ela considerada como racional, por impropriedade lógica, dependente que é dos atributos pessoais do magistrado.

muito reclama um sistema de apreciação da prova de bases normativas, de modo que a subjetividade do julgador fique, ao máximo, relegada ao undécimo plano:

Em resumo, embora os depoimentos das vítimas em princípio sejam suspeitos dependendo do caso concreto, estando em sintonia com outras provas dos autos merecem fé, podendo servir de suporte a um decreto condenatório. Tudo está subordinado, para se obter um veredicto justo, à formação cultural, moral, psicológica e humana do juiz que, atendendo a serenidade e a imparcialidade em seu espírito, pode encontrar o caminho certo e seguir a fim de alcançar a realização da justiça ao valorar as declarações da vítima, para concluir, sem prevenções, se merecem fé ou não⁶⁶¹.

A “serenidade” e a “imparcialidade” atribuíveis ao “espírito” do julgador também se mostram presentes na lição de TOURINHO FILHO, ao tratar dos indícios, agora na expressão “prudente critério”, *verbis*: “o que o art. 239⁶⁶² esclarece é a admissibilidade dos indícios como meios de investigação criminal, como meios de prova. Tudo o mais fica ao prudente critério do Magistrado”⁶⁶³.

Também MORAIS e LOPES laboram no mesmo equívoco ao afirmar que “devem os julgadores examinar com acuidade, sabedoria, equilíbrio e isenção de ânimo toda a prova dos autos, para a racional formação do seu convencimento”⁶⁶⁴. O termo “racional” que se utilizam os autores, portanto, não tem qualquer relação com o balizamento legal do ato decisório, mas com os atributos de quem decide.

É preciso refrear tais concepções antiqüíssimas, imprestáveis à modernidade.

Afinal,

após as constituições democráticas, aboliram-se os sistemas inquisitórios e de livre convencimento, porque historicamente assentados em bases autocráticas e carismáticas de juízos de arbítrio, discricionariedade, conveniência e equidade, sem qualquer suporte no princípio da anterioridade e exterioridade normativas⁶⁶⁵.

⁶⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 292.

⁶⁶² Segundo o art. 239 do Código de Processo Penal, “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

⁶⁶³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 357.

⁶⁶⁴ MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 116.

⁶⁶⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 102.

Ora, “a persuasão do juiz, no Estado Democrático de Direito, é construída pelos critérios que a lei estabelece para seu autoconvencimento ante os fatos e atos examinados”⁶⁶⁶. Os fundamentos do sistema de apreciação da prova deixam de ser, portanto, as características subjetivas do magistrado e passam a ser legalmente determinados. E são essas as novas bases estruturais do sistema que se denomina de persuasão racional, definitivamente afastadas da antiga noção da livre convicção, como faz crer LEAL:

Finalmente, temos o sistema de persuasão racional que se faz em bases normativas com apoio no princípio da Reserva Legal, pelo qual a convicção do julgador se condiciona a juízos *secundum legis*. Esse sistema deu origem ao Processo de Conhecimento que assume denominação de processo comum no cível e processo acusatório no âmbito penal⁶⁶⁷.

A persuasão racional, portanto, tal como a concebemos, é pilar de sustentação do sistema acusatório⁶⁶⁸, por nós adotado com a promulgação da Constituição Federal de 1988⁶⁶⁹. E assim, tomando-se como paradigma o Estado Democrático de Direito, não para dúvidas de que o sistema da persuasão racional, fundado em bases normativas, é o mais adequado aos ditames constitucionais, afinal, a possibilidade da adoção de juízos de

⁶⁶⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 101.

⁶⁶⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 180.

⁶⁶⁸ Segundo COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. p. 32-37, a concepção do sistema acusatório está intimamente vinculada com a questão da cidadania, tendo como principais características: “o contraditório é pleno; e o juiz estatal está em posição passiva, sempre longe da colheita da prova”. Logo adiante, o mesmo autor aponta outras: “há igualdade das partes e o juiz (estatal) é árbitro, sem iniciação na investigação; que a acusação nos delitos públicos é desencadeada por ação popular, ao passo que nos delitos privados a atribuição é do ofendido, mas nunca é pública; que o processo é, por excelência e obviamente, oral, público e contraditório; que a prova é avaliada dentro da livre convicção; que a sentença passa em julgado e, por fim, que a liberdade do acusado é a regra, antes da condenação, até para poder dar conta da prova a ser produzida”.

⁶⁶⁹ Como consequência lógica de alguns de seus dispositivos, como, por exemplo, do art. 129, I da Constituição Federal (que dispõe ser função institucional do Ministério Público a privativa promoção da ação penal pública). Disso nem mesmo os instrumentalistas discordam. Veja-se: CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 49-50; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 41; VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 106-7. Vale, inclusive, trazer à tona os dizeres de OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 305, para o qual “o nosso atual modelo, cuja delimitação de seu perfil consolidou-se somente a partir da vigência da ordem constitucional instaurada em 1988, aproxima-se muito mais de um sistema de feição acusatória, que de prevalência inquisitorial. Não era esse, porém, o perfil traçado pelo Código de Processo Penal de 1941, onde se permitia a iniciativa acusatória ao próprio juiz, além de reservar a este amplos poderes probatórios, inclusive, como atividade substitutiva da atuação do Ministério Público”.

convicção interna, sem qualquer norte legal, tal como perfeitamente possível pelo sistema da livre convicção (cujos únicos requisitos são a motivação e o balizamento dentre os elementos constantes dos autos)⁶⁷⁰, não condiz com as diretrizes do nosso ordenamento jurídico-constitucional.

A persuasão racional, nesses termos, indica a discursividade da sentença, na qual o fato será reconstruído a partir das provas e argumentos das partes. E, com base nesse sistema de sua apreciação, inviável conceber-se a prova nos termos instrumentalistas, pois, conforme restou sobejamente demonstrado, seu conceito é invariavelmente ligado à formação da livre convicção do juiz⁶⁷¹.

Outros juristas (também instrumentalistas), porém, sobre os quais também já tecemos considerações em tópico específico⁶⁷², muito embora não façam menção à nociva “formação da livre convicção do juiz”, conceituam a prova tomando por base o estabelecimento de uma verdade (real ou processual). Tampouco tais proposições podem ser aceitas, pois o emprego de um termo inegavelmente valorativo (verdade) só tende a dificultar a compreensão por parte do interlocutor, olvidando-se seu aspecto mais importante, qual seja, o de instituto jurídico⁶⁷³.

⁶⁷⁰ É o que se infere, por exemplo, dos dizeres de MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 43, quando discorrem acerca do sistema da “livre convicção motivada”: “como se vê, se de um lado se faculta ao juiz o ‘pensar criativo’, a apreciação livre das provas, de outro está ele sujeito a regras jurídicas que o impedem de afastar-se do material probatório constante dos autos e que o obrigam a justificar a formação de seu convencimento”. No mesmo sentido se manifesta TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 277, para quem “as leis modernas voltam a dar ao juiz a mais ampla liberdade na apreciação da prova. Nenhum padrão lhe é imposto, nenhuma regra o vincula; não se lhe diz antecipadamente qual o valor de cada prova. Mas dele se exige que fundamente a decisão nos elementos colhidos nos autos”.

⁶⁷¹ Acerca dos conceitos dos adeptos do instrumentalismo sobre a prova, veja-se o item 4.2.1 do presente trabalho.

⁶⁷² Novamente faz-se referência ao item 4.2.1 do presente trabalho.

⁶⁷³ Não se pretende aqui discutir o problema da verdade no processo penal, mas, de qualquer forma, é de se observar, na esteira dos dizeres de FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38, que “se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”. Ademais, o mesmo autor, quando discorre acerca da subjetividade específica do conhecimento judicial, assinala que bastariam “o caráter irredutivelmente provável da verdade fática e o inevitavelmente opinativo da verdade jurídica das teses judiciais – para privar a verdade processual da certeza da verdade predicável das proposições experimentais singulares. Mas há um terceiro fator de incerteza, também insuperável. Trata-se do caráter não

Como bem acentual LEAL:

É mítica a assertiva de que a prova revela a verdade como se fora um instrumento mágico de transposição do concreto em abstrato ou vice-versa. Afigura-se paradoxo incontornável falar em livre convencimento do juiz na apreciação da prova e persuasão racional como critério de convicção, porque a “ratio” nas democracias não é dos leitores da prova, mas das categorias lógicas do discurso legal popular. A fonte da razão já está no povo real e não mais nos iluminados circuitos cerebrais do decidor⁶⁷⁴.

Se a definição de prova, portanto, não possui qualquer relação com a “formação da íntima convicção do magistrado” e nem mesmo com o estabelecimento de uma verdade (seja real, seja processual), não resta alternativa senão concebê-la como o ato de “representar e demonstrar os elementos da realidade objetiva pelos meios intelectivos autorizados em lei”⁶⁷⁵, nos exatos termos do proposto por LEAL.

Também podemos nos valer da definição proposta por SILVA, para quem a “prova, em sentido jurídico processual, é categoria abstrata, resultante da atividade intelectual de inferência no instrumento de prova do elemento de prova fixado no mesmo, após sua obtenção por meio lícito”⁶⁷⁶.

Conjugando ambas as definições, é possível inferir-se três categorias: o meio, o elemento e o instrumento de prova. Vale destacar, desde logo, que a noção de meio de prova trazida à lume pelos instrumentalistas é insuficiente⁶⁷⁷, razão pela qual nos valem novamente da lição de LEAL:

impessoal deste investigador particular legalmente qualificado que é o juiz. Este, por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos”. Insurge-se, portanto, contra o emprego desse termo verdade, cujo viés inegavelmente subjetivo, como visto, além de desnecessário, só tende a dificultar a definição do instituo jurídico da prova.

⁶⁷⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 183.

⁶⁷⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 149. Cumpre-nos desde logo ressaltar, porém, que faremos logo abaixo uma única ressalva quanto à transcrita definição.

⁶⁷⁶ SILVA, Bruno Gonçalves da. *Da prova ilicitamente obtida por particular no processo penal*. Belo Horizonte, 2004, p. 89.

⁶⁷⁷ Pois remetem à idéia de verdade, que já reputamos inadequada quando discorremos sobre o conceito de prova (acerca dos conceitos de meios de prova para os instrumentalistas, veja-se o item 4.2.1 do presente trabalho). Cumpre-nos, porém, fazer expressa ressalva no que tange à concepção proposta por GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 196, que, não obstante sua posição de

Os meios de prova são lógico-jurídicos, porque indicados na lei para que se possa, valendo-se de conhecimentos, dos sentidos, e da técnica de demonstração, por via do intelecto, verbal ou expressamente, transportar os elementos de prova encontrados na realidade objetiva para o bojo dos autos do procedimento. Os meios (métodos) de prova são, portanto, argumentos e arguições lógico-jurídicos aptos à demonstração lícita da existência de elementos suscetíveis de sensibilização ou compreensão concernentes a ato, fato, coisa, pessoa⁶⁷⁸.

Embora os instrumentalistas ignorem a existência dos elementos de prova, limitando-se, quando muito, a afirmar que seriam “todos os fatos ou circunstâncias em que repousa a convicção do Juiz”⁶⁷⁹, é de se ver que tal noção é da mais alta relevância, pois são os elementos “suscetíveis de sensibilização ou compreensão concernentes a ato, fato, coisa, pessoa”⁶⁸⁰. São esses elementos de prova (e não os meios de prova), portanto, que serão objeto de valoração e valorização⁶⁸¹ por parte do magistrado.

Têm-se, portanto, que as noções de meios e de elementos de prova se encontram intrinsecamente relacionadas na medida em que a obtenção deste é a atividade-fim da realização daquele.

Pois bem, após a captação do elemento de prova, é necessário que ele seja fixado nos autos do processo, pois “*ex autis, ex mundi*”⁶⁸², “porque o que não integrasse a estrutura procedimental não poderia mesmo ser considerado juridicamente existente”⁶⁸³. “Para tanto,

instrumentalista, concebe os meios de prova como “os instrumentos que trazem os elementos de prova aos autos”.

⁶⁷⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 178.

⁶⁷⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 225.

⁶⁸⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 149.

⁶⁸¹ Segundo LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 188, “a valoração da prova é, num primeiro ato, perceber a existência do elemento de prova nos autos do procedimento. Num segundo ato, pela valorização, é mostrar o conteúdo de importância do elemento de prova para a formação do convencimento e o teor significativo de seus aspectos técnicos e lógico-jurídicos de inequívocidade material e formal. Assim, a sensorialização ou percepção dos elementos de prova não é suficiente para o observador decidir. É necessário que o observador se encaminhe para a valorização da prova, comparando os diversos elementos de prova da estrutura procedimental, numa escala gradativa de relevância, fixando sua convicção nos pontos do texto probatório que a lei indicar como preferenciais a quaisquer outros argumentos ou articulações produzidas pelas partes”.

⁶⁸² “fora dos autos, fora do mundo” (tradução do autor).

⁶⁸³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 149.

faz-se necessária a utilização da categoria do instrumento de prova, que se destina a materializar de modo gráfico-formal os elementos obtidos”⁶⁸⁴.

Desse modo, lançando-se mão de um específico meio de prova, captam-se determinados elementos de prova, que, por sua vez, são materializados por intermédio dos instrumentos de prova. LEAL, por sua vez, compartilhando do referido entendimento, apresenta os princípios conceituais da prova:

Assim, os princípios conceituais da prova consistem na indiciariedade (existência de elemento sensível na realidade objetiva), na idearidade (apreensão, somatização e transmissão do elemento de prova pelo intelecto) e na instrumentalidade (materialização gráfico-formal desses elementos pelos meios intelectivos ou técnico-jurídicos permitidos). Exemplifica-se pelo instituto da perícia judicial que, como meio de prova autorizado em lei, há de se fazer, através de perito, pela coleta intelectual de elementos de prova existentes na realidade objetiva, sendo que o laudo é o instrumento (documento) expositivo do trabalho realizado⁶⁸⁵.

Nesses termos, muito embora a confissão seja apontada também como meio de prova pelos instrumentalistas⁶⁸⁶, entendemos melhor tomá-la como elemento de prova, cuja produção pode ser feita até mesmo por ocasião do interrogatório (este sim, meio de prova). Afinal, a confissão está sujeita a valoração e valorização, tal como qualquer outro elemento de prova colhido por ocasião do interrogatório. Afinal, a se considerar a confissão como meio de prova, haveria de ser estabelecida também a negativa de autoria peremptória por parte do acusado, seja por ocasião do interrogatório, seja durante a prática de qualquer outro ato

⁶⁸⁴ SILVA, Bruno Gonçalves da. *Da prova ilicitamente obtida por particular no processo penal*. Belo Horizonte, 2004, p. 34.

⁶⁸⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 149.

⁶⁸⁶ Nesse sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 375; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 286; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 307; MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 120. Segundo CASTRO, Francisco Augusto das Neves. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. Campinas: Servanda, 2000, p. 105, a confissão é tida como meio de prova porque “antes da confissão o fato era desconhecido e, por isso, sendo o meio pelo qual se conheceu a existência dele, é uma verdadeira prova”. Ressalva-se, contudo, o posicionamento de GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 229, para quem “a confissão não é um meio de prova. É a própria prova, consistente no reconhecimento da autoria por parte do acusado. Meio de prova é o interrogatório, em que ela pode ocorrer, ou a audiência em que se lavra um termo em virtude do seu comparecimento espontâneo”.

processual, como igual meio de prova. Não é certo, pois, por impropriedade conceitual, entender-se a confissão como meio de prova.

Já se vê que a prova, nesses termos democraticamente concebidos, não se trata de um ônus, tal como preconizado pelos instrumentalistas⁶⁸⁷, senão de um direito conferido às partes no sentido de recolher os elementos necessários à comprovação daquilo que alegam. O ônus probatório, portanto, seria decorrente do não exercício desse direito (à prova).

De qualquer forma, merece menção a posição do instrumentalista RANGEL que, divergindo dos demais, confere especial extensão ao princípio do estado de inocência, consagrado pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988⁶⁸⁸. Segundo ele, referido princípio haveria de ser compreendido como completo inversor da regra do ônus da prova, de modo que

se o Ministério Público tem que narrar um fato criminoso com todas as suas circunstâncias, o ônus de provar que este fato é típico (encontra perfeita adequação na lei penal, portanto, trata-se de uma conduta proibida); é ilícito (contrário ao direito) e que não está açambarcado por nenhuma excludente de ilicitude e que seu autor é culpável, ou seja, se possui as condições mínimas indispensáveis para atribuir-se-lhe esse fato, o que significa dizer, se está mentalmente são ou conhece a antijuridicidade do fato (Muñoz Conde, ob. Cit., p. 4) pertence-lhe. Não há como entregar ao réu, dentro de um Estado Constitucional dito Democrático de Direito e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB), o ônus da prova de sua inocência⁶⁸⁹.

Destarte, ainda segundo o citado jurista, não só a prova acerca da existência do fato criminoso (materialidade) e de sua autoria constituiriam atribuições do Ministério Público, mas também, no caso de eventual alegação pelo réu da ocorrência de alguma causa excludente de ilicitude, de culpabilidade ou de exclusão de pena, constituiria tarefa da parte acusatória a prova acerca da existência ou não⁶⁹⁰ da referida causa.

⁶⁸⁷ Sobre o tema, confira-se o item 4.2.1 do presente trabalho.

⁶⁸⁸ “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁶⁸⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 446.

⁶⁹⁰ Tal consideração se faz necessária em razão de não se entender mais o Ministério Público como órgão eminentemente acusatório, mas cuja atuação deve primar pela salvaguarda dos interesses sociais, a ele

Transcreve-se seu exemplo:

Assim, a título de exemplo, se o Ministério Público narra, na denúncia, o fato chamado “matar alguém” com descrição do *modus operandi* e todas as circunstâncias do delito e em seu interrogatório o réu alega que na data e horário do fato encontrava-se em viagem a outro Estado ou País, caberá ao Ministério Público provar que seu álibi é falso, através dos meios de prova admitidos no ordenamento jurídico. Ou ainda, dirá o réu que efetivamente atirou na vítima, porém em legítima defesa. Neste caso, cabe ao Ministério Público o ônus de provar que não houve injusta agressão, ou, se existiu esta, que não era atual nem iminente, ou, ainda, não houve uso moderado dos meios e que estes, embora existindo, não eram necessários. Enfim... o réu alega, mas o ônus da prova, hoje, diante da Constituição, é exclusivo do Ministério Público⁶⁹¹.

Relacionando-se com o tema do ônus da prova, revolve-se a questão acerca dos poderes instrutórios do juiz no processo penal. Os instrumentalistas, como visto, admitem tal possibilidade, desde que em caráter excepcional, complementar e de forma subsidiária à precípua atuação das partes⁶⁹², nos termos do que dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal⁶⁹³.

Contudo, a despeito dos posicionamentos contrários, é de se ver que a faculdade instrutória não encontra guarida no paradigma do Estado Democrático de Direito. Com efeito, o já definido sistema acusatório consagrado por nossa Constituição Federal⁶⁹⁴ não se coaduna com a reunião de tarefas intrínsecas à persecução penal a apenas um órgão, tal como ocorre quando se abre a possibilidade do julgador produzir provas. Aliás, tal característica é comum ao sistema inquisitivo⁶⁹⁵, antítese daquele que por nós foi adotado, razão pela qual se pode

interessando, segundo OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 407, “na mesma medida, tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente”. Não há qualquer óbice legal, portanto, ao pedido de absolvição por parte do representante do Ministério Público.

⁶⁹¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 447.

⁶⁹² Acerca de tal permissividade, veja-se o item 4.2.1 do presente trabalho.

⁶⁹³ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante”.

⁶⁹⁴ Sobre o qual já nos manifestamos anteriormente neste mesmo tópico. Aliás, como bem salienta JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 322, “a tendência de nossa legislação é purificar ao máximo o sistema acusatório, entregando a cada um dos sujeitos processuais funções não apenas precípua, mas absolutamente exclusivas, o que dá ao réu a segurança de um processo penal mais democrático, na medida em que o órgão julgador tem a sua neutralidade integralmente preservada”.

⁶⁹⁵ Segundo COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. p. 24-30, a origem do sistema inquisitório remonta a velha Roma, tendo por característica fundamental a “gestão da prova,

afirmar categoricamente ser o referido dispositivo (art. 156 do Código de Processo Penal) manifestamente inconstitucional⁶⁹⁶.

Vale dizer, nem mesmo supletivamente pode ser concebida a iniciativa probatória conferida ao magistrado pelo supracitado dispositivo, pois consta do mesmo diploma legal dispositivo de que deve o juiz absolver o réu quando “não existir prova suficiente para a condenação”⁶⁹⁷. Ora, se a absolvição é a solução diante da inexistência de provas, não se justifica, quer pelo sistema processual, quer pelos dispositivos legais, qualquer iniciativa probatória conferida ao juiz, que, quando dela se valer, estará, inexoravelmente, angariando provas para a condenação (pois, para a absolvição, como visto, a falta de provas é suficiente), ferindo de morte, por conseguinte, não só a sua sempre exigida imparcialidade⁶⁹⁸, mas também o princípio da simétrica paridade entre as partes⁶⁹⁹.

confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que ‘a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdades dos factos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na ‘acusação’ -, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases’; Como refere Foucault, com razão, ‘ele constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado’. O mesmo autor aponta, ainda, outras características do referido sistema, classificando-as de secundárias: “os juízes são permanentes; o juiz acusa, investiga, dirige e julga, sempre em nítida superioridade em relação ao acusado, mero objeto de investigação; a acusação é ‘*ex officio*’, mas pode ser consequência de uma denúncia secreta, altamente incentivada (malgrado a confissão dos pecados perante os padres pois, ainda que com seu sigilo aparentemente garantido, nunca deixou de ser um grande mecanismo de controle de tudo o que se passa na sociedade, mormente nas localidades menores, inclusive hoje), com a criação de locais apropriados para o recolhimento (em geral nas partes frontais das igrejas), como sucede no mármore horripilante do ‘Palazzo Ducale’ de Veneza, onde se lê: ‘denontie secrete contro chi occultera gratie et officii o colludera per nasconder la vera rendita d’essi’; o processo é, por excelência, escrito, secreto e não-contraditório; a prova é legalmente tarifada o que, na aparência, estaria a avaliação vetada ao inquisidor, embora tenhamos visto como tal empecilho tenha sido superado, mormente para alcançar-se a ‘rainha das provas’, a confissão; a sentença, para ser coerente com o modelo proposto, não se torna ‘*res judicata*’ e, por fim, para se sustentar uma tal ‘busca da verdade’, a regra é o perquirido estar preventivamente preso, à disposição de seu algoz”.

⁶⁹⁶ Bem como o art. 209, também do Código de Processo Penal, que dispõe que “o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”.

⁶⁹⁷ É o que dispõe expressamente o Código de Processo Penal: “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – não existir prova suficiente para a condenação”.

⁶⁹⁸ Em sentido contrário ao que sustentamos tem-se o posicionamento de BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 82-4, que assim afirma: “nem se objete que o juiz dotado de poderes para a produção da prova perde a sua imparcialidade. Não existe o tão temido risco da parcialidade. Os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a imparcialidade do julgador. Ao determinara a produção de uma prova, o juiz não sabe, de antemão, o que dela resultará e, em consequência, a qual parte vai beneficiar. Por outro lado, se o juiz está na dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina sua produção, aí sim estará sendo parcial, porque sabe que, ao final, sua abstenção irá beneficiar a parte contrária àquela a quem incumbirá o ônus daquela prova. juiz ativo não é sinônimo de juiz parcial. É equivocado confundir neutralidade ou passividade com imparcialidade”. É de se ver que tal argumentação peca até mesmo pela base, pois se à defesa

Valemo-nos, nesse ponto, dos dizeres do instrumentalista RANGEL:

Em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. *A contrario sensu*, no Estado totalitário, em que a repressão é a mola mestra e há supressão dos direitos e garantias individuais, o sistema inquisitivo encontra sua guarida⁷⁰⁰.

Por fim, merece menção, agora sob a perspectiva democrática, a inadmissibilidade dos indícios como meios de prova hábeis a sustentar a condenação de um indivíduo (não excluindo, contudo, a possibilidade de condenação quando corroborado por elementos colhidos de outros meios), em posição diametralmente contrária àquela sustentada pelos instrumentalistas.

Relembre-se, de maneira ilustrativa, a lição de TOURINHO FILHO:

O indício é, também, meio de prova, e tanto o é que o legislador o encartou no capítulo pertinente às provas, e, por isso mesmo, seu valor probatório é semelhante ao das chamadas provas diretas.

Pode o Juiz proferir um decreto condenatório com base em indícios? Possível é, uma vez que o Código incluiu os indícios no rol das provas. Se eles constituem prova, nada impede possa o Juiz deles valer-se para concluir, por exemplo, pela responsabilidade do réu.

Preleciona Manzini que “la fuerza probatoria de los indicios es en cambio, igual a la de cualquier otro elemento de prueba”⁷⁰¹⁷⁰².

Também RANGEL admite tal possibilidade

diante do sistema do livre convencimento e do princípio da verdade real, o juiz está livre para decidir de acordo com a sua própria consciência,

(ao menos no processo penal) basta a mera ausência de prova, qualquer investigação por parte do magistrado será no sentido de recolher elementos visando uma possível condenação (o que, à evidência, rompe com a imparcialidade). Muito embora o juiz, realmente, não saiba a qual das partes a prova irá beneficiar, não é menos certo que a defesa prescinde de qualquer investigação.

⁶⁹⁹ Este último, entendido como decorrência do princípio do contraditório, na esteira da lição de PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. *In: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito VirtuaJus*. ago/203, v. 1, p. 4-5.

⁷⁰⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 45.

⁷⁰¹ “a força probatória dos indícios é igual a de qualquer outro elemento de prova” (tradução do autor).

⁷⁰² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 354. E, como bem leciona CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Trad. de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 474, nem mesmo a existência de mais de um indício pode aumentar intrinsecamente sua força probante “porque é um erro lógico aumentar a força intrínseca de um indício pela concorrência de outro. A soma pode levar as diversas frações à desejada unidade, e com seis fracos de um sexto formar um inteiro; mas a fração de um sexto, considerada em si, não se torna fração de um quarto porque se encontra junto a outra fração maior”.

fundamentando sua decisão nos meios de provas constantes dos autos, podendo ter submetida sua decisão ao crivo do tribunal, face ao duplo grau de jurisdição⁷⁰³.

Realmente, o sistema da livre convicção se coaduna perfeitamente com uma condenação fundada única e exclusivamente em indícios (e, via de conseqüência, em presunções, pois, como se viu, as presunções são os elementos de prova que decorrem dos indícios), pois, conforme já exaustivamente sustentado, somente um sistema cujo convencimento não é abalizado por ditames normativos, sendo irrestrito e subordinado aos adjetivos pessoais do magistrado, pode admitir indícios para embasar nefasta condenação. O sistema da persuasão racional, por outro lado, tal como o concebemos, impede um decreto condenatório nesses termos.

Afinal, como bem assevera o próprio TOURINHO FILHO, é possível que os indícios se mostrem corretos no apontar da “responsabilidade da pessoa de quem se suspeita, mas, por outro lado, as conclusões podem não ser verdadeiras”⁷⁰⁴. Ora, nesses termos, referido autor expressou sua concordância com a possível condenação de um inocente, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, razão pela qual sua noção tem por obrigação rechaçar qualquer possibilidade de condenação fundada exclusivamente em indícios ou presunções⁷⁰⁵.

Empreendida a análise acerca de algumas questões do instituto jurídico da prova, quer sob a ultrapassada ótica instrumentalista, quer sob a visão que reputamos adequada aos ditames democráticos, têm-se como delimitadas as bases teóricas (tanto no Direito Penal quanto no Direito Processual Penal) para que sejam tecidas algumas considerações acerca da prova do dolo e da culpa.

⁷⁰³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 437.

⁷⁰⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 354.

⁷⁰⁵ Como bem leciona CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. Trad. de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 478, “a acumulação das presunções e dos argumentos conjecturais é logicamente viciosa e juridicamente perigosa”.

5 A COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO: A QUESTÃO RELATIVA AO DOLO EVENTUAL NOS CRIMES DE TRÂNSITO

Como se viu, portanto, o estudo do instituto da prova - mais do que a mera repetição da eterna lição que consta dos inúmeros manuais que se propõem a abordar tal tema - exige um “amplo espírito crítico, científico e filosófico”⁷⁰⁶, de modo a situar tal instituto sob a ótica do Estado Democrático de Direito. E se a proposta conceituação (e conseqüente diferenciação) do dolo eventual e da culpa consciente não prescinde de incursões na teoria da prova, as linhas que se seguem procuram reunir aquilo que restou até aqui assentado pela presente pesquisa.

5.1 Da necessidade de prova do elemento subjetivo do tipo – o elemento subjetivo do tipo como objeto de prova

Conforme restou delimitado, o crime é definido analiticamente como sendo uma ação típica, ilícita e culpável. O dolo e a culpa, por sua vez, integrantes da ação, devem estar previstos no tipo, pela perfeita correspondência que este deve guardar com aquela que pretender incriminar.

⁷⁰⁶ DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. Trad. por Érico Maciel. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958, p. 14.

Tal raciocínio, por sua vez, implica admitir que no momento em que o órgão estatal encarregado da persecução processual penal (o Ministério Público, conforme dispõe o art. 129, I da Constituição Federal de 1988⁷⁰⁷) pretender imputar a prática de um crime por parte de um indivíduo, deve se incumbir de demonstrar que a conduta praticada por esse mesmo indivíduo se amolda aos elementos do conceito analítico do crime, pois, do contrário, não há delito.

Afinal, o princípio do estado de inocência (consagrado pela Constituição Federal no inciso LVII do art. 5º) afirma expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, razão pela qual à acusação caberá demonstrar a integralidade das circunstâncias tidas como típicas, ilícitas e culpáveis⁷⁰⁸.

Nos termos de OLIVEIRA:

O nosso processo penal, por qualquer ângulo que se lhe examine, deve estar atento à exigência constitucional da inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas.

Afirmar que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como a sua autoria⁷⁰⁹.

E assim, na esteira dos dizeres de MADEIRA:

Esses elementos que compõem a estrutura do conceito de crime, ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, só podem ser constatáveis através do “devido processo legal”. E, assim determina nossa Lei Maior: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade

⁷⁰⁷ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

⁷⁰⁸ Como bem salienta MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 42, algumas conclusões podem ser extraídas da adoção desse princípio pelo ordenamento constitucional: “a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (*in dubio pro reo*). Com a adesão do Brasil à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), conforme Decreto nº 678, de 6-11-92, vige no País a regra de que ‘toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa’ (art. 8º, 2, da Convenção)”.

⁷⁰⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 308.

competente”. Tal procedimento, contido no art. 5º, LII, da Constituição Federal, implica a garantia do contraditório, ampla defesa e os recursos a ela inerentes⁷¹⁰.

Como bem exemplifica LOPES, o aspecto externo da conduta pode até mesmo ser objeto de prova documental (fotografia, por exemplo)⁷¹¹. A prova do dolo e da culpa, contudo, pertencentes, conforme restou demonstrado, à faceta subjetiva do tipo, é amplamente mais controvertida, mas constitui igualmente atribuição do órgão ministerial, que dela não pode se furtar.

Conforme preleciona JESUS:

No tocante ao fato concreto cometido pelo sujeito, incumbe à acusação a prova dos elementos do tipo, sejam objetivos, normativos ou subjetivos. Em relação aos delitos materiais, a prova acusatória deve estender-se à demonstração da realização da conduta, da produção do resultado e do nexó de causalidade entre uma e outro. A prova do dolo e da culpa, elementos do tipo, incumbe também à acusação⁷¹².

Vale dizer, se a ação penalmente relevante é aquela impregnada por dolo ou culpa, pode-se afirmar que ausente um desses dois elementos subjetivos do tipo (ou melhor, ainda que presentes, mas não demonstrados ao menos um deles), a ação é atípica⁷¹³, impondo-se a absolvição do acusado por este fundamento⁷¹⁴.

Os elementos subjetivos são tratados como objetos situados na mente de alguém (obviamente, na de quem realiza a ação). Por isso mesmo, diz-se que somente para o autor é que eles seriam visíveis, sendo que qualquer outra pessoa teria de presumir sua existência por sinais externos, através de um processo mágico de adivinhação.

⁷¹⁰ MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A teoria do delito e o Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1994, p. 13.

⁷¹¹ Cf. LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 121.

⁷¹² JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 117.

⁷¹³ Nos exatos termos do que leciona VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, t. I, p. 310, para quem a adequação típica “não pode se dar por ausência do elemento subjetivo”.

⁷¹⁴ Ou seja, pelo art. 386, III do Código de Processo Penal (não constituir o fato infração penal).

Contudo, isso não parece acertado. Ainda que se reconheça que o dolo é consciência e vontade, ou seja, “um processo psíquico”⁷¹⁵, e a culpa decorra do advento de um resultado lesivo não querido pelo agente, mas fruto da inobservância de um dever de cuidado objetivo, não se pode situá-los como objetos de inatingível acesso.

Deve-se, sim, tentar interpretar a ação, compreendendo seu sentido de modo a, mediante a ponderação dos elementos de prova objetivamente recolhidos, utilizá-los indiretamente na comprovação do elemento subjetivo do tipo, ou melhor, dessas referidas características de cada um desses elementos.

Se, por um lado, a prova direta sobre o elemento subjetivo do tipo é impossível, porquanto inviável a investigação na mente do agente, por outro lado, o elemento anímico é perfeitamente aferível na ponderação das circunstâncias exteriores à ação desse mesmo agente.

Assim, ao narrar o fato criminoso na denúncia “com todas as suas circunstâncias”⁷¹⁶ e, durante a instrução criminal, provar tudo o que dela consta, o acusador já estará arregimentando elementos em meios de provas que, futuramente, possibilitarão a constatação do elemento subjetivo do tipo. Por exemplo, a prova de que o réu deu um tiro na cabeça da vítima e depois outro, “encostado, de misericórdia”, após ela ter lhe dirigido alguns impropérios verbais (circunstância que indicaria ter sido o crime cometido por motivo fútil), constituirão, em tese, elementos suficientes para que se comprove o dolo (consciência e vontade da realização dos elementos objetivos do tipo legal) que moveu o agente.

Valemo-nos, portanto, daquilo que sustenta ANTÓN:

Los elementos subjetivos han de configurarse y entenderse, no como procesos internos semejantes a los físicos – como cosas que ocurren en el

⁷¹⁵ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 72.

⁷¹⁶ Como exige o art. 41 do Código de Processo Penal: “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

fondo del alma – sino como momentos de la acción, como componentes de un sentido exteriorizado, de algo que no es – ni puede ser – secreto. La importancia de configurarlos legislativamente y entenderlos prácticamente así no precisa ser encarecida. Las garantías del Derecho Penal material y, tanto o más, las del proceso penal dependen, desde luego, en gran medida, de una reorientación del problema de lo subjetivo en el sentido que aquí se apunta⁷¹⁷.

No mesmo sentido se manifesta REALE JÚNIOR quando discorre acerca da prova do elemento subjetivo do tipo (mais especificamente do dolo):

Problema dos mais intrincados diz respeito à verificação do dolo, pois significa penetrar no âmago do agente para captar a sua posição subjetiva. Seria uma prova diabólica, se não se considerasse que a constatação deste acontecimento interno deve se dar a partir dos acontecimentos externos⁷¹⁸.

A dificuldade na comprovação do elemento subjetivo do tipo (o que denominamos de problemática da prova) se torna verificável com o princípio⁷¹⁹ da indiciabilidade, que indica necessitar a prova de elemento sensível na realidade objetiva: deve-se, portanto, transmutar-se o elemento subjetivo do tipo em elemento sensível de modo que possa a ser apreendido e compreendido (princípio da idearidade) e, ao final, materializado no instrumento de prova (princípio da instrumentalização).

O elemento subjetivo do tipo deve ser, nesses termos, objeto de prova, sendo transmutado em elementos de prova através de dados objetivos apuráveis através dos meios de prova, fixados nos respectivos instrumentos, tudo nos exatos termos daquilo que já delimitamos em tópico específico⁷²⁰. Veja-se a lição de REALE JÚNIOR acerca do tema:

É do conjunto das circunstâncias que se pode deduzir a ocorrência do elemento interior, concluindo que o agente quis a ação e o seu resultado, pois

⁷¹⁷ “Os elementos subjetivos devem se configurar e ser entendidos não como processos internos semelhantes aos físicos – como coisas que ocorrem no fundo da alma –, mas sim como momentos da ação, como componentes de um sentido exteriorizado, de algo que não é – e nem poderia ser – secreto. A importância de configurá-los legislativamente e de o entendermos praticamente assim não precisa ser aumentada. As garantias do Direito Penal material e, tanto ou mais, as do processo penal dependem, desde logo, em grande parte, de uma reorientação do problema do subjetivo no sentido que aqui se aponta” (tradução do autor). ANTÓN, Tomás S. Vives. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 257.

⁷¹⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 226.

⁷¹⁹ Acerca dos princípios conceituais da prova, verificar o tópico 4.3 do presente trabalho.

⁷²⁰ Veja-se o item 4.3 do presente trabalho.

é dos dados apresentados pela própria ação, pela forma como foi realizada, pelas circunstâncias concomitantes e mesmo antecedentes, que se pode, por um processo lógico, baseado no senso comum e nas regras de experiência, alcançar a revelação da subjetividade do agente.

A experiência indica que determinados acontecimentos decorrem de estados anímicos ou os acompanham, permitindo pela regularidade do modo de ser inferir a subjetividade do outro, aliás o que todos fazemos no cotidiano com relação ao próximo visando a apreender o significado de seus atos, a intenção com a qual são praticados⁷²¹.

Não se pode, pois, de maneira segura (tal como se exige para a prolação de um decreto condenatório) tomar uma única circunstância como reveladora desse elemento subjetivo. A segurança jurídica exige a concorrência de diversos elementos colhidos num ou noutro sentido. Não se olvida, contudo, que determinadas circunstâncias já remetem à idéia de um ou de outro elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa), mas, na esteira do paradigma adotado pela presente pesquisa, ainda assim devem ser corroborados por outros elementos constantes dos autos.

Explica-se: no paradigma do Estado Democrático de Direito, a persuasão racional exige a reunião de elementos de prova no sentido de fundamentar a existência do elemento subjetivo do tipo, minorando a possibilidade da ocorrência de decisão contrária àquilo que efetivamente ocorreu. E mais: havendo dúvida no que tange ao elemento subjetivo do tipo, a decisão deverá ser tomada de maneira menos gravosa (ou seja, mais benéfica) ao acusado (*in dubio pro reo*).

Afinal, como bem leciona SILVA:

Não existe dúvida que em um processo penal democrático, diferentemente do que corresponde a uma sociedade autocrática, há que se reconhecer com maior amplitude as garantias processuais do acusado, com caráter de direito fundamental assumindo-se, inclusive, o risco da absolvição de um culpado, pois esta possibilidade sempre é menos gravosa que a de assunção do risco oposto, isto é, o risco da condenação de um inocente⁷²².

⁷²¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 226.

⁷²² SILVA, Bruno Gonçalves da. *Da prova ilícitamente obtida por particular no processo penal*. Belo Horizonte, 2004, p. 13. No mesmo sentido: JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 207.

E assim, de maneira conclusiva e parafraseando REALE JÚNIOR, podemos afirmar que a verificação do elemento subjetivo do tipo consiste numa “passagem do extrínseco conhecido ao intrínseco desconhecido”⁷²³, que deve ser feita através da prova, de forma indireta.

Afasta-se, destarte, qualquer possibilidade de se tentar presumir o dolo e/ou a culpa, pela “impossibilidade ou dificuldade de sua comprovação”. A bem da verdade, o famigerado princípio da verdade real ou processual⁷²⁴, do qual se valem os instrumentalistas, já deveria ser suficiente para afastar qualquer presunção de dolo ou culpa. Porém, ainda assim alguns juristas defendem tal posicionamento. NOGUEIRA, por exemplo, assim leciona:

O ônus da prova incumbe a quem faz a alegação, conforme princípio dominante em nosso processo (art. 156). Ao acusador cabe provar as alegações relativas ao fato delituoso, ou seja, os fatos constitutivos, como a tipicidade e a autoria, sendo que o dolo se presume e a culpa deve ser provada.

Ao acusado incumbe provar os fatos extintivos, impeditivos e modificativos⁷²⁵.

Também GRECO FILHO assim se manifesta:

É também de se observar que o fato constitutivo que à acusação incumbe provar é aquele que, consubstanciando o fundamento jurídico do pedido, se existente, gera a conseqüência jurídica imediatamente pretendida: elementos do tipo e autoria. As condições gerais, como, por exemplo, o dolo, nas ações em geral, e a imputabilidade, são presumidas, somente se tornando objeto de prova se controvertidas⁷²⁶.

Já OLIVEIRA, em posicionamento ímpar, salienta que em relação à prova da existência do dolo “é preciso uma boa dose de cautela. E isso se dá porque a matéria se localiza no mundo das intenções, onde não é possível uma abordagem mais segura”⁷²⁷. Ora, já

⁷²³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 226.

⁷²⁴ Veja-se o item 4.2.1 do presente trabalho.

⁷²⁵ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 190.

⁷²⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 207.

⁷²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 309.

se viu que o transcrito autor desconhece as ponderações acima transcritas acerca do dolo (e da culpa), os quais, muito embora pertençam à esfera anímica, podem ser aferidos mediante considerações de atitudes externas.

A propalada (e, diga-se de passagem, absolutamente nociva e imprópria) cautela escapa à já referida base normativa exigida pelo sistema da persuasão racional na apreciação da prova⁷²⁸, adotado por nosso ordenamento jurídico e único compatível com as bases estruturais do Estado Democrático de Direito.

Não se pode, em nenhuma hipótese, sobretudo num Estado Democrático de Direito, fundamentar qualquer presunção do dolo ou da culpa (ou até mesmo a referida “cautela”) pela dificuldade de sua comprovação. Provar o elemento subjetivo do tipo é árdua tarefa, mas nem por isso o Estado Democrático de Direito irá se descuidar em cercar o indivíduo de garantias contra a “magnanimidade” do juiz ou contra indevidas e nocivas presunções.

Em termos de um processo que se pretenda democrático, jamais poderá o acusado ser condenado com base num elemento subjetivo presumido. Nesses termos lecionam PIRES e SALES, para quem “o dolo, direto ou eventual, de dano ou de perigo, etc., não se presume. Deve ser rigorosamente averiguado”⁷²⁹. GOMES, por sua vez, também afirma que “não existe presunção de culpa”⁷³⁰.

No mesmo sentido têm-se os dizeres de CAPEZ:

A prova da alegação (*onus probandi*) incumbe a quem a fizer (CPP, art. 156, 1ª parte). Exemplo: cabe ao Ministério Público provar a existência do fato criminoso, da sua realização pelo acusado e também a prova dos elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa); em contrapartida, cabe ao acusado

⁷²⁸ A propósito, veja-se o item 4.3 do presente trabalho.

⁷²⁹ PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 59.

⁷³⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3, p. 174. No mesmo sentido: VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, t. I, p. 286.

provar as causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais⁷³¹.

E também os de TOURINHO FILHO:

Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte *objecti*, quer a parte *subjecti*, deve ficar a cargo da Acusação⁷³².

Já segundo MESTIERI:

Devemos dizer ainda que o dolo, como a culpa, não se presume. Esta não é uma idéia nova; mesmo Feuerbach que no início era partidário da presunção *iuris tantum* do dolo (*facta laesione, preasumitur dolo, donec probetur contrarium*), abandonou tal posição nas edições posteriores de seu *Lehrbuch*. Soler, agudamente, observa que na base do efeito da presunção intervém o *onus probandi*, e daí inferir-se caber ao imputado o ônus de provar a não-ocorrência de dolo, o que vem a ser um grave erro, não apenas do ponto de vista da lei substantiva, como do processo penal. O dolo em nenhum caso pode ser presumido, devendo ficar cumpridamente provado ante o resultado da vontade do agente, unido aos indícios e circunstâncias que rodeiam o fato⁷³³.

Destarte, na esteira das lições transcritas, assim como o dolo, a culpa também não pode ser presumida. Segundo HUNGRIA, “o Código vigente aboliu a chamada culpa presumida, ou reconhecível *juris et de jure*, segundo o Código anterior, pelo simples fato de ‘inobservância de alguma disposição regulamentar’”⁷³⁴.

Na esteira dos dizeres de MIRABETE, não se pode mais admitir a presunção de culpa:

Diz-se que a culpa é presumida quando, não se indagando se no caso concreto estão presentes os elementos da conduta culposa, o agente é punido por determinação legal, que presume a ocorrência dela. Na legislação anterior ao CP de 1940 ocorria punição por crime culposo quando o agente

⁷³¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 259.

⁷³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 240.

⁷³³ MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 133-4.

⁷³⁴ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. II, p. 206. No mesmo sentido: PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 182.

causasse o resultado apenas por ter infringido uma disposição regulamentar (dirigir sem habilitação legal, acima do limite estabelecido na rodovia etc), ainda que não houvesse imprudência, negligência ou imperícia. A culpa presumida, forma de responsabilidade objetiva, já não é prevista na legislação penal. Assim, a culpa deve ficar provada, não se aceitando presunções ou deduções que não se alicerçam em prova concreta e indubitosa⁷³⁵.

Também leciona NORONHA:

Pode ainda a culpa ser presumida ou *in re ipsa*. Aceitava-a o Código anterior, fazendo-a derivar da inobservância de disposição regulamentar. Assim, v. g., a pessoa que não tivesse carta de habilitação para guiar automóvel, mas fosse habilíssimo condutor, se acontecesse atropelar alguém, responderia por delito culposo, ainda que taxativamente provasse ter sido puramente causal o fato, havendo ele se portado com a maior diligência possível. Rejeitou-a o atual estatuto, e em bora hora, pois ela traduz responsabilidade objetiva⁷³⁶.

Já se disse que a responsabilidade objetiva foi abandonada pelo ordenamento jurídico pátrio⁷³⁷. Admitir-se a presunção do dolo ou da culpa, entretanto, é trazê-la novamente à vigência. Como bem salienta GOMES, ao dissertar sobre o princípio da responsabilidade subjetiva, “não existe responsabilidade penal objetiva no Direito penal, isto é, o agente que se envolveu num fato ofensivo a bens jurídicos só pode ser por ele responsável penalmente se agiu com dolo ou culpa”⁷³⁸.

Já para HUNGRIA, a responsabilidade objetiva “representa, como observa Seuffert, um traço de primitivismo. É um resquício da fase objetiva do direito penal, em que só se cuidava do lado material ou sensível do crime”⁷³⁹.

Novamente NORONHA:

No estado presente do direito penal não se compreende a responsabilidade objetiva. Ela é um retrocesso a tempos primitivos, em que o homem pagava pelo que fizera, sem quaisquer preocupações com o elemento subjetivo. Era

⁷³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 151.

⁷³⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 143.

⁷³⁷ Veja-se o item 3.1.4 do presente trabalho.

⁷³⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: introdução*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 118.

⁷³⁹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. II, p. 113.

o resultado, o dano causado a clamar sempre por uma pena que nada mais era que vingança⁷⁴⁰.

Têm-se, pois, que tanto o dolo quanto a culpa devem restar demonstrados, constituindo verdadeiro objeto de prova⁷⁴¹ e sendo vedada qualquer presunção nesse sentido. Constitui tentativa retrógrada e absolutamente inadmissível tal presunção (seja do dolo, seja da culpa), porquanto constitui indevido retorno a bases teóricas inadmissíveis ao Estado Democrático de Direito.

Elucidativos os dizeres de JARDIM:

Dir-se-á: como a acusação poderá atribuir ao réu (“alegar”) o dolo, a culpa em sentido estrito, a inexistência de excludente de ilicitude ou de reprovabilidade de sua conduta? A resposta no plano genérico é fácil e já a fornecemos acima ao estudar o conteúdo da imputação: através da valoração jurídica das circunstâncias que devem ser descritas na denúncia ou queixa (fatos circundantes ao fato principal).

Certo que o dolo é algo que pertence ao conteúdo da vontade do sujeito ativo de uma infração penal. Entretanto, nem por isso, há de falar-se em presunção de dolo no moderno direito processual, pois a sua demonstração será feita através do próprio fato principal e de suas circunstâncias, que devem estar afirmadas na acusação. De há muito já esclarecia o clássico Mittermayer que “não se pode negar que o dolo, o mais das vezes, se demonstra com o auxílio do raciocínio; mas isto é mui diverso de dizer-se que é ele objeto de uma presunção. A intenção faz parte das articulações essenciais da acusação, porque, nos termos da lei, a pena só pode ferir aquele que cometeu o crime deliberadamente; e, se é exato que o acusado de homicídio, por exemplo, tem o direito de exigir que se prove a verdade inteira da imputação, não lhe assiste menos o de reclamar a prova desta parte essencial: a intenção de executar o crime”⁷⁴².

E em relação à culpa, recorre-se novamente à lição do mesmo autor:

A negligência (culpa) será alegada e provada através de fatos que autorizem um juízo de desvalor da conduta praticada pelo réu, por ter agido com a falta de cautela que objetivamente lhe era exigida, podendo ter agido em conformidade com a norma, nas circunstâncias em que, concretamente, se

⁷⁴⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposo*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 118.

⁷⁴¹ Tema sobre o qual já nos manifestamos no item 4.2.4 do presente trabalho. Da mesma forma se manifesta MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 257, para quem “objeto da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio. Abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança. Refere-se, pois, aos fatos relevantes para a decisão da causa”.

⁷⁴² JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 217.

encontrava. O próprio juízo de tipicidade, no crime culposo depende desta falta de cuidado objetivo (ação negligente), por tratar-se de tipo aberto. Esta negligência deve ser demonstrada pela ação do réu e suas circunstâncias⁷⁴³.

A prova do elemento subjetivo do tipo, portanto, é realizada a partir do concurso de diversos elementos de prova no sentido da configuração de seus componentes⁷⁴⁴ (consciência e vontade, no caso do dolo, ou conduta voluntária - ou dominável pela vontade -, inobservância de dever de cuidado objetivo, previsibilidade do resultado, relação de causalidade e resultado lesivo involuntário, para a modalidade culposa⁷⁴⁵).

5.2 Os elementos de prova na diferenciação do dolo eventual e da culpa consciente

Ora, se o elemento subjetivo do tipo por excelência (dolo ou culpa) constitui objeto de prova, tanto o dolo eventual quanto a culpa consciente também serão tidos, à obviedade, como objetos de prova, razão pela qual sua admissão por parte do julgador demanda comprovação.

⁷⁴³ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 217.

⁷⁴⁴ Aqui manifestamos adesão ao posicionamento de BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 307-8, que afirma que “se é verdade que na investigação da subjetividade do agente, o fato externo é que indica o elemento interno, isto não quer dizer que o dolo possa ser presumido. O juiz deverá se convencer da ocorrência do dolo, ainda que, para tanto, deva se basear em elementos objetivos. Estes dados objetivos devem estar comprovados e convencer o julgador, sem margem de dúvida, sobre qual era a intenção do acusado. A inferência do elemento subjetivo a partir de dados fáticos objetivos não significa que o dolo seja presumido. A presunção do dolo representa flagrante violação da presunção de inocência”. E logo adiante o mesmo autor conclui: “em suma, a culpa e o dolo devem ser demonstrados pela acusação, sem qualquer presunção de dolo. A dúvida razoável sobre a ocorrência ou não do dolo deverá levar à absolvição”.

⁷⁴⁵ Nos termos do que leciona GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 204, “não se pode falar, ainda, em presunção de culpa em Direito Penal. Como vimos anteriormente, o tipo penal de um delito culposo é considerado um tipo aberto, ou seja, aquele em que não há a descrição exata da conduta que se procura evitar ou impor. Normalmente, após a definição do crime doloso, o legislador, no parágrafo seguinte, utiliza a expressão se o crime (lesão, homicídio etc.) é culposo. Assim, quando da análise do caso concreto, o juiz deve verificar se a conduta levada a efeito pelo agente infringe seu dever de cuidado objetivo, bem como se era previsível o resultado lesivo ocorrido, para somente depois concluir ou não pela sua culpa”.

Retomemos, pois, *en passant*, a diferença que por nós foi estabelecida entre o dolo eventual e culpa consciente, lançando mão, para tanto, dos dizeres de TELES, para quem “a diferença entre condutas com culpa consciente e com dolo eventual é muito tênue, situando-se exclusivamente no interior da psique humana, na aceitação, ou não, do resultado, uma atitude puramente interna”⁷⁴⁶.

Ora, se o elemento subjetivo do tipo constitui objeto de prova e a correta delimitação do elemento subjetivo do tipo de uma conduta (se dolo – eventual – ou culpa – consciente) depende dessa aceitação da produção do resultado lesivo, pode-se afirmar que é sobre esse dado interno que a prova deve se voltar.

Ou seja, repisa-se, tentando diferenciar, no caso concreto, tais limítrofes situações, os elementos de prova devem ser coletados de modo que se possa aferir a aquiescência ou não da ocorrência desse resultado por parte do agente.

Valemo-nos, aqui, da lição de SANTOS para demonstrar o que deverá constituir objeto de prova:

A literatura contemporânea trabalha, no setor dos efeitos secundários (colaterais ou paralelos) típicos representados como possíveis, com os seguintes conceitos-pares para definir dolo eventual e imprudência consciente: a) o dolo eventual se caracteriza, no nível intelectual, por levar a sério a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por conformar-se com a eventual produção desse resultado – às vezes, com variação para as situações respectivas de contar com o resultado típico possível, cuja eventual produção o autor aceita; b) a imprudência consciente se caracteriza, no nível intelectual, pela leviandade em relação a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por confiar na ausência ou evitação desse resultado, por força da habilidade, atenção, cuidado etc. na realização concreta da ação⁷⁴⁷.

Serão, pois, sobre esses dois níveis (intelectual e emocional) que deverão recair a prova que intentar comprovar (e, por conseguinte, diferenciar) o dolo e a culpa. Já se viu,

⁷⁴⁶ TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 234.

⁷⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 62.

entretanto, que o primeiro momento do crime é constituído pela ação, não interessando ao Direito o mero pensar, conjecturas ou ilações senão quando convertidas em ação⁷⁴⁸. Nos termos de ANDRADE:

Como norma reguladora de conduta, o Direito não toma conhecimento do pensamento humano enquanto confinado ao cérebro. Entretanto, a partir do momento em que ele passa a ser perceptível, através de uma modificação produzida no mundo exterior, mediante um “fazer” ou “não fazer” do sujeito, passa ele a interessar ao Direito, e, particularmente, ao Direito Penal, sempre que essa alteração atingar ou ameaçar um bem jurídico tutelado pela lei penal⁷⁴⁹.

Ora, contudo, por tudo aquilo que restou demonstrado, é de se ver que ao menos no que tange ao dolo eventual e à culpa consciente, o “pensar” (nível intelectual) e também o “sentir” (nível emocional) interessarão de sobremaneira tanto ao Direito Penal quanto ao Direito Processual Penal, visto que a diferenciação entre ambos (dolo e culpa, eventual e consciente respectivamente) é delimitada pela conjugação de tais esferas⁷⁵⁰ no que diz respeito ao direito material, constituindo tarefa do direito processual tal comprovação.

Assim como o elemento subjetivo do tipo pode ser comprovado indiretamente mediante circunstâncias da própria ação, também a comprovação do dolo eventual e da culpa consciente (que, antes de qualquer observação, constituem nada mais do que classificações dos gêneros dolo e culpa) exigirá investigação nesse sentido. As já descritas fórmulas de Frank⁷⁵¹ constituem mais valia ao julgador, servindo-lhe de balizamento ao reduzir os supra citados níveis em afirmações eminentemente pessoais.

Nessa esteira, constitui questão da mais alta relevância saber se, caso tivesse o agente como certa a ocorrência do resultado lesivo (como a morte, por exemplo, no caso de

⁷⁴⁸ Acerca do tema já nos manifestamos no item 3.1.4 do presente trabalho.

⁷⁴⁹ ANDRADE, Wanderley. *A defesa criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 351.

⁷⁵⁰ Vale trazer à tona os dizeres de BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 70-1, para quem “é necessário ter em mente a advertência formulada por Asúa: a teoria do dolo eventual requer do julgador um exame das representações e dos motivos que atuaram no psiquismo do sujeito, obrigando o intérprete e aplicador do Direito a investigar os mais escondidos elementos da alma humana”.

⁷⁵¹ Sobre as quais já nos manifestamos no tópico 3.4 do presente trabalho.

homicídio), ainda assim teria agido da mesma forma, questionamento que reputamos ser indispensável ao interrogatório, seja formulado pelo próprio juiz, seja por qualquer uma das partes presentes ao ato⁷⁵².

Como bem salienta HUNGRIA, nessa situação, o julgador terá

de guiar-se pelo conhecimento das circunstâncias do fato, para retraçar os motivos do agente. É o que bem acentua M. E. Mayer, com a sua “teoria da motivação”: “Para distinguir essas duas espécies de culpabilidade⁷⁵³ (dolo eventual e culpa consciente), deve indagar-se como o agente se comportou ao prever o resultado, tendo se em vista, para tal fim, o complexo total de seus motivos”⁷⁵⁴.

Argumentarão os críticos no sentido de que a resposta negativa a tal assertiva (por ocasião do interrogatório) poderá advir de simples orientação do defensor do acusado, o que acabaria por minar qualquer possibilidade da admissão do dolo eventual. Contudo, refutamos tal ponderação renovando a observação já realizada no tópico anterior: pelo fato da comprovação do elemento subjetivo do tipo ser realizada de forma indireta, será necessária a conjugação de diversas dessas circunstâncias. A palavra do acusado, desse modo, constituirá apenas uma delas, podendo ser contrariada pelas demais, o que remeteria à admissão do dolo eventual.

Não obstante, já se torna possível inferir quão difícil é a prova do dolo eventual, nos exatos termos do que leciona BRUNO:

A representação do resultado como possível e a anuência a que ele ocorra são dados íntimos da psicologia do sujeito, que não podem ser apreendidos diretamente, mas só deduzidos das circunstâncias do fato. Da observação destas é que pode resultar a convicção da existência daqueles elementos

⁷⁵² Sobre o interrogatório já nos manifestamos no item 4.2.5.1 do presente trabalho. Aqui faz-se imprescindível transcrever os dizeres de REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 227, que afirma que se a diferença do dolo eventual para a culpa consciente diz respeito à aceitação ou não concreta da ocorrência do resultado, ou seja, sobre o fato do agente modificar ou não a sua conduta se tivesse certeza da ocorrência do crime, e a prova do elemento subjetivo do tipo constitui tarefa das mais complicadas, “mais difícil torna-se se a sua verificação depende de raciocínios hipotéticos, de como seria o comportamento se o conteúdo do agente fosse outro”.

⁷⁵³ Aqui se percebe a postura causalista adotada pelo jurista citado, em contraposição ao finalismo (adotado pelo presente trabalho).

⁷⁵⁴ HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. II, p. 118.

necessária ao julgamento da situação psíquica do agente em relação ao fato como dolo eventual. Se elas não conduzem seguramente a esta conclusão, e a dúvida se mantém, deve-se admitir a solução menos severa, que é a da culpa consciente⁷⁵⁵.

Vale dizer, se a acusação imputa dolo eventual a uma determinada conduta, a ela é que incumbe provar a aceitação real da ocorrência do risco lesivo, e não o contrário. E mais, na hipótese do elemento subjetivo do tipo não restar devidamente configurado (se dolo eventual ou culpa consciente), a solução (em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*, conforme já tivemos oportunidade de salientar⁷⁵⁶) será pela culpa consciente.

Sem querer adentrar no mérito do *decisum* (se acertada ou equivocada), veja-se que em sentido próximo⁷⁵⁷ daquele esposado pelo presente trabalho⁷⁵⁸ já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIOS. “RACHA”. PRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PRETENDIDA.

I – É de ser reconhecido o prequestionamento quando a questão, objeto da irresignação rara, foi debatida no acórdão recorrido.

II – Se plausível, portanto, a ocorrência do dolo eventual, o evento lesivo – no caso, duas mortes – deve ser submetido ao Tribunal do Júri. Inocorrência de negativa de vigência aos arts. 308 do CTB e 2º, parágrafo único do C> Penal.

III – Não se pode generalizar a exclusão do dolo eventual em delitos praticados no trânsito. Na hipótese de “racha”, em se tratando de pronúncia, a desclassificação da modalidade dolosa de homicídio para a culposa deve ser calcada em prova por demais sólida. No *iudicium accusationis*, inclusive, a eventual dúvida não favorece os acusados, incidindo, aí, a regra exposta na velha parêmia *in dubio pro societate*.

IV – O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que o resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas isto sim, que a aceitação se mostre no plano do possível, do provável.

V – O tráfego é atividade própria de risco permitido. O “racha”, no entanto, é – em princípio – anomalia extrema que escapa dos limites próprios da atividade regulamentada.

⁷⁵⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. II, p. 76.

⁷⁵⁶ Veja-se o item 5.1 do presente trabalho.

⁷⁵⁷ Trecho inicial do item IV da ementa do acórdão.

⁷⁵⁸ Que o dolo poderá ser extraído (indiretamente) das circunstâncias que revestiram o cometimento do crime (ação).

Recurso não conhecido. (Recurso Especial 2000/0019028-4 – Rel. Min. Felix Fischer – 5ª Turma – Data do Julgamento 24/09/2002 – Data da Publicação: DJ 21.10.2002)

Ademais, a importância da questão exaustivamente debatida e que se pretendeu abordar ao com o presente trabalho se revela ainda mais importante (e imprescindível ao estudo do Direito Processual Penal) quando se verifica que a decisão acerca do dolo (eventual) ou da culpa (consciente) repercute na esfera da delimitação da competência do julgamento. Ou seja, mais do que a mera diferença na capitulação⁷⁵⁹ (e da conseqüente variação da pena cominada⁷⁶⁰), se o homicídio for considerado culposo, deverá ser julgado pelo juiz singular; do contrário, a matéria é afeta ao Tribunal do Júri, instituição constitucionalmente prevista (art. 5º, XXXVIII da Constituição Federal de 1988⁷⁶¹).

Já tivemos oportunidade de afirmar que no júri popular vigora a íntima convicção – sistema de apreciação da prova incompatível com os ditames democráticos -, motivo a mais para que a prova acerca do dolo eventual (ainda que na fase de pronúncia) seja revestida da máxima segurança, de modo que não seja submetido a julgamento popular um indivíduo cuja conduta possa ser culposa.

Afinal, tomando como arremate os dizeres de VASCONCELOS, “como o processo criminal é de natureza punitiva e, conseqüentemente vexatório, não se permite que se exponham pessoas a sua formação, a responderem por pseudodelitos, sem um mínimo que autorize”⁷⁶², implica admitir a impossibilidade de se submeter um indivíduo às agruras de toda sorte de um julgamento popular sem elementos de prova que possam (de maneira fundamentada) embasar tal possibilidade.

⁷⁵⁹ Enquanto o homicídio doloso (direto ou eventual) encontra-se previsto no art. 121 do Código Penal, o homicídio culposo (consciente ou inconscientemente) tem sua previsão no § 3º do mesmo dispositivo.

⁷⁶⁰ Homicídio doloso: “pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”; homicídio culposo: “pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

⁷⁶¹ Art. 5º, XXXVIII – “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

⁷⁶² VASCONCELOS, Anamaria Campos Tôres de. *Prova no processo penal: justiça como fundamento axiológico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 41.

5.3 Os crimes de trânsito – A controvertida questão sobre o dolo eventual no homicídio decorrente da condução de veículo automotor

Já se disse que a controvérsia acerca do dolo eventual e da culpa consciente tem tomado, atualmente, proporções consideráveis em se tratando de crimes de trânsito, ou seja, naqueles crimes cometidos quando do tráfego de automóveis em vias públicas⁷⁶³.

Para BEMFICA, crime de trânsito “é o praticado por intermédio de veículo motorizado: automóvel, caminhão ou outra espécie”⁷⁶⁴. Já nos termos do que lecionam PIRES e SALES:

Não são poucas as expressões utilizadas para definir as infrações penais no trânsito: crimes do automóvel e delitos do automóvel, delitos de trânsito, crimes na circulação de veículos, delitos em acidentes de trânsito e, simplesmente, acidentes de trânsito, ilícitos penais do trânsito. José Frederico Marques trata desses crimes sob a epígrafe Os acidentes de trânsito e a incolumidade pessoal.

Na doutrina estrangeira utilizam-se as expressões delitos de circulação e *infrazioni stradali*.

Preferível utilizar crimes de trânsito, por ser mais compatível com o direito legislado. Note-se ser esta a terminologia utilizada no Código de Trânsito Brasileiro para designar o capítulo XIX, onde estão descritos os ilícitos penais⁷⁶⁵.

Não haveria qualquer óbice que tal modalidade criminosa fosse disciplinada pelo próprio Código Penal. Ocorre que “o incremento do tráfego motorizado, no entanto, sensibilizou os sistemas jurídicos, reclamando deles pronta e eficaz disciplina, principalmente

⁷⁶³ O próprio Código de Trânsito Brasileiro, no § 1º do art. 1º, define o que é trânsito: “considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga”.

⁷⁶⁴ BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 67.

⁷⁶⁵ PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 21.

no campo do direito administrativo, no civil e no penal”⁷⁶⁶. E assim, no ano de 1997, foi promulgado o Projeto de Lei nº 73/94 da Câmara dos Deputados, que se converteu no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97)⁷⁶⁷.

Tanto o dolo quanto a culpa (já entendidos como elementos subjetivos do tipo) possuem, nos crimes de trânsito, a mesma estrutura daquela aplicável aos crimes comuns, que por nós já foi delimitada⁷⁶⁸. Contudo, cumpre-nos observar que a modalidade culposa (cuja noção importa, como visto, na inobservância de um dever de cuidado objetivo) é aquela que, via de regra, se faz presente nessa modalidade criminosa⁷⁶⁹.

Veja-se o exemplo fornecido por FRAGOSO acerca dos crimes culposos:

Na hipótese de circulação de veículos, por exemplo, trata-se de saber como se teria comportado um motorista prudente e hábil nas circunstâncias em que ocorreu o acidente. A inobservância do sinal “Pare”, num cruzamento, constitui infração do cuidado objetivo, sendo, pois, conduta típica de homicídio ou lesões corporais, conforme o caso⁷⁷⁰.

Isso não significa dizer, de forma alguma, que todo crime de trânsito será, necessariamente, culposo. Basta, para tanto, visualizarmos a hipótese de um indivíduo que vislumbra seu desafeto atravessando a rua e, intencionalmente (consciência + vontade), acelera seu veículo de forma que venha a atingi-lo mortalmente. A hipótese descrita é clássica de dolo direto. Contudo, levando-se em conta a maioria dos acidentes de trânsito, a maior parte dos juristas exemplifica como sendo uma nítida situação de imprudência (e que, por

⁷⁶⁶ MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 192.

⁷⁶⁷ Cf. JESUS, Damásio E. de. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (lei n. 9.503, de 23-9-1997)*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 33.

⁷⁶⁸ Respectivamente nos itens 3.3.1 e 3.3.2 do presente trabalho.

⁷⁶⁹ Como bem salientam CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Gonçalves. *Aspectos criminais do código de trânsito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 28, “a caracterização da culpa nos delitos de trânsito provém, inicialmente, do desrespeito às normas disciplinares contidas no próprio Código de Trânsito (imprimir velocidade excessiva, dirigir embriagado, transitar na contramão, desrespeitar a preferência de outros veículos, efetuar conversão ou retorno em local proibido, avançar o sinal vermelho, ultrapassar em local proibido etc.). Estas, entretanto, não constituem as únicas hipóteses de reconhecimento do crime culposo, pois o agente, ainda que não desrespeite as regras disciplinares do Código, pode agir com inobservância do cuidado necessário e, assim, responder pelo crime. A ultrapassagem, por exemplo, se feita em local permitido, não configura infração administrativa, mas, se for efetuada sem a necessária atenção, pode dar causa a acidente e implicar crime culposo”.

⁷⁷⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 224.

isso, seria necessariamente culposa) a de um motorista que dirige seu veículo automotor em velocidade excessiva (por inúmeros motivos) e que, por isso, vem a causar um atropelamento com vítima fatal⁷⁷¹.

Recorremos à lição de FRAGOSO acerca do tema:

O desenvolvimento da máquina na vida moderna criou uma larga variedade de riscos permitidos e socialmente úteis, que não podemos deixar de considerar ao aferir a violação do dever de cuidado. Realizamos normalmente e estamos normalmente expostos a atividades perigosas que, por assim dizer, ampliam a margem do risco aceitável. Em contrapartida, essas atividades perigosas apresentam-se geralmente limitadas e reguladas por um conjunto de normas impostas pela experiência e pela reflexão, destinada a reduzir ao mínimo os riscos inevitáveis.

Assume relevo especial nessa matéria a circulação de veículos que constitui entre nós verdadeira calamidade. O Código Nacional de Trânsito e o respectivo regulamento estabelecem uma série de normas cuja inobservância implica na violação do cuidado objetivo. Isso, porém, não será bastante para afirmar a existência de um crime culposo, se sobrevier um resultado típico. Cumpre verificar se não há causa de justificação ou de exclusão de culpa, e, inclusive, se ocorreu o desenvolvimento de curso causal imprevisível⁷⁷².

Assim, qualquer inobservância a disposição regulamentar do Código de Trânsito (Lei nº 9.503/97) implicará, ao menos num primeiro momento, no reconhecimento de uma violação a um dever de cuidado objetivo (situação caracterizadora da culpa como elemento subjetivo do tipo).

Todavia, conforme já tivemos a oportunidade de salientar, atualmente os delitos de trânsito têm sido alvo dos mais visados pela mídia, sobretudo quando motoristas embriagados e em velocidade muito superior à permitida (quando não na contramão da via direcional) acabam por provocar tragédias com vítimas fatais.

Infelizmente, talvez mais por questões político-criminais, há uma tendência atual de se considerar tais crimes como sendo expressões de dolo eventual, ou seja, ao se embriagar

⁷⁷¹ Como, por exemplo, BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. II, p. 88; COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II, p. 12.

⁷⁷² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.224-5.

e empreender velocidade excessiva no seu automóvel, muitas vezes adentrando na contramão direcional, estaria o agente aceitando a superveniência do resultado lesivo, seja a título de morte ou de lesões.

Como bem lecionam PIRES e SALES:

Diante do aumento da criminalidade do automóvel, sob influência da opinião pública e da mídia, no Brasil acentua-se a pressão para reprimir de forma mais severa os crimes de trânsito. Os representantes do Ministério Público, não raras vezes, denunciam os agentes por homicídio doloso, *in casu*, com dolo eventual. Submetidos ao Tribunal do Júri, “onde praticamente a imprensa e a comunidade já decidiram o veredito do réu, o júri serve tão-somente para ratificá-lo, ou tornar o julgamento legal”⁷⁷³.

Registre-se, na esteira da advertência formulada por ambos os autores, que “a pena cominada ao homicídio culposo de trânsito⁷⁷⁴ é mais grave do que a prevista para o mesmo crime no Código Penal⁷⁷⁵ e, ao menos aparentemente, sem razão”⁷⁷⁶.

Ou seja, não obstante o legislador cominar pena superior ao crime de homicídio culposo decorrente de acidente de trânsito (em relação àquele praticado em circunstâncias ditas “corriqueiras”), ainda assim alguns operadores insistem na capitulação do homicídio nessas circunstâncias como hipótese de dolo eventual, erigindo a embriaguez e/ou a alta velocidade e/ou o fato de ter o agente adentrado na contramão direcional (por um motivo qualquer) como circunstância (s) hábil (eis) a demonstrar, quase numa presunção *juris et de jure*, o dolo (na sua modalidade eventual) como elemento subjetivo.

Ora, já se viu que o dolo eventual se caracteriza pela concreta e real aceitação da superveniência do resultado lesivo, ou seja, a conduta do agente se dá de forma inegavelmente

⁷⁷³ PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 87.

⁷⁷⁴ Art. 302 da Lei 9.503/97: “Penas – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

⁷⁷⁵ Art. 121, § 3º do Código Penal: “Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

⁷⁷⁶ PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 187.

egoísta, pois, mesmo antevendo a possibilidade da ocorrência do evento, ainda assim preferir dar continuidade à sua ação, pouco se importando com o resultado.

Com efeito, tais fatos (embriaguez, alta velocidade e desrespeito às regras acerca da mão e da contramão direcional), à míngua de outras circunstâncias, são incapazes de *per se* demonstrar os dois níveis (intelectual, “levar a sério a possível produção do resultado típico”, e emocional, “conformar-se com a eventual produção desse resultado”) exigíveis à configuração do dolo eventual.

Como acertadamente leciona DELMANTO:

A propósito da atual tendência de imputação de dolo eventual em homicídios praticados ao volante, adverte José Barcelos de Souza: “o que costuma ocorrer, efetivamente, em delitos de trânsito, não é um imaginado dolo eventual, mas uma culpa consciente, grau mais elevado da culpa, muito próxima do dolo, que, entretanto, não chega a configurar-se”⁷⁷⁷.

Vale dizer, a embriaguez, a alta velocidade e o adentrar na contramão direcional nada mais sugerem do que a “inobservância de um dever de cuidado objetivo” (próprio dos tipos culposos) e, quando muito, um “excesso de confiança” que o agente eventualmente possui, consubstanciado na sincera crença de que conseguirá evitar a ocorrência de qualquer resultado lesivo.

Também PIRES leciona:

O assumir o risco, em sede de dolo eventual, exige a mesma previsão, na hipótese de dolo direto. Ou seja, não se pode atribuir a alguém a assunção de um risco que seja incerto e indeterminado quanto à sua concretude. Embriagar-se, avançar um semáforo, dirigir em excesso de velocidade não bastam à caracterização do dolo eventual se não demonstrada a aceitação do risco quanto a um evento previsto como possível, embora não desejado. Exige-se a aceitação de um resultado que está presente na ideia do agente.⁷⁷⁸

⁷⁷⁷ DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 31.

⁷⁷⁸ PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 136.

Foi certamente a reiteração desses fatídicos acontecimentos cumulada com a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade do homicídio culposo na direção de veículo automotor por penas restritivas de direito (o que inviabiliza prisão propriamente dita, ou seja, o encarceramento prisional), o motivo pelo qual inúmeros juristas, sobretudo membros do Ministério Público e da Magistratura, classificassem ou admitissem que o homicídio decorrente de tais situações fosse capitulado como doloso, na modalidade eventual.

Porém, já GRECO adverte acerca da nociva fórmula matemática que se pretende conceber:

A questão não é tão simples como se pensa. Essa fórmula criada, ou seja, embriaguez + velocidade excessiva = dolo eventual, não pode prosperar. Não se pode partir do princípio de que todos aqueles que dirigem embriagados e com velocidade excessiva não se importem em causar a morte ou mesmo lesões em outras pessoas. O dolo eventual, como visto, reside no fato de não se importar o agente com a ocorrência do resultado por ele antecipado mentalmente, ao contrário da culpa conscientem onde este mesmo agente, tendo a previsão do que poderia ocorrer, acredita, sinceramente, que o resultado lesivo não venha a ocorrer. No dolo eventual, o agente não se preocupa com a ocorrência do resultado por ele previsto porque o aceita. Para ele tanto faz. Na culpa consciente, ao contrário, o agente não quer e nem assume o risco de produzir o resultado porque se importa com a sua ocorrência. O agente confia que, mesmo atuando, o resultado previsto será evitado.

Merece ser frisado, ainda, que o Código Penal, como vimos, não adotou a teoria da representação, mas sim a da vontade e a do assentimento. Exige-se, portanto, para a caracterização do dolo eventual, que o agente anteveja como possível o resultado e o aceite, não se importando realmente com a sua ocorrência.

Com isso queremos salientar que nem todos os casos em que houver a fórmula embriaguez + velocidade excessiva haverá dolo eventual. Também não estamos afirmando que não há possibilidade de ocorrer tal hipótese. Só a estamos rejeitando como uma fórmula matemática, absoluta⁷⁷⁹.

Já se viu que o dolo eventual exige a aceitação da ocorrência do resultado. Não será a mera embriaguez, o excesso de velocidade ou o eventual desprezo às normas relativas à mão e contramão direcional⁷⁸⁰ que definirão ter o agente sido movido por dolo eventual ou

⁷⁷⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 199-200.

⁷⁸⁰ Tal hipótese é apontada por BARBOSA, Manoel Messias. *Delitos do automóvel e prática processual*. 6. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1995, p. 65-6, como hipótese crassa de culpa pois “é

culpa consciente, mas sim, efetivamente, ter aceitado ou não - concretamente - a ocorrência do resultado lesivo, elemento anímico que merecerá comprovação específica, não sendo suficientes tais circunstâncias.

Há verdadeira subversão da ordem jurídica na admissão da fórmula matemática apontada por Greco. Afinal, pudera todo o exaustivo raciocínio esposado pelo presente trabalho ser reduzido a uma fórmula matemática, seriam absolutamente desnecessários e despreciados todos os percalços que se procurou enfrentar.

Essa questão da embriaguez + velocidade excessiva determinar o dolo eventual é similar à operação matemática realizada pela teoria da probabilidade⁷⁸¹, a qual já se demonstrou ser absolutamente insuficiente para a correta delimitação da fronteira entre o dolo eventual e da culpa consciente, representando inominável retrocesso incompatível com os ditames democráticos.

Na esteira do que diz TAVARES:

Esse mesmo raciocínio vale para a conhecida hipótese de embriaguez ao volante, associada à velocidade excessiva, à qual a jurisprudência brasileira tem assinalado, sem outras condições, as características do dolo eventual. Neste caso, para configurar-se o dolo eventual não basta, exclusivamente, a constatação de embriaguez e velocidade. Será preciso demonstrar que as condições concretas do evento eram, igualmente, desfavoráveis ao agente, de modo que este não pudesse objetivamente invocar a expectativa de que o resultado não ocorreria ou poderia ser evitado⁷⁸².

Vale dizer, o recente advento da Lei nº 11.275, de 7 de fevereiro de 2006 veio somente a corroborar com aquilo que se pretendeu defender na medida em que uma nova causa especial de aumento de pena (relativa à embriaguez – inciso V) foi criada para a figura

princípio fundamental a todo condutor de veículo automotor dirigir com atenção e obediência às normas pela legislação de trânsito. Em razão disso é proibido a todos os motoristas transitar pela contramão de direção, senão para ultrapassar outro veículo e, unicamente, pelo espaço necessário para este fim, respeitada a preferência do veículo que transita em sentido contrário. Transitar pela contramão de direção ou em sentido oposto ao estabelecido para determinada via, constitui infração ao art. 89, VI e XIV, do Código Nacional de Trânsito”.

⁷⁸¹ Veja-se, a propósito, o item 3.4 do presente trabalho.

⁷⁸² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 352.

do homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro - Lei nº 9.503/97)⁷⁸³.

Pois bem, se as hipóteses de embriaguez, alta velocidade e quaisquer outras circunstâncias merecem uma maior reprimenda por parte do legislador, nada obsta que se promova tal alteração, desde que com observância do devido processo legislativo (como foi efetivamente realizado com a inclusão do inciso V do parágrafo único do art. 302 do citado diploma legislativo). O que não se pode admitir, contudo, é a transformação de situações tipicamente culposas em dolosas no anseio de punições mais severas aos seus autores, subvertendo a ciência do Direito Penal.

A prova, portanto, deve buscar comprovar a indiferença do agente de modo a configurar o dolo ou a culpa – e não eventual embriaguez, velocidade excessiva ou contramão -, afinal, pode o agente assumir o risco de provocar o resultado lesivo sem que nenhum desses elementos se mostrem presentes.

Isso porque a comprovação de tais circunstâncias⁷⁸⁴ (embriaguez, velocidade excessiva ou contramão, tidas como embasadoras do dolo eventual) nada mais revela do que a própria culpa consubstanciada na inobservância do dever de cuidado objetivo imposto pelas normas disciplinares constantes do Código de Trânsito Brasileiro (seja na proibição da direção quando alcoolizado, seja no respeito à velocidade máxima estabelecida ou nas diretrizes acerca da mão e contramão direcionais). Aliás, como bem salienta FUKASSAWA:

Assim, sem olvidar os ensinamentos e posições doutrinárias que procuram estabelecer as diferenças existentes entre culpa consciente e dolo eventual,

⁷⁸³ “Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente: I – não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; II – praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; III – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; IV – no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros; V - estiver sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos”.

⁷⁸⁴ Geralmente realizadas através de perícias corroboradas por depoimentos de testemunhas ou por declarações das próprias vítimas.

somente no caso concreto, pelas provas produzidas nos autos, é que se poderá extrair uma ou outra forma de conduta do autor, vale dizer, através da perquirição do elemento subjetivo. E, para tanto, não bastará evidenciar circunstâncias ou condições de natureza objetiva, tais como a embriaguez do condutor no momento do fato, direção de pesado veículo de carga num dia chuvoso, manobras arriscadas e perigosas, número de vítimas atropeladas etc. Aliás, no dizer do antes citado catedrático de Zaragosa, “o critério decisivo está na atitude emocional do sujeito e, portanto, não na magnitude que atribua ao perigo”. E de outra forma não poderia ser, porque o fundamental para identificar o dolo eventual será a comprovação do elemento volitivo. Direito ou indireto o dolo, imprescindível sempre será, além do “conhecer” – representação mental do resultado -, a existência de uma vontade de realização dos elementos objetivos típico, qual seja, o querer⁷⁸⁵.

E assim, tem-se como irretocável a conclusão esboçada por GRECO:

Concluindo, embora em alguns casos raros seja possível falar em dolo eventual em crimes de trânsito, não é pela conjugação da embriaguez com a velocidade excessiva que se pode chegar a essa conclusão, mas sim levando-se em consideração o seu elemento anímico. Se mesmo antevendo como possível a ocorrência do resultado, com ele não se importava, atua com dolo eventual; se, representando-o mentalmente, confiava sinceramente na sua não-ocorrência, atua com culpa consciente⁷⁸⁶.

Nunca é demais advertir que, havendo dúvida sobre o elemento subjetivo, já se disse que a solução será sempre pela alternativa mais favorável ao acusado, ou seja, pela culpa, em homenagem à máxima do *in dubio pro reo*⁷⁸⁷. É pela dificuldade da comprovação do dolo eventual (sobretudo em situações de trânsito, *a priori* culposas pela inobservância do dever de cuidado objetivo) que se afirma ser tão difícil a ocorrência de um homicídio com dolo eventual no trânsito⁷⁸⁸. Não se exclui, todavia, conforme já salientamos no início desse

⁷⁸⁵ FUKASSAWA, Fernando Y. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 100-1.

⁷⁸⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 201.

⁷⁸⁷ Também GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 201, assim se manifesta, afirmando que “se ao final do processo pelo qual o motorista estava sendo processado por um crime doloso (com dolo eventual) houver dúvida com relação a este elemento subjetivo, deverá ser a infração penal desclassificada para aquela de natureza culposa, pois que *in dubio pro reo*, e não como querem alguns, *in dubio pro societate*”. No mesmo sentido: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. II, p. 119; FUKASSAWA, Fernando Y. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 102.

⁷⁸⁸ Também JESUS, Damásio E. de. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (lei n. 9.503, de 23-9-1997)*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 99, afirma que, nessas circunstâncias, o dolo eventual “é de difícil comprovação”. Há, contudo, certas situações que poder-se-ia admitir, em tese, a ocorrência de dolo eventual, como, por exemplo, nos casos de “racha” ou de “pega” entre veículos. Isso se explica porque a ocorrência de um resultado lesivo (com eventuais mortes) é intrínseca à própria noção de competição

mesmo tópico, a possibilidade do cometimento de crime de homicídio doloso (com dolo direto) mediante o uso do automóvel, hipótese que será tratada pelo Código Penal⁷⁸⁹.

A tendência atual, entretanto, de buscar a punição dos indivíduos que cometem os referidos crimes nas descritas circunstâncias beira o extremo, a ponto de podermos apontar tratar-se de um novo movimento do Direito Penal do autor, ou seja, que busca a adequação típica não da prática do fato, mas da maneira de ser do agente⁷⁹⁰.

Na esteira dos dizeres de FRAGOSO:

A chamada teoria do tipo de autor procura substituir um Direito Penal do fato (*Tatstrafrecht*) por um Direito Penal do autor (*Taeterstrafrecht*), no qual a pena é irrogada não pela prática de um fato, mas em virtude de determinadas qualidades do agente⁷⁹¹.

automobilística. Contudo, caso a caso, demandará comprovação a aceitação concreta de tal possibilidade por parte do agente, de modo a configurar o dolo eventual. Tal possibilidade é, inclusive, reconhecida por FUKASSAWA, Fernando Y. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 104: “registra-se nos julgados mais recentes, tendência da jurisprudência em reconhecer o dolo eventual quando nos fatos é evidente o espírito de emulação do condutor, a exemplo da participação em ‘racha’, como se vê da decisão seguinte: ‘Não pode alegar ausência dolo o agente que, por espírito de emulação, tendo equipado seu veículo com sistema de turbinas para aumentar a potência, participa de ‘racha’ em logradouro público. Gozando de consciência inequívoca de seu proceder é assumindo o risco de produzir o evento lesivo praticados pelo condutor’. Aliás, de forma semelhante se pronunciou o Egrégio Supremo Tribunal Federal: ‘Homicídio doloso – Acidente de trânsito – ‘Racha’ automobilístico – Reconhecimento do dolo eventual’ -, cuja ementa é a seguinte: ‘A conduta social desajustada daquele que, agindo com intensa reprovabilidade ético-jurídica, participa, com o seu veículo automotor, de inaceitável disputa automobilística realizada em plena via pública, nesta desenvolvendo velocidade exagerada – além de ensejar a possibilidade de reconhecimento do dolo eventual inerente a esse comportamento do agente -, justifica a especial exasperação da pena, motivada pela necessidade de o Estado responder, grave e energicamente, à atitude de quem em assim agindo, comete os delitos de homicídio doloso e de lesões corporais’. Nesse sentido, também, o Egrégio TJSP: ‘Atua com dolo eventual aquele que pratica o denominado ‘racha’ (corrida de carros em via pública em alta velocidade), pois embora não pretenda causar a morte de ninguém, assume, de alguma forma, o resultado, que é perfeitamente previsível, provável e possível’”.

⁷⁸⁹ No mesmo sentido: PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 25. A propósito, confira-se o exemplo fornecido por NORONHA *apud* NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Delitos do automóvel*: apontamentos sobre o dolo eventual. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1974, p. 58: “um chauffeur avista seu inimigo e, com o intuito de matá-lo, acelera o veículo, atropelando-o e matando-o. Há nesta hipótese, dolo direto”.

⁷⁹⁰ Tal tendência sobrevém de maneira contrária àquela descrita por PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 28, para os quais “a postura da comunidade social em relação ao agente do crime de trânsito é, com efeito, bastante peculiar. No quadro geral da delinqüência, ele não é visto como um transgressor das normas penais, o que leva a uma tolerância social incomparável àquela que se constata em relação aos agentes de crimes de menor gravidade contra o patrimônio e de contraventores penais. Deve-se ainda recordar que, em relação ao sujeito agente dessa forma de criminalidade, prevalece uma estigmatização positiva por parte da sociedade, sendo-lhe concedido tratamento benéfico. Existe clara tendência a visualizar nos agentes dos crimes de trânsito pessoas para quem o acidente automobilístico foi uma fatalidade, uma infelicidade, não raro vistos como vítimas”.

⁷⁹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 156.

Tal questão, por sua vez, é inadmissível num Estado Democrático de Direito, porquanto é o fato que deve ser objeto de valoração jurídico-penal. A função da garantia que possui o tipo penal resta inexoravelmente abalada diante da admissão de tipos penais do autor. Aliás, como bem lecionam LUNA (“o homem responde pelo que faz e não pelo que é. Princípio do ato e não do ser. Para o direito, ser é agir; ser criminoso é praticar um crime”⁷⁹²) e CONDE (“solo el derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente”⁷⁹³), punir com dolo eventual quem se embriaga e empreende velocidade excessiva em seu veículo, vindo a cometer um delito de trânsito (sem quaisquer outras considerações) é retornar ao Direito Penal do agente, na vil tentativa de responsabilizar um indivíduo de maneira apriorística dada suas particularidades (ou mesmo irresponsabilidades).

E assim, têm-se como conclusivos os dizeres de PRADO:

O delito só existe enquanto ação humana (Direito Penal do fato) e não como estado, condição social, modo de ser ou atitude (Direito Penal do autor), mormente em uma sociedade livre e democrática, em que vige o primado da lei e do respeito inarredável aos direitos e garantias fundamentais do homem⁷⁹⁴.

⁷⁹² LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 34.

⁷⁹³ “somente o direito penal baseado no ato cometido pode ser controlado e limitado democraticamente” (tradução do autor). CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 10.

⁷⁹⁴ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 292.

6 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

1. A teoria do delito objetiva, por intermédio de determinados critérios, o estabelecimento de certas características comuns a toda e qualquer espécie de delito, por mais díspares que, num primeiro momento, possam parecer;

2. Muito embora vários conceitos de crime possam ser concebidos de acordo com o ponto de vista adotado (tais como o formal, o material e o legal), o mais compatível com a segurança jurídica exigida pelo Estado Democrático de Direito e pacificamente adotado pela Dogmática jurídico-penal é o conceito analítico que decompõe o delito em todos os seus elementos constitutivos;

3. O conceito analítico, por sua vez, está longe de ter um uníssono (e inequívoco) posicionamento, podendo ser destacadas, ao longo dos tempos, várias correntes (clássica, neoclássica, finalista, dentre outras) que tentaram explicar o delito, cada uma à sua maneira;

4. Com base nesse conceito analítico, pode-se afirmar ser o crime uma ação típica, antijurídica e culpável, em que cada uma dessas etapas de valoração constitui um pressuposto para a verificação da etapa seguinte, ressaltando-se, ainda, que a tipicidade é indício da presença da antijuridicidade;

5. Enquanto alguns desses posicionamentos encontram-se inegavelmente superados, é certo que algumas de suas premissas não podem ser ignoradas, tais como a asserção finalista de que a atividade humana é dirigida a fins;

6. Ainda consoante a concepção analítica de delito, a ação humana é o núcleo do conceito de crime, visto que ela constituirá a base para os juízos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade;

7. Muito embora várias sejam as teorias que tentam elaborar um conceito genérico de ação que pudesse, de uma vez só, abarcar as noções de crimes comissivos, omissivos, dolosos e culposos (causal, finalista e social, dentre outras), é certo que todas até aqui elaboradas têm suas qualidades e falhas;

8. Não obstante, a estrutura ontológica da ação finalista (realizada em duas fases – uma interna e outra externa), que transpôs o conteúdo da vontade (outrora verificado somente quando do exame da culpabilidade) para a ação, melhor reflete a realidade, pois tudo aquilo que realizamos desde a formação de nossa consciência, é dirigida à realização de fins (imediatos e mediatos);

9. O tipo legal é a descrição feita pela lei das ações incriminadas, devendo ser composto de tantos quantos elementos forem necessários para a sua mais precisa definição (incriminações vagas não são condizentes com a ordem democrática);

10. Desse modo, o tipo é composto por elementos objetivos (que se subdividem em descritivos e normativos) e subjetivos (o dolo ou a culpa e eventualmente quaisquer outros elementos que digam respeito às intenções e tendências do agente);

11. Ressalte-se que não há qualquer incoerência em se afirmar que o dolo e a culpa pertencem à ação e, concomitantemente, apontá-los como elementos do tipo: afinal, se o tipo é a previsão legal de todas as circunstâncias da ação que se busca tipificar, é indubitável que também o dolo (e a culpa) nele devem estar previstos;

12. O dolo, por sua vez, é composto por um elemento intelectual (consciência) e por um volitivo (vontade) de realização dos elementos objetivos do tipo. É comumente

classificado em dolo direto (quando o agente quer o resultado típico) e eventual (quando o agente não o quer, mas assume o risco de produzi-lo);

13. A culpa, por outro lado, pressupõe uma conduta voluntária cuja finalidade é penalmente irrelevante (geralmente lícita), mas cujo resultado lesivo (não querido) é previsível e decorre (nexo causal) da inobservância (por parte do agente) de um cuidado objetivamente devido;

14. São modalidades de inobservância desse cuidado objetivo: a imperícia, a negligência e a imprudência. Pelo fato da previsibilidade do evento constituir o limite da culpa (não se podendo responsabilizar um indivíduo pela ocorrência de um resultado não previsível), a culpa é classificada conforme a realização concreta do esforço mental de previsão por parte do agente em: culpa inconsciente (quando o agente não realiza tal exercício) e culpa consciente (quando o agente prevê a possível ocorrência do resultado lesivo);

15. A tênue diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente foi objeto de pesquisa de diversos juristas, os quais formularam teorias e fórmulas a respeito. De qualquer forma, ambas se assemelham porque nas duas situações o agente prevê o resultado como possível: contudo, enquanto no dolo eventual o agente toma tal realização por indiferente, aceitando sua ocorrência, na culpa consciente o agente afasta tal possibilidade, geralmente confiando em sua habilidade;

16. Tal tênue distinção é, portanto, o limite que a investigação no campo do Direito Penal permite. Sua demonstração, por sua vez, incumbe à prova, instituto afeto ao Direito Processual Penal, cuja discussão deve ser feita em termos constitucionalmente democráticos;

17. Muito embora os adeptos do instrumentalismo tomem por sinônimo o sistema da livre convicção (na apreciação da prova) com o da persuasão racional, é de se ver que este daquele se diferencia na medida em que não se pressupõe no julgador características magnânimas (como se intrínsecas à sua personalidade) de equidade e de justiça, preterindo-os por uma base normativa na apreciação da prova: no Estado Democrático de Direito, a persuasão do juiz é construída pelos critérios que a lei estabelece para seu autoconvencimento ante os fatos e atos examinados;

18. Nesses termos, tampouco a prova pode ser conceituada tomando-se por referência o estabelecimento de qualquer verdade (tal como preconizado pelos instrumentalistas), senão como o ato de representar e demonstrar os elementos da realidade objetiva pelos meios intelectivos autorizados em lei;

19. Três noções são fundamentais à compreensão desse instituto processual: o meio de prova, o elemento de prova e o instrumento de prova. É lançando-se mão de um específico meio de prova (como, por exemplo, o interrogatório) que são captados determinados elementos de prova (como, por exemplo, a confissão), que, por sua vez, são materializados por intermédio dos instrumentos de prova (*in casu*, o termo de interrogatório);

20. A prova, nesses termos democraticamente concebidos, não se trata de um ônus, tal como preconizado pelos instrumentalistas, senão de um direito conferido às partes no sentido de recolher os elementos necessários à comprovação daquilo que alegam. O ônus probatório decorre, portanto, do não exercício desse direito (à prova);

21. Não se pode admitir hodiernamente qualquer poder instrutório (ainda que complementar ou subsidiário) conferido ao juiz, tendo em vista o sistema acusatório consagrado pela Constituição Federal de 1988, sendo qualquer dispositivo legal nesse sentido manifestamente inconstitucional (por exemplo, a parte final do art. 156 do Código de Processo Penal);

22. Também em termos democráticos, e em franca contraposição àquilo que é sustentado pelos instrumentalistas, não podem os indícios (e as presunções que deles decorrem) servir como único suporte de um decreto condenatório. Com efeito, o sistema da livre convicção se coaduna perfeitamente com uma condenação fundada única e exclusivamente em indícios e em presunções pois somente um sistema cujo convencimento não é abalizado por ditames normativos, sendo irrestrito e subordinado aos adjetivos pessoais do magistrado, pode admitir indícios para embasar nefasta condenação. O sistema da persuasão racional, por outro lado, tal como o concebemos, impede um decreto condenatório nessas condições;

23. Se no processo penal incumbe ao acusador a comprovação de todas as circunstâncias ou elementos do crime (por força do princípio do estado de inocência, consagrado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal), também o dolo e a culpa, entendidos como elementos subjetivos do tipo, demandam comprovação, sob pena da ação ser tida como atípica e, por conseguinte, penalmente irrelevante;

24. Ainda que tanto o dolo quanto a culpa possam ser considerados como elementos anímicos da conduta do agente, podem ser comprovados indiretamente mediante a interpretação da ação, ou melhor, por intermédio da ponderação das circunstâncias que envolvem a realização da ação;

25. Ou seja, se por um lado, a prova direta sobre o elemento subjetivo do tipo é impossível, porquanto inviável a investigação na mente do agente, por outro lado, o elemento anímico é perfeitamente aferível na ponderação das circunstâncias exteriores à ação desse mesmo agente;

26. O elemento subjetivo do tipo, portanto, seja dolo, seja culpa, constitui objeto de prova, sendo transmudado em elementos de prova através de dados objetivos apuráveis por intermédio dos meios de prova, fixados nos respectivos instrumentos de provas;

27. Exatamente pelo fato da prova ser realizada de forma indireta, não pode um único elemento traduzir, de maneira absoluta, determinado elemento subjetivo do tipo, razão pela qual se afirma que a prova do elemento subjetivo do tipo exige o concurso de diversas circunstâncias num ou noutro sentido, tudo nos exatos termos exigidos tanto pelo Estado Democrático de Direito quanto pelo sistema da persuasão racional;

28. O dolo e a culpa, portanto, não podem ser, sob nenhuma hipótese, presumidos, devendo ser cumpridamente provados;

29. Assim como os gêneros a que pertencem, também o dolo eventual e a culpa consciente também demandam comprovação, constituindo, portanto, iguais objetos de prova;

30. Se a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente repousa exatamente no fato de que no primeiro há a aceitação concreta da ocorrência do resultado lesivo (o que nem de longe ocorre na culpa consciente), é sobre esta circunstância diferenciadora que deverá se voltar a colheita dos elementos de prova;

31. A questão acerca do dolo eventual e da culpa consciente possui maior relevância ainda quando se considera que é por esta delimitação do elemento subjetivo do tipo que será definida a competência para o processamento e julgamento dos crimes: se doloso, competente é o júri popular; se culposo, a atribuição é do juiz singular;

32. Muito se discute acerca do dolo eventual nos crimes de trânsito, tendo alguns estudiosos afirmado que as circunstâncias de estar o agente embriagado, em velocidade excessiva e ter (eventualmente) adentrado na contramão – elementos de provas aferíveis em meios de provas geralmente periciais - significaria a assunção da prática do evento lesivo, como numa fórmula de precisão matemática;

33. Tais circunstâncias, porém, são modalidades de inobservância do dever de cuidado objetivo e, por isso, insuficientes para fundamentar a pretensão de dolo eventual,

devendo ser corroboradas por outros elementos de prova constantes dos autos, sob pena de subversão da ordem jurídica;

34. A questão acerca do dolo eventual e da culpa consciente não repousa em tais circunstâncias, mas sim no fato do agente ter se conformado ou não com a produção do resultado lesivo, e é sobre esta circunstância que a prova deve se voltar (recolhendo-se elementos de prova que possibilitem tal compreensão);

35. Tal (infeliz, ressalta-se) tendência moderna pode ser facilmente explicada como um regresso ao Direito Penal do agente, onde características pessoais do autor (e não do fato por ele praticado) é que são levadas em conta na adequação típica, situação absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito e com seu inafastável princípio da legalidade.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUADO, Paz Mercedes De la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.

ANDRADE, Wanderley. *A defesa criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ANTÓN, Tomás S. Vives. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

AQUINO, José Carlos Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BALESTRA, Carlos Fontán. *El elemento subjetivo del delito*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1957.

BARBOSA, Manoel Messias. *Delitos do automóvel e prática processual*. 6. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1995.

BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva – Edusp, 1973, v. 1.

BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BETANCOURT, Eduardo López. *Teoría del delito*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1995.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale: parte generale*. 9. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRASIL. *Código de Processo Penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. *Código Penal*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. I.

_____. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. I.

CABRAL NETTO, Joaquim. *Instituições de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CAMPOS, Alberto A. *Introducción a la teoría del delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Gonçalves. *Aspectos criminais do código de trânsito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria general del delito*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1952.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Trad. de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, v. 3.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. Campinas: Servanda, 2000.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Estrutura do direito penal*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I.

_____. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. II.

COSTA, Carlos Adalmyr Condeixa da. *Dolo no tipo: teoria da ação finalista no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

COSTA JUNIOR, Heitor. *Teoria dos delitos culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*.

DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. Trad. por Érico Maciel. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa e direito penal*. 2. ed. Coimbra: Biblioteca Jurídica Coimbra Editora, 1983.

_____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FLORIAN, Eugênio. *De las pruebas penales: de la prueba en general*. Bogotá: Editorial Temis, 1968, t. I.

_____. *De las pruebas penales: de las pruebas en particular*. Bogotá: Editorial Temis, 1969, t. II.

FOLCHI, Mario O. *La importância de la tipicidad em derecho penal*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1960.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961.

_____. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FUKASSAWA, Fernando Y. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: introdução*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1.

_____. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 3.

_____. Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 6.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. Habeas Corpus para mentir na CPI: Abuso Legal ou Direito? In: http://www.revistaautor.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=345&Itemid=44.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. II.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, v. 1.

_____. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (lei n. 9.503, de 23-9-1997)*. São Paulo: Saraiva, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A teoria do delito e o Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1994.

_____. *Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991.

MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale*. 5. ed. Bolonha: Nicola Zanelli, 1951, v. 1.

MAIA NETO, Francisco. *Da prova pericial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. por Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1.

_____. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. por Alberto Antônio Soares. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1871.

_____. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. por Alberto Antônio Soares e atualizado por Pontes de Miranda. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. *Derecho Penal: introducción*. Madrid: Universidad Complutense, 2000.

MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Delitos do automóvel: apontamentos sobre o dolo eventual*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1974.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.

_____. *Do crime culposos*. São Paulo: Saraiva, 1957.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PALACIO, Lino Enrique. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. In: *Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito Virtuajus*. ago/2003, v. 1.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.

_____. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1979.

RUIZ, Sérgio Túlio. *La estructura del delito*. Bogotá: Editorial Temis, 1978.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Do crime*. São Paulo: Brasilivros Editora e Distribuidora Ltda., 1980.

SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de um concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

SANTOS, Nildo Nery dos. *A teoria do crime*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Bruno Gonçalves da. *Da prova ilicitamente obtida por particular no processo penal*. Belo Horizonte, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, Willian. *Direito processual penal ao vivo: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SILVEIRA NETO, Honório. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito UFMG*, v. 33.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

TEIXEIRA, Adenilton Luiz. *Da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3.

TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime: o estudo do crime através de suas divisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. *Instituições de direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, t. I.

_____. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VASCONCELOS, Anamaria Campos Tôrres de. *Prova no processo penal: justiça como fundamento axiológico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Editora Romana, 2003.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Tradução Juarez Tavarez. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.