

---

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DOLO EVENTUAL, EMBRIAGUEZ E HOMICÍDIO NO TRÂNSITO:  
ANÁLISE À LUZ DA HERMENÊUTICA DE CARIZ FILOSÓFICO**

CARLOS EDUARDO DOS S. NUNES

PRESIDENTE PRUDENTE/SP  
2012

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DOLO EVENTUAL, EMBRIAGUEZ E HOMICÍDIO NO TRÂNSITO:  
ANÁLISE À LUZ DA HERMENÊUTICA DE CARIZ FILOSÓFICO**

CARLOS EDUARDO DOS S. NUNES

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues.

PRESIDENTE PRUDENTE/SP  
2012

**DOLO EVENTUAL, EMBRIAGUEZ E HOMICÍDIO NO TRÂNSITO:  
ANÁLISE À LUZ DA HERMENÊUTICA DE CARIZ FILOSÓFICO**

Trabalho de Curso aprovado como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel em Direito

---

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues  
Orientador

---

Sérgio Tibiriçá do Amaral  
Examinador

---

Rodrigo Lemos Arteiro  
Examinador

Presidente Prudente/SP, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012

“Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o  
direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

Eduardo Juan Couture



Dedico o presente trabalho aos familiares e amigos, que, de veras, foram imprescindíveis em sua realização. A todos, sou extremamente grato..

## AGRADECIMENTOS

Poder agradecer, já se disse, é uma bênção divina. Na verdade, há sempre o que agradecer. Afinal, sozinhos, somos pouco mais que nada.

No caso específico do presente estudo, há um manancial de pessoas para agradecer.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pela dádiva da vida, bem como por todas as bênçãos – que não são poucas – a mim concedidas. Agradeço-lhe, ainda, pela força que me concede – ainda que diante de tribulações e percalços – e nunca me deixa fraquejar.

À minha família, que, com muito amor, carinho e compreensão, me ajudou a vencer mais esta etapa de minha vida.

Agradeço também – e de modo muito especial – ao Professor Daniel Colnago, com quem tive a extrema honra de estagiar, e que, com muito brilhantismo, paciência e compreensão, me orientou na confecção do presente estudo. Seu apoio e confiança incondicionais não me deixaram fraquejar, nem mesmo nos momentos de maior exaustão. A ele, sou eternamente grato por tudo que me ensinou/ensina e por todo apoio e confiança depositados em mim. O tenho – além de um modelo de profissional e ser humano – como um grande amigo, na acepção mais nobre do termo.

Ainda, agradeço aos professores Sérgio Tibiriçá e Rodrigo Lemos Arteiro, exemplos de brilhantismo e profissionalismo, por terem prontamente aceito fazer parte de minha banca examinadora.

Ao professor Sérgio, pessoa admirável – além, é claro, de ser um gênio – agradeço por todo carinho, bem como por todo apoio e confiança depositados em mim ao longo desses 5 anos. Sou eternamente grato. Jamais me esquecerei das coisas que me ensinou/ensina.

Ao professor Rodrigo, que, desde a primeira aula que assisti, virei fã, meus sinceros agradecimentos por tudo que me ensinou/ensina e pelo brilhantismo de sempre. Quem assistiu, ainda que apenas uma aula sua, sabe bem do que estou falando.

Para mim, grande admirador de ambos, é uma honra tê-los como examinadores.

Não poderia deixar de agradecer aos queridos amigos do escritório de aplicação de assuntos jurídicos, local onde realizei meu primeiro estágio, pela presença agradabilíssima e por tudo que me ensinaram. Sem eles, certamente não seria possível a realização deste trabalho. Muito obrigado, meus amigos!

Ainda, agradeço a todos os demais amigos pelo apoio, pela amizade, pela compreensão, pela atenção, pelos puxões de orelhas etc. vocês foram imprescindíveis.

Agradeço, também, à Faculdade Toledo – corpo docente e funcionários – pelo brilhantismo e maestria no ensino do direito. Desde o primeiro dia em que entrei aqui, tive certeza de que este era o meu lugar.

Espero, sinceramente, que a vida de todos seja um manancial de bênçãos!



## RESUMO

O presente estudo tem o fito de analisar a aplicabilidade do instituto do dolo eventual nos delitos de trânsito, mormente nas hipóteses em que o condutor do veículo automotor encontra-se sob o efeito de álcool ou substância análoga. Cuida-se de questão polêmica. Demasiadamente intrincada.

A doutrina e a jurisprudência divergem muito no se refere a essa temática. Todavia, não ofertam critérios seguros para distinguir entre esses dois institutos. Quando muito, aduzem que o instituto do dolo eventual se caracteriza pela assunção do risco da produção do evento danoso. E limitam-se a isso.

Tem-se, em decorrência dessa ausência de critério, que o questionamento, na maioria das vezes, é resolvido pelo subjetivismo do intérprete. Situação que, nesta quadra da história, até mesmo por força da crise atual pela qual passa o hodierno direito penal, deve ser repensado.

Assim, nos primeiros capítulos, são traçadas algumas balizas para afastar determinados pré-juízos - no sentido gadameriano do termo - que podem ser prejudiciais para a compreensão do presente estudo.

Ao depois, esquadrinham-se os conceitos de conduta, crime doloso e crime culposos. Para, ao final, propor um critério que se afasta do subjetivismo do intérprete, e se funda na seriedade do perigo causado conscientemente pelo agente.

O pano de fundo, para a análise do tema, é a hermenêutica de cariz filosófico de matriz gadameriana.

**Palavras chave:** Teoria do direito. Hermenêutica filosófica. Distinção entre dolo eventual e culpa consciente.

## ABSTRACT

This study has the aim of analyzing the applicability of the institute's eventual intention in traffic offenses, especially in situations where the driver of the motor vehicle is under the influence of alcohol or substance analogue. Take care of yourself contentious issue. Too intricate.

The doctrine and case law differ widely in regard to this issue. However, insurance does not proffer criteria to distinguish between these two institutes. At best, their argument that the institute's eventual intention is characterized by the assumption of the risk of producing damaging event. And limited to that.

It has, as a result of this lack of discretion that the questioning in most cases is solved by the subjectivity of the interpreter. That situation, this court's history, even under the current crisis through which passes the today's criminal law, should be rethought.

Thus, in the early chapters, some beacons are drawn to exclude certain pre-judgments - in gadameriano sense of the term - that can be harmful to the understanding of this study.

By then scan the concepts of conduct, felony murder and manslaughter. For in the end, propose a criterion that moves away from the subjectivism of the interpreter, and is based on the seriousness of the danger caused by the agent consciously.

The background for the analysis of the topic, is the nature of philosophical hermeneutics of Gadamer matrix.

**Keywords:** Theory of law. Philosophical hermeneutics. Any distinction between intentional and conscious guilt.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>1. BREVE ESCORÇO E EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ESTADO MODERNO: DO ESTADO ABSOLUTISTA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. DE COMO O DIREITO PENAL NÃO PODE/DEVE FICAR IMUNE A ESSA MUDANÇA PARADIGMÁTICA</b> .....	14

1.1. O Início da Modernidade: entre Civilização e Barbárie, o Estado Absolutista.....	14
1.2. A segunda Versão do Estado Moderno: o modelo liberal .....	15
1.3. O Estado Social .....	18
1.4. O Estado Democrático de Direito e o Dirigismo Constitucional .....	19
<b>2. PARA ALÉM DE UM NOVO PARADIGMA: AS MUDANÇAS INTRODUZIDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO.....</b>	<b>23</b>
2.1. Conceito de Neoconstitucionalismo .....	23
2.2. Os Marcos que Proporcionaram a Mudança de Paradigmas .....	24
2.2.1. Marco Histórico.....	24
2.2.2. Marco Filosófico .....	25
2.3. A Constitucionalização do Direito .....	27
2.3.1. Constitucionalização do direito penal: exposição e análise crítica.....	29
2.4. Da Adoção de um Comportamento Constitucional para a Superação da Crise: interpretação à luz da hermenêutica filosófica de matriz Gadameriana.....	32
<b>3. TEORIA DA NORMA: ANÁLISE RETROSPECTIVA E PROSPECTIVA.....</b>	<b>37</b>
3.1. A Distinção entre “Texto Legal” e “Norma”.....	37
3.2. Da Distinção entre Princípios e Regras, bem como sua Conceituação ao Longo da História.....	38
3.2.1. Os Princípios em Dworkin e Alexy.....	39
3.2.2. Os Princípios e regras em Humberto Ávila.....	42
<b>4. TEORIA GERAL DO DELITO.....</b>	<b>45</b>
4.1. Funções e Razão da Existência da Teoria Geral do Delito.....	45
4.2. Critério de Análise do Delito: da conduta ao agente ou da parte ao todo .....	47
4.3. Escorço Evolutivo das Concepções de Delito: do causalismo ao finalismo .....	48
<b>5. DA CONDUTA PUNÍVEL .....</b>	<b>53</b>
5.1. Considerações Iniciais: fixação de algumas premissas para melhor compreensão do tema.....	53
5.2. Teorias Explicativas da Conduta .....	54
5.2.1. Teoria causal-naturalista.....	54
5.2.2. Teoria final .....	56
5.2.3. Teoria social da ação .....	59
<b>6. DO TIPO DOLOSO E DO TIPO CULPOSO: VISÃO PANORÂMICA .....</b>	<b>61</b>

6.1. Do Tipo Doloso .....	64
6.2. Do Tipo Culposos .....	71
<b>7. DELITOS DE TRÂNSITO: DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE? .....</b>	<b>77</b>
7.1. Considerações Preliminares.....	77
7.2. Homicídio Culposos de Trânsito e Conceito de Veículo Automotor .....	77
7.3. O Posicionamento dos Tribunais no que se Refere aos Homicídios de Trânsitos Praticados por Pessoas em Estado de Embriaguez.....	79
7.4. Teoria da Imputação Objetiva .....	83
7.5. Da Distinção entre Dolo Eventual e Culpa Consciente.....	89
7.5.1. Tratativas do tema na doutrina .....	89
7.5.2. A distinção entre dolo e culpa segundo a qualidade do perigo criado conscientemente pelo agente.....	90
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>93</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>96</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o fito de analisar uma das questões mais intrincadas da ciência jurídica hodierna, qual seja, a (im)possibilidade da aplicação do instituto do dolo eventual nos delitos praticados na condução de veículo automotor – mormente o delito de homicídio - quando seu condutor se encontra embriagado ou sob o efeito de substância análoga.

Evidente que não se pretende esgotar todas as celeumas que pairam sobre o tema, tampouco sugerir um critério que tenha por objetivo sanar todas as controvérsias exsurgentes nessa temática. Não. Longe disso. Almeja-se, apenas, contribuir de alguma forma para o debate jurídico - propondo um critério que se desvencilha com maior intensidade do subjetivismo do intérprete - na busca da diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente.

Nos três primeiros capítulos foram abordados temas da teoria geral do direito. Isto visando afastar pré-juízos (no sentido gadameriano do termo) que possam ser prejudiciais à compreensão do trabalho.

No capítulo primeiro, foi efetuado um escorço histórico-evolutivo dos modelos de estado, no qual abordou-se desde o estado absolutista até o estado democrático de direito, paradigma vigente no Brasil, nesta quadra da história.

Ao depois – e intimamente correlacionado com os modelos de estado – abordou-se o fenômeno do neoconstitucionalismo, bem como as mudanças e inovações trazidas ao hodierno ordenamento jurídico por força desse novo modelo de compreensão, interpretação e aplicação do direito.

Nesse capítulo, ainda, procurou-se abordar, mesmo que de forma simples e objetiva, a crise pela qual passa o moderno direito penal, que, efetivamente, não se amoldou às novas tendências traçadas pelo paradigma do neoconstitucionalismo.

Em face disso, propô-se, como forma de superação da crise supra afirmada, à luz da hermenêutica filosófica de cariz gadameriana, um comportamento constitucionalmente adequado no tocante à interpretação e aplicação do atual direito penal.

Ao depois, no capítulo terceiro – e até mesmo pela confusão conceitual e aplicativa desses institutos - traçou-se uma análise retrospectiva e prospectiva da teoria da

norma, na qual foram abordados os conceitos de regras e princípios, “antigos” e hodiernos, bem como sua dissociação.

Ulteriormente, no capítulo quarto, analisou-se algumas premissas metodológicas da teoria do delito, tais como a razão de sua existência e o critério de análise do delito.

Depois, nos capítulos quinto e sexto, respectivamente, foram abordadas as nuances da conduta e dos delitos dolosos e culposos.

Por derradeiro, no capítulo sétimo, a temática da possibilidade ou impossibilidade da aplicação do dolo eventual nos delitos de trânsito foi investigada.

Partiu-se da premissa de que, nem a doutrina, tampouco a jurisprudência, fixam critérios que ao menos possam nortear o intérprete no difícil intento de distinguir dolo eventual e culpa consciente. Quando muito, limitam-se a dizer que o dolo eventual se diferencia da culpa consciente porque nele o agente “assume o risco” de produzir o resultado. Não passa disso.

Ainda, foram analisadas duas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal que ofertam critérios distintos no que se refere ao tema: de um lado, a Min. Ellen Gracie aduz que, para se aferir a distinção entre dolo eventual e culpa consciente deve-se vislumbrar a situação fática em que o evento ocorreu; de outro, o Min. Luiz Fux aduz que o que deve ser perquirido é o querer do agente no momento da ingestão de álcool ou substância análoga.

Rechaçou-se, nas presentes reflexões, o critério exarado pelo Min. Fux. É que de acordo com a interpretação realizada de seu pronunciamento, caberia ao intérprete verificar se houve ou não intenção do agente de se colocar em estado de embriaguez para praticar o delito, ou ao menos assumir o risco de fazê-lo. Isso porque, entende-se que uma questão tão relevante como essa não pode ficar ao alvedrio do intérprete.

Dá que traçou-se um critério mais objetivo para distinção entre esses dois institutos.

# **1. BREVE ESCORÇO E EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ESTADO MODERNO: DO ESTADO ABSOLUTISTA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. DE COMO O DIREITO PENAL NÃO PODE/DEVE FICAR IMUNE A ESSA MUDANÇA PARADIGMÁTICA**

## **1.1. O Início da Modernidade: entre Civilização e Barbárie, o Estado Absolutista**

O marco inicial do estado moderno foi o século XVI - possibilitado pela ruptura da forma medieval feudal<sup>1</sup> de produção - que deu lugar ao Estado Absolutista<sup>2</sup>.

É impossível, inclusive, tecer considerações acerca do hodierno constitucionalismo, bem como de suas conquistas e nuances teóricas, sem – ainda que em poucas linhas - fazer um esboço histórico-autêntico dos modelos que antecede(ra)m o atual Estado Democrático de Direito. Vejamos.

O estado absolutista caracterizou-se pela concentração de todos os poderes estatais nas mãos dos monarcas; originando, assim, as denominadas “monarquias” absolutistas.

Nesse modelo estatal tem-se que as monarquias apropriaram-se dos estados da mesma forma que o proprietário faz do objeto sua propriedade. De modo que exurgiu um poder de império, como direito absoluto do rei sobre o estado.

Assim, pode-se afirmar que os reis, com tal postura, se constituíram como senhores do estado, do mesmo modo que faziam os senhores feudais do medievo.

---

<sup>1</sup> “Forma estatal pré-moderna, de poder fragmentado, o modelo de produção feudal tinha por finalidade a própria manutenção do sistema. Era formado por três grandes classes: o clero, a nobreza e os servos da gleba. A nobreza era originalmente militar e se auto-atribuía um território e sua população. Os servos eram obrigados a cultivar – normalmente em um sistema de três campos – para si e para seu senhor, e não podiam abandonar a terra. Militarmente o senhor feudal protegia o território e a população de seu feudo. Possuía, ademais, o poder econômico, o político, o militar, o jurídico e o ideológico sobre tudo e sobre todos aqueles que estavam sob seu domínio. Como os rendimentos da agricultura eram sempre estáveis, a única forma de ampliar suas riquezas era anexando mais territórios e servos, e a forma de consegui-los era através das guerras e matrimônios.” (CAPELLA, 2002, p. 84)

<sup>2</sup> Importante consignar que não há data precisa da mudança da forma estatal medieval – caracterizada pelo feudalismo – para a forma de estado moderno – que, em sua primeira vertente, tem o estado absolutista.

Inobstante os reis tenham se apropriado do estado como os senhores feudais se apropriavam das terras e dos servos, nesse novo modelo de estado há um substancial avanço em relação àquele. Isto porque o homem do medievo passa de servo da gleba - praticamente propriedade do senhor feudal - para súdito do rei. Destarte, a relação de poder passa de *ex parte príncipe para ex parte principio*<sup>3</sup>.

Nesse traçado, importante mencionar que a pilastra central de sustentação do poder monárquico era decorrente de uma origem divina. Dito de outro modo, acreditava-se que o rei era o representante de Deus na terra. Isto fazia com que ele, rei, pudesse se desvincular de qualquer limitação de sua autoridade. Daí que, nesse paradigma de estado, o poder era exercido sem qualquer dependência ou controle de outros poderes e/ou órgãos, fossem eles superiores ou inferiores. Não existia, pois, nenhuma Constituição ou qualquer outro documento que limitava o poder do monarca.

Importante notar, todavia, que embora o poder monárquico fosse soberano e absoluto, não se confundia com a tirania. Isso porque a ilimitação do poder monárquico se referia à limitações externas, o que não quer dizer que crenças e valores, ou seja, as referências internas, não eram respeitadas (MORAIS; STRECK, 2008, p. 45).

## **1.2. A segunda Versão do Estado Moderno: o modelo liberal**

Das considerações tecidas alhures, pode-se depreender que o estado absolutista não era um estado constitucional. O estado constitucional, inclusive, só exsurgiu com a convocação da assembleia constituinte, responsável por delegar à burguesia o poder político, que antes era concentrado apenas na pessoa do rei.

---

<sup>3</sup> A dominação é considerada *ex parte príncipe* quando a relação é pessoalizada. E, é justamente isso que ocorria no medievo. É que o servo tinha uma relação direta – “face to face” – com o senhor feudal. Este, inclusive, tinha o direito de possuir às plebeias na primeira noite de casadas. Com a mudança de paradigmas, do feudalismo para o estado moderno em sua primeira vertente, isto é, o absolutismo, a dominação passa a ser legal-racional (*ex parte principio*); e, desse modo, o servo do senhor feudal passa a ser súdito do rei. O que, à evidência, consistiu num relevante avanço (MORAIS; STRECK, 2008, págs. 26-27).

Destarte, é apenas a partir da Revolução Francesa – que ensejou o paradigma do liberalismo - que se pode falar em direitos e garantias fundamentais; e, conseqüentemente, em estado constitucional<sup>4</sup> e constitucionalismo.

No que diz respeito ao constitucionalismo de cariz liberal, transcreva-se o que leciona Miranda (2002, págs. 325-326), para quem:

O constitucionalismo – que não pode ser compreendido senão integrado com as grandes correntes filosóficas, ideológicas e sociais dos séculos XVIII e XIX – traduz exactamente certa idéia de Direito, a idéia de Direito liberal. A Constituição em sentido material não desponta como pura regulamentação jurídica do Estado; é a regulação do Estado conforme os princípios proclamados nos grandes textos revolucionários. O Estado, só é Estado Constitucional, só é Estado racionalmente constituído, para os doutrinários e políticos do constitucionalismo liberal, desde que os indivíduos usufruam de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos. [...] Em vez de os indivíduos estarem a mercê do soberano, eles agora possuem direitos contra ele, imprescindíveis e invioláveis. [...] A idéia de Constituição é uma garantia e, ainda mais, de uma direcção da garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na protecção em que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir.

A reivindicação de uma Constituição era amparada na tese de que o contrato social só nela encontra sua clareza.

Não é tarefa fácil exarar um conceito unívoco de liberalismo. Isto porque, sob a égide desse paradigma, segundo a doutrina liberal, foram apresentadas constantes mudanças pela incorporação de novas situações e tendências. Daí porque se dizer que não há apenas um conceito de liberalismo.

Inobstante isso, existe uma nuance que se encontra trabalhada na moldura de todos os conceitos fixados, qual seja: a ideia de imposição de limites para a atuação estatal.

É que os defensores do liberalismo apregoavam que uma constituição evitava os extremos do poder monárquico, que, de acordo com esse novo paradigma, passaria a ser

---

<sup>4</sup> Mencione-se que a primeira Constituição exsurge fora da Europa, inobstante seu inestimável papel e relevância históricas. Cuida-se da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, que é antecessora do nascimento do Estado Liberal em terras européias.

um dos órgãos do estado; e, desse modo, regido pela constituição e pela soberania popular. Assim, o povo passa a ser elemento essencial do estado, isto é, cidadão.

O liberalismo, repise-se, consolidou diversas conquistas dos indivíduos, tais como a conquista das liberdades, dos direitos humanos, ordem legal, propriedade, governo representativo, legitimação da mobilidade social etc. (MORAIS; STRECK, 2008, p. 56).

Nessa toada, cumpre anotar que naquela etapa histórica a preocupação era com a proteção de direitos individuais. Não é por outra razão que o bem jurídico penal foi moldado por noções de liberdades negativas<sup>5</sup>, vale dizer, defesa do indivíduo contra os excessos e arbitrariedades estatais.

Disso se pode concluir que o estado era visto como um mal, um opressor. A sociedade, noutra via, era vista como boa, oprimida. Havia, pois, a necessidade da não intervenção do estado para que ela – sociedade - se desenvolvesse de forma próspera e livre<sup>6</sup>.

Portanto, pode-se extrair das considerações tecidas alhures que o liberalismo consistiu numa corrente antiestado, de modo que suas pilastras sustentadoras eram os indivíduos e suas iniciativas. As tarefas estatais, assim, se reduziriam a manutenção da ordem e segurança. O Estado era mínimo.

Nessa linha, importante mencionar que por volta dos anos 1880 surgiram os neoliberalistas, visando aprimorar o liberalismo.

Para os defensores dessa nova faceta do liberalismo - a moda individualista perfilhada pelo “anterior” liberalismo – não era mais satisfatória, mormente em razão da nova realidade industrial da época.

Portanto, a percepção minimalista do estado, que atuava apenas para a segurança individual e ordem, foi deslocada. Isto porque a função do estado passa a ser de removedor de obstáculos para o autodesenvolvimento dos indivíduos. É que, com um maior número de pessoas podendo usufruir das mais elevadas liberdades, estar-se-ia, efetivamente,

---

<sup>5</sup> As normas, no paradigma do estado liberal eram de natureza negativa. Isso porque impunham ao estado o dever de abstenção, ou seja, exigiam dele um comportamento negativo (omissivo) no tocante às liberdades individuais.

<sup>6</sup> Naquela etapa histórica – nos anos de 1700/1800 – o estado era visto como um inimigo das liberdades individuais do homem. Tanto é assim que a burguesia enriquecida considerava a liberdade contratual um direito natural do homem, afinal: “cada homem é o melhor juiz de seus interesses e deve ter a liberdade de promovê-los segundo sua livre vontade” (MORAIS; STRECK, 2008, p. 68).

garantindo o cerne do liberalismo, qual seja, a liberdade individual, concedendo-se valor novo e fundamental à igualdade de oportunidades e a uma certa opção solidária (MORAIS; STRECK, 2008, págs. 61-62).

Em decorrência dessa nova forma de pensamento, em meados do século XIX, começa(ra)m a surgir mudanças no paradigma liberal de estado. Isto porque ele, estado, começa a prestigiar e assumir tarefas positivas de prestações públicas. Deixando, pois, de ser um estado mínimo, que assegurava apenas o essencial, vale dizer, a ordem e a segurança.

Em razão disso houve uma guinada política, econômica e social na Europa e a comunidade internacional foi drasticamente modificada: pôs-se fim à escravidão, houve tolerância das incapacidades religiosas, inaugurou-se a liberdade de imprensa, discurso e associação, a propriedade e lar foram considerados invioláveis, e a educação foi ampliada (MORAIS; STRECK, 2008, p. 64).

A partir disso, pode-se depreender que o estado – que era não intervencionista – começa a intervir nas relações econômicas e sociais dos cidadãos. Isto acarretará, no início do século XX, a mudança de paradigmas para o estado social.

### **1.3. O Estado Social**

Inobstante o liberalismo tenha sido um grande avanço em relação ao absolutismo estatal, após duas guerras mundiais e a crise de 1930, ocorreram transformações no estado – de fundo intervencionista, democrático e social - que propiciaram a derrocada desse paradigma<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> De fato, a mudança do paradigma estatal, do não intervencionismo ao intervencionismo, se dá de modo Gradativo. Streck e Morais (2008, p. 74) apontam os graus dessa intervenção, de acordo com sua extensão e profundidade: A – intervencionismo – fase inicial da decadência do regime liberal. Caracterizou-se por medidas esporádicas e sempre circunscritas a ocasiões específicas. Visava a solucionar problemas concretos que surgiam e podiam colocar em risco a manutenção do regime; B – Dirigismo – nesta segunda fase, a atuação estatal passa a ser mais forte e coerente, com atos sistemáticos de ajuda e reforma à iniciativa privada, inclusive com objetivos político-econômicos predeterminados; e C – Planificação – representa o último e mais acabado estágio de atuação do Estado, inclusive com previsões que abrangem largo período temporal, e com análise econômica global.” (grifo nosso)

Assim, o estado começou a articular direitos de liberdades e garantias com direitos sociais, prestigiando, pois, igualdade jurídica com igualdade social e segurança jurídica com segurança social, de sorte que nesse novo paradigma o estado passa a tutelar os direitos do homem, do trabalhador e do cidadão. E, conseqüentemente, sua intervenção nas relações individuais é mais intensa (SCHÄFER, 2008, p. 22).

A dicotomia estado/indivíduo, portanto, foi rechaçada. Isso porque, nesse novo paradigma, o estado deveria proteger as condições mínimas de existência dos indivíduos e da sociedade, com vistas a propiciar-lhes, da melhor e mais ampla forma possível, suas necessidades sociais, tais como o direito à alimentação, a renda, a saúde, a habitação etc. A atitude estatal, pois, passa de negativa para positiva.

Note-se que a diferença entre o modelo de estado social e os demais é que no estado social as conquistas dos indivíduos são recebidas e construídas como um direito/conquista da cidadania.

Constitucionalmente, o estado social foi prestigiado pelas Constituições de Queretato do México de 1917, e de Weimar de 1919.

Embora o estado social seja um avanço em relação a todos os demais modelos estatais, mormente porque prestigiou diversos direitos imprescindíveis, bem como o bem estar e a boa vida sociais, seu caráter intervencionista desconsiderava a democracia e os direitos fundamentais; circunstância que, após o segundo pós-guerra, engendrou um novo avanço na moldura conceitual de estado e direito.

#### **1.4. O Estado Democrático de Direito e o Dirigismo Constitucional**

O paradigma do estado democrático de direito, de fato, constitui um avanço em relação a seus antecessores. Isso porque esse modelo de estado tem um conteúdo transformador da realidade. Assim,

À diferença dos modelos anteriores, o Estado Democrático de Direito, mais do que uma continuidade, representa uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade. Aponta, assim, para o

resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia como o Brasil. (MORAIS; STRECK, 2008, p. 104)

Esse novo paradigma, portanto, não se limita - como o estado social de direito - a uma mera adaptação melhorada das condições sociais de existência dos indivíduos.

Outrossim, o estado democrático de direito prestigia a busca efetiva da concretização da igualdade, “não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, através dele, de intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade” (MORAIS; STRECK, 2008. p. 97). Destarte, hodiernamente, em razão desse novo modelo estatal, as normas jurídicas - princípios, regras e postulados normativos - devem ser aplicados com o fito de transformar à sociedade, garantindo e protegendo os direitos fundamentais dos indivíduos que fazem parte do corpo social. Esse novo modelo estatal, pois, é “amigo dos direitos fundamentais”.

Pode-se afirmar, com Streck e Morais (2008, págs. 98-99), que o estado democrático de direito é regido pelos seguintes princípios:

A - Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;

B - Organização Democrática da Sociedade;

C - Sistema de Direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;

D - Justiça social como mecanismo corretivo das desigualdades;

E - Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas também, como atribuição de uma sociedade justa;

F - Divisão de Poderes ou de Funções;

G - Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação nacional, vinculativamente prescritivo de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;

H - Segurança e Certeza Jurídicas. (grifo nosso)

Diante desses princípios, fica evidenciado que são assegurados aos indivíduos que estão sob a égide desse paradigma uma série de garantias, direitos e obrigações, tais como a adequação de todas as atividades estatais com a Constituição Federal, o prestígio à igualdade material, a tutela efetiva dos direitos e garantias fundamentais, a proibição de

excessos e arbitrariedades estatais, bem como de proteção insuficiente, a busca de uma sociedade livre, justa e solidária como fundamento precípua do Estado, o prestígio da segurança jurídica nas relações sociais (para se evite excessos e arbitrariedades), a observância à lei criada democraticamente<sup>8</sup> etc., que, indubitavelmente, não podem ser desconsiderados, seja por quem for.

Nessa linha, importante mencionar que o legado do constitucionalismo, em sua terceira fase, que se ampara em valores de democracia e direitos fundamentais, trouxe a tona a questão do constitucionalismo dirigente. Ideia trazida para o Brasil por Joaquim José Gomes Canotilho.

---

<sup>8</sup> No que se refere à aplicação da lei produzida democraticamente, importante colacionar as seis hipóteses trazidas por Lenio Luiz Streck (2012, s.p.) nas quais o juiz pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei. São elas: “a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;

b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, *v.g.*, a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;

c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua ‘literalidade’) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição (trabalho, aqui, com a distinção-diferença entre ‘texto e norma’);

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal (*idem*, a distinção ‘texto-norma’). Assim, enquanto na Interpretação Conforme a Constituição há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido, na fórmula ‘esse dispositivo é inconstitucional se entendido no sentido de...’;

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;

f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pan-principiológico. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é ‘suspensa’ em casos de insignificância’). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares *exigirão* – mas *exigirão* mesmo – aplicação similar, graças à integridade e a coerência.”

A partir da ideia central de constituição dirigente, o autor português procurou afirmar a força atuante do direito constitucional, sob o pálio do qual a Constituição não é uma mera garantia existente. Pelo contrário, trata-se de um programa para o futuro, por meio do qual estado e sociedade se interligam (CANOTILHO, 1994, p. 27).

A ideia de dirigismo constitucional se relaciona, pois, com a mudança da realidade por meio do direito. E, é justamente a Constituição Federal, que fornecerá o esteio para a mudança/transformação social.

## **2. PARA ALÉM DE UM NOVO PARADIGMA: AS MUDANÇAS INTRODUZIDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO**

### **2.1. Conceito de Neoconstitucionalismo**

Como não poderia deixar de ser, até mesmo por sua característica de Ciência Social, o Direito não se encontra imune a mudanças. Inclusive, de algum tempo para cá, as transformações dessa Ciência são cada vez mais intensas e percucientes: exsurtem novas teorias, novas tendências, novos paradigmas.

Uma das grandes transformações sofridas pela Ciência Jurídica foi a engendrada pelo paradigma do “neoconstitucionalismo”, também denominado de “Constitucionalismo Contemporâneo”, “Constitucionalismo Moderno” etc.

Tem-se que a expressão “neo” significa “novo”, “que veio depois<sup>9</sup>”, “contemporâneo”, “moderno”. Portanto, “neoconstitucionalismo” nada mais é do que um novo modo de compreender, interpretar e aplicar o Direito, em especial o Direito Constitucional.

Com efeito – por força desse movimento doutrinário – a Constituição Federal, nesta quadra da história, superando o modelo vigente na Europa até meados do século passado, deixou de ser uma singela “Carta Política”, cujos preceitos eram apenas um “convite a atuação dos Poderes Públicos” (BARROSO, 2005, s.p).

Destarte, hodiernamente, a Constituição Federal não é mais despida de normatividade, vale dizer, não consiste mais num singelo apelo dirigido aos entes públicos. Pelo contrário, hoje a Constituição Federal encontra-se no ápice de todo o ordenamento jurídico. De sorte que toda atividade, seja legislativa, administrativa ou judiciária, deve respeitar seus preceitos.

---

<sup>9</sup> Essas denominações foram extraídas de BARROSO, 2005, s.p.

Veja-se, portanto, a mudança na percepção e status da Constituição Federal: de mera carta de intenções, passou a norma fundamental do ordenamento jurídico<sup>10</sup>.

Essa mudança de paradigmas, todavia, ocorreu de forma gradativa. Dois foram os marcos que proporcionaram sua ocorrência, quais sejam: marco histórico e marco filosófico.

## **2.2. Os Marcos que Proporcionaram a Mudança de Paradigma: breves notas**

### **2.2.1. Marco histórico**

O marco histórico do hodierno constitucionalismo inicia-se na Europa, ulteriormente à 2ª Guerra Mundial, em especial na Alemanha e na Itália.

É que foi após a segunda guerra mundial que houve a reconstitucionalização da Europa. Nesse sentido, a aproximação das idéias de democracia e constitucionalismo ensejou uma nova forma de organização política e jurídica, qual seja, o estado democrático de direito.

As principais referências – na Alemanha - do novo estado constitucional, que exsurgia naquela etapa da história, foram a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã de 1949) e a instalação, em 1951, do Tribunal Constitucional Federal.

A partir disso, houve fecunda produção teórica e jurisprudencial, que acarretou a acensão científica do Direito Constitucional nos países de tradição romano-germânica.

Na Itália, as principais referências foram sua Constituição, do ano de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, no ano de 1956.

---

<sup>10</sup> Embora não haja conformidade doutrinária no que tange às características essenciais do neoconstitucionalismo, mormente em razão das peculiaridades de cada sistema jurídico, dos diversos graus possíveis de constitucionalização e da diversidade de entendimentos acerca do tema – vez que se trata de um paradigma novo, que exige um maior preparo teórico-científico dos juristas – pode-se extrair, junto com Max Möller (2011, págs. 31 e segs.) as seguintes características: a) Constituição rígida; b) Garantia jurisdicional da Constituição; c) Força vinculante da Constituição; d) Interpretação conforme a Constituição; e) Aplicação direta das normas Constitucionais; e f) Influência da Constituição nas relações políticas.

Por fim, ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978), foram “pano de fundo” para agregar valor e volume à discussão acerca do “novo Direito Constitucional” (BARROSO, 2005, s.p).

No caso brasileiro, o renascimento do Direito Constitucional exsurgiu com o advento da Constituição Federal de 1988, que prestigiou, em seu bojo, dentre outras situações importantes, a democracia e a proteção em demasia dos direitos e garantias fundamentais.

Ainda, alterou radicalmente o modelo de estado vigente à época: de um paradigma autoritarista passamos para um modelo democrático de direito.

De fato, como já exposto, ulteriormente à promulgação da nova Constituição, houve uma alteração substancial em seu status. Isso porque, hodiernamente, o mencionado diploma legal consiste em norma principal do ordenamento jurídico. Inobstante isso, há muito ainda para avançarmos. É que, uma nova Constituição Federal exige, no mínimo, uma nova teoria da norma, uma nova teoria das fontes e uma nova hermenêutica constitucional.

Como o Brasil vinha de uma tradição liberal individualista, que operava com os conceitos que consta(va)m das experiências da formação do direito privado germânico e francês – nos quais não existia lugar para os direitos de segunda e terceira dimensões - teve dificuldades para lidar com esse novo paradigma. Em consequência disso, os juristas brasileiros recepcionaram, de modo acrítico, às teorias estrangeiras<sup>11</sup>, mormente a jurisprudência dos valores, a teoria da argumentação jurídica (de matriz alexyana) e o realismo norte-americano (STRECK, 2011, págs. 47 e segs).

### **2.2.2. Marco filosófico**

---

<sup>11</sup> Para uma análise mais percuciente acerca do tema conferir: Lenio Luiz Streck: As Recepções Teóricas Inadequadas em Terrae Brasilis. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, págs. 2-37.

O marco filosófico do constitucionalismo moderno exsurge da confluência das duas grandes correntes que ofertam modos diversos de interpretar o direito, quais sejam: o “jusnaturalismo” e o “positivismo exegético”<sup>12 13</sup>.

A junção desses dois paradigmas é o que vem se denominando, hodiernamente, de “pós-positivismo”<sup>14</sup>. Eis algumas de suas características (BARROSO, 2005, s.p).

Em primeiro lugar, busca ir além da legalidade estrita traçada pelo positivismo exegético. E isto por duas razões fundamentais: a primeira delas é que é absolutamente impossível ao legislador descrever todas as situações passíveis de ocorrência na vida social; E, a segunda, é que muitas foram as barbáries cometidas – mormente nos regimes do fascismo e nazismo - sob o pálio da estrita legalidade, vale dizer, o modelo fechado de regras.

---

<sup>12</sup> Prestigiar-se-á, nas presentes reflexões, a expressão “positivismo exegético”, que é o que a doutrina tradicional denomina de apenas “positivismo”. É que, em verdade, diversamente do que pregam alguns autores, há mais de uma modalidade de positivismo. Cite-se, por exemplo, o positivismo inglês, de cunho utilitarista; o positivismo francês, de cunho exegético ou legalista e o positivismo alemão, no interior do qual citua-se o denominado “formalismo conceitual” que encontra respaldo na “Jurisprudência dos Conceitos”. (CF. STRECK, 2011, p. 31)

<sup>13</sup> De fato, não é tarefa fácil exarar todos os caracteres que constam das posturas positivistas, de acordo com a acepção adotada nas presentes reflexões. Inobstante isso, com o auxílio de Dworkin (2002, págs. 27-28), pode-se formular três características fundamentais dessa corrente. Vejamos: “(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como ‘regras morais’) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público. (b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com o “direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante ‘a aplicação do direito’. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, ‘exercendo seu discernimento pessoal’, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente. (c) Dizer que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa.”

<sup>14</sup> Cumpre, aqui, registrar o que leciona Lenio Luiz Streck (2012, págs. 103 e segs.) para quem: “Em síntese – e quero deixar isso bem claro -, para superar o positivismo, é preciso superar também aquilo que o sustenta: o primado epistemológico do sujeito (da subjetividade assujeitadora) e o solipsismo teórico da filosofia da consciência (sem desconsiderar a importância das pretensões objetivistas do modo-de-fazer-direito contemporâneo, que recupera, dia a dia, a partir de enunciados assertóricos, o ‘mito do dado’). Não há como escapar disso. Apenas com a superação dessas teorias que ainda apostam no esquema sujeito-objeto é que poderemos escapar das armadilhas positivistas”.

Nesse traçado, importa mencionar que, não obstante o “pós-positivismo” tenha o condão de romper com o paradigma constante do positivismo exegético, não despreza as leis existentes.

Em segundo lugar, preceitua que a interpretação e aplicação do direito devem ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas deve evitar-se voluntarismos e personalismos judiciais<sup>15</sup>.

E, em terceiro lugar, aduz que os princípios são dotados de normatividade e possuem conexão com as regras. Destarte, nesta quadra da história, os princípios não são mais singelas cartas de intenções<sup>16</sup>.

### **2.3. A Constitucionalização do Direito**

A constitucionalização do direito, em verdade, consiste em decorrência lógica e inseparável do fenômeno neoconstitucionalismo.

A expressão Constitucionalização do Direito, de fato, pode ser encarada sob várias perspectivas. Assim, constitucionalização do direito pode caracterizar: a) qualquer ordenamento jurídico no qual vigora uma Constituição dotada de supremacia; b) a

---

<sup>15</sup> Não é raro, hodiernamente, a prolatação de pronunciamentos judiciais que encontram-se totalmente em desconformidade com o sistema jurídico pátrio, mormente com a Constituição Federal. Isso se dá principalmente por duas situações. Em primeiro lugar, tem-se uma utilização/interpretação/aplicação equivocada de determinados institutos jurídicos; isto faz com que, por exemplo, haja uma aplicação equivocada dos princípios e uma incompreensão semântico-estrutural entre eles e as regras. É que hoje, ainda, tem-se a vetusta idéia de que princípios e regras são espécies normativas que se excluem; o que, em verdade, não é correto. Isso porque os princípios e regras são conexos, de sorte que toda regra possui um princípio subjacente e todo princípio tem uma regra subjacente. E, em segundo lugar, tem-se o problema dos juízes/tribunais que julgam conforme sua consciência, a pretexto de sua discricionariedade e/ou livre convencimento. Nessas hipóteses, muitas vezes, são exarados argumentos meramente retóricos, exógenos, despidos de qualquer contextualização.

<sup>16</sup> Em face de sua importância e conexão com o cerne deste trabalho, os princípios e regras serão abordados em capítulo próprio.

incorporação – na constituição formal - de diversos temas afetos às searas infraconstitucionais do direito; e c) a idéia de um efeito extensivo às normas constantes do bojo da Constituição Federal, cuja normatividade se espraia por todo ordenamento jurídico (BARROSO, 2005, s.p).

Prestigiar-se-á, nas presentes reflexões, a terceira acepção de constitucionalização do direito. Isto porque é esta concepção que mais se ajusta às pretensões do presente estudo.

Pois bem. De acordo com a acepção aqui adotada, quando se fala em constitucionalização do direito, quer-se dizer que a Constituição Federal deve ser base de toda atividade infraconstitucional, seja ela executiva, legislativa ou judiciária<sup>17</sup>.

Destarte, toda atividade realizada no bojo do hodierno estado democrático de direito deve estar em conformidade com os preceitos constitucionais.

Essa conformação de atividades com a previsão constitucional – e agora abordada no interior do sistema jurídico, mormente no que diz respeito à legislação infraconstitucional – permite que o judiciário, que é quem tem competência para efetuar o controle constitucional externo dessa atividade, se utilize de alguns instrumentos e técnicas, visando aprimorar/melhor desempenhar essa função.

Assim, de acordo com Luís Roberto Barroso (2005, s.p.), o controle externo da legislação permite ao judiciário valer-se das seguintes técnicas e instrumentos:

- a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;
- b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;
- c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador;
- d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:

---

<sup>17</sup> “Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema.” (BARROSO, 2005, s.p.)

- (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;
- (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição

Diante de todo o exposto – e tendo como pano de fundo todos os avanços e transformações ocorridos na compreensão/interpretação/aplicação da Constituição Federal, bem como do Direito Constitucional – parece evidente que hoje, no interior do hodierno Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal deve ser o ápice de todo ordenamento jurídico, de sorte que, como exaustivamente afirmado, toda atividade, seja ela legislativa, executiva ou judiciária, deve estar em conformidade com seus preceitos. E isso não pode/deve ser apenas na teoria.

### **2.3.1. Constitucionalização do direito penal: exposição e análise crítica**

A repercussão da influência da Constituição Federal em matéria penal (delitos e penas) é ampla, direta e imediata. Todavia, a doutrina especializada não se debruça de modo abrangente e profundo em sua análise.

A Constituição Federal tem impacto imediato em toda compreensão e interpretação da legislação penal, seja em relação à sua aplicação, seja em relação à sua feitura.

Tem-se como decorrência dessa nova visão de direito penal – e isto como resultado da análise dos bens e garantias tutelados constitucionalmente – que o legislador deve criminalizar algumas condutas e não fazê-lo em relação a outras.

Ainda, os dispositivos penais cuja feitura se deu anteriormente à promulgação da Constituição Federal devem ser analisados à luz de suas regras e princípios. Visando-se, desse modo, aferir quais dispositivos penais não foram por esta recepcionados (BARROSO, 2005, s.p).

Portanto, pode-se depreender, em face dessa singela exposição, que é a Constituição Federal que deve nortear a compreensão, interpretação e aplicação do Direito

Penal, que, como todas as outras searas do direito, não encontra-se blindado a esse novo paradigma que começa a exsurgir após o segundo pós-guerra.

Inobstante exista todo esse aparato teórico acerca da constitucionalização do direito, no Brasil – mesmo após 24 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 - ainda falta muito para se possa dizer que o hodierno direito penal encontra-se constitucionalizado. Isto faz com que, ainda hoje, sejam prolatadas decisões judiciais absolutamente inconstitucionais, sem a devida filtragem constitucional de diversos dispositivos que constam do ordenamento jurídico pátrio. Em decorrência, tem-se que a Constituição Federal ainda não alcançou sua máxima efetividade e aplicação.

Esse problema da inefetividade da Constituição Federal exsurge principalmente porque, embora o paradigma atual seja o do neoconstitucionalismo – que, repise-se, alterou o modo/modelo de compreensão, interpretação e aplicação da Constituição Federal - os juristas, mormente no Brasil, ainda estão presos às amarras do positivismo exegético, ou seja, ainda estão olhando o novo com os olhos do velho. Em razão disso, existe extrema dificuldade para introduzir no interior do ordenamento jurídico todas as inovações trazidas por esse novo paradigma.

Nesse ponto, e até mesmo como forma de demonstrar que o direito penal ainda não se encontra adequado com o novo paradigma do neoconstitucionalismo (que tem como decorrência lógica a constitucionalização do direito), importante trazer à tona algumas decisões paradigmáticas – isto porque é nos pronunciamentos que a crise se apresenta com maior percuciência - que comprovam a extensão do problema.

No que se refere ao princípio da insignificância, não há qualquer critério seguro ou coerente da aplicação desse instituto na jurisprudência. De forma que insignificante é o que os juízes e tribunais dizem que é.

Todavia, algumas situações, por tomarem ares dramáticos e serem absolutamente inconstitucionais, devem ser mencionadas. A título de exemplo, mencione-se as seguintes ocorrências: a) juiz que condenou indivíduo pela subtração de três painéis usados, de ínfimo valor, a um ano e dois meses de reclusão, mais multa, a ser cumprida em regime fechado (TJRS, AP. nº 70013630520); e b) indivíduo condenado a um ano e sete meses de reclusão, a ser cumprido em regime semiaberto, pela prática do crime de estelionato, que consistiu no ato de enganar o proprietário de um estabelecimento comercial na compra de dois copos pequenos de “água ardente” (TJRS, AP. n. 70013705769);

Anote-se, todavia, que esses pronunciamentos inconstitucionais não são exarados apenas pelos juízes e tribunais de segunda instância. Os tribunais superiores também incorrem nesse mesmo equívoco. É o que passa-se a demonstrar.

O STJ, em um dia, negou provimento a recurso interposto em caso de furto, no qual os objetos subtraídos – dois frangos, cinco quilos de arroz, um quilo de sal, um acolchoado de casal, um rádio e um facão - foram avaliados em aproximadamente R\$ 88,50 (oitenta e oito reais e cinquenta centavos)<sup>18</sup>; noutra, concedeu HC com o fito de trancar ação penal em caso de sonegação fiscal cujo valor sonegado fora a importância de R\$ 4.239,36 (quatro mil duzentos e trinta e nove reais e trinta e seis centavos)<sup>19</sup>, com lastro na insignificância. Eis seu ementário:

HABEAS CORPUS. PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO MINISTERIAL PROVIDO. APLICABILIDADE DO VALOR FIXADO PELO ART. 20 DA LEI 10.522/02 COMO PARÂMETRO. DÉBITO FISCAL INFERIOR. IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL CONFIGURADA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Após o julgamento do REsp 1.112.748/TO, a Terceira Seção desta Corte passou a admitir o art. 20, caput, da Lei n.º 10.522/2002, que fixa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o arquivamento de execução fiscal sem baixa na distribuição, como parâmetro para o reconhecimento do princípio da insignificância no crime de descaminho. 2. In casu, verifica-se que o valor do tributo sonegado é de R\$ 4.239,36 (quatro mil, duzentos e trinta e nove reais e trinta e seis centavos), razão pela qual está caracterizado na espécie a irrelevância da conduta na esfera penal. 3. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor da paciente.

Importante consignar, desde logo - e até mesmo para se evite mal-entendidos - que não está se defendendo, nas presentes reflexões, a impunidade. Nada disso. O que não parece coerente, é que delitos com a mesma base fática – crimes patrimoniais, sem qualquer tipo de violência – recebam tratamentos tão diversos. É de se indagar se o princípio da isonomia não poderia ser aplicado nessas situações.

Sem mencionar, ainda, os benefícios constantes da malfadada Lei n.º. 10.684/03 aplicáveis apenas aos delitos de sonegação fiscal<sup>20</sup>. Veja-se o que dispõe seu art. 9º:

<sup>18</sup> REsp. n.º. 1.094.906.

<sup>19</sup> HC n.º. 101.505.

<sup>20</sup> Nessa linha, transcreva-se o que leciona Lenio Luiz Streck (2011, p. 253, nota 17), nos seguintes termos: “Recentemente foi promulgada a Lei n. 10.684/2003, que, seguindo a tradição inaugurada pela Lei n. 9249/95 (que, no art. 34, previa a extinção de punibilidade dos crimes fiscais pelo ressarcimento do montante sonegado antes do recebimento da denúncia),

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Pois bem. Se esses benefícios – em face do princípio da isonomia – não podem ser aplicados aos delitos patrimoniais, cuja base fática é a mesma dos delitos de sonegação fiscal – nos quais não existe violência direta - que sejam eles – os benefícios – declarados inconstitucionais, por força da aplicação da proibição de proteção deficiente.

#### **2.4. Da Adoção de um Comportamento Constitucional para a Superação da Crise: interpretação à luz da hermenêutica filosófica de matriz Gadameriana**

Pode-se afirmar que a hermenêutica, hodiernamente, é concebida como uma teoria ou filosofia de interpretação, sob a égide da qual é possível se aprofundar em determinado objeto de estudo, indo além de sua aparência ou superficialidade (TEIXEIRA, 2003, s.p). Dito de outra forma, a hermenêutica visa clarear a tensão que existe (e sempre existiu) entre o texto proposto e o alcance de sua aplicação na situação concreta.

---

estabeleceu a suspensão da pretensão punitiva do Estado referentemente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento (art. 9º). Mais ainda, estabeleceu a nova lei a extinção da punibilidade dos crimes antes referidos quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. De pronto, cabe referir que inexistente semelhante favor legal aos agentes acusados da prática dos delitos dos arts. 155, 168, caput e 171, do Código Penal, igualmente crimes de feição patrimonial não diretamente violentos. Fica claro, assim, que, para o establishment, é mais grave furto e praticar estelionato do que sonegar tributos e contribuições sociais.” (grifo nosso)

Essa tensão entre texto e sentido a ser atribuído ao texto coloca a hermenêutica diante de diversos caminhos. Todos, entretanto, ligados às condições de acesso do ser humano ao conhecimento das coisas. Destarte, para Lenio Luiz Streck (2010, s.p.):

ou se demonstra que é possível colocar regras que possam guiar o hermeneuta no ato interpretativo, mediante a criação, v.g. de uma teoria geral da interpretação; ou se reconhece que a pretensão cisão entre o ato do conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação a um determinado caso concreto não são, de fato, atos separados; ou se reconhece, finalmente, que as tentativas de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio da subjetividade do intérprete ou da objetividade do texto não passa(ra)m de falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto.

Tradicionalmente, no Brasil, a hermenêutica utilizada é a hermenêutica de cariz metodológico, vale dizer, aquela que traz em seu bojo um conjunto de técnicas e métodos que visam alcançar a essência da norma.

Essa matriz hermenêutica, todavia, não resistiu às inovações trazidas pelo giro ontológico-linguístico, no interior do qual a linguagem não é mais uma terceira coisa, um singelo instrumento e veículo de conceitos, que se coloca entre um sujeito e um objeto, mas sim condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento. Esse novo paradigma supera, definitivamente, às duas modalidades de metafísica, quais sejam: a metafísica clássica (os sentidos estão nas coisas) e a metafísica moderna (os sentidos estão na mente do sujeito pensante)

Mais ainda: não há, na hermenêutica metodológica, um critério seguro – que poderia ser denominado de metacritério – que estabeleça as regras de aplicação de suas técnicas e metodologias. De modo que a escolha de qual técnica e/ou método a ser aplicado fica ao bel prazer do intérprete.

Com o fito de superar a tradicional hermenêutica metodológica, exsurge a hermenêutica filosófica, que tem em Heidegger e Gadamer, seus dois grandes estudiosos.

Primeiramente, com Heidegger, em *Ser e Tempo*, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica.

Por primeiro, mencione-se que a proposta heideggeriana desloca o lugar da fundamentação da consciência do sujeito pensante – metafísica moderna - para estabelecê-la na idéia de “ser no mundo”, superando o paradigma vigente até aquela quadra da história.

Ao buscar o sentido do “ser”, Heidegger verifica que este só pode ser determinado como tal a partir de seu sentido como ele mesmo. Entretanto, na trilha de se definir o “ser”, cada vez mais se compreende que ele – “ser – não pode ser aprisionado em uma definição, porque não pode dissociar-se do tempo de seu sentido.

Nessa linha, transcreva-se o que menciona Angela Martini (2006, p. 49), nos seguintes termos:

Em Heidegger, refletir sobre o ser significa, sobretudo, pensar a diferença (ontológica) entre ser e ente, o que acarreta uma mudança de paradigma. Rompe-se a orientação metafísica, que povoou o pensamento de Platão a Nietzsche, pela qual o sensível e o supra-sensível estavam cindidos em mundos opostos. A partir da ontologia fundamental, ser e ente não pertencem mais a dois âmbitos distintos, mas à unidade do mesmo acontecimento, como um jogo ininterrupto entre aquilo que uma coisa é (ente) e aquilo que nela provoca a sua ultrapassagem (ser).

Desaparecendo a dualidade, também se esvai o um como princípio, como fonte suprema de onde advém os demais entes.

A ontologia tradicional, calcada na apreensão da substância das coisas, ou na sua construção a partir de uma subjetividade do sujeito, dá lugar à ontologia fundamental, enraizada na existência humana, e que, por isto, leva em conta o homem como ser no mundo em suas experiências mais cotidianas e concretas (MARTINI, 2006, p. 48).

A interpretação, nesta trilha, se funda na compreensão e, para exista essa compreensão, imprescindível se faça uso das palavras e símbolos, vale dizer, da linguagem (que, por força desse novo paradigma, não é meramente instrumental, mas revela-se como constituidora de mundo<sup>21</sup>).

---

<sup>21</sup> “Vencer a relação sujeito-objeto, pois, é o que pretende Heidegger, construindo um pensar sobre o qual a linguagem, para além de seu caráter instrumental, revela-se enquanto constituidora de mundo, enquanto instante fundamental na experiência humana. A filosofia Heideggeriana vai dominar o paradigma de que há um mundo formado de entes independentes da linguagem. [...] De início, é preciso considerar que mesmo ao falar acerca da linguagem já se faz nela e a partir dela, o que aponta para o entendimento de que é na locução que os entes se revelam. Eis aí o seu caráter de abertura do mundo. Só onde há linguagem os entes podem se deixar desvelar; é ela que marca e determina o homem, é ela que se transmuta em evento de desvelamento de sentido do ser” (MARTINI, 2006, págs. 58-59). Assim, se é a linguagem que confere ser às coisas, o modo de ir às coisas mesmas será a linguagem. Decorrência disso é que as coisas não são fundamentalmente enquanto presentes no mundo, mas é o nome que as torna possíveis: apenas quando, para a coisa, é encontrada uma palavra ela passa a ser. Portanto, é na palavra que habita o ser. Note-se, por derradeiro, que se a linguagem faz exsurgir o ser, ela também pode ser o lugar de seu ocultamento.

As coisas, pois, se apresentam como instrumentos,, que possuem uma significação, de acordo com as experiências de cada indivíduo. Quer-se dizer que “as coisas não são em si, mas se põem em relação ao homem como instrumentos e instrumentos para” (MARTINI, 2006, p. 50).

Todavia, ao manejar um texto, o intérprete já possui uma pré-compreensão em relação a ele. Isto em decorrência de sua relação com as coisas do mundo (JUNIOR, 2003, s.p). Portanto, ao interpretar um texto, o indivíduo possui uma antecipação prévia de sentidos – pré-compreensão - traçada por suas experiências, vivências, preconceitos, cultura etc. E isto é exteriorizado pela linguagem.

Disto pode-se concluir que o intérprete contamina à interpretação com suas vivências e experiências retrospectivas.

Destarte, Heidegger pauta sua teoria no sentido de que não há interpretações definitivas. Ou seja: os resultados interpretativos devem ser analisados à luz da época em que foram compreendidas e tendo em vista as possíveis pré-compreensões do intérprete.

Ulteriormente, Hans-Georg Gadamer – mormente com sua obra Verdade e Método – contribuiu sobremaneira para o desenvolvimento da hermenêutica filosófica.

O mencionado autor ensina que a compreensão sempre deve se proteger da arbitrariedade, gerada por intuições subtas, ou da estreiteza dos hábitos de reflexão imperceptíveis, impondo-se que o olhar seja voltado para as coisas “elas mesmas”.

Para ele, quem maneja um texto – buscando compreendê-lo – sempre já possui algumas expectativas pré-determinadas, que são decorrência de suas experiências de mundo. É que o intérprete, quando interpreta um texto ou discurso, não o faz com a mente vazia, como um papel em branco, mas sempre possui pré-juízos em relação a ele. Isto é o que se denomina de pré-compreensão.

A grande questão – mormente em razão dessa antecipação de sentidos que tem-se ao manejar um texto ou ouvir um discurso – encontra-se em não deixar que essas prévias opiniões contaminem a investigação/interpretação.

Gadamer aponta que, para escapar dessa rede propiciada pelas opiniões prévias que exurgem no espírito do intérprete - seja quando maneja um texto, seja quando ouve um discurso - não é necessário que este abandone seus pré-juízos ou pré-compreensões, mas sim

que permita uma abertura, ouvindo o que o texto tem a dizer, deixando que ele lhe diga algo (MARTINI, 2006, p. 61).

Os pré-juízos formulados pelo intérprete podem ser - de acordo com Gadamer – autênticos ou inautênticos. Para aferir se um pré-juízo é ou não autêntico, ele deve estar de acordo com a tradição traçada ao longo do tempo.

Transportando isso para o mundo jurídico – e até mesmo como forma de superar a crise que se instalou no direito brasileiro – perfilha-se que a autenticidade de um pré-juízo, mormente no que se refere à interpretação e aplicação das normas que constam do ordenamento jurídico, deve ser aferida de acordo com uma (re)construção histórico-autêntica de sua interpretação/aplicação, bem como com a coerência e integridade do direito. E, evidente, a interpretação deve ser constitucionalmente adequada.

Dito de outro modo e explicando melhor, para seja superada a crise, os juristas devem desenvolver um comportamento constitucional ao interpretar e aplicar o direito. Ou seja, as respostas, de acordo com os paradigmas do Estado Democrático de Direito e do neoconstitucionalismo, devem estar em conformidade com o que estabelece a Constituição Federal, isto é, as respostas ofertadas aos cidadãos que se socorrem do judiciário devem ser constitucionalmente adequadas.

### 3. TEORIA DA NORMA: ANÁLISE RETROSPECTIVA E PROSPECTIVA

#### 3.1. A Distinção entre “Texto Legal” e “Norma”

Antes de prosseguir na conceituação dos princípios e regras, bem como sua dissociação, imperioso distinguir “texto legal” de “norma”.

Texto legal e norma são duas realidades distintas. Daí porque não devem ser confundidos.

O texto legal (ou dispositivo) é o que está escrito, de fato, na lei. A norma, por seu turno, é o resultado do processo hermenêutico do texto legal. Assim, pode-se dizer que “os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado” (ÁVILA, 2011, p. 30). Disso se conclui que, é por meio da interpretação do dispositivo normativo que se obterá a norma. Isto quer dizer que não há, necessariamente, uma conexão entre texto legal e norma, vale dizer, o texto legal não é *conditio sine qua non* para a existência da norma.

Nesse ponto – e até mesmo para rechaçar uma prática cada vez mais corriqueira no Brasil - importante notar que, dizer que a norma é o resultado do processo interpretativo do dispositivo não significa afirmar que a atribuição de sentido efetuada pelo intérprete - para se chegar ao resultado norma - pode ser formulada de modo arbitrário e descriterioso.

Afinal, e essa conquista se deu após o giro ontológico-lingüístico da filosofia, o direito não é - e tampouco pode ser - o que seu intérprete diz que ele é. Não é ele, intérprete, dono dos sentidos das normas que maneja. O sentido não está no sujeito. Este não pode assujeitar a coisa com a qual lida. Há uma tradição<sup>22</sup>, um contexto histórico-autêntico que não pode ser desconsiderado a seu bel prazer.

---

<sup>22</sup> “O que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, é não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento. [...] A realidade dos costumes, p. ex., é e continua sendo, em sentido amplo, algo válido a partir da herança histórica e da tradição. Os costumes são dotados livremente, mas não são criados nem fundados em sua validade por um

Pelo que foi dito alhures, pode-se depreender que em determinadas situações poderá existir texto sem norma e vice-versa; ainda, a necessidade da junção de mais de um dispositivo para que se constitua uma única norma; e, também, um único texto legal poderá constituir mais de uma norma. Senão, vejamos.

É cediço que a segurança jurídica é um princípio demasiadamente importante e indispensável para o ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, em verdade, não há dispositivo legal que lhe dê suporte.

Em outros casos, ainda que exista um dispositivo legal, ele não prevê nenhuma norma. À guisa de exemplo, cite-se a passagem do preâmbulo da atual Constituição Federal (CF) que traz as expressões “sob a proteção de Deus”. Qual norma pode-se extrair dessa previsão? Nenhuma.

Noutros casos, ainda, é necessário a conjugação de mais de um dispositivo para a construção de uma única norma. Um bom exemplo é a junção dos artigos (113 e 421 do Código Civil) para a construção da norma da boa-fé objetiva.

Por derradeiro, pode-se extrair, de um único texto legal, mais de uma norma. Ilustrando o quadro, cite-se o artigo 186 do Código Civil de 2002.

### **3.2. Da Distinção entre Princípios e Regras, bem como sua Conceituação ao Longo da História**

O termo “princípio” é, em verdade, uma expressão policêmica, isto é, que possui diversas acepções. Não obstante, no presente estudo, abordar-se-á o princípio como norma jurídica.

Pois bem. Diversos foram os autores que definiram princípios e os distinguiram das regras. Senão, vejamos.

Para Josef Esser, os princípios são “aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado” (ÁVILA, 2011, p. 35).

---

livre discernimento. É isso, precisamente, que denominamos de tradição: ter validade sem precisar de fundamentação.” (GADAMER, 2003, p. 372)

Portanto, para o mencionado autor, os princípios seriam a base e indicariam os fundamentos a serem adotados, para que, posteriormente, se obtivesse a regra a ser aplicada ao caso concreto. E esta, sim, determinaria o posicionamento a ser adotado.

Na mesma linha de raciocínio, Karl Larenz define os princípios como sendo “normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrentes, direta ou indiretamente, normas de comportamento” (ÁVILA, 2011, págs. 35-36).

Para o mencionado autor, os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são aplicáveis, uma vez que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas. Em outros termos, não existiria, nos princípios, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica.

Assim, os princípios seriam o primeiro passo para se chegar à regra a ser aplicada ao caso concreto. Em outras palavras, os princípios indicariam a regra a ser aplicada na situação fática.

Essa proposição, entretanto, não convence. É que, se ela for adotada, pode-se cair no equívoco de que apenas as regras possuem conteúdo normativo. E isto, de fato, não é verdadeiro.

### **3.2.1. Os princípios em Dworkin e Alexy**

Dworkin trouxe uma nova proposição no tocante aos princípios e regras. Os princípios “não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios” (ÁVILA, 2011, págs. 36-37).

As regras, por seu turno, são aplicadas ao modo “tudo ou nada”. Significa dizer que, se a hipótese de sua incidência é preenchida, ou a regra é válida e a consequência normativa que dela consta aceita, ou ela não é considerada válida.

Assim, os princípios possuiriam dimensões de peso e, em havendo conflito entre eles, o postulado que tivesse peso maior, se sobreporia ao outro. Sem, contudo, invalidá-lo.

É que o ordenamento jurídico prestigia – e visa proteger - diversos bens jurídicos distintos; e, não raras vezes, esses bens jurídicos se entrecrocaram.

Diante disso, um princípio, na situação concreta, deve ceder em face da aplicação do outro.

Alexy, com espeque nos ensinamentos de Dworkin, precisou mais ainda o conceito de princípios e também formulou uma distinção entre eles e as regras.

Para ele, as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Daí porque, a afirmação de que, se uma regra vale, “então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2008, p. 91). A aplicação das regras se dá, pois, pela técnica da subsunção.

Os princípios, por seu turno, “consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, de acordo com as possibilidades normativas e fáticas.

No caso de tensão entre os princípios jurídicos, o mencionado autor aduz que a colisão não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em face da ponderação dos valores que colidem. Por meio dessa técnica, um dos valores colidentes, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Em outras palavras, no caso de colisão entre princípios, devem-se criar regras de prevalência, fazendo-se com que eles, também, sejam aplicados ao modo “tudo ou nada”.

Nesse traçado, importante mencionar que, para Alexy, no caso de conflito entre as regras, a solução não se dará (tampouco pode se dar) pela ponderação, mas sim pela invalidade de uma das regras, ou em função de, em uma delas, existir uma cláusula de exceção que permite que o comportamento que violou a outra regra seja realizado.

A doutrina aduz que as teses desses dois autores muito se aproximam. Exara, na intenção de comprovar essa afirmação, os seguintes argumentos (OLIVEIRA, 2008, p. 199):

- a) tanto Dworkin quanto Alexy pretendem apresentar uma diferenciação qualitativa (e não simplesmente quantitativa – de grau ou generalidade) entre regras e princípios;
- b) o tudo-ou-nada com que Dworkin apresenta como característica para as regras, é expressamente assumido por Alexy e se aproxima, em grande medida, daquilo que este autor denomina “mandados de definição”;
- c) Dworkin se refere a uma dimensão de peso e de importância presente em seu conceito de princípio e que impediria, ao contrário das regras, a exclusão de um em favor da aplicação de outro, como fatalmente acontece com as regras. Essa dimensão de peso – também expressamente referenciada por Alexy – seria o ponto por onde o argumento da ponderação seria introduzido no conceito de princípio de Dworkin. (grifo nosso)

À primeira vista, se se realizar uma leitura desatenta e superficial dessas duas teses, pode-se chegar mesmo a essa conclusão. Todavia, quando se efetua uma análise mais percuciente das correntes ofertadas por esses dois autores, fica claro que suas teses não são semelhantes. Senão, vejamos.

Em primeiro lugar, a diferença se apresenta no conceito de norma e no caráter deôntico dos princípios ofertados por cada um dos autores. Para Alexy o princípio tem caráter deôntico pelo fato de que participa, ao lado das regras, do gênero norma. Noutra via, para Dworkin a normatividade do direito é manifestada concretamente na própria prática interpretativa e não num sistema lógico previamente delimitado (OLIVEIRA, 2008, p. 200).

Assim, para Alexy, em havendo uma situação concreta, deve-se, primeiramente, verificar se há alguma regra que lhe confere suporte. Para somente depois, em não havendo uma regra específica, ser possível a aplicação de um princípio. Dito de outro modo: se existir uma regra que é aplicável naquela situação concreta, o princípio não poderá se sobrepor a ela.

E, em segundo lugar, tem-se que a referência Dworkiniana acerca do modelo tudo-ou-nada de aplicação das regras se refere muito mais à forma pela qual se dá sua justificação argumentativa do que seu modo de aplicação. É que, quando se argumenta com uma regra, ela “é ou não é” e, dessa forma, sua aplicação não depende de um esforço argumentativo que vá além dela própria. No entanto, quando se trata da aplicação de um princípio, cujo argumento será um “argumento de princípio”, é necessário se demonstre sua coerência com os demais princípios daquela comunidade<sup>23</sup>. Em outras palavras, a justificação

---

<sup>23</sup> No caso do Brasil, segundo Lenio Luiz Streck (2011, p. 546), essa coerência se dá no seguinte contexto: “[...] quando nos ocupamos com questões jurídicas, possuímos, antecipadamente/pré-compreensivamente, um todo conjuntural que nos permite articular os

do fundamento da decisão só estará correta se respeitar o todo coerente de princípios constantes no bojo daquela comunidade (OLIVEIRA, 2008, p. 200).

### 3.2.2. Os princípios e regras em Humberto Ávila

Humberto Ávila, em sua obra *Teoria dos Princípios*, aborda uma vertente diversa das demais. Isto pelo fato de que admite que um único dispositivo, vale dizer, um único texto legal, pode originar mais de uma espécie normativa. Assim, para o mencionado autor (2011, págs. 68-69):

Um ou mais dispositivos “podem funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados normativos. Ao invés de alternativas exclusivas entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie excluiria a existência das demais, propõe-se uma classificação que albergue alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. (grifo nosso)

Portanto, as espécies normativas não são estanques, de sorte que um mesmo dispositivo pode ser ponto de partida para a formulação de princípios, regras e postulados normativos.

Se o aplicador concede maior privilégio ao caráter comportamental de um determinado dispositivo, deixando de lado a finalidade que lhe confere suporte, ele é examinado como regra.

---

diversos instrumentos que a tradição jurídica construiu. Há sempre um todo antecipado em cada ato particular que praticamos como advogados, procuradores, promotores, juízes etc. No contexto da tradição em que estamos inseridos, este todo é representado pela Constituição. Mas não a Constituição enquanto um texto composto de diversas fatias, os artigos, os incisos, as alíneas etc., mas, sim, a Constituição entendida como um evento que introduz, prospectivamente, um novo modelo de sociedade. Este evento que é a Constituição está edificado sob certos pressupostos que chegam até nós pela história institucional de nossa comunidade. Tais pressupostos condicionam toda tarefa concretizadora da norma, porque é a partir deles que podemos dizer se o direito que se produz concretamente está legitimado de acordo com uma tradição histórica que decidiu constituir uma sociedade democrática, livre, justa e solidária.” (grifo nosso)

Noutra perspectiva, se o aplicador enfatiza a finalidade à qual o dispositivo almeja tutelar, deixando de lado seu aspecto diretamente comportamental, ele será examinado como princípio. Tudo depende do ângulo em que é analisado o dispositivo.

Para Ávila, (2011, p. 71), pode-se afirmar que as regras são normas imediatamente descritivas, que estabelecem obrigações, permissões e proibições, descrevendo a conduta a ser observada por seus destinatários. Dito de outro modo: as regras são normas imediatamente descritivas,, que trazem em seu bojo a conduta a ser adotada por seus destinatários.

Os princípios, por seu turno, são normas imediatamente finalísticas que apontam para um estado ideal de coisas sem, contudo, descrever, de modo direto, a conduta a ser observada por seus destinatários.

Ainda, de se observar que, mesmo que a norma-princípio não estabeleça, diretamente, uma conduta a ser adotada por seus destinatários, o aplicador deve aferir, no caso concreto, se o comportamento coaduna com o valor jurídico para o qual aponta o princípio e se ele é apto para prestigiá-lo. Dito de outra forma: não obstante o princípio não prescreva, de modo frontal, uma conduta a ser observada, deve-se analisar se o comportamento adotado é eficaz para preservar ou realizar o estado ideal de coisas para o qual o princípio aponta. É que, para se preservar ou promover determinado estado ideal de coisas, é necessário a adoção desse ou daquele comportamento. A guisa de exemplo: para se preservar o valor sinceridade, é necessário se dizer a verdade; para se preservar o valor lealdade, nas relações jurídicas, é necessário a adoção de comportamentos de cooperação, de proteção, de informação, enfim, comportamentos leais.

Daí afirmar-se que os princípios possuem caráter deôntico-teleológico: “deôntico porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; teleológico, porque as obrigações, permissões e proibições decorrem de efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado estado de coisas”<sup>24</sup> (ÁVILA, 2011, págs. 71-72).

Muito embora a regra seja norma imediatamente descritiva, que estabelece a conduta a ser observada (esta, inclusive, é sua finalidade imediata), ela aponta para um estado ideal de coisas. Entretanto, isto é feito de modo mediato, vale dizer, secundário.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Assim, são “normas-do-que-deve-ser”.

<sup>25</sup> Não é por outra razão que toda regra tem um princípio subjacente e todo princípio tem uma regra subjacente.

Diante disso, afirma-se que as regras possuem caráter deôntico-deontológico: “deôntico, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; deontológico, porque as obrigações, permissões e proibições decorrem de uma norma que indica ‘o que’ deve ser feito”<sup>26</sup> (ÁVILA, 2011, p. 71).

Ambas as normas, contudo, ligam-se à fins e comportamentos: as regras descrevem a conduta a ser observada visando um determinado fim; os princípios apontam para um determinado fim, que, para ser preservado ou alcançado, necessita da adoção de determinadas condutas.

---

<sup>26</sup> Assim, são “normas-do-que-fazer”.

## 4. TEORIA GERAL DO DELITO

### 4.1. Funções e Razão da Existência da Teoria Geral do Delito

Denomina-se teoria do delito a parte da ciência penal que tem a função de explicar o que é o delito. Ou seja, quais os elementos necessários para se diga que, no mundo fenomênico, ocorreu um delito.

Essa exposição acerca da teoria geral do delito não constitui simplesmente um aporte científico e/ou teórico. Pelo contrário: é de fundamental importância prática. Isto porque propicia se avalie – no caso concreto<sup>27</sup> - a presença ou ausência de um delito.

Assim, quando se está diante de uma ocorrência fática – subtração de uma jóia, por exemplo - cabe perquirir se essa conduta é ou não um delito. Para tanto, indispensável saber quais elementos a conduta deve ter para que seja considerada um delito.

Diante disso, fica evidenciado que, para saber se uma conduta é ou não um delito, deve-se formular uma série de indagações<sup>28</sup>. Essas perguntas – bem como a ordem de

---

<sup>27</sup> Nessa toada, importante notar que a análise do caso concreto deve ser efetuada de modo individualizado e pormenorizado, de forma que o intérprete não pode simplesmente exarar ementários jurisprudenciais prolatados em casos antecedentes, sem qualquer contextualização e/ou reconstrução coerente e íntegra do direito. Observe-se, todavia, que a crítica não se direciona a aplicação de precedentes judiciais. Não é isso. O problema reside no fato de que, muitas vezes, esses precedentes são aplicados de modo incoerente e descontextualizado. Transcreva-se, nesse sentido, o que leciona Lenio Luiz Streck (2011, págs. 254-255): “[...] Na prática as decisões são dadas a partir de Standards e pequenos enunciados (protossumulares), previamente elaborados pelas instâncias julgadoras, que acabam escondendo aquilo que, na hermenêutica, se denomina ‘a coisa mesma’. E, como já venho referindo, a coisa mesma, comumente, nem de longe é a ‘mesma coisa’. (grifo nosso)

<sup>28</sup> Vimos que as perguntas, a que devemos responder para saber se em cada caso concreto houve delito, são várias. Não conseguiremos, absolutamente nada se tentarmos resolver tudo com uma única resposta a uma pergunta (há delito?). Daí que as perguntas tenham que ser a consequência de uma análise em que seja imperioso proceder por passos sucessivos. Quando queremos averiguar se o que temos diante de nós é uma zebra, antes devemos dispor do conceito geral de zebra, isto é, do conjunto de características que deve ter um ente para ser qualificado de ‘zebra’. Supondo que este conceito geral fosse o de ‘cavalo listrado’, primeiro nos perguntaríamos se o ente que vimos é um animal e, só no caso de uma resposta afirmativa, nos perguntaremos se reúne as características do conceito ‘cavalo’ e, depois, também, só no caso da resposta ser afirmativa, nos perguntaremos se seu pêlo apresenta listras de cor mais escura”. (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2011, págs. 338-339)

sua formulação – são propiciadas pela teoria do delito. É que a teoria do delito, ao explicar o que é o delito em geral, fornecendo todos os seus caracteres, desvela os questionamentos que devem ser respondidos para determinar se houve ou não sua ocorrência (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, págs. 337-338).

Nesse contexto, observe-se que os elementos que devem constar do delito, de acordo com a concepção adotada nestas reflexões, são a conduta típica, a antijuridicidade e a culpabilidade, que, também, se subdividem em diversos outros subelementos.

E isso é assim pelo fato de que, quando se quer aferir se determinado fato é ou não considerado um crime, isto é, se determinada atividade tem todos os elementos de um delito, deve-se buscar a resposta, precipuamente, no Código Penal e nas legislações esparsas, diplomas que descrevem as infrações penais. Inobstante essa constatação, o que parece ser óbvio é que o delito pressupõe, inexoravelmente, uma conduta realizada (ação ou omissão). Destarte, o primeiro elemento do delito é a conduta típica. Ou seja, uma conduta prevista legalmente como crime.

Não basta, todavia, que a conduta perpetrada no mundo real se ajuste a uma previsão legislativa para seja considerada um delito. É que, segundo disposição expressa do próprio Código Penal (arts. 13-28), em algumas situações, ainda que a conduta seja típica, ela não será considerada criminosa. É o que ocorre, por exemplo, no caso das condutas típicas praticadas sob o pálio do estado de necessidade, da legítima defesa, do exercício regular de um direito, da coação moral irresistível etc.

Disto resulta que não basta que a conduta praticada – para ser considerada criminosa – esteja prevista na lei como tal. Ao revés: a análise da tipicidade da conduta se mostra apenas como um primeiro passo na investigação da existência ou não de uma infração penal.

Assim, um outro elemento deve ser somado à tipicidade da conduta, qual seja, a ilicitude (ou antijuridicidade). Dizer que determinada atividade é ilícita, segundo Pierangeli e Zaffaroni (2011, p. 342), significa afirmar que:

[...] Quando a conduta típica não está permitida, diremos que, além de típica, será também contrária à ordem jurídica considerada como unidade harmônica, porque de nenhum de seus preceitos surge uma permissão para realizá-la. Esta característica de contrariedade à ordem jurídica funcionando como conjunto harmônico – que se comprova pela ausência de permissões – chamamos de antijuridicidade e diremos que a conduta é, além de típica, antijurídica. (grifo nosso)

Portanto, a análise da presença ou ausência da antijuridicidade é um segundo passo na investigação acerca da existência ou não de um delito. Só que ainda não é suficiente.

Para se diga que houve a prática efetiva de um delito, mais um elemento deve ser perquirido, qual seja, a culpabilidade. É que às vezes, ainda que o agente tenha realizado uma conduta típica e antijurídica, não poderá ser responsabilizado por sua prática, vez que esta não é reprovável. A reprovabilidade da conduta, assim, se apresenta como sendo “a possibilidade exigível de atuar de outra maneira” (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, p. 342). E esse elemento é denominado, doutrinariamente, de culpabilidade.

Em razão de todo o exposto acima, construiu-se, sistematicamente, o conceito de delito. E, é justamente essa definição que fornecerá o norte da investigação acerca da existência ou não de um delito: da análise da conduta à avaliação da culpabilidade.

#### **4.2. Critério de Análise do Delito: da conduta ao agente ou “da parte ao todo”**

Toda investigação deve ser orientada por um critério. Destarte, para analisar uma laranja, por exemplo, pode-se partir da semente e chegar à casca, pode-se partir da casca e chegar-se à semente, a fruta pode ser dividida em duas partes etc.

No tocante ao delito ocorre da mesma forma. Partindo-se da premissa de que o delito é uma ação típica, antijurídica e culpável, deve-se fixar um critério para sua análise.

Destarte, no presente estudo, a investigação da ocorrência do delito deve iniciar-se com a análise da conduta e finalizar-se com a avaliação da culpabilidade. Em outros termos, a investigação deve ser efetuada da parte (elementos do delito) ao todo (delito em si mesmo).

Sistematizando o critério que será utilizado – e até mesmo como forma de clarear o entendimento - suponha-se a seguinte situação metafórica (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, p. 344): imagine-se que se quer selecionar, dentre todos os edifícios de uma cidade, apenas aqueles que têm três plantas que se integram com hall e garagem, para moradia, terraço e solarium.

Esse exemplo pode ser amoldado à finalidade explicativa desse tópico.

Pois bem. Para selecionar os edifícios com as características mencionadas alhures é imprescindível, primeiramente, individualizar os edifícios que se destinam à moradia. Destarte, todo edifício que não atende a essa finalidade será excluído. Isto também ocorre com a investigação da ocorrência ou não do delito, vez que se o ato não se trata de conduta, será excluído de plano.

Superada essa etapa, analisar-se-á os caracteres do hall e da garagem. A localização lógica deles – hall e garagem – estará na planta baixa, já que não faz sentido a análise de todas as casas com terraço.

Se no caso concreto aferir-se que houve uma conduta, a análise posterior será de sua tipicidade. Isso porque, em verdade, as condutas que não possuem um tipo penal que lhes descrevem, são irrelevantes para a tutela do Direito Penal.

Ao depois, analisar-se-á quais casas têm espaço para moradia no primeiro andar. Do mesmo modo ocorre no delito, quando constata-se a antijuridicidade da conduta típica.

Ulteriormente – e como última providência – deve-se analisar quais das casas – que já cumpriram todos os requisitos anteriores – têm terraço com solarium. Essa última etapa equivale à apreciação da culpabilidade.

É este, pois, o critério que orientará a análise do delito na presente abordagem.

Por fim, observe-se que a antijuridicidade, por não ter ligação direta com o presente estudo, não será analisada de forma percuciente. De sorte que em relação a ela será tecida uma breve nota.

### **4.3. Escorço Evolutivo das Concepções de Delito: do causalismo ao finalismo**

Embora as três concepções de delito analisadas sejam diversas, elas apresentam entre si uma integração: é que nenhuma dessas acepções estabeleceu uma ruptura completa com as demais.

A acepção clássica teve como seus maiores defensores Von Liszt e Beling, que, inclusive, foram os autores que elaboraram o conceito clássico de delito, representado por um movimento corporal (ação) que causava uma modificação no mundo externo (resultado).

Tratava-se, pois, de uma concepção extremamente singela e didática, na qual a conduta era concebida como um conceito puramente natural e vinculava-se ao resultado por meio do nexo de causalidade.

Importante frisar que essa concepção clássica de delito mantinha, em duas partes absolutamente distintas, o aspecto objetivo e subjetivo do delito.

O aspecto objetivo era representado pela conduta típica e pela antijuridicidade; o aspecto subjetivo era representado pela culpabilidade que poderia ser considerada dolosa ou culposa, a depender da vontade do agente.

Destarte, para essa acepção existiam dois nexos causais na prática da infração penal, quais sejam: o nexo físico, representado pela causação do resultado no mundo fenomênico, e o nexo psicológico, que era representado pela culpabilidade, seja em sua faceta culposa, seja em sua faceta dolosa (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, p. 347).

Analise-se, separadamente, a cada um dos elementos de delito, de acordo com essa orientação doutrinária.

A conduta, para essa orientação doutrinária, era concebida como sendo uma singela inervação de impulsos musculares, produzidas pelo cérebro, que, conduzidas pelas leis da natureza, ocasionava um resultado no mundo dos fatos. Embora se perfilhasse que a ação tinha origem na vontade, seu conteúdo não era perquirido quando da análise desta, mas sim quando da investigação da culpabilidade (BITENCOURT, 2008, p. 207).

O tipo e a tipicidade representavam o aspecto externo da ação e compreendiam apenas os caracteres objetivos do fato descrito na lei. Ficavam excluídas, pois, todas as circunstâncias internas e subjetivas do delito, que, como supra afirmado, pertenciam à culpabilidade.

Importante notar que em sua primeira fase, o tipo e a tipicidade apresentavam um caráter meramente descritivo e neutro. Só que, pouco depois, por volta de 1915, Mayer, mesmo mantendo os caracteres iniciais do tipo, acrescentou que este era um indício da antijuridicidade, ou seja, toda conduta típica é provavelmente ilícita, salvo se houver uma causa de justificação cuja análise seria ulterior (BITENCOURT, 2008, p. 207).

A antijuridicidade, de acordo com essa vertente conceitual, era concebida como sendo a prática de uma conduta típica sem a concorrência de qualquer causa de justificação. Tratava-se, em verdade, de um conceito meramente valorativo, objetivo e formal.

A culpabilidade representava o elemento subjetivo do delito e também tinha caráter puramente descritivo: bastava a comprovação de um vínculo psicológico entre o autor e o fato. E, era justamente a diversidade de intensidade desse vínculo subjetivo, desse nexo psicológico, que fazia exsurgir as modalidades de culpabilidades, quais sejam: dolosa e culposa.

Ulteriormente, em razão da influência da filosofia neokantiana no campo jurídico, exsurge o conceito neoclássico de delito. Essa acepção, embora tenha aprimorado os elementos do crime, não abandonou, definitivamente, os preceitos da concepção clássica. Daí porque sua denominação de “conceito neoclássico”.

Por força desse novo paradigma, substituiu-se a coerência formal de um pensamento jurídico circunscrito em si mesmo por um conceito de delito voltado para as finalidades precípua do Direito Penal, bem como pelas teorias de cariz valorativo que o embasam (BITENCOURT, 2008, págs. 207-208).

Em função dessa nova forma de compreender e interpretar o delito, seus elementos entraram em processo de transformação, a começar pela definição de conduta, cuja concepção puramente naturalista constituía o ponto mais fraco do conceito clássico de delito, mormente na tentativa, nos crimes omissivos e nos crimes culposos.

O tipo e a tipicidade - que para o conceito clássico de delito representavam meramente o aspecto externo da ação - passou a compreender elementos normativos e, em alguns casos, elementos subjetivos. Isto afastou qualquer possibilidade de uma concepção clássica do tipo penal, determinada apenas por fatores objetivos.

A antijuridicidade, nesse novo paradigma, que anteriormente representava uma simples contradição do fato com a ordem jurídica, passa a ser investigada sob um aspecto material, sob o pálio do qual exige-se, para sua configuração, a mínima danosidade social.

Essa nova vertente da antijuridicidade, moldada no conceito neoclássico de delito, permitiu que o injusto fosse graduado de acordo com a lesão produzida. Destarte, onde não havia lesão de interesse algum, o fato não poderia ser qualificado como ilícito.

Outrossim, a teoria da antijuridicidade material permitiu o desenvolvimento de novas causas de justificação, além daquelas previstas legalmente (BITENCOURT, 2008, págs. 207-208; PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, págs. 348-350).

A culpabilidade também sofreu alteração nessa vertente teórica. É que esse instituto recebeu de Frank a “reprovabilidade”, pela formação da vontade contrária ao dever, facilitando a resolução das celeumas que a teoria psicológica da culpabilidade não conseguiu sanar. A culpabilidade, pois, foi concebida como sendo a reprovação que se faz ao autor de um fato desvalorado por ter tido a possibilidade exigível de atuar de maneira diversa. Inobstante essa evolução conceitual, a culpabilidade ainda continha os elementos do dolo e da culpa (BITENCOURT, 2008, p. 208; PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, págs. 349-350).

Nos últimos anos da década de 1920 começa-se a observar de maneira muito acertada, que a culpabilidade, como juízo de reprovabilidade ao autor da infração delituosa, não podia conter a relação psicológica, isto é, o conteúdo da vontade em seu bojo. Assim, concluiu-se que era equivocado julgar um ato contrário ao direito sem perquirir o conteúdo da vontade com que este fora perpetrado.

A partir de 1930, com Hans Welzel, o esquema supra mencionado começa a se aperfeiçoar, já que esse autor se volta definitivamente contra o esquema abstrato no qual se embasavam as concepções anteriores.

O mencionado autor se opôs de forma decisiva contra o conceito clássico de delito, aduzindo que vontade e conteúdo da vontade jamais podem ser dissociados, posto que toda conduta humana deve ser voluntária e toda vontade se dirige à uma finalidade. Essa concepção tem o mérito de eliminar a injustificável cisão entre os aspectos objetivos e subjetivos da conduta e do próprio injusto: transformando, destarte, o injusto naturalístico em injusto pessoal

Essa corrente, ainda, teve o mérito de retirar todos os elementos subjetivos do interior da culpabilidade, fazendo exsurgir, desse modo, uma concepção puramente normativa desse instituto.

Tem-se, em face do deslocamento dos elementos subjetivos do delito para o interior da ação, bem como da compreensão normativa da culpabilidade, a distinção entre tipos dolosos e culposos (dolo e culpa não mais entendidos como elementos da culpabilidade, mas sim como integrantes da ação), além da criação de uma culpabilidade puramente normativa (BITENCOURT, 2008, págs. 209-211).

Portanto, por força dessa nova concepção, os elementos do delito restaram-se configurado dessa forma: conduta – entendida como ação finalística, isto é, que, orientada pela vontade, se dirige a uma finalidade; tipicidade – entendida como proibição de conduta, seja na forma dolosa, seja na modalidade culposa; antijuridicidade – entendida como contradição da conduta proibida com a ordem jurídico-penal; e culpabilidade – entendida como reprovabilidade (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011 p. 350).

## 5. A CONDUTA PUNÍVEL

### 5.1. Considerações Iniciais: fixação de algumas premissas para melhor compreensão do tema

Antes de prosseguir na investigação, analisando a conduta, bem como as teorias que lhe conferiram/conferem suporte e seus reflexos em matéria penal, importante fixar algumas premissas que serão indispensáveis para uma melhor compreensão do presente estudo.

Em primeiro lugar, imperioso se distinguir ato de vontade de ato de conhecimento. O primeiro – ato de vontade – é aquele ato se dirige ao objeto, alterando-o. Destarte, tem-se que atividades como ofertar um presente, demolir uma casa, construir um templo, escrever uma carta etc. são atos de vontade.

Noutra via, os atos de conhecimento são aqueles atos que se limitam a oferecer dados ao intérprete/observador sem qualquer alteração do objeto como matéria do mundo. Assim, atos como descrever algo, perquirir gradualmente determinada ciência do conhecimento etc. são atos de conhecimento, posto que não alteram o objeto de sua análise (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, p. 357).

Isto para dizer que, quando o legislador considera determinada conduta como típica, realiza, em relação a ela, um ato de conhecimento, posto que apenas a conhece e a tipifica como infração penal. Todavia, essa previsão não altera de nenhum modo seu objeto.

Nessa linha, transcreva-se o que lecionam PIERANGELI e ZAFFARONI (2011, p. 357), nos seguintes termos: “Quando o legislador decide que ‘a conduta de matar é má’, evidenciando sua decisão com uma cominação penal, a conduta de matar fica inalterada, ele não pretende mudar o seu ‘ser’, nem tampouco criá-la, mas apenas desvalorá-la”.

Assim, o direito – e aqui a referência é específica ao direito penal - não pretende ser nada mais do que uma ordem reguladora da conduta. E, para tanto, deve respeitar o “ser” da conduta. O “ser da conduta” é o que denomina-se de “estrutura ôntica”, e o conceito que se tem desse “ser” e que a ele se ajusta é o conceito ontológico. Portanto, tem-se: onto – entendido como ente; ôntico – entendido como o que pertence ao ente; e ontológico –

entendido como o que pertence à ciência ou estudo do ente (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, p. 358).

Diante dessa pequena exposição, conclui-se que o direito penal deve respeitar o conceito ôntico-ontológico de conduta, qual seja, a definição natural de conduta humana. Não podendo, pois, criminalizar o que não for conduta, a exemplo do pensamento, da forma de ser e das características pessoais de cada um. Isso feriria frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

## **5.2. Teorias Explicativas da Conduta**

### **5.2.1. Teoria causal-naturalista**

O conceito causal de conduta foi elaborado, no final do século XIX, por Von Liszt e Belling, em consequência da influência do pensamento científico-natural na Ciência do Direito Penal. Foi Radbruch, todavia, que o fundamentou mais detidamente.

Para essa orientação doutrinária, conduta é toda ação ou omissão voluntária que causa uma modificação no mundo exterior, apreensível pelos sentidos humanos, cuja finalidade é irrelevante.

Com esteio nesse conceito, pode-se afirmar que a ação possui duas facetas, quais sejam: parte objetiva (ou externa) e parte subjetiva (ou interna).

A primeira, parte externa da conduta, caracteriza-se pelo movimento corporal do agente, isto é, o fazer (ação) ou o não fazer (omissão); a parte interna (voluntariedade), por seu turno, evidencia-se pelo arbítrio humano de inervação muscular, vale dizer, pela liberdade que o homem tem de conduzir impulsos musculares de um local para outro (JESUS, 2011, p. 270).

Na ação (fazer) essa condução de impulsos musculares se exterioriza por movimentos como “levantar a mão”, “levantar o braço”, “falar” etc.; na omissão (não fazer) essa atividade de inervação se exterioriza pela distensão dos músculos.

Imperioso, nessa toada, em razão de sua importância, tecer considerações acerca do elemento interno da ação “vontade” ou “voluntariedade”.

A teoria causal-naturalista não nega a existência de vontade no conceito de ação. Tanto é assim que preceitua que, todo movimento corporal voluntário que ocasiona uma alteração no mundo fenomênico é ação. Entretanto, não deve-se confundir voluntariedade com conteúdo da vontade.

Voluntariedade, como já exposto, é a liberdade humana de conduzir impulsos musculares de um local para outro (mexer o braço, a mão, a perna etc). Noutra via, o conteúdo da vontade é o que o agente deseja com determinado movimento corporal; em outras palavras, é o escopo pretendido pelo indivíduo ao realizar determinada conduta voluntária.

Para a concepção clássica, o conteúdo da vontade (dolo e culpa) foi deslocado para o interior da culpabilidade, de modo que na análise da ação não se perquire o fim pretendido pelo agente. Assim, pois, se um indivíduo alvejasse outro, com vontade de pressionar o gatilho, já haveria uma conduta homicida. Isso porque, para essa teoria, não se perquiriria o conteúdo da vontade na conduta.

Hodiernamente, é impossível pensar em uma dissociação entre vontade e conteúdo da vontade. Ora, o indivíduo, ao mover um dedo, por exemplo, não o faz por fazer; há sempre uma finalidade, um querer posterior – brincar, tocar, sentir, matar etc. - que só poderá ser alcançado porque houve o movimento anterior do dedo

Sintetizando essa orientação doutrinária, manifesta-se Damásio de Jesus (2003, p. 230). São suas palavras:

[...] Nos termos dessa teoria, a conduta é um puro fator de causalidade. Daí também chamar-se causal. Para ela a conduta é o efeito da vontade e a causa do resultado. Tudo gira em torno do nexo de causalidade: vontade, conduta e resultado. A vontade é causa do comportamento e este, por sua vez, é causa do resultado. Tudo isso se analisa sob o prisma naturalístico, de acordo com as leis da natureza, sem qualquer apreciação normativa ou social.

Assim, para essa concepção a ação possui os seguintes elementos: manifestação de vontade, resultado e a relação de causalidade (BITENCOURT, 2008, p. 218).

Inobstante sua importância, a teoria causal da ação não explicava determinadas situações, tais como o crime omissivo, o crime culposos e a tentativa.

A partir do início do século passado, exurgiram diversas críticas à concepção clássica de delito. Inobstante a diversidade de contraposições e teses à essa aceção, certo é que, no fundo, o conceito causal despreza à realidade. Isto porque, um conceito que cinde vontade e conteúdo da vontade – ação e finalidade – será onticamente inconcebível e impossível. Ora, se a finalidade da conduta não é levada em consideração, quando de sua realização, o que existirá será apenas um processo causal, e não uma conduta. Consequência indissociável disto é que o núcleo do tipo penal, bem como a antijuridicidade, não serão condutas, mas sim processos causais (elementos puramente objetivos). E isso, em verdade, vai contra toda a essência do direito, cuja finalidade precípua é regular as condutas humanas (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2011, págs. 371-372).

### **5.2.2. Teoria final**

A teoria finalista da ação tem como seu grande idealizador e defensor Hans Welzel.

Essa teoria opõe-se à equivocada cisão trazida pela concepção clássica (entre vontade e conteúdo da vontade), preceituando que, toda ação humana é finalisticamente dirigida a um determinado resultado, seja este lícito ou ilícito.

Destarte, para a orientação finalista da ação, o conteúdo da vontade encontra-se presente na própria conduta, isto é, no “fazer” ou “não fazer” do agente causador do evento jurídico-penalmente relevante.

Portanto, é a vontade que orienta a conduta do agente no sentido de praticar um ato e, como consequência, produzir um evento delituoso. Dessa forma, “determinado fato (acontecer externo) só pode ser qualificado como obra de um agente quando resultado de sua vontade” (PRADO, 2011, p. 280).

O homem, “graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta” (BITENCOURT, 2008, p. 220). Ou seja, o ser humano antevê, em determinadas situações, o que sua conduta ocasionará; de sorte que pode interferir nos processos causais anteriores a essa ocorrência. Exemplificando: o indivíduo sabe que se arremessar um copo de vidro na parede, ele se partirá; se desferir tiros em seu desafeto,

ele pode vir a falecer, dentre outras coisas. Assim, a conduta em sentido amplo - compreendendo ação e omissão - não é apenas a liberdade humana de inervação muscular, mas, também, a finalidade dessa condução de músculos. Visando qual fim o agente apertou o gatilho da arma? Com qual finalidade o agente desferiu punhaladas em seu desafeto? Por qual motivo o agente imprimiu velocidade excessiva em uma rua movimentada? Etc. Daí exsurge a afirmação de que, “a finalidade (ação humana) é vidente e a causalidade é cega” (PRADO, 2011, p. 281).

Nesse cenário, elucidativas são as palavras de Luiz Regis Prado (2011, p. 281), nos seguintes termos:

É, pois, a vontade finalista, vontade reitora, resolução delitiva (consciência do fim/querer do agente) que rege ou domina o curso causal. Essa vontade intencional - espinha dorsal da ação - é o fator que configura e dirige o processo causal externo, convertendo-o em uma direção final. (grifo nosso)

A doutrina envereda-se no sentido de que a direção final de uma ação realiza-se em dois planos, (BITENCOURT, 2008, p. 220), quais sejam: subjetivo e objetivo.

A primeira fase é interna, subjetiva; realiza-se no intelecto do agente e compõe-se dos seguintes elementos: o fim a que o autor do fato quer realizar (objetivo pretendido); seleção dos meios adequados para atingir-se a esse fim (meios de execução); e consequências da relação meio/fim).

A fase objetiva, por sua vez, é aquela que ocorre no mundo fenomênico, real. É, em termos singelos, a realização do plano do autor, isto é, “o agente põe em movimento, segundo um plano, o processo causal, dominado pela finalidade, procurando alcançar o objetivo proposto” (BITENCOURT, 2008, p. 220).

Sintetizando esses dois aspectos da conduta, elucidativas são as palavras de Pierangeli e Zaffaroni (2011, págs. 363-364):

Ao aspecto interno da conduta pertence a proposição de um fim (1) e a seleção dos meios para sua obtenção (2). Sempre que nos propomos a um fim, retrocedemos mentalmente, desde a representação do fim, para selecionar os meios com os quais se irá pôr em marcha a causalidade para a produção do resultado querido. Nessa seleção, não podemos deixar de representar os resultados concomitantes.

Terminada esta etapa, passamos à realização da conduta (aspecto externo), consistente no desencadear da causalidade em direção à produção do resultado (3).

Nesse traçado, imperioso mencionar que, de acordo com a concepção finalista, somente são resultantes da ação do agente os eventos propostos por sua vontade finalista (JESUS, 2011, p. 274).

Em suma: a finalidade do agente (vontade de realização de determinado evento), compreende o fim ao qual esta é dirigida, bem como as consequências que o autor considera necessariamente unidas ao evento final pretendido. Ainda, estão abarcadas pela finalidade do agente, as conseqüências previstas por ele como possíveis e com cuja sua produção contava. Porém, as consequências que o autor conta, mas crê sinceramente que não ocorrerão, ficam de fora (BITENCOURT, 2008, p. 220).

Assim, o autor de determinado fato delituoso, só poderá ser responsabilizado por ele se sua vontade estiver finalisticamente dirigida no sentido de produzi-lo, ou se ele assumiu o risco de sua produção.

A crítica mais contundente que se faz à teoria finalista da ação refere-se ao delito culposo. Isto porque, de fato, o resultado advindo desse delito é puramente causal.

Veja-se: no crime culposo, o agente não deseja, tampouco assume o risco de produzir o resultado danoso que produziu. Ou seja, sua conduta não se direciona, finalisticamente, à realização do evento delituoso.

A finalidade da conduta do autor de uma infração culposa, na maioria das vezes, é irrelevante para o direito penal. O resultado delituoso, portanto, apenas ocorre porque este, ao realizar o ato, é desatento, atabalhado, não cauteloso (BITENCOURT, 2008, pags. 280-282).

Aqui, poder-se-ia indagar: ora, se o agente direciona sua conduta no sentido de praticar um ato irrelevante para o direito penal, mas, por ser desatento, causa um evento culposo, a teoria finalista da ação não seria aplicável aos delitos culposos? Não é bem assim.

Como as críticas à teoria finalista da ação em relação ao crime culposo eram procedentes, Welzel teve que reestruturar sua concepção, admitindo, nos delitos culposos, uma ação finalista real.

Pois bem. Nos crimes culposos, como supra mencionado, a finalidade da ação do agente - muitas vezes - é irrelevante para o Direito Penal; o resultado somente ocorre porque os meios adequados, ou não são utilizados, ou são utilizados de modo equivocado.

Diante dessas afirmações, Welzel amoldou a teoria finalista aos delitos culposos no seguinte contexto: o elemento principal nos crimes culposos é a divergência entre a ação efetivamente empreendida pelo agente e a que deveria realmente ter sido realizada em virtude do dever objetivo de cuidado (BITENCOURT, 2008, p. 221).

### **5.2.3. Teoria Social da Ação**

Eb. Schmidt sistematizou, na década de 1930, o conceito social de conduta, que é uma orientação intermediária das demais correntes, quais sejam: causalismo e finalismo).

É que, um conceito tão relevante quanto o de ação, que produz diversos efeitos na estrutura e semântica do delito, não pode ficar ao alvedrio apenas de preceitos fundamentalmente naturalísticos; tampouco lastrear-se num preceito extremamente unilateral que leva em conta somente a vontade individual do agente.

Em sua primeira vertente, concebeu-se que não eram todas as condutas perpetradas na sociedade que poderiam ser objeto de tutela penal, mas apenas aquelas que transcendiam os interesses individuais dos indivíduos, ou seja, aquelas socialmente relevantes.

Ulteriormente, ainda sob o pálio dessa concepção, sustentou-se que somente as ações que perturbavam a sociedade como um todo poderiam ter relevância penal. Destarte, a danosidade social se apresentava como uma limitação ao legislador. Isso porque, se a conduta não tivesse relevância social não poderia ser considerada como delito.

Inobstante a importância dessa concepção, sua inadequação se mostra no sentido de que, é evidente que situações como o suicídio, a destruição de coisa própria etc. são ações; ainda que não transcendam os interesses individuais das pessoas.

Tem-se, pois, que a teoria social da ação traz para o interior da conduta a análise de problemas relacionados especificamente à tipicidade. Por exemplo: é certo que determinadas condutas sem danosidade social não podem ser consideradas delitos. Todavia, isto não ocorre porque elas não são consideradas ações, e sim pelo problema que envolve a tipificação e os bens jurídico-penais a serem tutelados.

Portanto, por força dessa orientação doutrinária, pode-se ter o equivocado entendimento de que o conceito de conduta está ligado, inexoravelmente, ao de tipo e tipicidade.

A crítica se efetua à teoria social da ação é que, em primeiro lugar, uma conduta - independentemente de ter relevância social ou não - continua sendo uma conduta.

De outra banda, a lesividade social trazida pela orientação social da ação, é um conceito exclusivamente ético, cujas nuances, numa sociedade pluralista como as atuais, fica extremamente difícil e perigoso de traçar (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, págs. 372-374).

## 6. TIPO DOLOSO E TIPO CULPOSO: VISÃO PANORÂMICA

### 6.1. Do Tipo Doloso

#### 6.1.1. Linhas Preliminares: noção de tipo objetivo e tipo subjetivo

O dolo, na hodierna teoria geral do delito, tendo como parâmetro a corrente finalista da ação, é puramente natural e ganha status de elemento subjetivo do tipo penal.

Como é sabido, o tipo penal desdobra-se em tipo objetivo e tipo subjetivo. O primeiro “se limita a determinar os comportamentos adequados à produção do resultado, fornecendo as balizas para a atuação do tipo subjetivo”<sup>29</sup> e é composto de um núcleo (verbo, que delimita a ação ou a omissão) e de elementos secundários (ou complementares), tais como sujeito, objeto da ação, nexo de causalidade, resultado, bem jurídico, circunstâncias de tempo, lugar, modo e meio de execução, dentre outros (BITENCOURT, 2008, págs. 264-266).

Noutra via, o tipo subjetivo é caracterizado pelo dolo, concebido como sendo seu elemento subjetivo geral, e elementos subjetivos especiais (ou acidentais), que são tendências e intenções especiais, que, por vezes, acompanham o dolo.

#### 6.1.2. Fixação do Conceito e Elementos do Dolo

O nosso Código Penal, em seu art. 18, I, aduz que o crime é doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Embora haja diversas definições doutrinárias de dolo, em última análise, por força do que preceitua o CPP, todos os conceitos querem dizer a mesma coisa: que o dolo é a vontade livre e consciente de realizar os elementos objetivos do tipo penal (PRADO, 2011, p. 335; BITENCOURT, 2008, p. 267; JESUS, 2011, p. 327; GRECO, 2008, p. 183; NUCCI,

---

<sup>29</sup> PRADO, 2011, p. 332.

2009, p. 219). Vale dizer: o autor do fato, agindo consciente e voluntariamente, quer um resultado danoso a um determinado bem jurídico tutelado pelo direito penal; sua conduta, orientada pela vontade, está finalisticamente dirigida no sentido de produzir o evento previsto como elemento objetivo do tipo penal. Também há dolo, só que na modalidade eventual, quando o agente assume o risco de produzir um resultado danoso.

Portanto, diante do conceito exposto, pode-se afirmar que o dolo possui dois elementos, quais sejam: elemento cognitivo (ou intelectual) exteriorizado pela consciência, e elemento volitivo, caracterizado pela vontade.

A consciência, elemento intelectual do dolo, caracteriza-se pela representação do evento prospectivo por parte do agente. Em outras palavras, o autor do fato delituoso representa, mentalmente, a ação que irá praticar, bem como suas consequências.

Por força disso, o agente deve ter conhecimento do ato que pratica. Significa dizer que, o autor do fato, ao realizar a conduta, deve ter plena consciência do que está perpetrando (p. ex: sabe que está desferindo tiros em outrem; sabe que está dirigindo embriagado, sabe que imprime velocidade excessiva etc.).

Ilustrando o quadro, cite-se o seguinte exemplo: suponha-se que “A”, ao caçar, atire em “B”, acreditando, erroneamente, que trata-se de um animal. Nessa situação, “A” não responderá pelo delito tipificado no art. 121, do Código Penal (homicídio), uma vez que não tinha consciência de que estava atirando em um ser humano. Acreditava, veementemente, que estava atirando em um animal.

Nessa linha, elucidativas são as palavras de Bitencourt (2008, p. 270), nos seguintes termos:

A previsão, isto é, a representação, deve abranger correta e completamente todos os elementos essenciais do tipo, sejam eles descritivos, normativos ou subjetivos. Enfim, a consciência (previsão ou representação) abrange “a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexa causal e do evento (delitos materiais), da lesão ao bem jurídico, dos elementos da autoria e da participação, dos elementos objetivos das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõem uma maior ou menor gravidade do injusto (tipo qualificado ou privilegiado) e dos elementos acidentais do tipo objetivo”. (grifo nosso)

Importante observar que não é necessário que o agente tenha consciência da ilicitude do fato, eis que, como se verificará em momento posterior, esse conhecimento<sup>30</sup> foi deslocado para o interior da culpabilidade.

Mencione-se, ainda, que não há necessidade de que o agente tenha consciência da tipicidade da conduta por ele perpetrada. É que, se assim fosse, somente os “conhecedores da Lei” poderiam agir dolosamente.

O elemento volitivo do dolo, ou seja, a vontade, é caracterizada pela intenção, pelo querer realizar o evento anteriormente representado. É que, em verdade, seria “impossível querer algo conscientemente senão aquilo que se previu ou representou na nossa mente, pelo menos, parcialmente” (BITENCOURT, 2008, p. 280).

Nesse contexto, importante observar que a vontade do agente deve ser exteriorizada de forma livre, sem qualquer embaraço externo. Destarte, se o agente, por exemplo, é coagido a matar outrem, não agiu dolosamente, vez que sua vontade não foi exteriorizada de forma livre. O executor do fato foi apenas um instrumento de realização do tipo penal nas mãos do coator.

Sistematizando o exposto, transcreva-se as considerações tecidas por Zaffaroni (1997, p. 482-483), nos termos seguintes:

Repetimos, uma vez mais, que o dolo é o querer do resultado típico, a vontade realizadora do tipo objetivo. [...] Assim sendo, para que um sujeito possa querer algo como, por exemplo, o “querer pintar a igreja da Antuérpia” que havia na conduta de Van Gogh ao pintá-la, ele necessariamente deve também conhecer algo: Van Gogh devia conhecer a igreja de Antuérpia e os meios de que necessitava para pintá-la. Todo querer pressupõe um conhecer.

Acontece o mesmo com o dolo, pois é um querer. O conhecimento que este “querer” pressupõe é o dos elementos do tipo objetivo no caso concreto: o dolo do homicídio (art. 121) é o querer matar um homem, que pressupõe que se saiba que o objeto da conduta é um homem, que a arma causará o resultado (previsão da causalidade) [...].

A doutrina adverte, ainda, que desejo não se confunde com vontade: o primeiro não passaria de um estado emotivo carente de toda eficácia na configuração do mundo exterior, vale dizer, o desejo trata-se apenas de uma atividade emotiva na qual o agente apenas deseja algo; entretanto, essa atividade emotiva não é exteriorizada no sentido de produzir o almejado.

---

<sup>30</sup> A expressão “conhecimento”, nesse tópico, foi utilizada como sinônimo de “consciência.

A vontade, por seu turno, constituiria o motor da atividade humana, capaz de dominar os processos causais (Patrícia Laurenzo Copelho, apud. GRECO, 2008, p. 185).

Portanto, a vontade é um querer ativo, um querer que muda algo. Assim, se o agente toma providências no sentido de realizar o que representou, estar-se-á diante de vontade, e não de desejo.

Por derradeiro, advirta-se, uma vez mais, que a vontade do agente deve abarcar a conduta (ação ou omissão), o resultado e o nexo de causalidade.

### 6.1.3. Teorias Explicativas

A doutrina tradicional aduz que são três as teorias explicativas do dolo, quais sejam: teoria da vontade, teoria da representação e teoria do consentimento (ou assentimento)<sup>31</sup>.

Para a teoria da vontade, cujo mais ilustre defensor fora Carrara, dolo é a vontade direcionada ao resultado; ou, nas palavras do próprio Carrara (1971, vol. I, § 6º, p. 73), apud Bitencourt, (2008, p. 268), o dolo “consiste na intenção mais ou menos perfeita de fazer um ato que se conhece contrário à lei”.

Nessa toada, importante frisar que a essência do dolo deve estar assentada, não na vontade de violar a lei penal, mas sim na vontade de realizar o ato e obter o resultado. O que, em verdade, são duas coisas absolutamente distintas.

---

<sup>31</sup> Registre-se que a doutrina alemã aduz que essa forma de exposição do dolo, na atualidade, – exteriorizada por meio dessas três teorias – é tanto insuficiente quanto inexata. Isso porque, hodiernamente, não há uma única teoria cognitiva, tampouco uma única teoria da vontade: a doutrina moderna utiliza essas expressões como gêneros, que se desdobram em várias outras teorias. As teorias cognitivas (ou do consentimento) seriam aquelas que fundamentam o dolo num dado cognitivo qualquer, seja no conhecimento da possibilidade da ocorrência do resultado (teoria da possibilidade), seja no conhecimento de que a produção do evento não é apenas possível, mas também provável (teoria da probabilidade). Noutra via, as teorias da vontade seriam aquelas que, para reconhecerem a existência do dolo, não se contentam com um mero dado cognitivo por parte do agente. Requerem, pelo contrário, além do conhecimento da possibilidade da produção do evento, um posicionamento pessoal do autor, ou ainda a indiferença em relação à ocorrência do resultado, ou sua aprovação, ou levar a sério o risco de sua ocorrência (PUPPE, 2004, págs. XIV-XV).

Registre-se, pois, que essa teoria não nega a existência da representação (conhecimento do fato). Todavia, destaca, sobretudo, o valor da vontade de realizar a conduta e obter o resultado.

A teoria da vontade, como critério de avaliação do dolo eventual, pode ser efetivada na posição do agente de assumir o risco da produção do resultado previamente representado. Isso porque, assumir equivale à consentir, que, em verdade, nada mais é do que uma forma de querer (BITENCOURT, 2008, p. 268).

Diante disso – e com auxílio de Damásio de Jesus (2011, p. 329) – pode-se afirmar que o dolo, de acordo com essa concepção, possui os seguintes elementos: a) consciência da conduta e do resultado; b) consciência da relação causal entre a conduta e o resultado; e c) vontade de efetuar a conduta e produzir o evento.

Para a teoria da representação, cujos maiores defensores, ao menos em sua fase inicial, foram Von Liszt e Frank, para a existência do dolo seria suficiente a previsibilidade subjetiva do resultado como certo ou provável.

Sintetizando essa orientação, transcreva-se o que leciona Mirabete (2008, p. 129):

Para a teoria da representação, o dolo é a simples previsão do resultado. 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 vontade.

Essa concepção, nesta quadra da história, até mesmo pela evolução de toda a teoria do direito penal, bem como dos princípios que norteiam sua criação/aplicação, caiu totalmente em desuso.

E até mesmo seus maiores defensores, citados alhures, acabaram por reconhecer que somente a previsibilidade do resultado pelo agente era insuficiente para caracterizar o dolo. De modo que era imprescindível um momento de mais intensa ou íntima relação psíquica entre o infrator e o resultado, que, sem sombra de dúvidas, identifica-se na vontade (BITENCOURT, 2008, p. 268-269).

As celeumas exurgidas entre as teorias anteriores foram atenuadas com a criação da teoria do consentimento. É que, para essa concepção, dolo é, ao mesmo tempo, representação e vontade. De modo que a singela representação do resultado não é suficiente para caracterizar o dolo. O que, em verdade, não ocorre quando o agente consente com sua ocorrência. Nessa hipótese – a de assentimento com a ocorrência do resultado – há o denominado dolo eventual. Isto porque, repita-se, assentir é também uma forma de querer.

Por derradeiro, frise-se que o Código Penal Brasileiro adotou às teorias da vontade e do consentimento: a da vontade, no que se refere ao dolo direto; e a do consentimento, no que toca ao dolo eventual (BITENCOURT, 2008, p. 269).

#### **6.1.4. Modalidades de Dolo: primeira aproximação**

De início, importante registrar que nesse tópico serão tecidas apenas as nuances gerais, trazidas pela doutrina tradicional, acerca das modalidades de dolo. Um estudo mais aprofundado dessa temática – até mesmo por uma questão didática – será efetuado posteriormente à análise da culpa. O que, efetivamente, facilitará a compreensão da exposição.

Pois bem. Como já referido alhures, a vontade que consta do dolo deve abarcar todos os elementos objetivos do tipo, quais sejam: o objetivo pretendido pelo agente, o meio utilizado, a relação de causalidade e o resultado.

Cotejando essa vontade com os elementos que constam do tipo penal, tem-se que a classificação de dolo, prestigiada nas presentes reflexões, cinde o dolo apenas em dolo direto ou dolo eventual. Afinal, e com amparo em Juarez Tavares (1972, s.p.):

Não há mesmo razão científica alguma na apreciação de terminologias 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 ou entre os elementos subjetivos do tipo ou nas duas espécies mencionadas.

O dolo direto é aquele no qual o agente dirige diretamente sua vontade no sentido de produzir o resultado típico, seja como o fim diretamente proposto ou como meio para obtenção desse fim.

Em face disso, pode-se afirmar que o objeto do dolo é o fim proposto pelo agente, os meios necessários escolhidos para o alcance desse fim e os efeitos colaterais representados como necessários para a obtenção do aludido fim.

Destarte, o dolo é composto dos seguintes aspectos: representação, querer e anuir.

O primeiro aspecto – representação - deve abranger o resultado, os meios necessários para sua obtenção e as consequências secundárias que dele pode advir. O segundo aspecto, qual seja, o querer, deve abarcar o resultado e os meios escolhidos para sua consecução.

Por fim, o terceiro aspecto, o anuir, abarca as consequências previstas como certas, necessárias e/ou possíveis, decorrentes da utilização dos meios para se atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses meios (BITENCOURT, 2008, p. 271).

Nesta senda, importante registrar que quando o agente realiza a conduta para a obtenção direta de um fim, por exemplo, desfere 6 (seis) tiros na vítima com intenção de matá-la, fala-se em dolo direto de primeiro grau. Isto porque o agente, ao realizar a conduta, quis diretamente o resultado que produziu.

Noutra perspectiva, os efeitos colaterais (secundários) representados pelo agente como necessários, em razão da natureza do fim proposto, fazem parte do dolo de segundo grau, também denominado de dolo de consequências necessárias. Um exemplo tornará a compreensão mais clara: suponha-se que “A”, professor universitário, por motivos exclusivamente desconhecidos, queira matar “B”, ex-ministro da educação de um governo passado. Para a realização de seu intento, “A” coloca uma bomba no carro da vítima. O sujeito ativo tem para si que, inevitavelmente, o motorista da vítima será atingido; e que, eventualmente, pedestres e terceiros podem ser lesionados ou até mortos pela explosão. Lamentavelmente, a bomba explode. O ex-ministro, bem como seu motorista, são mortos; dois pedestres são feridos e mais dois mortos.

Nessa hipótese, certamente, o sujeito ativo responderia dolosamente por todos os delitos: em relação ao ex-ministro, responderia com dolo direto de primeiro grau – uma vez que esse foi o resultado que ele queria realizar; em relação a seu motorista, por dolo direto de

segundo grau, posto que tal resultado é uma consequência necessária vinculada à realização de seu propósito; e em relação às demais lesões e mortes, responderia com dolo eventual, por se tratarem de efeitos colaterais meramente possíveis (PUPPE, 2004, págs. XIII-XIV).

Nessa trajetória, importa mencionar que, ainda que o agente lamente ou deplora a ocorrência dos resultados colaterais, se ele os representou como necessários, responderá a título de dolo direto. Seria extremamente despidendo que não fosse assim.

Enfim, para que não reste nenhuma dúvida acerca do dolo direto de segundo grau, transcreva-se o que lecionam Pierangeli e Zaffaroni (2011, p. 433), nos seguintes termos:

Chama-se dolo direto aquele em que o agente quer diretamente a produção do resultado típico, seja como o fim diretamente proposto ou como um dos meios para obter este fim. Quando se trata do fim diretamente querido, chama-se dolo direto de primeiro grau, e quando o resultado é querido como consequência necessária do meio escolhido para a obtenção do fim, chama-se dolo direto de segundo grau ou dolo de consequências necessárias.

Quando um sujeito quer matar outro e contra ele desfere cinco tiros, quer diretamente o resultado como fim proposto (dolo direto de primeiro grau). Ao contrário, quando um sujeito quer matar outro e aproveita uma viagem de avião para introduzir um artefato explosivo na bagagem e provocar uma catástrofe aérea, como consequência necessária do meio escolhido, quererá diretamente a morte dos outros passageiros da aeronave (dolo direto de segundo grau). (grifo nosso)

Por outro lado, haverá dolo eventual quando o agente não quiser diretamente a realização dos elementos objetivos do tipo, vale dizer, o resultado, mas o aceitar, assumindo o risco de sua produção.

Nesta modalidade de dolo o agente prevê o resultado como possível ou até mesmo provável. Todavia, essa previsão não o faz parar, não o faz recuar. De modo que ele, sujeito ativo, age, assumindo o risco de produzir o evento.

No que se refere a essa modalidade de dolo, Cezar Roberto Bitencourt (2008, págs. 273-274), aduz que a consciência e a vontade, elementos do dolo, também devem estar presentes quando se tratar de dolo eventual.

Destarte, para se configure o dolo eventual, não basta a mera ciência da probabilidade da produção do evento, ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado, como sustentam os que perfilham a teoria da probabilidade. É

imprescindível, pois, uma determinada relação de vontade entre o resultado e o agente e, é justamente esse elemento volitivo que distingue o dolo da culpa.

Portanto, as expressões “aceita”, “assume”, “aprova”, “admite o risco ou resultado”, significam um complexo processo psicológico no qual se misturam elementos intelectivos e volitivos, conscientes e inconscientes, impossíveis de serem reduzidos a um conceito único de dolo.

Por ora, não adentrar-se-á nas raízes das teorias que esteiam a assunção do risco no dolo eventual. Isto será feito, de modo mais percuciente, em tópico próprio, qual seja: “da distinção entre dolo eventual e culpa consciente”.

Todavia, parece que a grande questão que se coloca na investigação dessa temática é justamente a abrangência da expressão “assumir o risco”, “consentir”, “aprovar” etc. O que significa assumir o risco? Para Nelson Hungria, apud Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 273), assumir o risco significa um algo mais do que ter consciência de correr o risco, quer dizer, consentir previamente no resultado caso este venha a ocorrer. Independentemente da licitude ou ilicitude da finalidade.

A doutrina brasileira, de fato, é extremamente simplista no que se refere ao estudo do dolo. Tanto é assim que limita-se, quando da análise do dolo eventual, a dizer que há dolo eventual quando o agente assume o risco de produzir o evento. Mas não passa disso. Os doutrinadores não analisam essa temática – que, atualmente, é uma das questões mais intrigantes e tormentosas da ciência penal – com maior cuidado e profundidade.

Isso também ocorre na jurisprudência. De modo que não há um critério seguro que explique, ou ao menos tente explicar, o que significa assumir o risco. Do mesmo modo que a doutrina, a jurisprudência limita-se a dizer que há dolo eventual quando o agente assume o risco da produção do resultado. É o que se depreende dos seguintes julgados:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. "RACHA" AUTOMOBILÍSTICO. HOMICÍDIO DOLOSO. DOLO EVENTUAL. NOVA

VALORAÇÃO DE ELEMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS, E NÃO REAPRECIÇÃO DE MATERIAL PROBATÓRIO. DENEGAÇÃO.

1. A questão de direito, objeto de controvérsia neste writ, consiste na eventual análise de material fático-probatório pelo Superior Tribunal de Justiça,

o que eventualmente repercutirá na configuração do dolo eventual ou da culpa consciente relacionada à conduta do paciente no evento fatal relacionado à

infração de trânsito que gerou a morte dos cinco ocupantes do veículo atingido.

[...]

3. O dolo eventual compreende a hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (assume o risco da produção do resultado, na redação do art. 18, I, in fine, do CP).

4. Das várias teorias que buscam justificar o dolo eventual, sobressai a teoria do consentimento (ou da assunção), consoante a qual o dolo exige que o agente consinta em causar o resultado, além de considerá-lo como possível.

5. A questão central diz respeito à distinção entre dolo eventual e culpa consciente que, como se sabe, apresentam aspecto comum: a previsão do resultado

ilícito. No caso concreto, a narração contida na denúncia dá conta de que o paciente e o co-réu conduziam seus respectivos veículos, realizando aquilo

que coloquialmente se denominou "pega" ou "racha", em alta velocidade, em plena rodovia, atingindo um terceiro veículo (onde estavam as vítimas).

6. Para configuração do dolo eventual não é necessário o consentimento explícito do agente, nem sua consciência reflexiva em relação às circunstâncias do

evento. Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração

expressa do agente.

7. O dolo eventual não poderia ser descartado ou julgado inadmissível na fase do iudicium accusationis. Não houve julgamento contrário à orientação contida

na Súmula 07, do STJ, eis que apenas se procedeu à reavaliação dos elementos admitidos pelo acórdão da Corte local, tratando-se de quaestio juris, e não

de quaestio facti.

8. Habeas corpus denegado. (HC n. (HC 91159 MG, rel. Min. Ellen Gracie, org. julg. 2ª t., julg. Em 02 de setembro de 2008).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOLO EVENTUAL. INAPLICABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE EVIDENCIAM A PRÁTICA DO CRIME NA MODALIDADE

CULPOSA. CONFLITO JULGADO IMPROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

1. levando-se em conta as distinções entre os institutos do dolo eventual e culpa consciente e, analisando as provas constantes nos autos, em especial a

conduta dos acusados, parece-me pouco provável que tenham agido de maneira a caracterizar assunção do risco na modalidade de dolo eventual.

2. São as circunstâncias do caso concreto que informarão terem os agentes praticado o delito de forma culposa ou dolosa. Deve-se levar em conta os elementos

ocasionais decorrentes dos acontecimentos fáticos, tais como a apreciação da situação em que o evento ocorreu, o comportamento dos agentes em momento posterior

ao crime, a personalidade, dentre outros tantos capazes de remontar a verdadeira situação sobre a qual controvertem os juízos de direito envolvidos.

3. O exame acurado do episódio narrado nos autos denota que não queriam os acusados, nem mesmo eventualmente, a morte da vítima, não cabendo a competência

para o processamento da ação penal correspondente ao juízo da vara do tribunal popular do júri.

4. Conflito de jurisdição julgado improcedente.

5. Competência do juízo suscitante. (CC 201200010018092-PI, Rel. Dês. Fernando Carvalho Mendes, org. julg. Tribunal Pleno, julg. Em 09 de agosto de 2012)

HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA. ARTIGO 121, § 2º,  
INCISO IV, C/C ARTIGO 14 DO CÓDIGO PENAL.

DIVERGÊNCIA NO JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO  
INTERPOSTO CONTRA SENTENÇA DE PRONÚNCIA DO RÉU. PRETENSA  
DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL CULPOSA

E PERIGO PARA VIDA E SAÚDE DE OUTREM. IMPOSSIBILIDADE.  
CARACTERIZAÇÃO DO DOLO EVENTUAL NA CONDUTA PERPETRADA.  
RÉU QUE NA POSSE DE ARMA DE FOGO DISPARA

VÁRIOS TIROS CONTRA UMA RESIDÊNCIA E UM GRUPO DE PESSOAS,  
ATINGINDO UMA DELAS. ASSUNÇÃO DO RISCO MORTE.  
DESCLASSIFICAÇÃO INVIÁVEL. DECISÃO COLEGIADA MANTIDA.

EMBARGOS REJEITADOS, NA PARTE CONHECIDA. . .

.O dolo eventual, conceituado em termos correntes, é a conduta daquele que diz a si mesmo "que agüente", "que se incomode", "se acontecer azar", não me

importo". Observe-se que aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade... (ZAFFARONI, E.

PIERANGELI, J. H. Manual de Direito Penal. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004. p. 464.)  
(EI n. 656716401-PR, rel. João Kopytowski, org. julg. 2ª Câmara Criminal, julg. 28 de julho de 2011)

Nota-se, desses julgados, bem como da análise da doutrina, que os autores não se aprofundam no que se deve entender por assunção do risco de produzir o resultado.

## **6.2. Do Tipo Culposos**

### **6.2.1. Culpa e Finalidade**

Como visto alhures, o direito penal, por meio dos tipos penais, individualiza condutas que proíbe com relevância penal.

Os tipos penais, pois, sempre individualizam condutas. E, até mesmo em função da finalidade do direito, é impossível que não seja dessa forma. Em razão disso, os tipos culposos, da mesma forma que os dolosos, não têm outra finalidade, senão a de individualizar condutas.

Ora, se é impossível pensar em conduta sem finalidade, que inexoravelmente pressupõe uma vontade, a conduta individualizada pelo tipo penal culposos terá uma finalidade.

Assim, pode-se concluir que tanto os tipos dolosos como os culposos contém proibições de condutas. Todavia, nos tipos culposos a conduta não é individualizada por sua finalidade, mas sim porque, na forma em que ela é obtida, viola-se um dever objetivo de cuidado: o agente é imprudente, negligente ou imperito na realização dos meios para obtenção do resultado.

Por fim, observe-se que a circunstância de que o tipo penal não individualize a conduta culposa pelo fim em si mesmo não significa que esta não seja dirigida a um fim (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, p. 441).

### **6.2.2. Definição e Elementos dos Crimes Culposos**

Pode-se dizer, para efeitos didáticos, que “culpa é a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, objetivamente previsível” (BITENCOURT, 2008. p. 280).

A culpa assenta suas raízes no direito romano, especificamente na Lex Aquilia. Entretanto, apenas em período muito posterior esse instituto foi recepcionado pelo Direito Penal.

A tipicidade dos delitos culposos decorre, pois, da realização de uma conduta não diligente por parte do agente, que causa uma lesão ou ameaça de lesão a um bem penalmente tutelado.

Importante registrar que nos crimes culposos não existe o elemento subjetivo como ocorre nos crimes dolosos. Isto em razão da natureza normativa da culpa.

Juarez Tavares (1985), apud Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 282), aduz que esses delitos possuem, em lugar do tipo subjetivo, uma característica normativa aberta, qual seja: o desatendimento ao cuidado objetivo exigível ao autor.

Das considerações tecidas alhures, pode-se dizer que os tipos culposos contém os seguintes elementos: inobservância do cuidado objetivo devido, produção de um resultado não querido, nexo causal e previsibilidade objetiva do evento.

Fato é que, todas as atividades humanas, por mais singelas que sejam, possuem um risco a si inerente. Destarte, ao realizá-las o agente deve tomar determinadas cautelas. É claro que, a depender da atividade empreendida, o grau de cuidado será maior ou menor.

Nesta trilha, o dever de cuidado objetivo consiste no reconhecimento de um perigo para o bem jurídico tutelado e preocupar-se com as possíveis consequências decorrentes da realização de uma conduta imprudente ou negligente. Deixando, eventualmente de praticá-la, ou, então, adotando todas as precauções necessárias antes de realizá-la.

Lembre-se que, nos delitos culposos, não se pune a realização da conduta em si, mas a realização de um evento danoso a um bem jurídico-penal decorrente dá má utilização dos meios para realização de determinada finalidade. Por isso, a observância do dever objetivo de cuidado, isto é, da diligência devida se torna imprescindível na análise desses delitos.

E como se aferir o que é o dever objetivo de cuidado? A doutrina aduz que, por força do princípio da confiança, o dever objetivo de cuidado deve ser direcionado a todos os indivíduos que realizam atividades no corpo social (BITENCOURT, 2008, págs. 282-284).

Tem-se, como decorrência, que o dever objetivo de cuidado deve ser analisado objetivamente, isto é, de acordo com o homem mediano (ou paradigma). Ou seja: haverá violação do cuidado objetivo quando o indivíduo não age, na situação concreta, como agiria o homem mediano.

Não se desconhece a importância e relevância do critério do homem mediano como modelo de análise. Todavia, por força do paradigma aqui adotado, qual seja, a hermenêutica filosófica, a análise deve ser feita “caso a caso”, de acordo com as condições culturais, sociais, econômicas etc. de cada indivíduo. De modo que não se pode formular uma “regra de análise” que pretenda abarcar todas as situações possíveis de ocorrência nas relações sociais.

No que se refere ao resultado, mencione-se que só haverá delito culposos se da violação do dever de cuidado objetivo advier um evento danoso a determinado bem jurídico tutelado pelo direito penal.

Destarte, só existirá o delito culposo se houver um resultado. Portanto, ainda que a conduta do agente seja temerária, desatenta, atabalhoada, se não houver um evento danoso a um bem jurídico penalmente tutelado não há se falar em crime. A não ser que a conduta, per si, constitua uma infração penal. Afora isso, não há delito.

Por último, mencione-se que é indispensável que o resultado seja decorrência da violação do dever de cuidado objetivo. A contrário senso, se o agente tomou todas as cautelas necessárias na realização da conduta, mas, por infelicidade o resultado ocorreu, não há que se falar em delito, sob pena de verdadeira responsabilização penal objetiva.

O resultado do delito culposo deve ser objetivamente previsível por parte do agente. De forma que, assim como o resultado deve ser abrangido pelo dolo, ele também deve sê-lo pela previsibilidade objetiva.

Nessa linha, transcreva-se o que leciona Mirabete (2008, p. 138), nos seguintes termos:

O tipo culposo é diverso do doloso. Há na conduta não uma vontade dirigida à realização do tipo, mas apenas um conhecimento potencial de sua concretização, vale dizer, uma possibilidade de conhecimento de que o resultado lesivo pode ocorrer. Esse aspecto subjetivo da culpa é a possibilidade de conhecer o perigo que a conduta descuidada do sujeito cria para os bens jurídicos alheios, e a possibilidade de prever o resultado conforme o conhecimento do agente.

A previsibilidade objetiva se determina mediante um juízo levado a cabo, no qual o observador se coloca no lugar do autor no momento inicial da prática da ação, levando em consideração as nuances do caso concreto, cognoscíveis por uma pessoa “inteligente”, mais as conhecidas pelo autor e pelas experiências comuns da época acerca dos cursos causais referentes à situação fática (BITENCOURT, 2008, p. 285).

### **6.2.3. Modalidades de Culpa**

Ao tratar das modalidades de culpa, o legislador pautou-se em “preciosismos técnicos” que não possuem quase nenhuma diferença na prática. Exemplo disso é que, tanto na imprudência como na negligência há a inobservância de cuidados recomendados pela

experiência comum na realização das atividades cotidianas. E a imperícia, por seu turno, não deixa de ser uma forma especial de imprudência ou negligência (BITENCOURT, 2008, p. 287).

A imprudência caracteriza-se por um fazer, um atuar. Daí que tem caráter positivo, e ocorre, por exemplo, quando o agente pratica conduta arriscada, perigosa.

Imprudência, no dizer da doutrina, (BITENCOURT, 2008, p. 287): “É a imprevisão ativa (culpa in faciendo ou in committendo). Conduta imprudente é aquela que se caracteriza pela intempestividade, precipitação, insensatez ou imoderação”.

A presença da imprudência se dá no momento da realização da ação por parte do agente, isto é, no mesmo instante em que esta é empreendida.

A negligência caracteriza-se pelo não realizar o que é devido (tem caráter passivo); nela, o agente é desleixado: há a incúria, omissão (culpa in ommittendo).

Na negligência, há um estado de indiferença do agente, que, podendo adotar às cautelas necessárias não o faz. Em outros termos, a negligência caracteriza pelo não fazer o que deveria ser feito.

Observe-se que a imprudência precede a ação. Isso porque, em verdade, significa a abstenção de uma cautela que deveria ser tomada (BITENCOURT, 2008, p. 287).

A imperícia consiste na ausência de conhecimentos técnicos para o exercício de arte, profissão ou ofício.

Frise-se que a inabilidade para o realizar determinada atividade fora do campo técnico e/ou profissional tem sido considerada, a depender da situação, como imprudência ou negligência.

Disso se conclui que, se o profissional, por inaptidão científica e/ou técnica causar dano a um bem jurídico penalmente tutelado pode ser responsabilizado, a título de culpa, pela prática desse ato.

#### **6.2.4. Espécies de Culpa**

O Código Penal brasileiro não faz, em seu bojo, qualquer distinção de tratamento entre culpa consciente e inconsciente, tampouco aborda a distinção entre esses dois institutos.

Todavia, a doutrina diferencia essas duas espécies de culpa.

Haverá a culpa consciente, também denominada de culpa com previsão, quando o agente, deixando de observar a diligência necessária, prevê um resultado, previsível, mas crê sinceramente que este não se produzirá.

Assim, pois, quando o agente, embora prevendo o resultado, acredita convictamente que ele não ocorrerá, existirá a denominada culpa consciente.

Importante notar que o agente só não consegue evitar o resultado – na culpa consciente – por erro de cálculo ou erro em sua execução.

Por outro lado, a ação sem previsão do resultado que era previsível é a denominada culpa inconsciente.

Disto se conclui que a previsibilidade do resultado é o fator identificador das duas espécies de culpa. Isso porque a imprevisibilidade desloca o fato para o caso fortuito ou força maior.

Importante notar que a culpa inconsciente caracteriza-se pela absoluta ausência de nexos psicológico entre o agente infrator e o resultado decorrente de sua ação (BITENCOURT, 2008, págs. 288-289).

## 7. Delitos de Trânsito: dolo eventual ou culpa consciente?

### 7.1. Considerações Preliminares

Há extrema celeuma doutrinária e jurisprudencial no que se refere a (im)possibilidade da aplicação do instituto do dolo eventual nos delitos de trânsito, mormente quando o motorista se encontra embriagado.

São muito poucos os trabalhos que tratam do tema. E a maioria dos artigos e obras que existem não abordam com nenhuma ou quase nenhuma cientificidade e profundidade essa temática. Quando muito, limitam-se a dizer que o dolo eventual é a assunção, anuência ou aprovação da produção do resultado e se colocam de forma veemente contra um dos dois posicionamentos: seja contra o dolo eventual, seja contra a culpa consciente. Se utilizando, muitas vezes, de argumentos meramente retóricos e exógenos, despidos de qualquer cientificidade<sup>32</sup>.

Daí que, nas presentes reflexões, com o fito de contribuir com a análise dessa questão tão intrincada, propõe-se um critério mais objetivo de investigação do tema, que não se limita apenas a dizer que o dolo eventual consiste em “assumir o risco da produção do resultado.

### 7.2. Homicídio Culposo de Trânsito e Conceito de Veículo Automotor

---

<sup>32</sup> Para tanto, veja-se os seguintes artigos: WUNDERLICH, Alexandre. **O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1732>>. Acesso em: 15 dez 2010; TASSE, Adel El. **Dolo eventual e delitos de trânsito: uma difícil compatibilização**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2284, 2 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13607>>. Acesso em: 15 dez. 2010; e FREITAS, Roberto da Silva; CARDOSO, Marcus Paulo da Silva. **Dolo eventual e culpa consciente nos homicídios praticados na direção de veículo automotor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2436, 3 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14440>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

A Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, Código de Trânsito Brasileiro (CTB), em seus arts. 291 e seguintes prevê os crimes de trânsito.

Dentre os aludidos delitos, há o homicídio culposo de trânsito, que está expressamente previsto no art. 302, da supra lei, nos seguintes termos: “Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

Segundo Damásio de Jesus (2008, p. 71), o homicídio culposo no trânsito pode ser concebido como sendo: “(...) a morte de um homem provocada culposamente por outro na direção de veículo automotor”. Ante a esse conceito, pode-se concluir que, para que a conduta do agente amolde-se ao dispositivo sob análise, é indispensável que ele esteja na direção de veículo automotor. Portanto, se o agente atropela a vítima, por exemplo, no ato de empurrar imprudentemente seu veículo com defeito, sua conduta não enquadrar-se-á no art. 302, do Código Nacional de Trânsito, mas sim no homicídio culposo geral, previsto no § 3º, do art. 121, do CP.

Como exposto acima, para se configure o homicídio de trânsito é indispensável que o agente esteja conduzindo veículo automotor. É necessário, então, conceituá-lo.

Damásio de Jesus (2008, p. 73) nos traz o seguinte conceito de veículo automotor:

Consideram-se veículos automotores: automóvel, motocicleta, motonetas, ciclomotor, trator, ônibus, ônibus elétrico, caminhão, caminhão trator, caminhonete, camioneta, microônibus, motor casa e utilitário. Conceito legal de veículo automotor (CT, Anexo 1): “Todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulem sobre trilhos (ônibus elétrico)”.

Portanto, para se possa falar em homicídio no trânsito, o sujeito passivo deve estar na direção de veículo automotor.

### 7.3. O posicionamento dos Tribunais no que se refere aos homicídios de trânsito praticados por pessoas em estado de embriaguez

A teoria do delito, como já analisado, encontra no finalismo um dos mais importantes pontos de sua evolução, qual seja: a transmutação dos elementos dolo e culpa para o interior do injusto, especificamente, da conduta.

A teoria da culpabilidade, portanto, nesta quadra da história é puramente normativa e se relaciona apenas com a reprovabilidade da conduta contrária ao direito. Assim, pode-se dizer que o instituto da culpabilidade consiste na reprovação pessoal que se faz do agente pela realização de um fato contrário ao direito, embora este tenha tido oportunidade de adotar conduta diversa.

Diante dessa exposição, pode-se dizer que a culpabilidade possui os seguintes elementos: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude do fato; e exigibilidade de conduta conforme ao direito (BITENCOURT, 2008, págs. 346-350).

Importa referir, pois, a problemática da embriaguez que, em regra, não exclui a culpabilidade.

Veja-se: até mesmo por disposição expressa do próprio Código Penal, a embriaguez, salvo se completa e proveniente de caso fortuito ou força maior, não exclui a culpabilidade do agente infrator.

Nesse sentido, transcreva-se o que dispõe o artigo 28 do Código Penal:

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

[...]

Embriaguez

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o

caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Em face dessa disposição, a questão que se coloca é se existe a possibilidade da aplicação do instituto do dolo eventual nos casos em que o indivíduo, em estado de embriaguez, comete uma infração penal, notadamente, na direção de veículo automotor.

Passa-se, agora, a análise de algumas decisões tribunalícias que aborda(ra)m o tema.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL. ATROPELAMENTO. DOLO EVENTUAL. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA.

INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. EXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito, objeto de controvérsia neste writ, consiste na configuração do dolo eventual ou da culpa na conduta do paciente no atropelamento

que gerou a morte de quatro vítimas e causou lesões corporais em uma quinta.

2. O dolo eventual compreende a hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (assume

o risco da produção do resultado, na redação do art.

18, I, in fine, do CP).

3. Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa

do agente.

4. Como se sabe, para a decisão de pronúncia basta um juízo de probabilidade em relação à autoria delitiva. Nessa fase, não deve o Juiz revelar um convencimento

absoluto quanto à autoria, pois a competência para julgamento dos crimes contra a vida é do Tribunal do Júri.

5. Na presente hipótese, depreende-se da decisão de pronúncia, a existência de indícios suficientes de autoria em relação aos crimes dolosos de homicídio

e lesão corporal, visto que diversas testemunhas afirmaram que o paciente dirigia seu veículo em alta velocidade e, após o atropelamento, aparentava estar

alcoolizado.

6. No caso em tela, de acordo com o que consta da denúncia, o paciente aceitou o risco de produzir o resultado típico no momento em que resolveu dirigir

seu automóvel em velocidade excessiva, sob o efeito de bebida alcoólica e substância entorpecente.

7. De outro giro, verificar se o paciente agiu, ou não, com dolo eventual no caso concreto, importa, necessariamente, em aprofundado exame de matéria fático-probatória, inadmissível na estreita via do habeas corpus.

8. Com efeito, conforme já decidiu esta Suprema Corte "sem exame aprofundado de provas, inadmissível em habeas corpus, não se pode concluir pela caracterização,

ou não do dolo eventual" (HC 67.342/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 31.03.1989).

9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus (HC 97252-SP, rel. Min. Ellen Gracie, org. julg. 2ª t., julg. 23/06/2009)

Depreende-se, em função desse julgado, que para se aferir a existência ou não do dolo eventual deve-se analisar a situação concreta. Vez que, como bem aduziu a Ministra: “Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente”.

Assim, como é absolutamente impossível penetrar na mente do agente e avaliar o que este estava pensando ao ingerir substância alcoólica ou análoga, a conclusão acerca do dolo eventual ou da culpa consciente deve ser pautada num juízo mais objetivo, isto é, sua avaliação deve se dar de acordo com as nuances da situação concreta.

Recentemente, o Min. Luiz Fux, exarou Voto que traçou um novo critério no que se refere à apreciação da matéria. Eis a ementa do pronunciamento:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influenciando na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do due process of law, é reformável pela via do habeas corpus.

2. O homicídio na forma culposa na direção automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual.

3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo.

4. In casu, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte.

5. A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que "O anteprojetado Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o

assunto. O art. 31 e §§1º e 2º estabeleciam: 'A embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade,

salvo quando fortuita ou involuntária. §1º. Se a embriaguez foi intencionalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo.

§2º. Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime,

a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato" (Guilherme Souza Nucci, Código Penal Comentado, 5. ed. rev. atual. e ampl. - São

Paulo: RT, 2005, p. 243).

6. A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP,

rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, rel. Min. Moreira Alves, DJ 17/8/1990.

7. A Lei nº 11.275/06 não se aplica ao caso em exame, porquanto não se revela lex mitior, mas, ao revés, previu causa de aumento de pena para o crime sub

judice e em tese praticado, configurado como homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB).

8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB),

determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP.

Pode-se afirmar, em linhas gerais, de acordo com a interpretação do pronunciamento exarado, que, para o Min. Fux só haverá possibilidade de que alguém responda, a título de dolo eventual, em homicídios praticados na direção de veículo automotor, quando este se coloca em estado de embriaguez visando à prática do delito, ou ao menos assumindo o risco de produzi-lo.

O critério aqui utilizado, pois, é diverso do prestigiado no pronunciamento alhures: para o eminente Ministro, deve-se investigar a vontade do agente quando da ingestão de bebida alcoólica.

Inobstante todo o respeito e admiração que se nutre pelo brilhante Ministro, não nos parece que este seja o melhor caminho. É que, se o critério for este – que, em verdade, é puramente subjetivo - quais serão as premissas a serem fixadas para se concluir se o agente assumiu ou não o risco da prática do evento? A quem caberá a feitura dessa análise? Mais: a investigação de um tema tão relevante e tormentoso como esse pode ser deixada para que o intérprete resolva de acordo com seu subjetivismo? Sem dizer que a prova de que o agente se embriagou para cometer o delito ou ao menos assumiu o risco de fazê-lo será praticamente impossível.

Será que é possível, nesta quadra da história – e até mesmo por força dos paradigmas do neoconstitucionalismo e do estado democrático de direito – que uma questão tão relevante como essa seja resolvida pelo subjetivismo do intérprete? O que,

consequentemente, pode propiciar uma série de interpretações e respostas jurídicas muito diversas entre si? Indo mais além: como será efetuado o controle dessas interpretações? E a segurança jurídica, decorrência lógica do paradigma do estado democrático de direito, onde fica?

De acordo com o paradigma aqui adotado, vale dizer, a hermenêutica filosófica – que superou, definitivamente, às duas modalidades de metafísica: a metafísica clássica e a moderna - pensamos que a investigação acerca da existência do dolo eventual ou da culpa consciente nos delitos de trânsito não pode ser deixada ao bel prazer do intérprete.

E isto por uma razão muito simples: embora existam juristas extremamente compromissados com a seriedade e cientificidade do Direito, bem como com a Justiça – como o próprio Ministro Fux – outros não se envolvem de modo tão íntimo com essa ciência. De modo que, para eles, as situações são tratadas apenas como “mais um caso”. Nessas hipóteses, o que ocorre – e isso é extremamente lamentável - é a coisificação das pessoas que se dirigem ao judiciário. O que, inexoravelmente, pode levar a arbitrariedades e decisionismos.

E mais: pensamos que aquele que comete um delito, ainda que com dolo eventual, deve ser responsabilizado por ele. Isso é justo. Trata-se da aplicação prática do princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, parece que a distinção entre dolo eventual e culpa consciente deve se assentar em critérios mais objetivos e previsíveis.

Por força disso, em tópico próprio, será proposto um critério mais racional de análise do tema.

## **7.4. Teoria da Imputação Objetiva**

### **7.4.1. Fixação do Conceito de Imputação Objetiva**

Embora haja dissenso doutrinário no que respeita ao conceito e determinados critérios da teoria da imputação objetiva, é indispensável, para avançar em seu estudo, conceituá-la.

Assim, será utilizado o conceito de Damásio de Jesus (2000, p. 33), que aduz que: “Imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico”.

Do conceito supra exposto, pode-se concluir que, a teoria da imputação objetiva não avalia a “causa” de determinado evento típico sob o ponto de vista puramente físico, isto é, material; ao revés, analisa uma conduta e eventual resultado decorrente dela, sob uma perspectiva normativo-jurídica. Desse modo, tanto a conduta antecedente como o resultado consequente devem ser avaliados normativo-juridicamente.

Ora, se a conduta tem relevância jurídica, o resultado que advier dela também deve ter.

Nesse contexto, observe-se que a teoria da imputação objetiva é orientação doutrinária autônoma e independente das teorias objetivas e materiais da causalidade; pautando-se, não nos respectivos eventos ocasionados por determinadas condutas (sob um prisma puramente naturalístico), mas nos valores a que o Direito Penal tutela (DAMÁSIO, 2000, p. 34).

Para que haja responsabilização de um agente causador de um evento danoso, segundo a teoria da imputação objetiva, é indispensável que ele, com sua conduta, crie um risco juridicamente proibido ao bem jurídico penal protegido pela norma, ou agrave um risco juridicamente permitido a determinado bem jurídico tutelado.

Por derradeiro, é importante mencionar que a Teoria da Imputação Objetiva não se confunde com a Responsabilidade Penal Objetiva. É que, à primeira vista, pode-se ter a errônea impressão, em face da denominação do instituto, que teoria da imputação objetiva e responsabilidade penal objetiva são a mesma coisa. Não são.

A teoria da imputação objetiva, como já referido, é uma teoria que tenta sanar os problemas deixados pelas teorias objetivas da causalidade, dando à conduta e o resultado decorrente dela, valoração normativo-jurídica.

Já a responsabilidade penal objetiva é a imputação, a alguém, de determinado fato delituoso, analisando-se, apenas, o nexos de causalidade entre a conduta do agente e o evento dela decorrente, sem aferir, contudo, o dolo e a culpa (DAMÁSIO, 2000, p. 33).

#### 7.4.2. Natureza Jurídica

A doutrina aponta que a imputação objetiva constitui elemento normativo do tipo penal.

Como se sabe, o tipo penal compõe-se de elementos objetivos, subjetivos e normativos.

Os elementos objetivos do tipo são aqueles que facilmente podem ser apreendidos pelos sentidos humanos, nos quais não há dificuldade em sua constatação. São, assim, elementos que se referem a dados objetivos do fato: forma de execução, tempo, local da conduta etc., tais como “matar”, “subtrair”, “constranger” etc. (DAMÁSIO, 2000, p. 37; BITENCOURT, 2008, pags. 262-263).

Noutra via, os elementos subjetivos do tipo correspondem ao estado anímico do autor, isto é, ao fim almejado por ele ao perpetrar o delito. Esse elemento é representado pelo dolo (elemento subjetivo geral do tipo) e pelo dolo específico (fim especial de agir).

Pode ser constatado nas seguintes expressões: “para si ou para outrem”, “com o fim de” “sob a influência de” etc. E, ainda, podem dizer respeito à características pessoais, tais como “filho”, “mãe”, dentre outros (DAMÁSIO, 2000, p. 37).

Os elementos normativos do tipo, por seu turno, não dependem apenas de uma apreensão cognitiva, isto é, de mero conhecimento; para sua compreensão é indispensável uma “atividade valorativa”. São, portanto, circunstâncias que implicam um juízo de valor.

A doutrina aponta que relacionam-se com a ilicitude, contêm-se em expressões jurídicas, ou se manifestam em conceitos culturais. Podem ser citadas, como exemplo de elementos normativos do tipo, as seguintes expressões: “indevidamente”, “sem justa causa”, “sem permissão legal”, “sem licença da autoridade competente”, “fraudulentamente”, “documento”, “funcionário público” etc. (BITENCOURT, 2008, p. 263; DAMÁSIO, 2000, p. 37).

A imputação objetiva, como já referido, constitui elemento normativo do tipo penal. Porém, diversamente dos demais elementos normativos que exteriorizam-se por meio de expressões, a imputação objetiva estaria implícita nas descrições típicas, da mesma forma que o dolo (elemento subjetivo geral do tipo). Na ausência do elemento normativo imputação

objetiva o fato, ainda que haja conduta, nexo de causalidade, resultado e tipicidade, será atípico.

Exige-se, portanto, um elemento complementar para que o fato seja típico. Nos crimes materiais, a “imputação objetiva” caracteriza-se pela criação de um risco juridicamente desaprovado a um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal e, ainda, um resultado igualmente jurídico como decorrência da conduta anterior. Já nos crimes sem resultado, o elemento “imputação objetiva” exterioriza-se por meio de uma conduta criadora de um risco juridicamente relevante a um objeto jurídico de proteção da norma penal (DAMÁSIO, 2000, pags. 37-38).

### **7.4.3. Critérios de Imputação**

#### **7.4.3.1. Criação de um risco proibido**

A vida em sociedade, per si, ainda que na realização de suas atividades corriqueiras, gera um risco aos que dela fazem parte e, conseqüentemente, aos bens jurídicos tutelados pela norma penal.

Todas as atividades humanas, desde as mais simples até as mais complexas, trazem consigo um risco natural, que deriva de seu próprio exercício. Exemplificando: um abraço, um aperto de mão, passear em um parque, praticar esportes, atravessar uma rua, subir uma escada, fazer compras, deslocar-se de automóvel de um local para outro etc., têm um risco normal, que é inerente à sua própria natureza, ainda que sua realização se dê de forma ordinária e diligente (DAMÁSIO, 2000, p. 38-40).

Ilustrando o quadro, sugere-se os seguintes exemplos: suponha-se que o agente, conduzindo seu veículo nos padrões legais (de acordo com as regras de trânsito) envolve-se em um acidente. De acordo com a teoria da imputação objetiva o autor do evento material (dano) não responderá por crime algum, e isto pelo fato de que não criou, ao bem jurídico tutelado pela norma penal, um risco jurídico proibido. Ora, se o condutor estava guiando seu veículo de acordo com as regras e padrões de trânsito, o evento não excedeu o risco permitido de sua realização. Logo, seu agente causador não é responsabilizado penalmente.

O esporte boxe, por si, ainda que realizado em conformidade com todas as regras que lhe são aplicadas, gera diversos riscos a seus praticantes. Portanto, os danos decorrentes do exercício normal desse esporte não caracteriza crime algum, vez que se trata de risco natural da sua própria realização.

Nesse ponto, exsurge uma questão relevantíssima no que tange ao risco: Como diferenciar risco proibido de risco permitido? A análise do que é permitido e proibido deve ser feita de acordo com as regras de diligência estabelecidas no âmbito social para o exercício daquela atividade. Destarte, se o agente, ao realizar essa ou aquela atividade, não observa as regras inerentes a seu exercício, está excedendo o risco jurídico permitido e, conseqüentemente, pode ser responsabilizado penalmente por sua realização.

Nessa linha, elucidativas são as palavras de Damásio (2000, p. 40):

Quem dirige um automóvel, de acordo com as normas legais, oferece a si próprio e a terceiros um risco tolerado, permitido. Se, contudo, desobedecendo as regras, faz manobra irregular, realizando o que a doutrina denomina “infração de dever objetivo de cuidado”, como uma ultrapassagem perigosa, emprego de velocidade incompatível nas proximidades de uma escola, desrespeito a sinal vermelho de cruzamento, “racha”, direção em estado de embriaguez etc., produz um risco proibido (desvalor da ação). Esse perigo desaprovado conduz, em linhas de princípio, à tipicidade da conduta, seja hipótese, em tese, de crime doloso ou culposos. Significa que não há um risco proibido para os crimes dolosos e outro para os culposos.

Portanto, para que haja a imputação objetiva e conseqüente responsabilização penal (após análise dos demais elementos do crime), é indispensável que a conduta do agente exceda o risco permitido (da realização padrão da atividade) e cause dano a um bem jurídico penalmente tutelado.

#### **7.4.3.2. Incremento do risco permitido**

Há também imputação objetiva quando o agente incrementa um risco juridicamente permitido.

O incremento do risco, em termos bem didáticos, pode ser concebido como um aumento da esfera do risco permitido em decorrência da conduta (sentido amplo) do agente.

Ou seja, a atividade do autor constitui um “algo mais”, um agravo ao risco permitido. Sem, contudo, torná-lo proibido.

Sugere-se o seguinte exemplo: o industrial “A”, infringindo o dever objetivo de cuidado, entrega a seus trabalhadores matéria prima não desinfetada; em consequência disso, quatro deles morrem. Posteriormente, é constatado que, mesmo que houvesse a desinfecção da matéria-prima, o resultado ocorreria da forma que ocorreu (PRADO, 2002, p. 81; DAMÁSIO, 2000, p. 79).

#### **7.4.3.3. Diminuição do risco**

Não há responsabilização penal (segundo a orientação da imputação objetiva), quando o autor do evento age com a finalidade de diminuir o risco a que se submeteu o bem jurídico tutelado pela norma penal. Em termos mais singelos: não há imputação objetiva quando o indivíduo causa ao bem jurídico um “mal menor” para que lhe seja evitado um “mal maior”.

Para melhor compreensão do exposto, sugere-se o seguinte exemplo: “A”, atira uma pedra em “B” com a intenção de matá-lo. “C”, que encontra-se no local e vê a pedra indo em direção a “B”, a desvia com a mão; esta, por sua vez, atinge “D”. Na hipótese, aplicando-se a teoria da imputação objetiva, “C” não responderá por crime algum, uma vez que sua conduta é atípica, pois, como já mencionado, a imputação objetiva constitui elemento normativo do tipo penal.

Esse tópico tem íntima correlação com o tópico posterior, uma vez que oferta as premissas de análise do risco permitido e proibido nas situações concretas, ocorridas no corpo social.

## 7.5. Da distinção entre Dolo Eventual e Culpa Consciente

### 7.5.1. Tratativas do tema na doutrina

Uma das celeumas mais tormentosas da ciência penal, hodiernamente, é justamente a que paira sobre a distinção entre dolo eventual e culpa consciente.

Isto se dá principalmente em razão da semelhança que existe entre esses dois institutos, uma vez que em ambos há a previsibilidade do evento. Todavia, no dolo eventual o agente anui, consente, assume o risco de produzir o resultado. Diversamente ocorre na culpa consciente, posto que nesta, embora exista a previsibilidade do evento proibido, o agente crê piamente que este não se produzirá.

A doutrina brasileira aponta, como principal distinção entre esses dois institutos, a assunção do risco da produção do evento por parte do agente. E limita-se a isso. Não expõe, com clareza, o que deve ser entendido como assumir o risco, anuir com a produção do resultado, aprovar sua ocorrência etc. Inclusive, a produção literária acerca do tema, repise-se, é escassa: não há material de qualidade que trata dessa temática com maior cuidado e percuciência.

Nessa linha – e até mesmo como forma de comprovar o que foi dito acima - importa transcrever o que lecionam alguns doutrinadores acerca do tema.

Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 290), nessa temática, leciona que:

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 tivesse convencido de que o resultado poderia ocorrer, sem dúvida, desistiria da ação. (grifo nosso)

José Henrique Pierangeli e Eugenio Raúl Zaffaroni (2011, págs. 434-435), no tocante ao tema, lecionam que:

O dolo eventual, conceituado em termos correntes, é a conduta daquele que diz a si mesmo “que agüente, “que se incomode”, “se acontecer, azar”, “não me importo”. Observe-se que aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade.

[...]

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 [...]. (grifo nosso)

Mas, indaga-se: quais são os limites do crer sinceramente e do assumir o risco? Como saber se, na situação concreta, o agente anuiu ou não com a prática do evento danoso? Qual é o ponto diferenciativo entre esses dois institutos?

Pensamos que a decisão acerca da existência de dolo eventual ou culpa consciente, na situação concreta, não pode ficar exclusivamente a cargo da discricionariedade do magistrado. Destarte, abordaremos uma vertente teórica que deve fornecer ao intérprete as premissas de investigação acerca da existência de dolo eventual ou culpa consciente.

### **7.5.2. A Distinção entre Dolo e Culpa Segundo a Qualidade do Perigo Criado Conscientemente pelo Agente**

Em razão de não haver material especializado acerca do tema no Brasil, valemo-nos da doutrina alemã para expor uma teoria que, ao menos, forneça algumas balizas na análise desse tema tão intrigante e tormentoso.

Em busca de tentar ofertar um critério que forneça ao menos as balizas ao intérprete no que se refere à distinção entre dolo eventual e culpa consciente, abordar-se-á a concepção que leva em consideração a qualidade do perigo criada pelo agente ao bem jurídico penalmente tutelado.

De acordo com essa concepção, os termos “vontade” e “assentimento” não têm mais uma concepção indeterminada, que é alterada a depender do intérprete que a maneja, mas sim uma formulação normativa, jurídica.

Assim, a premissa inicial que deve ser fixada nessa temática é a de que “a lesão deve ser ou pode ser, se uma pessoa que age e pensa racionalmente só pudesse ter agido da

mesma forma, caso ela efetivamente quisesse ou aprovasse o resultado” (PUPPE, 2004, p. 82).

O que se faz, de acordo com essa concepção, não é presumir no autor individual uma vontade ou aprovação, ou se valer de uma fixão, no aspecto da primeira fórmula de Frank, segundo a qual o autor é tido como racional, mas indaga-se unicamente sobre uma regra prático-genérica dirigida a fins, qual seja: um perigo será um perigo doloso – idôneo para fundamentar o dolo – quando ele representar, em si, um método capaz de causar o resultado (PUPPE, 2004, p. 82).

Nesse sentido, observe-se que só se pode falar em método de provocação do resultado se aquele que perpetrou a ação sabe, de acordo com seus conhecimentos, que o ato é idôneo para provocação do resultado.

No que se refere aos métodos idôneos para a produção de um resultado, importante mencionar as seguintes situações exemplificativas: bater com um martelo em uma vitrine, ainda que esta seja muito forte, é um método idôneo para destruí-la; mostrar a alguém um documento falso – exceto nos casos de erro grosseiro – é um método idôneo de enganá-lo; jogar uma garrafa de gasolina com pavio aceso (o que denomina-se de coquetel molotov) em um quarto é um método idôneo para incendiar uma casa; desferir tiros ou facadas no tronco ou pescoço da vítima é um método idôneo para matá-la; do mesmo modo, quem impede outro de respirar, por apertar-lhe um travesseiro contra a cabeça ou estrangulá-lo, também utiliza-se de um método idôneo de matar.

Observe-se que, ataques que só cumulados podem se tornar perigosos para a vida, tais como surrar alguém com os próprios punhos, ainda que realizado por vários agressores, não são, em regra, métodos unívocos de matar. Todavia, tais agressões podem intensificar-se e se tornarem métodos de matar, em especial quando o indivíduo já encontra-se indefeso. Assim, atos como chutes no abdome e/ou cabeça da vítima podem ser considerados métodos idôneos para matar (PUPPE, 2004, págs. 83-86).

Portanto, essas são as premissas que devem ser levadas em consideração para se distinguir o dolo eventual da culpa consciente. É que entende-se que, se o agente tem consciência de que está colocando em prática um perigo para o bem jurídico penalmente tutelado, que pode ocasionar o resultado, trata-se de método idôneo para sua prática. Destarte, o “crer sinceramente” que o resultado não ocorrerá fica atenuado. E, conseqüentemente,

quanto mais intenso for o perigo para o bem jurídico penal, maior será a probabilidade de anuência com o resultado por parte do agente.

Importante notar que não se pretende que esse critério seja algo imutável, universalizante, isto é, aplicado em todas as situações passíveis de ocorrência na sociedade. Não. Nada disso. É claro que, dependendo das peculiaridades do caso concreto, não será justo que esse critério seja aplicado.

Daí que, novamente, se repisa: cada caso concreto deve ser analisado individualizadamente, de acordo com suas nuances e peculiaridades. A proposição desse critério de análise visa apenas fornecer balizas para guiar o intérprete na investigação da existência de dolo eventual ou culpa consciente e sair do subjetivismo exacerbado apregoado pelo Min. Fux em voto transcrito alhures.

Por derradeiro, importante registrar que, até mesmo por força do princípio constitucional da igualdade, casos semelhantes – isto é, que têm a mesma base fática, devem ser interpretados ou julgados de modo semelhante.

## CONCLUSÃO

A questão é intrincada. Extremamente controvertida. A doutrina e a jurisprudência ofertam diversos critérios de análise do tema, mas esses critérios, muitas vezes, são meramente retóricos e exógenos. Exemplificando: como aferir o critério da assunção do risco no caso concreto, sem a fixação de nenhuma premissa que possa ao menos dizer o que se deve entender por assumir o risco?

Com esse discurso, ocorre que, em muitos casos, a resolução da questão – distinção entre dolo e culpa - é efetuada pelo intérprete, de acordo com seu subjetivismo.

Como decorrência lógica disto – distinção entre dolo e culpa de acordo com a consciência do agente - exsurtem múltiplas interpretações acerca dessa temática. E o resultado – e agora me referindo especificamente às decisões judiciais – é que há uma série de pronunciamentos proferidos sem qualquer coerência jurídica, sem qualquer seriedade científica, que, ou são muito injustos com o réu, impondo-lhe reprimenda sem qualquer base fática robusta, ou são muito injustos com a sociedade, não punindo aqueles indivíduos cuja conduta se amoldam na tipificação do homicídio doloso a título de dolo eventual.

Pois bem. Penso que, enquanto os juristas não adotarem um comportamento constitucionalmente adequado – que deve exteriorizar-se por meio de uma interpretação constitucional de todos os institutos jurídicos – a resolução de questões como estas não devem ser deixadas ao bel prazer do intérprete.

Ora, o modelo de estado atual é democrático: o estado é amigo dos direitos fundamentais. Há uma série de garantias e direitos que nos são assegurados constitucionalmente. Assim, parece que, nesta quadra da história, não podemos mais ficar apenas à mercê do alvedrio do intérprete, notadamente dos magistrados. Afinal, a segurança jurídica, por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, além de ser decorrência da democracia, também é um direito fundamental do cidadão.

E registre-se, desde logo, para se evite mal entendidos, que essas críticas não se dirigem àqueles profissionais dedicados, que se envolvem com a ciência, que a estudam com cuidado e seriedade. Não. Essas críticas não se dirigem a eles. Pelo contrário, esses juristas – que não são poucos - merecem todo o nosso respeito e admiração.

Mas, note-se: nem todos os juristas são dedicados, estudiosos, cautelosos e sensíveis ao lidarem com uma situação concreta. Muitos deles coisificam as pessoas com as quais lidam. Em face disso, necessário se forneçam elementos para que questões tão relevantes como esta não fique à mercê de seu subjetivismo.

Daí que entra em cena a hermenêutica filosófica e a teoria da seriedade do risco causado pelo agente.

Pode-se dizer que a hermenêutica filosófica é “uma cadeira no meio” do objetivismo (análise da letra fria da lei) e do subjetivismo (o qual é sintetizado aqui pela metafísica moderna ou filosofia da consciência). Isso porque, por força desse paradigma, as leis criadas democraticamente devem ser respeitadas. Todavia, é evidente que essas leis não cobrem todas as situações possíveis de ocorrência na vida em sociedade. Daí que elas são insuficientes. Por força disso, existem os princípios, cuja análise deve ser conjugada com as regras.

A hermenêutica filosófica, diversamente da hermenêutica metodológica, não trabalha com métodos pré-determinados de análise dos conflitos, tais como nos casos fáceis, a questão se resolve por meio de subsunção, e nos casos difíceis, por meio de ponderação, tampouco propõe enunciados universalizantes – aqueles que visam abarcar todas as situações passíveis de ocorrência – mas tem como vetor de análise a fenomenologia hermenêutica, de acordo com a tradição e a coerência e integridade do direito.

Tudo isto para dizer que, inobstante tenha se proposto uma teoria – que traz um critério mais objetivo de análise da distinção entre dolo eventual e culpa consciente – a investigação do caso concreto não deve ser desconsiderada. É que, na situação fática, podem existir nuances que não fornecem amparo para a aplicação desse critério. Nessas hipóteses, indubitavelmente, a aplicação dessa teoria deverá ser rechaçada.

Do exposto, conclui-se que é de se refletir quanto a aplicação do critério exarado nas presentes reflexões, vez que é extremamente impossível penetrar na mente do agente e aferir o que ele pensa(va) quando se embriaga(va), mormente para avaliar se este assumiu ou não o risco da prática da infração delitiva.

Ainda, critérios como a conduta anterior e posterior do agente, personalidade, antecedentes etc. devem ser levados em consideração na avaliação da situação concreta. E rechaça-se, desde logo, qualquer argumento no sentido de que isto seria “Direito Penal do autor”. Não, não se trata de direito penal do autor, mas sim de questões que têm íntima

relevância com a temática e não podem ser desconsideradas, sob o manto de um discurso muitas vezes vazio e retórico.

De se observar, novamente, que cada caso concreto deve ser analisado individualizadamente, levando-se em consideração suas peculiaridades e nuances, devendo-se ter em conta, sempre, o respeito da atual Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito, que, nesta quadra da história, assumem papel de suma importância em nosso atual ordenamento jurídico.

## BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Júlyver Modesto de. **Trânsito: reflexões jurídicas: comentários e aspectos polêmicos dos principais artigos do código de trânsito brasileiro.**

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 13ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008, vol. I.

FERRACINI, Luiz Alberto. **Dolo, vontade e crime: estudos jurídicos.** Julex, 1997.

FILHO, Vicente Greco. **A culpa e sua prova nos delitos de trânsito.** São Paulo: Saraiva, 1993.

GRECO, Luís. **A distinção entre dolo e culpa.** Manole, 2007.

HONORATO, Cássio Mattos. **O trânsito em condições seguras.** Millennium, 2009.

HONORATO, Cássio Mattos. **Sanções do código de trânsito brasileiro.** Millennium, 2004

JESUS, Damásio E.. **Crimes de trânsito: anotações a parte criminal do código de trânsito.** 7ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

JESUS, Damásio E.. **Direito Penal.** 32ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. **A pré-compreensão e a Compreensão na Experiência Hermenêutica.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3711>.

MARTINI, Ângela. **O Ato de Julgar como Concretização da Constituição Federal – uma análise à luz da Hermenêutica Filosófica.** UNISINOS, 2006, vdiSSERTAÇÃO de mestrado.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** 24ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2004, vol. I.

PIERANGELI; José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 9ª Ed., Rio de Janeiro: RT, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 6ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a Letra da Lei é uma Atitude Positivista?** Disponível em: [WWW.leniostreck.com.br](http://WWW.leniostreck.com.br)

STRECK, Lenio Luiz. **Leis que Aborrecem podem ser Inquinadas de Inconstitucionais.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborreca-lei-ministra-nancy-andrighi>. Acesso em 7 de junho de 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011.