

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

ISRAEL DOMINGOS JORIO

**PRESUNÇÃO E NORMATIVIZAÇÃO DO DOLO E SUA
INCOMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

VITÓRIA

2014

ISRAEL DOMINGOS JORIO

**PRESUNÇÃO E NORMATIVIZAÇÃO DO DOLO E SUA
INCOMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor João Maurício Adeodato.

VITÓRIA

2014

ISRAEL DOMINGOS JORIO

**PRESUNÇÃO E NORMATIVIZAÇÃO DO DOLO E SUA INCOMPATIBILIDADE
COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Doutor João Maurício Adeodato (Orientador)

Professor Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Professor Doutor Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

Vitória, 16 de Maio de 2014.

A Cau, Dani e Dugo.
Donos do meu coração.

Agradecimentos

A Deus, sempre e em primeiro lugar.

A Domingos e Yolanda, pelo amor incondicional, e a toda a família, pelo carinho e a compreensão.

À sumidade que é o Professor Doutor João Maurício Adeodato, a quem tenho a honra de chamar de amigo, por ensinamentos filosóficos de valor inestimável.

Aos Professores Doutores Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão e Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, pelo brilho que conferiram à minha banca e, especificamente, pelas valiosas aulas de Direito Penal e de Filosofia, respectivamente.

Ao Professor Antonio José Ferreira Abikair, cujo apoio simplesmente tornou possível a presente jornada.

Às Professoras Paula Castello Miguel e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, pelo suporte e pelo incentivo constante.

Aos amigos e colegas Américo Bedê Júnior, Carlos Eduardo Ribeiro Lemos, Grécio Grégio, Gustavo Senna, Marcelo Zenkner, Raphael Boldt e Thiago Fabres de Carvalho, e aos demais professores da Faculdade de Direito de Vitória, pelo apoio e pelo privilégio de uma convivência tão gratificante.

“One of the most sincere forms of respect
is actually listening to what another has to say.”

Bryant McGill

RESUMO

O ser humano, sempre dividido entre as paixões da liberdade e da segurança, vive com grande intensidade os dilemas do mundo moderno, marcado pela presença constante das mais diversas formas de perigo. Em um ambiente tão instável, cresce e se fortalece sobremaneira o discurso punitivista, segundo o qual o Direito Penal deve trazer as soluções para os principais problemas que afligem a sociedade. O florescimento da cultura do medo e da punição, estimulado pela mídia e explorado por políticos oportunistas, conduz à exigência de mais criminalizações e de recrudescimento das sanções penais para o combate da “impunidade”. Dentre as tendências punitivistas contemporâneas mais sofisticadas se encontram a presunção e a normatização do dolo, procedimentos voltados à facilitação do processo de imputação desse elemento subjetivo. Da presunção do dolo a partir de fórmulas matemáticas resultam muitos riscos para direitos e garantias fundamentais, como os que decorrem dos princípios da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência; da sua normatização, a perniciosidade que se encerra nas construções jurídicas artificiais que desprezam ou redefinem dados empíricos arbitrariamente. Surge a dúvida quanto à compatibilidade de tais procedimentos com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, prerrogativa de tratamento que precisa ser examinada mais detidamente no que tange a seus fundamentos, seu conceito e seu âmbito de proteção. Isso nos remete às reflexões filosóficas sobre os próprios conceitos de dignidade e de pessoa. Por meio delas, constatamos que o valor que embasa a dignidade humana reside, principalmente, nas faculdades mentais do homem, dentre as quais se destacam a razão e a vontade. A razão é uma faculdade mental humana cuja afirmação filosófica é bastante sedimentada, e que é empregada pela maioria dos juristas como o fundamento central da dignidade da pessoa humana. A vontade, no entanto, padece com indefinição conceitual causadora de muitos dissensos, o que a torna carente de um exame mais aprofundado. Nesse percurso, verificamos que a manifestação psíquica mais precisa da vontade é a intenção, e que essa tem um valor ineliminável como critério de imputação de valor ou desvalor ético. Pela relevância dos processos gnoseológicos e dos processos éticos para o homem, concluímos que tanto a razão quanto a vontade são elementos caracterizadores da pessoa, de modo que não podem ser desprezados ou normativizados arbitrariamente para o atendimento de propósitos políticos criminais. Deve o conceito de dolo, como de qualquer outro instituto jurídico, levar em consideração razão e vontade para que se assegure a compatibilidade com o tratamento respeitoso exigido pela dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana – razão – vontade – normatização – dolo.

RESÚMEN

El ser humano, siempre dividido entre las pasiones de la libertad y la seguridad, vive con gran intensidad los dilemas del mundo moderno, marcado por la presencia constante de las más diversas formas de peligro. En un entorno tan inestable, crece y se fortalece en gran medida el discurso punitivista, según lo cual la ley penal debe aportar soluciones a los principales problemas que aquejan a la sociedad. El florecimiento de la cultura del miedo y el castigo, estimulado por los medios de comunicación y explotado por los políticos oportunistas, conduce a la demanda de más criminalizaciones y endurecimiento de las sanciones penales para combatir la "impunidad". Entre las más sofisticadas tendencias punitivistas contemporáneas son la presunción y la normativización del dolo, procedimientos destinados a facilitar la asignación de imputación de este proceso elemento subjetivo. De la presunción del dolo a partir de fórmulas matemáticas resultan muchos riesgos para los derechos y garantías fundamentales, tales como los relacionados con los principios de la amplia defensa, lo contradictorio y la presunción de inocencia; de su normativización, la nocividad escondida en las construcciones legales artificiales que desprecian o redefinen datos empíricos de forma arbitraria. Se plantea la cuestión de la compatibilidad de dichos procedimientos con el principio constitucional de la dignidad humana, prerrogativa de tratamiento que necesita ser examinados con más cautela en relación a sus fundamentos, su concepto y su ámbito de protección. Esto nos lleva a las reflexiones filosóficas sobre el concepto de la dignidad y de la propia persona. A través de ellos, se observa que el valor que sustenta la dignidad humana reside principalmente en las facultades mentales del hombre, entre las cuales se destacan la razón y la voluntad. La razón es una facultad mental humana cuya afirmación filosófica es muy sedimentada, y que es empleada por la mayoría de los autores como el fundamento central de la dignidad humana. La voluntad, sin embargo, adolece de ambigüedad conceptual causadora de muchos desacuerdos, e carece de un examen más detenido. En el camino, constatamos que la intención es la manifestación psíquica de la voluntad más específica, y que ella tiene un valor inquebrantable como criterio para la asignación del valor o disvalor ético. Por la relevancia de los procesos gnoseológicos y de los procesos éticos para el hombre, concluimos de que tanto la razón y la voluntad son rasgos característicos de la persona, por lo que no pueden ser ignorados o arbitrariamente normativizados a favor de fines políticos criminales. Debe el concepto de dolo, y cualquier otra institución jurídica, considerar la razón y la voluntad para que se pueda garantizar su compatibilidad con el trato respetuoso requerido por la dignidad de la persona humana.

Palabras clave: dignidad humana - razón - voluntad - normativización – dolo.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC – Apelação Criminal
Ag. Reg. – Agravo Regimental
AIS – Auto de Inadmisión (Espanha)
APn – Ação Penal
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
Des. – Desembargador
HC – *Habeas Corpus*
Min. – Ministro
RDD – Regime Disciplinar Diferenciado
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
REsp – Recurso Especial
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STS – Sentencia del Tribunal Supremo (Espanha)
TRF – Tribunal Regional Federal
TS – Tribunal Supremo (Espanha)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. O CONTEXTO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E DA PROLIFERAÇÃO DE DEMANDAS PUNITIVAS	20
1.1. O SER HUMANO E O PERIGO: UMA RELAÇÃO DE ÓDIO E PAIXÃO.....	20
1.2. SEGURANÇA <i>VERSUS</i> LIBERDADE: UMA TENSÃO CONSTANTE	27
1.3. DIREITO PENAL, ESTEREOTIPAGEM E SELETIVIDADE	30
1.4. IMPRENSA MARROM, COMOÇÃO SOCIAL E PUNITIVISMO.....	33
1.5. MAIS DELITOS E MAIS PENAS: A NOVA ONDA DE CRIMINALIZAÇÕES	41
1.6. AS MAZELAS DO TRÂNSITO E O DISCURSO PUNITIVISTA	47
2. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DOLO E CULPA: O PARADIGMA TEÓRICO DOMINANTE	54
2.1. INTRODUÇÃO	54
2.2. EXPOSIÇÃO DO CONCEITO E DOS ELEMENTOS DO DOLO: A INTELECÇÃO E A VOLIÇÃO	59
2.3. EXPOSIÇÃO DAS ESPÉCIES DE DOLO: DO DOLO DIRETO DE PRIMEIRO GRAU AO DOLO EVENTUAL	67
2.4. EXPOSIÇÃO DOS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE DOLO E CULPA: A TEORIA DO CONSENTIMENTO E SUAS VARIAÇÕES	75
3. A PRESUNÇÃO DO DOLO E A TENDÊNCIA DE MATEMATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL POR MEIO DE FÓRMULAS OBJETIVAS	82
3.1. PROVA DO DOLO: A IMPOSSIBILIDADE DE PROVAR EMPIRICAMENTE OS ELEMENTOS OBJETIVOS DE UM FATO PRETÉRITO E A POSSIBILIDADE DE PROVAR JURIDICAMENTE OS ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO	82
3.2. INACEITABILIDADE DAS PRESUNÇÕES DE CARÁTER ABSOLUTO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL	103

4. NORMATIVIZAÇÃO DO DOLO: CONCEITO E FUNDAMENTOS	121
4.1. CONCEITO DE NORMATIVIZAÇÃO EM DIREITO PENAL	121
4.2. POR QUE NORMATIVIZAR O DOLO: O FRACASSO DAS TEORIAS QUE BUSCAM UM CONCEITO UNITÁRIO	135
5. COMO NORMATIVIZAR O DOLO: DA SUPRESSÃO DA VONTADE À DISPENSA DA REPRESENTAÇÃO	162
5.1. INTRODUÇÃO	162
5.2. O “DOLO SIGNIFICATIVO” DE VIVES ANTÓN E PAULO CÉSAR BUSATO	167
5.3. INGEBORG PUPPE E O CRITÉRIO DA “QUALIDADE DO PERIGO”	170
5.4. LUÍS GRECO E O “DOLO SEM VONTADE”	176
5.5 O DOLO NORMATIVO DE GÜNTHER JAKOBS	181
5.6. GABRIEL PÉREZ BARBERÁ E O FATOR DO “MERCIMENTO DE PENA” ...	190
5.7. O CONFRONTO DOS “NORMATIVISMOS TEMPERADOS” DE BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ E MARÍA DEL MAR DIAZ PITA	196
5.8. RAMÓN RAGUÉS I VALLÈS E A NORMATIVIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE DETERMINAÇÃO PROCESSUAL DO DOLO	207
6. FUNÇÃO E CONCEITO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO	228
6.1. ESCORÇO HISTÓRICO DA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA CONQUISTA À HIPERTROFIA	228
6.2. A IMPORTÂNCIA DO APRIMORAMENTO CONCEITUAL E ARGUMENTATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PARA SUA CONSOLIDAÇÃO ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL	245
6.3. A DUPLICIDADE DE FEIÇÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O PRINCÍPIO E O VALOR	251
6.4. A DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E OS CONTORNOS DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	262

7. A FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	274
7.1. OS PONTOS FRÁGEIS DE UMA CONCEPÇÃO ONTOLÓGICA CLÁSSICA DOS VALORES	274
7.2. A AFIRMAÇÃO DA IRRECUSABILIDADE DO VALOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SEM O RECURSO À ONTOLOGIA	283
7.3. AS FACULDADES MENTAIS COMO FONTE DO VALOR HUMANO	296
8. O SER HUMANO ENQUANTO PENSAMENTO E VONTADE	310
8.1. A DOCTRINA MAJORITÁRIA E A FUNDAMENTAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA FACULDADE DA RAZÃO	310
8.2. A AFIRMAÇÃO FILOSÓFICA DA VONTADE COMO DADO TÍPICO DA CONDIÇÃO HUMANA	331
8.2.1. A existência da vontade enquanto faculdade mental	331
8.2.2. O valor autônomo da vontade em função de seu papel no processo ético	350
9. A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELAS PROPOSTAS DE PRESUNÇÃO E DE NORMATIVIZAÇÃO DO DOLO	360
9.1. POR QUE CONSIDERAR A INTENÇÃO? PARTE UM: A RELAÇÃO ENTRE A ÉTICA E O DIREITO	360
9.2. POR QUE NÃO PRESUMIR ABSOLUTAMENTE, NEM NORMATIVIZAR O DOLO?	372
9.3. POR QUE CONSIDERAR A INTENÇÃO? PARTE DOIS: O PAPEL DA INTENÇÃO NA DETERMINAÇÃO DO SIGNIFICADO DA AÇÃO.....	390
10. CONCLUSÃO: O REGIME JURÍDICO-PENAL DA IMPUTAÇÃO SUBJETIVA À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	408

10.1. A NECESSIDADE DE UMA MUDANÇA NO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA.....	408
10.2. PROPOSTA <i>DE LEGE LATA</i> : OS ELEMENTOS PSICOLÓGICOS DO DOLO E O PRINCÍPIO DO <i>IN DUBIO PRO REO</i>	410
10.3. PROPOSTA <i>DE LEGE FERENDA</i> : A EXTINÇÃO DO DOLO E DA CULPA E REORGANIZAÇÃO CATEGORIAL DO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA – INTENÇÃO, TEMERIDADE E IMPRUDÊNCIA.....	423
REFERÊNCIAS	449

INTRODUÇÃO

Constitui o propósito da presente dissertação a análise dos procedimentos da presunção e da normatização¹ do dolo em Direito Penal à luz das diretrizes que emanam do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A presunção e a normatização do dolo se apresentam como providências oferecidas como respostas a algumas das mais recentes e importantes demandas punitivas decorrentes do mal-estar causado pela complexidade do mundo moderno. A primeira é um procedimento interpretativo por meio do qual, a partir da constatação da presença de certas circunstâncias fáticas preestabelecidas, presume-se, de modo absoluto, a dolosidade da conduta. A segunda, por seu turno, consubstancia-se em uma reformulação teórica do dolo no sentido de convertê-lo em um elemento total ou parcialmente normativo, o que se dá a partir da transformação ou mesmo da supressão dos dados psicológicos que o constituem (a intelecção e a volição). Ambas as providências têm por escopo a eliminação de obstáculos teóricos e probatórios que tendem a dificultar ou mesmo impedir a classificação de determinadas condutas como dolosas, o que conduz, no dizer do discurso punitivista contemporâneo, a uma inaceitável situação de impunidade – quer pela consequente atipicidade absoluta de alguns comportamentos, quer pela sua punição exageradamente branda, como infrações culposas.

Historicamente, pelo menos em grande parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais, aos comportamentos dolosos se costuma conferir tratamento consideravelmente mais rigoroso do que aquele tipicamente destinado às condutas classificadas como culposas. Ocorre, porém, que os requisitos a serem preenchidos para a imputação do dolo são bem mais complexos e rígidos do que os que são exigidos para a configuração da culpa. Por intermédio da presunção dos elementos do dolo (a representação mental e a vontade), no caso concreto, ou da reformulação conceitual do instituto (despsicologização), no plano da teoria, simplifica-se o

¹ A título de esclarecimento, registre-se que a expressão “normatização” não é sinônima de “normatização”. Normatizar é regulamentar, é reger por meio de normas. A normatização é essencial para o dolo, que deve contar com normas que o definam, estabeleçam os critérios para seu reconhecimento e estipulem as consequências jurídicas daí decorrentes. A “normatização”, de outro lado, é uma operação por meio da qual o Direito redefine conceitualmente os objetos de forma autorreferente, de acordo com seus fins, sem a necessidade da manutenção de qualquer vínculo com os referenciais empíricos até então existentes. A normatização faz surgir um “mundo de sentidos” próprio para o Direito. A normatização dos elementos do dolo, por exemplo, faz com que não mais se interpretem as expressões “consciência” e “vontade” em seu tradicional sentido empírico, mas em específico “sentido jurídico” (um sentido arbitrariamente criado pelo Direito à luz de suas próprias finalidades).

procedimento de imputação e facilita-se o seu reconhecimento, ampliando significativamente as hipóteses de incidência das normas que proíbem e punem comportamentos dolosos.

É alto o preço pago pelo homem por nutrir paixões por elementos antagônicos como a liberdade e a segurança. Uma vida de dilemas e recalcitrâncias é o que se pode esperar para quem idolatra divindades tão declaradamente rivais. O Direito é um construto humano idealizado com o propósito de sustar ou aplacar tais inquietações, fornecendo respostas para as questões e conflitos intersubjetivos e sociais considerados mais relevantes.

Tradicionalmente, é no Direito Penal que se depositaram as maiores porções de expectativa. O método do Direito é a coação. Como a coação levada a efeito pela intervenção penal é a mais drástica, por meio dela se faz a proteção dos bens mais importantes; dela se espera a solução dos conflitos mais abstrusos; a ela incumbe a sanção das condutas desviantes mais reprováveis. Até mesmo por questão de lógica, a intervenção penal, potencialmente mais destrutiva, deveria ser deixada para os casos de comprovada necessidade, isto é, de reconhecida insuficiência por parte dos demais ramos do Direito. Se já no passado nem sempre foi assim, nosso presente revela a alarmante e ainda crescente tendência de fazer-se uso do Direito Penal como a primeira ou mesmo a única das medidas cabíveis. O resultado disso é um Direito Penal mais presente, que sacrifica doses cada vez maiores de liberdade em prol da paradoxal missão de assegurar a liberdade.

Em um ambiente regido pela pluralidade de valores, de culturas, de paradigmas éticos e religiosos, um dos únicos padrões estáveis é justamente o da instabilidade social e emocional. A velocidade das mudanças, o dinamismo das relações, a imprevisibilidade dos eventos e a multiplicação de riscos, traços característicos da complexidade que marca as instituições modernas, põem o homem sob o austero jugo da angústia e da incerteza. A convocação do Direito Penal se torna mais frequente, e, ao mesmo tempo, sua linha de atuação se mostra cada vez mais rigorosa. Surgem novos conflitos. Tornam-se crônicos velhos problemas. E o Direito Penal é a amarga panaceia da sociedade.

Nesse contexto de alta complexidade, a busca por respostas imediatas culmina com a proliferação de teorias e medidas legislativas de índole jurídico-penal. Considerando o potencial opressivo e o histórico imemorial do uso dos sistemas penais como mecanismos de perseguição e segregação, de vital importância é a ininterrupta submissão de cada um de seus

produtos aos paradigmas constitucionalmente estabelecidos para todos os programas políticos do Estado. Em um Estado Democrático e Social de Direito, a preocupação mais básica deve ser com a sua consonância com o sistema de direitos fundamentais, que constituem o verdadeiro núcleo de uma ordem constitucional guiada por pretensões humanitárias e emancipatórias.

Daí, destarte, a necessidade de fazer-se uma análise bastante crítica das propostas da presunção e da normativização do dolo sob o prisma daquela que é considerada como o valor fundante e como o princípio reitor do ordenamento constitucional de um Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

A esta altura, já se afigura possível uma delimitação dos problemas que motivam e orientam a presente pesquisa. É possível afirmar a vontade como um dos fundamentos filosóficos da dignidade da pessoa humana? Se partirmos da hipótese de que a dignidade da pessoa humana encontra seus fundamentos nas faculdades mentais da razão e da vontade, haveria compatibilidade entre o princípio constitucional destinado a proclamá-la e promovê-la e as propostas de presunção e normativização do dolo, que autorizam a imputação desse elemento subjetivo sem o exame dos dados psíquicos e do conteúdo volitivo da conduta do agente?

Nossa hipótese é a de que a dignidade da pessoa humana é mais do que o fundamento dos direitos fundamentais. Possui um valor autônomo e um âmbito de proteção próprio, que abarca os respectivos âmbitos de proteção dos direitos dela defluentes, mas neles não se esgota. Ali se inclui a prerrogativa de tratamento respeitoso que decorre da condição de dignidade, e que traz em si a exigência de que as características típicas do ser humano, que o definem como tal e lhe conferem grande parte do valor que tem, sejam sempre levadas em conta quando da imposição de respostas jurídicas, sobretudo as de índole penal. Ao considerar como duas dessas principais características as faculdades mentais da razão e da vontade, é preciso que ambas sejam tomadas em conta quando da criação e da aplicação dos institutos jurídico-penais. É por isso que, em princípio, não se podem compatibilizar com a dignidade da pessoa humana as presunções absolutas e a despsicologização do dolo: porque são procedimentos que reduzem a complexidade típica da pessoa e desprezam ou simplesmente ficionam a presença de dados mentais que são fundamentais para que se possa considerar uma conduta como uma ação verdadeiramente humana.

Para verificar a hipótese e responder as interrogações anteriores, organizamos a dissertação em dez capítulos, funcionando o último deles como a conclusão do trabalho.

No primeiro capítulo, nos ocuparemos de delinear o contexto social em que florescem as demandas punitivas referentes às novas criminalizações e ao aumento das penas. Para tanto, empreenderemos reflexão sobre a contraditória relação mantida entre o ser humano e o perigo, seu objeto de medo e de fascínio, paradoxalmente criado e repellido cotidianamente. Traçaremos um paralelo entre a liberdade e a segurança, com o intuito de evidenciar a interdependência e a ineliminável tensão mantida entre as duas. O homem busca a segurança para uma mais ampla fruição de suas liberdades, mas são exatamente importantes partes delas que se veem sacrificadas nesse trajeto. Precisaremos falar de estereotipagem e de seletividade, eis que são abordagens que não podem faltar em uma análise que se pretenda crítica e prime por manter contato com a realidade de uma sociedade flagelada por fissuras socioeconômicas tão profundas. Discorreremos, também, sobre a comoção social e o discurso punitivista fomentado pelo sensacionalismo da imprensa marrom e pela postura interesseira dos representantes políticos. Cada um vende sua mercadoria: a mídia lucra com a violência – tanto com a real quanto com a imagem que ela própria projeta; os legisladores se autopromovem por meio das novas criminalizações e da elevação dos parâmetros de apenamento dados como respostas aos clamores sociais. Finalmente, abordaremos, em particular, a situação dos delitos de trânsito, uma das searas em que mais visivelmente se podem observar os impactos das demandas punitivas e que maior espaço oferece para sua implementação. A criação de fórmulas matemáticas como “beber + dirigir = dolo eventual”, amplamente popularizadas, constrói no ideário social uma imagem exageradamente simplista de elementos jurídicos complexos. E o faz sem tomar em conta parâmetros teóricos consolidados ou, o que parece ser mais grave, em diametral oposição a suas recomendações.

O segundo capítulo tem por objetivo expor os elementos do dolo e da culpa, tal qual concebidos pela doutrina amplamente majoritária. Após o estudo das correntes prevalentes, adotantes das teorias da vontade e do consentimento, serão apontados os critérios mais frequentemente invocados no intuito de orientar a classificação das espécies de dolo e de culpa.

No terceiro capítulo do trabalho, analisaremos a tendência interpretativa da presunção do dolo em casos concretos a partir da aplicação de fórmulas de feições matemáticas preconcebidas.

Começaremos pela discussão sobre a dita impossibilidade da prova dos elementos subjetivos do tipo penal, principal argumento empregado pelos defensores das visões objetivistas. O capítulo será concluído com uma reflexão sobre a questionável possibilidade da aplicação de “fórmulas matemáticas” e presunções absolutas em Direito Penal, providências que não raras vezes são encontradas na jurisprudência pátria.

O capítulo quarto é dedicado à conceituação da normativização e à exposição das razões pelas quais muitos respeitáveis teóricos têm aderido a essa solução. Dedicaremos, nesse item, a demonstrar o fracasso das teorias do dolo no sentido da criação de um conceito unitário para o instituto, isto é, que seja compatível, em sua definição, com cada uma das espécies de dolo reconhecidas pela doutrina. Isso será de fundamental importância para embasar as sugestões que, em sede de conclusão, elaboramos com vistas a contribuir para o alcance de uma melhor solução para a complicada questão da imputação do elemento subjetivo.

O capítulo quinto cuida do exame das diversas propostas de normativização do dolo, que sugerem, desde a supressão do elemento volitivo, até a despsicologização integral do instituto. Cogita-se, então, a adoção de um conceito que contemple exclusivamente o aspecto cognitivo, o que importará a redução do âmbito do dolo à consciência do agente acerca do que faz e dos perigos que de sua conduta defluem, sem qualquer necessidade de verificação de uma relação emocional ou psicológica para com os resultados porventura produzidos. De outro lado, para os defensores mais radicais, mesmo o elemento cognitivo deve ser estritamente normativo. Não seria sequer necessário demonstrar que o agente atuou com consciência; bastaria, tão-somente, deixar claro que o agente “deveria ter sabido” para que lhe pudesse ser atribuída a responsabilidade a título de dolo.

O sexto capítulo cuidará da conceituação da dignidade da pessoa humana e da delimitação de seu âmbito de proteção. Para uma abordagem mais abrangente, serão desenvolvidas algumas linhas sobre o percurso histórico da afirmação dos direitos humanos. Será relevante, em seguida, demonstrar a importância da dignidade da pessoa humana na estruturação de um ordenamento constitucional de um Estado Democrático e Social de Direito e explicitar a duplicidade de funções que ele desempenha em nosso ordenamento (valor e princípio). O fechamento se dará, exatamente, com a elaboração de um **conceito negativo de dignidade**, baseado na noção de **tipos ideais de lesão**, bem como o delineamento de um **âmbito de**

proteção exclusivo, dissociado daqueles referentes aos direitos fundamentais que dela defluem.

No Capítulo 7, a pauta será a da fundamentação do princípio da dignidade da pessoa humana. Iniciaremos nossas investigações a partir de reflexões sobre os pontos frágeis de uma concepção ontológica clássica dos valores, reconhecida como a que mais prestígio recebe dos filósofos e dos juristas (especialmente os que se inserem no grupo dos jusnaturalistas mais convictos). Na sequência, exporemos nossa posição, que se orienta no sentido de uma irrecusabilidade do valor individual que convencionamos denominar dignidade com base na argumentação e na lógica. Trata-se de uma irrecusabilidade lógica, que não se apoia na dita imanência da dignidade à pessoa humana. Dedicaremos-nos, ainda no capítulo sexto, a situar as faculdades mentais do homem como as principais fontes de seu valor.

No Capítulo 8, abordaremos, individualmente, aquelas que entendemos como as mais relevantes faculdades mentais do homem: a razão e a vontade. Mais do que traços distintivos, são as principais responsáveis pela própria caracterização do que é ser humano. E são as mais importantes ferramentas de que dispõem os seres humanos para a contínua busca de duas das mais relevantes questões em torno das quais se move sua existência: a gnoseológica (“como é possível conhecer?”) e a ética (“qual é a ação adequada?”).

No nono e penúltimo capítulo, confrontaremos as propostas da presunção e da normativização do dolo com as conclusões parciais obtidas quando do estudo do conceito, do âmbito de proteção e da fundamentação da dignidade da pessoa humana para a verificação da hipótese da inconstitucionalidade.

Por fim, em sede de conclusão, exporemos propostas para a construção de um regime jurídico-penal de imputação subjetiva que seja compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal se fará em dois momentos: um, *de lege lata*, a partir da releitura do dolo diante da legislação em vigor; outro, *de lege ferenda*, com a sugestão do completo abandono dos institutos do dolo e da culpa.

Antes de principiar o desenvolvimento do tema, no entanto, é necessário prestar um esclarecimento terminológico. Muitas das expressões que constam no presente trabalho são altamente polissêmicas. Mais do que isso, representam fontes de profundas e acaloradas

discórdias. Razão, intelecto, vontade, consciência, intencionalidade... As acepções não variam apenas entre as escolas filosóficas; diferenças sensíveis são observáveis mesmo entre autores com pensamentos afins.

Diante dessa adversidade, é preciso uma tomada de posição que permita suficiente inteligibilidade de expressões tão instáveis. As palavras “consciência” e “vontade” serão empregadas, desde a introdução até o final do capítulo sétimo, em sentido jurídico-penal. Significa dizer que o filtro para a interpretação de tais termos é dogmático, e não filosófico. “Consciência” é “consciência enquanto elemento cognitivo do dolo”; “vontade” é “vontade enquanto elemento volitivo do dolo”. Um vertical aprofundamento filosófico deverá ser operado a partir do capítulo oito. Ali, falaremos de razão segundo Kant; vontade segundo Schopenhauer, Nietzsche, Arendt etc. Por enquanto, porém, nós os empregaremos em sentido reconhecidamente mais pobre, mas compartilhado pela imensa maioria dos penalistas.

É sabido que uma parte das discussões que se travam sobre dolo e culpa decorre, exatamente, das falhas de comunicação e dos dissensos semânticos. Naturalmente, consensos e univocidades definitivamente não são esperáveis, especialmente quanto aos elementos ligados à volição (o aspecto cognitivo não suscita os mesmos níveis de controvérsias). Mas as divergências só se acirram conforme se aumente a profundidade. E esse é um problema que procuraremos enfrentar, sob prisma filosófico, do capítulo 8 em diante.

Consciência, em sentido jurídico-penal amplamente compartilhado, identifica-se com representação mental. É o conhecimento, por parte do agente, acerca dos dados objetivos da sua conduta. Dizendo de modo mais direto, estar consciente é saber o que se faz e identificar as circunstâncias fáticas que particularizam sua ação ou omissão concreta. O conhecimento, enquanto elemento cognitivo ou intelectual do dolo, será visto em maiores minúcias no item 2.1.

Vontade, de outro lado, é dogmaticamente entendida como uma atitude psicológica e/ou emocional que liga o agente à sua conduta e aos resultados dela reconhecidos como possivelmente decorrentes. Para designar essa relação psicológica e/ou emocional são comumente empregados sentimentos como querer, desejar, almejar (dolo direto) e anuir, aprovar, ter indiferença (dolo eventual). Vontade, aqui, abrange os conceitos de intenção (estabelecer como fim, colocar como objetivo, posicionar como propósito) e de consentimento

(aprovação, aceitação). Isso será analisado no item 2.1. Mas logo se vê que a extensão dada à palavra “vontade” é tão grande que permite abranger sentimentos ou posturas psicológicas e/ou emocionais bastante diferentes. Esse é um dos mais graves problemas teóricos presentes no tema, e será objeto de discussão no Capítulo 5.

1. O CONTEXTO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E DA PROLIFERAÇÃO DE DEMANDAS PUNITIVAS

Sumário: 1.1. O ser humano e o perigo: uma relação de ódio e paixão. 1.2. Segurança *versus* liberdade: uma tensão constante. 1.3. Direito penal, estereotipagem e seletividade. 1.4. Imprensa marrom, comoção social e punitivismo. 1.5. Mais delitos e mais penas: a nova onda de criminalizações. 1.6. As mazelas do trânsito e o discurso punitivista.

1.1. O SER HUMANO E O PERIGO: UMA RELAÇÃO DE ÓDIO E PAIXÃO

As instituições da modernidade redefiniram grande parte dos referenciais existenciais do ser humano. Seu dinamismo, seu ritmo acelerado, sua não-linearidade e imprevisibilidade, por si sós, já seriam suficientes causas das mais diversas instabilidades para o homem. Conforme explana Giddens², ao longo de sua obra, a modernidade impôs uma série de operações de desencaixe na sociedade, principalmente por meio do enfraquecimento dos vínculos pessoais e mesmo pela despersonalização de muitas relações. Deslocou-se a confiança “no outro” para a confiança nos “sistemas abstratos” (no dinheiro, nos chamados “sistemas peritos”, no Estado emergente). O solitário indivíduo moderno, mais consciente de uma aleatoriedade nos rumos do mundo, vê-se forçado a lidar com um verdadeiro oceano de conflitos e preocupações gerados pelo avanço do capitalismo e de suas mazelas, pela militarização e a corrida armamentista, pelo industrialismo e a modificação do ambiente natural que ele causa, e pelos redimensionamentos espaço-temporais da globalização.

Nada mais natural, em um contexto como o que ora se desenha, que se sucedam crises de identidade, vistas por Stuart Hall³ como resultados de processos contínuos de amplas, ágeis e profundas mudanças que deslocam as estruturas basílicas da sociedade e abalam os quadros de referência que costumam conferir ao indivíduo alguma estabilidade no mundo social. O desencantamento com a religião e com as tradições, a perda da certeza científica, a sucessiva ruptura de paradigmas éticos, morais e familiares, a substituição e a alternância de valores e prioridades conduzem a uma fragmentação do indivíduo e levam à formação de múltiplas

² GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

³ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. 5.ed. Rio de Janeiro: D,P & A, 2001, p. 7.

identidades. O homem não pode afirmar que entende o mundo em que vive, e nem que conhece a si próprio.

O ser humano criou para si um sistema altamente complexo em que tudo é plural, incerto e duvidoso, e se interliga por tramas subterrâneas de difícil compreensão. Aliás, modernidade é praticamente um sinônimo de complexidade. Como diz João Maurício Adeodato⁴, uma sociedade complexa tem por característica a constante abertura a uma infinidade de condutas possíveis para cada situação. Praticamente só o que é considerado literalmente impossível segundo a racionalidade moderna (como estar fisicamente em dois lugares ao mesmo tempo) estaria verdadeiramente descartado como uma possibilidade comportamental em um ambiente altamente complexo. Mas faz parte da complexidade, por exemplo, que alguém entre em uma Faculdade de Direito – ou em um cinema, como já vimos ocorrer – com uma metralhadora e a dispare a esmo.

Os riscos e incertezas com os quais convive o ser humano são constantes e grandiosos. Afligem-no em seu dia a dia, escondem-se por trás de atividades corriqueiras ou banais e espreitam à distância, do outro lado do mundo. Muito ao contrário do que já se supôs, o que se pode ter por certo é que o homem não tem em suas mãos o controle desse carro desgovernado que é a vida no mundo moderno. É perfeita a analogia de Anthony Giddens⁵ entre a modernidade e o mítico templo hindu itinerante denominado “Carro de Jagrená”:

[...] uma máquina em movimento de enorme potência que, coletivamente como seres humanos, podemos guiar até certo ponto, mas que também ameaça escapar de nosso controle e poderia se espatifar. O carro de Jagrená esmaga os que lhe resistem, e embora ele às vezes pareça ter um rumo determinado, há momentos em que ele guina erratically para direções que não podemos prever. [...] até onde durarem as instituições da modernidade, nunca seremos capazes de controlar inteiramente nem a caminho nem o ritmo da viagem. E nunca seremos capazes de nos sentir inteiramente seguros, porque o terreno por onde viajamos está repleto de riscos de alta-consequência.

Tão precisa quanto esta é a leitura de Hassemer⁶. A grande complexidade de nossas relações é percebida como uma fonte de perigos constantes. Se mal conseguimos nos preparar para

⁴ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 275.

⁵ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 140.

⁶ HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**. V. 1. São Paulo: RT, 2010, p. 287-288.

alguns riscos previsíveis, estamos à mercê de lesões inesperadas. Isso gera um clima generalizado de ameaça e nos faz sentir que estamos entregues à própria sorte.

Se pudéssemos resumir uma única palavra as principais consequências da modernidade, escolheríamos **insegurança**.⁷

Mas comecemos nossa reflexão a partir da noção oposta de segurança. Segurança é algo relativo e, na maioria das vezes, não passa de uma sensação. Não se pode estar seguro quanto a tudo, pois sempre há múltiplos perigos, por mais remotos que sejam, a circundar a existência humana. O homem mais sadio não está imune à contração de alguma doença letal, ou mesmo à manifestação dos efeitos de uma patologia congênita até então desconhecida. O carro mais confiável não põe a salvo seus passageiros de uma colisão automobilística fatal. O avião mais avançado não suplanta as leis da gravidade, e pode quedar. Não há lugar verdadeiramente fora do alcance dos conflitos sociais e das expressões de violência urbana que eles suscitam. O computador mais potente está sujeito a panes e *bugs*. O relacionamento mais estável e duradouro pode acabar, e o mais rico sempre pode falir. Posso ser atingido por um raio em dia de chuva, por uma bala perdida no interior da minha residência, ou mesmo por um meteoro vindo do espaço. Somente me preocupo mais com a segunda possibilidade porque a creio mais factível. Por que – se por experiência própria, por confiança em especulações científicas ou dados estatísticos, ou por sugestão de autoridades e agências de comunicação – é uma questão a se analisar. Será que a insegurança, no fim das contas, também não passa de um sentimento?

Estamos de acordo com Silva Sánchez⁸ quando diz que os novos riscos existem. Mas as sensações de insegurança não costumam ser condizentes com seu real potencial destrutivo ou mesmo suas chances de ocorrência.⁹ É como o próprio Giddens observa: muito mais pessoas têm medo de viajar de avião do que de carro, embora as estatísticas apontem para maiores

⁷ “Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 33.

⁸ *Idem, ibidem*, p. 33.

⁹ “Criminalidade e medo do crime não são como a coisa e sua imagem no espelho. Sentimentos de ameaça e insegurança não são meros reflexos de ameaças reais, mas, também consequência de circunstâncias da ‘dessolidarização’ e intranquilidade sociais”. HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**. V. 1. São Paulo: RT, 2010, p. 289.

índices de acidentes e de óbitos com relação a esse segundo meio de transporte. Muitos religiosos têm medo do inferno, mesmo sem a certeza empírica de sua existência, mas não temem um holocausto nuclear, uma guerra mundial ou um desastre de proporções globais, que são eventos inquestionavelmente possíveis.

Não queremos menosprezar ou desacreditar os perigos – que, frise-se, são reais, em sua maioria –, mas sim dizer que nunca serão eliminados, todos, em definitivo. Isso não deve soar como uma sugestão de resignação derrotista. A busca de segurança é um ideal, e como tal deve ser perseguido. Só que essa busca não pode ser usada como pretexto para todo tipo de medida de controle. Que os perigos são vários e são reais, e que demandam soluções de contenção, não se questiona. A questão é, até que ponto estamos dispostos a ir no afã de controlá-los?

Segurança e liberdade sempre estiveram em tensão. O crescimento simultâneo de ambas parece algo bastante improvável. Até mesmo por lógica, o aumento de uma importa na redução da outra. Que nível de segurança pretendemos atingir? Mais importante ainda: que doses de liberdade estamos dispostos a sacrificar? Ao tomar essas “pílulas de segurança” em doses cavalares, talvez nos estejamos intoxicando lenta e cumulativamente. Suprimimos alguns sintomas apenas para agravar outros, em uma troca imediatista que, por vezes, não parece ser nada inteligente.

Nada melhor que um exemplo concreto (que, embora se refira a um crime de dano, ilustra bem a ideia de troca de liberdade por segurança a que nos referimos). A Lei 11.343/06, vulgarmente denominada “Lei Maria da Penha”, estabelece tratamento penal mais rigoroso para casos de violência doméstica praticados em desfavor de vítimas do sexo feminino. A lei é, na verdade, uma espécie de ação afirmativa que parte da constatação histórica de uma infame subordinação da mulher – em regra, fisicamente mais frágil e economicamente dependente – aos caprichos de homens violentos. Ao que parece, sua lógica é a de conferir maior rigor aos casos em que, em relações domésticas, o sujeito ativo se prevalece de alguma forma de superioridade sobre o sujeito passivo. Mas, se é verdadeiro esse raciocínio, por que não estabelecer **este** critério, isto é, **o critério da condição de superioridade física ou financeira sobre a vítima**? Ao basear a maior intensidade da resposta penal exclusivamente no aspecto do gênero, a lei abre espaço a diversas injustiças. Primeiramente, embora o réu de hoje seja julgado por sua conduta, e não pela de seus antepassados, é submetido a tratamento

mais gravoso por conta dessa opção político-criminal fundada apenas em estatísticas e em dados pretéritos e alheios. Em segundo lugar, refletimos sobre a hipótese de agressão simultânea de um indivíduo contra seus filhos – uma mulher de vinte anos e um menino de seis anos de idade. Em relação à filha adulta, “os rigores da Maria da Penha”; em relação à criança, “as benesses das penas alternativas”. Por fim, havemos de cogitar, ainda, a hipótese mais plausível de injustiça. Não parece razoável que um homem franzino (e desempregado) agrida sua esposa saudável e responda de modo mais grave que uma jovem fisiculturista ao espancar seu avô, com quem coabita, ou mesmo o marido portador de deficiência física. As injustiças cogitadas não passam despercebidas, não faltando quem sustente, por um uso absolutamente promíscuo do princípio constitucional da isonomia ou igualdade, a extensão do tratamento penal mais severo também aos casos em que as vítimas sejam do sexo masculino. Ora, se está claro que o diploma fere a isonomia, o que deve suceder é a declaração de sua inconstitucionalidade, e não submissão da mulher agressora aos especiais rigores que ele estabelece, mas sem amparo legal específico nesse sentido. O que se está fazendo, a pretexto de sanar uma injustiça que de fato existe, é abrir mão do princípio da legalidade, o mais elementar dos princípios de Direito Penal e a pedra fundamental de um Estado de Direito.¹⁰ Vale a pena esta troca? Para solucionar um caso pontual, abrir mão de uma das mais importantes conquistas da história política humana? Posicionando-nos de modo bastante gráfico, esta não parece ser uma decisão mais inteligente do que a de ingerir dose letal de morfina para aplacar a dor.

Retomando o assunto dos perigos, voltamos com mais dúvidas do que respostas. Por que alguém que deixou de beber ou fumar para cuidar de sua saúde salta de asa-delta? E por que alguém que se lesionou gravemente em uma colisão automobilística continua a transitar em excesso de velocidade após haver escapado da morte de modo aparentemente milagroso? Por que as pessoas até pagam boas somas para tomar parte de atividades perigosas como saltar de paraquedas ou nadar com tubarões? Se as colisões automobilísticas representam uma das principais causas de morte no mundo, por que as montadoras fabricam carros cada vez mais possantes e as pessoas investem cada vez mais dinheiro para tê-los?

¹⁰ Ferrajoli classifica os sistemas que não prestigiam o axioma *nullum crimen sine lege* como “modelos punitivos irracionales”. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 4.ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000, p. 101-102. E lembra Francis Bacon: “es cruel atormentar el texto de las leyes para que éstas atormenten a los ciudadanos” (p. 382). “É cruel atormentar o texto das leis para que estas atormentem os cidadãos” (Tradução nossa).

A velocidade com que surgem as mudanças e superam-se os paradigmas científicos, culturais, éticos, religiosos e jurídicos não permitem ao homem manter uma relação de familiaridade com o mundo que o circunda. Ao invés disso, ele é constantemente levado a se deparar com paradoxos. Um deles é o paradoxo do risco, que pode ser definido como uma espécie de esquizofrenia social¹¹. A sociedade demanda novidades, inovações e avanços tecnológicos que se adéquem ao dinamismo frenético do mundo, mas, diante da percepção dos riscos que se fazem acompanhar, busca mecanismos de contenção e controle que podem ser sufocantes. “Este embate discursivo antagônico, paradoxal e autofágico tem consequências em todos os níveis de organização social, com potencial para desestruturar sua base estável e abalar os mecanismos normativos de controle, entre os quais o direito”.¹²

Se não há segurança absoluta e sempre estamos expostos a algum risco, a segurança é uma sensação que decorre, concomitante e sucessivamente, de uma representação (pois o medo é sempre referido uma ou mais fontes de perigo específicas); de um cálculo de probabilidade (pois geralmente não se teme – pelo menos, não de modo paralisante – eventos altamente improváveis); e de uma disposição psíquica (sensação de impotência, de confiança ou de controle, por exemplo).

Por que uma pessoa se coloca em perigo gratuitamente, ou por pura emoção momentânea? Ao fazê-lo, estaria a negar o valor do bem exposto? E por que uma pessoa que se ocupa da proteção de um bem de várias formas, expõe a perigo esse bem de modo diverso e muito mais intenso? A relação do ser humano com o perigo é um mistério. Pode ser difícil aceitar, mas parece ser uma relação de ódio e paixão. Nietzsche¹³ diria até mais: “O verdadeiro homem quer duas coisas: o perigo e o jogo”. Com a mesma volúpia com que busca evitar o perigo, o homem a ele se entrega, seja como efeito colateral de um projeto de avanço ou evolução, ou mesmo por liberalidade pura. Ao mesmo tempo em que se sente atraído, tenta suprimir o objeto de seu desejo. Tais contradições desafiam qualquer lógica e impedem qualquer diagnóstico. A consciência acerca disso será de grande valia nos itens e capítulos vindouros.

¹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.); BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.); PACELLI, Eugênio (Coord.). **Direito Penal contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112.

¹² *Idem, ibidem*, p. 114.

¹³ NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 63.

1.2. SEGURANÇA *VERSUS* LIBERDADE: UMA TENSÃO CONSTANTE

O homem sempre buscou a segurança. Por isso, sempre quis compreender os fenômenos da natureza. Desenvolveu as ciências exatamente para obter, na máxima medida possível, previsão e controle do mundo que o circunda (e, com isso, de seu próprio destino). E criou o Direito pela mesma razão: para antecipar as consequências (jurídicas) e controlar os comportamentos praticados no ambiente social. O Direito é, em poucas palavras, uma empresa humana em busca de segurança.

A instituição do Direito¹⁴ traduz uma troca: os homens abrem mão de parcelas de suas liberdades em prol da segurança¹⁵ conferida pelo domínio do Estado. Não há, assim, somente vantagens, mas uma relação custo-benefício, já que o *modus operandi* de que o Estado se utilizará para fazer valer o Direito é a coação.

Na verdade, os direitos e as restrições costumam ser faces opostas da mesma moeda, posto que a promoção do direito de um geralmente pressupõe restrições aos direitos dos demais. A proteção da liberdade requer limitação de liberdades.¹⁶ Especialmente se pensarmos no Direito Penal, o principal método de intervenção e controle social (aquele que produz efeitos mais marcantes no campo das liberdades), será inegável que

Toda previsão legislativa de um tipo penal incriminador, se bem a vemos, é o resultado da ponderação de valores na qual o direito fundamental à liberdade é restringido em benefício da conservação de outros valores de fundamental relevo em sociedade (liberdade *versus* patrimônio, *versus* integridade física, *versus* honra etc.).¹⁷

Por óbvio, é uma percepção de lucro ou vantagem a que leva à criação de um Estado e de uma ordem jurídica. Afinal, não se criaria um complexo sistema de regras e princípios para

¹⁴ Esta é uma explicação que é recorrentemente associada ao fictício “pacto social” e, por isso, mais comumente vista em relação à instituição do Estado, em vez do Direito. Mas o fato é que a instituição do Estado pressupõe a instituição do Direito (embora o contrário não seja necessariamente verdadeiro). É como leciona Jorge Miranda: “não há Estado sem sujeição ao Direito no duplo sentido de Estado que age segundo processos jurídicos e que realiza uma ideia de Direito, seja ela qual for.” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 196.

¹⁵ Dieter Grimm diz que o Estado “sempre retirou sua legitimidade da circunstância de salvaguardar os cidadãos contra ataques de forças estrangeiras ou de outros indivíduos. Segurança é a principal tarefa do Estado”. GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. IN: SARMENTO, Daniel (Coord.) *et al.* **Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 157.

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 160.

¹⁷ D’ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 70.

regular condutas e impor sanções, subtraindo doses de liberdade dos indivíduos, sem que estes, em contrapartida, desfrutassem de benefícios considerados bons o suficiente para fazer valer a pena as restrições a partir de então sofridas.

Na visão de Claus Roxin¹⁸, os cidadãos concedem ao legislador somente os poderes de intervenção estritamente necessários para assegurar uma vida em comunidade livre e pacífica, e sob a condição de que sejam sempre empregados os meios menos gravosos em primeiro lugar. O objetivo é o de promover a segurança, mas mantendo a máxima liberdade individual possível. De modo ainda mais direto, como dizia Beccaria¹⁹, há mais de duzentos anos, “somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante”.

Um ligeiro apanhado das ideias que até aqui foram expostas deve dar conta de que o homem é, como sugerem as dialéticas, uma grande contradição. Quão angustiado é esse ser que é livre, mas, para conservar sua liberdade, precisa dela abrir mão em prol da segurança? Quão tormentosa é a existência desse ser que procura incessantemente a segurança, mas se imiscui em um mundo cada vez mais repleto de perigos por ele próprio desencadeados?

O drama do homem é conviver com essas tensões inelimináveis entre forças que são inversamente proporcionais e lidar com o fato de que o aumento da segurança necessariamente importa na redução da liberdade, e vice-versa. Sua sina é, em última análise, buscar eternamente a medida que faça suportável uma vida espremida entre liberdade e segurança.

A depender do contexto, o ser humano enfrenta os maiores perigos em busca da ampliação de sua liberdade, ou abre mão de grandes porções desta em favor de um aumento das doses daquela. A predileção por uma ou por outra se alterna ao longo da história (da humanidade e do indivíduo, particularmente considerado).

¹⁸ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17.

¹⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 19.

Em uma leitura meramente ilustrativa e sabidamente simplista, podemos dizer que o homem, oprimido pela tirania e pelo despotismo, lutou até conseguir instaurar um **projeto** do Estado de Direito em que as liberdades ocupam espaço máximo. Dali em diante, testemunhou desgostoso a exploração do homem pelo homem e o esvaziamento da própria liberdade pelo desaparecimento das condições de sua fruição. Optou, então, pela abdicação de mais bocados de liberdade em favor de um Estado mais presente, mais controlador, e, assim, mais seguro. Mas esse Estado se agigantou e, a exemplo do que se deu com o nazismo e o fascismo, esmagou a individualidade e transformou as pessoas em objetos postos à disposição do “bem comum”. Proteção da sociedade e serviço de utilidade pública foram argumentos do poder nazista para a eliminação de ciganos e judeus.²⁰ Novamente insatisfeito, o homem lutou e, movendo a mira a um ponto mais elevado, pôs-se a executar seu mais ambicioso projeto: o do Estado Democrático. Nele, busca-se um equilíbrio altamente improvável entre elementos que são até mesmo antitéticos. Dados do Estado de Direito se unem a institutos do Estado Social e se reorganizam, na medida do possível, a partir de um viés democrático. Nasce uma audaciosa concepção de Estado Democrático e Social de Direito – uma espécie de união “arriscada” entre Estado liberal e Estado social, em que estão presentes algumas das mazelas típicas de cada um desses modelos Mir Puig²¹ – que estipula novos paradigmas para todas as atuações estatais e também para os comportamentos sociais.

Vivemos, no Brasil, um arremedo desse projeto grandioso, que tem por uma de suas características uma maior mobilidade para o exercício das forças da liberdade e da segurança. Não há, *a priori*, nem tanta segurança quanto proporciona o Estado Social, nem tanta liberdade quanto demanda o Estado Liberal, e o elemento democrático transfere ao povo (teoricamente) o poder de decisão acerca da proporção que se deve estabelecer entre ambas. Dizendo de modo mais direto, em ambiente democrático, o povo “decide”²² se quer mais segurança ou mais liberdade. E, de certo modo, se quer mais ou menos Direito Penal.

²⁰ “[...] the Nazi leaders so obstinately repeated that in eliminating jews and Gypsies, they were actually also working for the other European peoples”. AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: Sovereign Power and Bare Life. Trad. Daniel Heller-Roazen. Stanford/CA: Stanford University Press, 1998, p. 101. “[...] os líderes nazistas com tanta obstinação repetiram que ao eliminar judeus e ciganos, estavam, de fato, trabalhando também a favor dos demais povos europeus”. (Tradução nossa).

²¹ Mir Puig define o Estado Social e Democrático de Direito como “[...] un modelo de Estado que pretende aunar, superándolos, los modelos de Estado liberal y social”. (“[...] um modelo que pretende unir, superando-os, os modelos de Estado liberal e social”). Tradução nossa. O autor alerta para os perigos que jazem nas versões extremadas de ambos os modelos de Estado e propõe reflexões no sentido de compatibilizar suas vantagens. MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Montevidéo: B de F, 2006, p. 97-101.

²² As aspas indicam a inexistência de ingenuidade acerca do limitadíssimo poder de interferência do povo nos rumos da política em um país flagelado por desigualdade, exclusão e corrupção.

A questão é: será que o povo tem consciência acerca do sentido e dos efeitos de suas decisões? Será que possui informação e maturidade suficientes para fazer essa escolha? E será que ele conhece o Direito Penal que se apresenta como opção?

1.3. DIREITO PENAL, ESTEREOTIPAGEM E SELETIVIDADE

Embora seus proponentes não admitam expressamente, não é difícil identificar a presunção e a normatização do dolo como pertencentes a um grupo de medidas voltadas a abrir espaço para a instauração de políticas criminais mais rigorosas. Antes de analisar em específico as duas tendências em questão, é importante que tenhamos algumas considerações acerca de aspectos que jamais podem ser olvidados em uma abordagem que se considere crítica. É preciso submeter nossos objetos de análise aos prismas da seletividade e da estereotipagem criminal, bem como contextualizar o ambiente social em que foram concebidos. Pois é do clima de insegurança, da politicagem do apelo midiático e do clamor popular que surge

[...] a necessidade de “adequar” os conteúdos de Direito Penal e Processual Penal às dificuldades ínsitas à persecução às novas formas assumidas pela criminalidade, o que perpassa por um processo de “atualização” dos instrumentos punitivos no sentido de torná-los mais eficazes.²³

Quase toda obra de Direito Penal que se pretenda minimamente crítica trará as consternações de seu autor acerca dos fenômenos da hipertrofia, da seletividade²⁴ e do desmedido recrudescimento do sistema penal. Um trabalho em que se desenvolvam teorias e conceitos de institutos e elementos jurídico-penais sem a presença constante da Criminologia e da Política Criminal será, necessariamente, muito ingênuo ou muito mal intencionado.

Em verdade, um primeiro passo para a ruptura com uma visão ingênua é o reconhecimento de algo quase evidente. Como disse Nilo Batista²⁵, “O direito penal existe para cumprir finalidades, *para que algo se realize*, não para a simples celebração de valores eternos ou para

²³ CALLEGARII, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20.

²⁴ “Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 161.

²⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 12.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 19-20. Grifo do autor.

a glorificação de paradigmas morais”. O crime, que não existe ontologicamente e, na expressão de Vera Malaguti Batista²⁶, não passa de um “constructo social”, é fruto de uma decisão. As decisões de criminalização, tanto na esfera primária quanto na secundária, assim, possuem muitas motivações. Algumas são oficiais, e outras são ocultas, assim como as próprias funções do Direito Penal.²⁷ Não se deve esquecer, de um modo geral, que todas se submetem a alguns critérios de seletividade (que se opera tanto em relação aos criminalizados quanto às vítimas) e que estes, a seu turno, principalmente em sociedades assoladas pelos nefastos feitos de uma desigualdade levada a níveis extremos, exprimem, em grande parte, os interesses de uma minoria (o que representa um duro golpe na democracia). É esperável, assim, que ambos os estágios de criminalização atinjam mais diretamente um determinado grupo de pessoas marcadas por uma condição de desvantagem e atingidas por uma estereotipagem. Assim,

O estereótipo criminal se compõe de caracteres que correspondem a pessoas em posição social desvantajosa e, por conseguinte, com educação primitiva, cujos eventuais delitos, em geral, apenas podem ser obras toscas, o que só faz reforçar ainda mais os preconceitos racistas e de classe, à medida que a comunicação oculta o resto dos ilícitos cometidos por outras pessoas de uma maneira menos grosseira e *mostra as obras toscas como os únicos delitos.*²⁸

Sabemos que a estereotipagem e a exploração da desvantagem socioeconômica impõem seus efeitos em praticamente todos os tipos de comportamentos considerados “desviantes”. Evidentemente, sentimos mais intensamente os efeitos da seletividade e da rotulação nas infrações penais que compõem um tipo de “criminalidade rasteira” – que, ironicamente, é a menina dos olhos da maioria dos sistemas punitivos (haja vista a profusão de estudos doutrinários a seu respeito e a quantidade de encarceramentos dali decorrentes²⁹). Delitos violentos, “de rua”, como homicídio, estupro, roubo, furto e tráfico, se não tiveram seus tipos penais concebidos para atingir um público específico (criminalização primária), fatalmente

²⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 12.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 21.

²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 4-9.

²⁸ ZAFFARONI; Eugenio Raúl *et alii*. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 48.

²⁹ Entre provisórios e condenados, o ano de 2012 encerrou-se com 548.003 presos. Em 2008, quando o total de presos era de 446.687, 77.247 cumpriam pena por tráfico de drogas; 77.272 por roubo; 59.786 por furto; 44.826 por homicídio; 16.283 por estupro e atentado violento ao pudor. Curiosamente, embora a pena máxima do crime de corrupção passiva (art. 317, *caput*, CP) seja de doze anos, havia somente 52 pessoas presas pela prática deste delito. BRASIL. **Estatísticas do sistema prisional**. Disponível a partir de <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B364AC56A-DE92-4046-B46C-6B9CC447B586%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> Acesso em 19 mar. 2014.

complicam muito mais a vida de pessoas pertencentes a determinados grupos sociais ou classes econômicas, em sede de criminalização secundária.

Esta é uma regra geral, e seu reconhecimento é essencial para a produção de um trabalho que não queira apartar-se da realidade social. Há algo, entretanto, que precisamos considerar. Trataremos, no presente trabalho, de determinadas espécies de conduta em que a lógica da seletividade não se aplica de modo tão óbvio. Falamos de comportamentos cotidianos considerados arriscados que tiveram como desfecho um resultado considerado trágico e impactante e, portanto, alimentam um apetite punitivo mais intenso. Acidentes de percurso de variadas naturezas – citem-se a colisão no trânsito e o erro médico, apenas como exemplos privilegiados – têm sido alvo de uma pretensão punitiva mais eclética. Afeta um público mais heterogêneo. Transita com maior facilidade entre as diversas posições sociais e classes econômicas. A criminalização primária não parece ter destinatários bem definidos, como costuma acontecer, por exemplo, com condutas que atingem a propriedade.

De motoristas de carros populares a donos de automóveis importados; de pilotos de avião a caminhoneiros; de desempregados a donos de boate, médicos bem sucedidos e empresários endinheirados, os que adotaram comportamentos “perigosos” parecem não escapar do foco de uma ânsia punitiva nos casos em se tenha produzido um resultado grave (como a morte de terceiros ou danos ambientais de grandes proporções). Pelo menos, pela mídia e pela voz popular, não costumam ser muito poupados. Claro que não seremos ingênuos para duvidar de que o desgraçado e o excluído também aqui serão fatalmente mais atingidos. Afinal, é bom lembrar, como fez Vera Malaguti Batista³⁰, que o positivismo criminológico parece estar enraizado na própria cultura jurídica brasileira, de modo que racismo e preconceitos outros sempre podem ser determinantes para a punição. Quando pouco, na esfera da criminalização secundária, por dispor de menor desenvoltura para suas autodefesas e de menos recursos financeiros para suas defesas técnicas, por exemplo.

Digamos que, para a apuração das infrações administrativa e criminal referentes à embriaguez ao volante, sejam muito importantes o *status* do motorista e o carro que ele dirige. Em um atropelamento ou em uma colisão com vítima fatal, porém, esses dados parecem ser pelo

³⁰ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à Criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 41.

menos um pouco menos relevantes.³¹ Aqui, o desvalor do resultado (desproporcional ao desvalor da conduta de base) é determinante para um processo de demonização “quase democrático”. Aliás, em parte, as tendências punitivas que pretendemos analisar – presunção e normatização do dolo – foram pensadas (especialmente a segunda), exatamente para comportamentos mais “elitizados” (lavagem de capitais e danos ambientais de maiores proporções, por exemplo).

Não se afirma, destarte, que não incida aqui a lógica da seletividade. O caso é que os critérios de seletividade tradicionais (em regra, socioeconômicos) não são os que melhor se adéquam. Com precisão, Zaffaroni³² observou que as agências punitivas alcançam, embora “[...] com muito menos frequência, as pessoas que, sem se enquadrarem no estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular que se tornaram vulneráveis”. É a “criminalização por comportamento grotesco ou trágico”, no dizer do mestre argentino. Em nossa visão, todavia, o foco de seleção não está, regra geral, no comportamento tosco em si, mas especificamente nos resultados mais chocantes. A ação de dirigir após **alguma** ingestão de bebida alcoólica é indubitavelmente rotineira em nosso país e, a menos que resulte em morte, não parece suscitar grande repúdio (haja vista, inclusive, a pena que lhe é destinada). Se causa uma fatalidade, porém, o motorista ganha as mais espalhafatosas manchetes e se converte em um monstro assassino.

1.4. IMPRENSA MARROM, COMOÇÃO SOCIAL E PUNITIVISMO

É oportuno lembrar, para frisar o que se afirmou pouco acima, a) que o ser humano nunca será capaz de prever todos os perigos que o circundam; b) que, se fosse capaz de prevêê-los, nunca deteria a seu respeito um controle absoluto, de modo a neutralizá-los; c) se fosse capaz de neutralizá-los, em absoluto, necessariamente seria desempossado de toda e qualquer liberdade.

Ainda assim, porém, a eliminação dos perigos – e, aqui, já podemos incluir todos os que vêm dos conflitos sociais e recebem o rótulo de crimes – parece ser uma meta perene (ou, pelo menos, uma bandeira permanentemente hasteada).

³¹ Se bem que a condição *da vítima* parece ser sempre algo relevante, partindo do raciocínio popular de que atropelar “filho de rico” e “filho de pobre” são coisas diferentes.

³² ZAFFARONI; Eugenio Raúl *et alii*. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 49.

À expectativa de resolver questões sociais com o uso do Direito Penal (seja nutrida pela própria sociedade ou pelo Estado) podemos chamar **pensamento punitivista**. Tipicamente, as políticas punitivistas “[...] se fundam sobre a caracterização dos delinquentes como ‘animais’, ‘predadores’, ‘monstros sexuais’, ‘nocivos’ ou ‘perniciosos’, membros de uma ‘subclasse’, sendo todos eles ‘marcados como inimigos’ [...]”.³³

Como bem anotou Salo de Carvalho³⁴, a questão penal é frequentemente superdimensionada pelos meios de comunicação, sendo a formação do imaginário social acerca do crime e da punição bastante influenciada pela transformação de eventos ocasionais em regras, bem como pela distorção, por parte dos formadores de opinião, de diversas variáveis importantes para a compreensão dos fenômenos. Isso tudo conduz à densificação da **vontade de punir** que caracteriza o punitivismo contemporâneo. Esta vontade de punir é uma tendência que parece assumir dimensão global e vem provocando um encarceramento maciço, inédito em países democráticos e raro até mesmo em regimes totalitários.³⁵

O voraz apetite estadunidense pelo encarceramento viu-se reiteradamente denunciado pelos estudos de Loïc Wacquant.³⁶ Este mesmo autor, em sua leitura sobre o comportamento dos sistemas penais europeus, identificou a presença comum de uma “tentação penal” que atingiu, inclusive, algumas das culturas até então menos suscetíveis às influências do pensamento punitivo (como os países baixos).³⁷ Nos países denominados periféricos, dentre os quais se costuma incluir o Brasil, o punitivismo exibe toda a sua exuberância.

O aumento da população carcerária³⁸, a ampliação dos objetos de tutela penal e o recrudescimento da política criminal³⁹ são evidências do punitivismo. E não importam aqui,

³³ GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. **Revista Discursos Sediciosos**, ano 7, n. 11. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 86.

³⁴ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do Sistema Penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14.

³⁵ GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. **Revista Discursos Sediciosos**, ano 7, n. 11. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 86).

³⁶ Vide, por exemplo, WACQUANT, Loïc. A ascensão do estado penal nos EUA. **Revista Discursos Sediciosos** Ano 7. N. 11. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 13-39; WACQUANT, Loïc. **Punir o pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. “A ascensão do estado penal nos EUA” (2002) e “Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos” (2007).

³⁷ WACQUANT, Loïc. A tentação penal na Europa. **Revista Discursos Sediciosos**, ano 7, n. 11. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 8.

³⁸ Segundo dados obtidos a partir do portal <<http://portal.mj.gov.br>>, em menos de dez anos a população carcerária aumentou cerca de 50 % (em 2005, eram 361.402 presos, contra os 548.003 de dezembro de 2012).

³⁹ Partamos da década de 1990. De lá para cá, foram editadas, dentre outras leis “de combate”, as de número 8.072/90 (crimes hediondos), 8.137/90 (crimes fiscais etc.), 8.930/94 (ampliação do rol de crimes hediondos),

somente, os indicadores objetivos ou quantitativos. Muitas evidências de cunho qualitativo se apresentam. Dentre as mais importantes, podemos destacar as que se referem aos discursos. Em especial, aos discursos político e midiático.

Os meios de comunicação de massa descobriram no tema da violência uma veia de negócios muito lucrativa. Na luta por audiência, o sensacionalismo, que talvez seja uma tendência ínsita aos *mass media*, já não satisfaz, eis que se trata de plano de ação comum a todos os veículos da chamada imprensa marrom. Novas ideias são postas em prática: surgem programas específicos, de reportagem, de reconstituição de crimes e até *realities* policiais. A partir da destinação de grande parte dos programas de fofoca, futilidades e até culinária ao tema da violência, fica cada vez mais clara a estratégia de incutir o medo e a curiosidade mórbida em todos os públicos possíveis. Violência gera audiência; audiência gera dinheiro. Como observa Raphael Boldt⁴⁰, o que se produz, nesse contexto, é um Direito Penal pervertido, movido pela espetacularização da criminalidade violenta e pela lógica comercial que orienta o mercado das notícias. A construção do quadro de caos e terror e a afirmação da necessidade de debelá-los por meio da intervenção penal culminam com pressão popular no sentido do enrijecimento das políticas criminais.

A mídia, assumindo típico papel de **Éris**, inocula na sociedade o veneno do medo e transmite aos políticos o desespero que ela própria causou. Os políticos, que dependem como ninguém da opinião pública, não tardam a atender, ainda que com respostas escancaradamente simbólicas, mas que arrefecem parte das cobranças apenas pela aposição do rótulo de “legislação penal”.⁴¹

Faz-se, assim, a conhecida politicagem: as medidas adotadas não são as identificadas como mais adequadas ou eficazes, mas, sim, as mais populares, explicáveis, apenas, por sua

9.034/95 (organizações criminosas), 9.426/96 (aumento de diversas penas), 9.455/97 (tortura), 9.605/98 (crimes ambientais), 9.613/98 (lavagem de capitais), 10.792/03 (regime disciplinar diferenciado), 10.826/03 (estatuto do desarmamento), 11.340/06 (violência doméstica contra mulheres), 11.343/06 (drogas), 11.705/08 (“lei seca”), 11.923/09 (“sequestro relâmpago”), 12.012/09 (celulares em presídios), 12.015/09 (crimes sexuais), 12.234/10 (prescrição), 12.650/12 (prescrição em crimes sexuais), 12.720/12 (“milícias”), 12.737/12 (crimes “virtuais”), 12.850/13 (organizações criminosas).

⁴⁰ BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática**: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013, p. 121.

⁴¹ “[...] determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la ‘impresión tranquilizadora’ de un legislador atento y decidido”. CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: “derecho penal” del enemigo? In: STRECK, Lenio Luiz. **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 20. (“[...] determinados agentes políticos tão-somente perseguem o objetivo de dar a “impressão tranquilizadora” de um legislador atento e decidido.”) Tradução nossa.

“conversibilidade em votos”.⁴² Nessa espécie de prostituição política, “Os legisladores de plantão estão sempre prontos com seus pacotes de medidas de resolução da criminalidade que se traduzem, normalmente, em aumento de penas e restrição de garantias”.⁴³

Zaffaroni⁴⁴ observa que são poucos os que se dispõem a contradizer o discurso punitivista. A univocidade do discurso, porém, não lhe confere qualquer força. Não há coerência, embasamento empírico ou teórico. O que há é pura panfletagem. Por trás dela, impera uma **greve do pensamento** ou um **pensamento nulo**⁴⁵, que pode ser desmascarado pelo conhecimento acadêmico mais rasteiro. Mas nem sempre o é.

O fato é que, mesmo sendo vazio de pensamento, o discurso é suficiente para a eclosão do medo. E medo implica urgência. Não se pode aguardar a implementação e a gradual produção de efeitos das medidas sociais que efetivamente poderiam induzir a mudanças na realidade social. O que se espera não é uma solução política no melhor sentido da expressão (que envolve decisões e programas de inclusão), mas uma política penal, pura e simples: criminalização e intensificação das penas e dos regimes prisionais. De *ultima ratio*, o Direito Penal passa a *prima ratio* e termina sendo *unica ratio*.

É muito comum que se construa um cenário de guerra. A guerra é bastante útil, eis que traz a tiracolo elementos como a exceção, o inimigo e a emergência. Regras e métodos tradicionais não se adéquam à dramaticidade da situação, tornando-se muito mais fácil justificar o emprego de violência e o comportamento especialmente truculento do Estado. Jakobs⁴⁶ indaga: “É possível fazer ‘guerra contra o terror’ com os meios de um Direito Penal de um Estado de Direito?”

⁴² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 483.

⁴³ CALLEGARII, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 77-79.

⁴⁵ Interessante, aqui, fazer um paralelo com a percepção heideggeriana de “fuga do pensamento” ou “ausência de pensamento”, trazida por Fabio D’Ávila. Para o filósofo, o pensamento reflexivo, em meados do século XX, já estava sendo posto de lado em favor de um “pensamento que calcula”, objetivista, matemático, voltado à produtividade e à tecnicidade. Heidegger não nega, por óbvio, o valor desse tipo de pensamento – essencial ao progresso tecnológico, por exemplo; mas é evidente que, no mínimo, o abandono do pensamento reflexivo pode importar em preocupantes mudanças nas concepções de valores e prioridades dos homens. D’ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 260.

⁴⁶ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

Os próprios escrúpulos parecem se afrouxar em tempos de guerra. Afinal, é “matar ou morrer”. Nesse caso, “prender para não ficar preso”. Nada incomum, então, a aparição, nos diálogos motivados pela preocupação com o dito avanço da criminalidade, do pensamento segundo o qual “o bandido fica solto enquanto as pessoas de bem estão aprisionadas em suas casas”. Autoridades não tardam a se apropriar do discurso, tal qual fez Michael Howard⁴⁷, ex-ministro do Interior da Inglaterra: “Nossos opositores dizem que há gente demais na cadeia. Concordo: há gente demais na cadeia, dentro de casa, apavorada com a ideia de sair, de medo de ser atacada ou de suas casas serem arrombadas. É essa gente que eu quero libertar”.

A sociedade, alarmada, acata campanhas de lei e ordem que traduzem uma ilusão de solidariedade social a partir da união de todos contra um inimigo comum.⁴⁸ Em resumo, à criação do inimigo se segue a obtenção de uma carta branca. Na luta contra inimigos tão perigosos, vale tudo. Até mesmo a **destituição da condição de pessoa**:

Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está **autorizado** a tratá-lo como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança.⁴⁹

Transformar um ser humano em “[...] uma coisa, como uma cabeça de gado”⁵⁰, importa na remoção dos “entraves à punição” ou “fatores de impunidade” que seriam os direitos e garantias fundamentais. A partir daí, na verdade, o melhor seria abandonar-se um modelo de Estado de Direito, que “[...] não seria capaz de conduzir esse combate, pois teria que tratar seus inimigos como pessoas e, por conseguinte, não como fontes de perigo”.⁵¹

Talvez se possa enxergar a passagem das tendências simbólicas e punitivistas para um *Feindstrafrecht* como um salto pouco realista. Em nossa visão, não é. Cancio Meliá⁵² observou que “[...] el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal”, e que “[...] lo que surge de su unión [és] el Derecho penal del enemigo”. Além

⁴⁷ HOWARD, Michael *apud* GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. *Revista Discursos Sediciosos*, ano 7, n. 11. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 85.

⁴⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 12.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 38.

⁴⁹ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13.

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 5.

⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 69.

⁵² CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: “derecho penal” del enemigo? In: STRECK, Lenio Luiz. **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26.

disso, seria ingenuidade esperar – especialmente em países que se autoproclamam democráticos – uma adoção expressa e integral do modelo de Jakobs, mas as características centrais do Direito Penal do inimigo nos permitem sentir sua presença como um dado real e frequente: antecipação da tutela penal, grande intensidade das penas e relativização ou supressão de garantias processuais.⁵³ Não precisamos chegar a falar de nazismo, genocídio ou campos de concentração para ilustrar o seu modo de atuação. Mas podemos, apenas para demonstrar que o avanço desenfreado de políticas punitivas que possuem ideologias das mais reprováveis e escusas conduz a realidades em que, para parafrasear Agamben⁵⁴, “verdadeiramente tudo é possível”.

Agamben nos mostra que o temível campo de concentração – que parece sintetizar a biopolítica nazista – não é apenas um pesadelo distante. O que ocorre é que a guerra e a exceção são invocadas para justificar as medidas extremas em benefício da ordem e do bem comum. Para tanto, priva-se o próprio povo de diversos de seus direitos e garantias fundamentais, maximizando-se, em contrapartida, os poderes de atuação do “Soberano” em defesa dos interesses da nação. A criação do campo de concentração nada mais é do que a formação de um espaço de “não-direito” em que “verdadeiramente tudo é permitido”, pela institucionalização do estado de exceção como regra: “The camp is the space that is opened when the state of exception begins to become the rule.”⁵⁵ E ele diz mais:

If this is true, if the essence of the camp consists in the materialization of the state of exception and in the subsequent creation of a space in which bare life and the juridical rule enter into a threshold of indistinction, then we must admit that we find ourselves virtually in the presence of a camp every time such a structure is created, independent of the kinds of crime that are committed there and whatever its denomination and specific topography.⁵⁶

Como se vê, não é preciso estudar Auschwitz ou Dachau para compreender a mecânica da exceção permanente. Basta examinar as contemporâneas políticas de “guerra contra o crime”

⁵³ CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: “derecho penal” del enemigo? In: STRECK, Lenio Luiz. **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007., p. 27.

⁵⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life**. Trad. Daniel Heller-Roazen. Stanford/CA: Stanford University Press, 1998, p. 97.

⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 96. “O campo é o espaço que é aberto quando o estado de exceção começa a se tornar a regra”. (Tradução nossa)

⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 98. “Se isso é verdade, se a essência do campo consiste na materialização do estado de exceção na subsequente criação de um espaço em que a vida nua e a regulação jurídica ingressam no limiar da distinção, então nós devemos admitir que nos encontramos virtualmente na presença de um campo toda vez que uma tal estrutura é criada, independentemente dos tipos de crimes que são cometidos e qualquer que seja sua denominação ou específica topografia”. (Tradução nossa)

para identificar que a mesma lógica – que vai da suspensão de direitos e garantias fundamentais até a consideração da “matabilidade”⁵⁷ – se aplica aos “inimigos” de hoje.

Em suma, a conclusão que fica é a de que “[...] efectivamente son ya muchos los Ordenamientos jurídicos en los que se pueden encontrar ejemplos normativos inspirados en esta concepción belicista, el ‘Derecho penal del enemigo [...]’”.⁵⁸ No Brasil, inclusive, não faltam “fontes de perigo”: traficantes, “pedófilos” (sempre entre aspas, pois seu uso para designar os autores do delito de estupro de vulnerável é extremamente promíscuo), motoristas assassinos, adolescentes sanguinários etc. E, como vimos linhas acima, são muitas as “medidas de combate” a eles dirigidas nos últimos anos. Não há exagero, assim, em examinar as propostas punitivas mais rigorosas de um “Direito Penal moderno” a partir do mesmo prisma crítico sob o qual se analisa o “Direito Penal do inimigo”.

De outro lado, não se costuma perder a oportunidade de extrair da desgraça particular da vítima ou de sua família o máximo de drama possível. Conforme observou David Garland⁵⁹, foi-se o tempo em que confessar abertamente a expectativa de vingança era um tabu. Recentemente, a indignação e o ressentimento da população são invocados como justificativas oficiais das tomadas de decisão. A dor da vítima e o sentimento de seus familiares também são explorados em defesa das novas ideias penais.

Parece haver, aqui, uma fusão das fases da vingança de sangue e da vingança pública: o sentimento é o do talionato, mas a aplicação da pena independe da iniciativa da vítima ou de sua família e vem do Estado.⁶⁰

⁵⁷ Fazemos referência, aqui, às pessoas que, por “viverem uma vida indigna de ser vivida” (“life that does not deserve to live” ou “life unworthy of being lived”) se tornam, por decisão do “Soberano”, “politicamente irrelevantes” e, portanto, descartáveis. AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life**. Trad. Daniel Heller-Roazen. Stanford/CA: Stanford University Press, 1998, especialmente p. 80-84.

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “Derecho Penal del Enemigo”. IN: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). **Novos rumos do Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt**. Rio de Janeiro, 2006, p. 78. “efetivamente já são muitos os ordenamentos jurídicos em que se podem encontrar exemplos normativos inspirados nesta concepção belicista, o ‘Direito penal do inimigo’”. (Tradução nossa)

⁵⁹ GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. **Revista Discursos Sediciosos**, ano 7, n. 11. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 71.

⁶⁰ A atitude do Estado **desnatura** o próprio sentido de **vingança**, enquanto atitude que emana da vítima no sentido de afirmar-se, reerguer-se, com o escopo de “equiparação”, “re-nivelamento”, “restabelecimento da condição de igualdade”. Ao contrário, forma-se, por parte do Estado, uma visão deturpada segundo a qual a vingança não passa de uma depravação moral tão grave quanto o próprio crime vingado, mas tão-só pela sua exclusão do procedimento do **vingar-se**, e não pelo aspecto **retributivo** da ação, em si. *Vide* CARVALHO, Thiago Fabres de. ROSA, Alexandre Moraes. **Processo Penal eficiente & ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 146-150, especialmente.

O punitivismo é um movimento curioso. É difícil distinguir com exatidão quais são suas causas e quais são seus efeitos. Essa confusão – ou retroalimentação – faz-nos lembrar da mítica serpente Nidgard, filha de Loki, que cresceu a ponto de envolver a Terra em um imenso círculo formado pela junção de sua cauda com sua boca.⁶¹ O discurso punitivo gera e é gerado pelo medo. A mídia atende à expectativa social da informação sobre a violência e cria essa própria expectativa com seu sensacionalismo, que transforma todos em vítimas potenciais. Os políticos açodam a população e são por ela provocados e cobrados a respeito da contenção da “criminalidade”.

Como anotou Cancio Meliá⁶²,

En efecto, en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado y visible en la evolución actual de las legislaciones penales del “mundo occidental” está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso de enteros nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores.

Mas seria um equívoco pensar que somente os políticos, que estão mais diretamente sujeitos à opinião pública, abraçam a causa do punitivismo. A polícia não atua segundo seus critérios exclusivos; suas práticas são influenciadas pelas agências políticas e de comunicação.⁶³ Mais do que isso. Salo de Carvalho⁶⁴, referindo-se em especial a pesquisas de opinião realizadas no âmbito da magistratura, observou que a frequente adesão parcial ou integral às ideias punitivistas revela que as influências do populismo não condicionam apenas os representantes políticos. Elas são determinantes na formação do “senso comum prático-teórico dos operadores do direito”.

Como veremos mais adiante, a influência também já alcança o ambiente acadêmico, em que fervilham algumas ideias – a exemplo da normativização do dolo – cujo escopo não é outro senão o de estender o alcance dos tentáculos do Direito Penal.

⁶¹ BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**. Trad. David Jardim Junior. 28.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 384.

⁶² CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: “derecho penal” del enemigo? In: STRECK, Lenio Luiz. **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17-18. “Com efeito, no momento atual se pode convir que o fenômeno mais destacado e visível na evolução atual das legislações penais do “mundo ocidental” está na aparição de múltiplas novas figuras, às vezes inclusive de inteiros novos setores de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes realizada em ritmo muito superior ao de épocas anteriores.” (Tradução nossa)

⁶³ ZAFFARONI; Eugenio Raúl *et alii*. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 45.

⁶⁴ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do Sistema Penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 103-104.

1.5. MAIS DELITOS E MAIS PENAS: A NOVA ONDA DE CRIMINALIZAÇÕES

Vimos, até aqui, que o homem contemporâneo forçosamente convive com perigos. Alguns são reais, e outros são fabricados ou superdimensionados pelo discurso punitivo. Entre verdades e mentiras, o quadro é de perigos abundantes.⁶⁵ Como o Direito Penal, no ideário social, exerce o papel de *prima* ou mesmo *unica ratio*, o clamor popular por medidas punitivas é intenso.⁶⁶

E tem-se dado vazão às demandas punitivas.⁶⁷

[...] não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como o agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização de regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão”.

Parece que há duas razões principais para que se forme esse quadro de expansão do Direito Penal. De um lado, há velhos problemas sem solução – o que é bastante óbvio, tendo em vista que a solução é ingenuamente associada à erradicação, e esta jamais será possível, em relação a nenhuma forma de delinquir específica, em nenhuma sociedade do mundo. Pensar o contrário somente será possível mediante a cega crença na onipresença, onisciência e onipotência do Direito, e isto se resume a um ato de pura fé.

De outro lado, novas formas de delinquir e novos bens jurídicos mercedores de tutela penal. Para ambas as situações, é muito fácil montar discursos punitivos. Ora, se as questões velhas

⁶⁵ “Seria fútil ou insano negar a realidade dos novos riscos, mas o enfoque distorcido a eles conferido acaba por afetar os parâmetros de prioridade nos discursos sociais já abalados”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.); BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.); PACELLI, Eugênio (Coord.). **Direito Penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 113.

⁶⁶ Pesquisa realizada pelo IBOPE e em 2011 indica que: 87% da população creem que a certeza da impunidade é a principal responsável pela ocorrência de crimes; 83 % concordam com políticas de “tolerância zero” para os criminosos; 79 % acreditam que penas mais rigorosas diminuem a criminalidade; 69% são favoráveis à adoção da prisão perpétua; 46 % aprovam a pena de morte. IBOPE. **Retratos da Sociedade Brasileira: segurança pública**. Out. 2011. Disponível em <<http://www.ibope.com.br/pt-br/conhecimento/relatoriospesquisas/Lists/RelatoriosPesquisaEleitoral/OPP%20110004-8%20CNI%20-%20Seguranca%20publica.pdf>> Acesso em 21 mar. 2104.

⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 21.

permanecem, é porque os métodos convencionais não estão aptos a resolvê-las. São necessários novos tipos penais e/ou penas mais rigorosas. Quanto às “novas formas de criminalidade”, precisamos de um Direito Penal mais moderno, com mecanismos mais ágeis e instrumentos compatíveis com a complexidade dos delitos que surgem a cada dia.

Se levarmos ao extremo o ímpeto de combate ao crime, possivelmente nos perfilaremos a Jakobs⁶⁸, para quem, como visto acima, a coisificação do agente e a própria ruptura com o paradigma do Estado Social e Democrático de Direito são opções a se considerar. Mas, se não chegarmos a tanto, talvez nos associemos aos muitos autores de peso que seguem uma linha de “modernização” do Direito Penal que, em outras palavras, não é mais do que um conjunto de medidas que importam na eliminação, restrição ou flexibilização de direitos e garantias fundamentais com vistas a municiar o Estado para a difícil guerra a se travar contra os crimes desta nova era.

O panorama competentemente traçado por Luís Greco⁶⁹ é de grande valia para a apreensão de algumas das tendências em questão. Segundo nos conta o autor, Tiedemann desacredita o Direito Penal frente à nova “criminalidade não convencional” e sugere flexibilização do princípio da intervenção mínima. Kindhäuser faz uma das propostas mais ousadas: a criação de um bem jurídico genérico “segurança”, a funcionar como critério de legitimação dos crimes de perigo abstrato e das técnicas de antecipação da tutela penal. Stratenwerth considera que para lidar com a “criminalidade do futuro” é preciso um “Direito Penal do futuro”, razão pela qual alguns clássicos princípios liberais deveriam ser repensados. Kuhlen procura justificar as decisões político-criminais de enrijecimento e expansão a partir da democracia, conscientemente ou não, reavivando o pensamento kelseniano segundo o qual a legitimidade se confunde com a legalidade formal.

Alguns importantes penalistas fazem frente ao movimento expansionista. Havemos de citar o destacado papel de Winfried Hassemer, que, com particular brilhantismo, desenvolveu uma “teoria pessoal do bem jurídico” que funciona como ponto de resistência às propostas expansionistas mais comuns: a tutela de bens jurídicos coletivos e a antecipação da tutela penal (criação dos tipos penais de perigo abstrato). Em apertada síntese, Hassemer defende a

⁶⁸ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53-69.

⁶⁹ GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5-14.

ideia de que somente se possa considerar bem jurídico penalmente tutelável aquele que se situar nos limites da esfera de interesses da pessoa, do indivíduo, deslegitimando as propostas que buscam a proteção de um interesse meramente estatal ou de um suposto “bem comum”.⁷⁰ Mas parece que não há força suficiente para impedir o avanço do expansionismo. Como consequência,

A todo lado surgem novas criminalizações, que decorrem da proteção penal ou de *bens jurídicos coletivos* apenas recentemente entendidos como merecedores de proteção (exemplo paradigmático: direito penal ambiental), ou da criação de bens jurídicos coletivos até então de todo desconhecidos (o que ocorre principalmente no direito penal econômico). Novos *perigos do mundo industrial-global* são cada vez mais objeto de normas penais: drogas, terrorismo, tráfico internacional de armas e pessoas, transplante de órgãos e tecnologia genética, comportamentos socialmente lesivos praticados pelas classes mais elevadas (criminalidade de colarinho branco, criminalidade do estado, *crimes of the mighty*).⁷¹

Em homenagem ao princípio da lesividade (ou ofensividade), já deveríamos, a esta altura, ter transformado as contravenções penais em “contravenções administrativas”. Ora, se não se pode considerar penalmente ilícito o comportamento que não ofenda de modo concreto e significativo um bem jurídico, como sustentar a permanência das contravenções penais, que representam, em sua essência, algo que é menor dos que os “crimes de menor potencial ofensivo”? O que é menor que crimes de “menor potencial ofensivo” só pode ser de “insignificante risível potencial ofensivo”.

Muito ao contrário, porém, estamos à beira de um processo de **administrativização do Direito Penal** que o tornará mais presente e mais ativo no ambiente social. O discurso punitivista desenha um Direito Penal fraco e um Estado manietado. As penas são ditas convidativas ao crime, ao passo que os direitos humanos são cotidianamente infamados e rebaixados a “direito dos bandidos”. “Mas e os direitos humanos das vítimas?”, costuma-se indagar. A sociedade se comporta como se respeitar os direitos do réu importasse em traição ou desrespeito à vítima, ou, inversamente, como se espezinhar o primeiro pudesse representar alguma forma de reparação ou de reconhecimento do valor da segunda.

⁷⁰ Para mais, *vide* HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. IN: GRECO, Luís *et al.* **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15-24.

⁷¹ GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1-2.

Não está claro, para grande parte da população, que “Não existem fenômenos criminosos, mas uma interpretação criminalizante dos fenômenos”.⁷² Em razão do que podemos denominar **alienação criminogênica**, a maior parte das pessoas não se identifica com “o criminoso” e não enxerga “o delinquente” como um semelhante, de modo que acaba passando despercebido o fato de que todos, sem exceção, são infratores potenciais. Na verdade, em razão do vasto arcabouço de tipos penais incriminadores de nosso país (que engloba até “dano ambiental culposo”), não é exagero dizer que todos são infratores reais e contribuem para avolumar as cifras ocultas. Mas, por crer que nenhuma pessoa “de bem” precisará valer-se de direitos e garantias constitucionalmente consagradas para limitar o poder punitivo do Estado, não se tende a valorizar direitos e garantias fundamentais, vistos como verdadeiras alavancas da impunidade.

Por isso contam com excelente receptividade medidas repressoras cada vez mais agressivas. Não há absolutamente nenhuma razão para que se creia que a redução da maioria penal vá importar em uma mínima diminuição nas estatísticas criminais. Mas há uma dúzia de argumentos contrários (o “contágio carcerário”, a estigmatização perpétua, a superlotação, o distanciamento da família em fase crítica, o deslocamento dos estudos etc.). Ainda assim, ela é desejada pela maior parte da população. Em situação parecida se encontram a pena de morte e a prisão perpétua.⁷³ Além disso, criticam-se genericamente o exagero de recursos e a presunção de inocência até que transite em julgado a condenação. Há uma ampla aceitação de leis que aumentam penas, estabelecem maior rigor no curso da execução ou mesmo criam novas formas de sanção, cujo principal exemplo é a “castração química”⁷⁴ para “predadores sexuais”.

⁷² QUEIROZ, Paulo. Dez teses jurídico-penais. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)**, ano 21, n. 248. São Paulo: IBCCrim, p. 13. Jul. 2013.

⁷³ Pesquisa realizada pelo IBOPE e em 2011 indica que 86 % das pessoas defendem a redução da maioria penal para os 16 anos, e 91% acreditam que os menores que cometem crimes violentos devem ser julgados como adultos. Disponível em <<http://www.ibope.com.br/pt-br/conhecimento/relatoriospesquisas/Lists/RelatoriosPesquisaEleitoral/OPP%20110004-8%20CNI%20-%20Seguranca%20publica.pdf>>.

⁷⁴ MAGGESSI, Marina. **Projeto de Lei 4399/2008**, da Deputada Marina Maggessi (PPS/RJ). <Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=418075>>. Acesso em: 19 mar. 2014, que, além de sugerir a criação de um artigo de lei para a definição da “pedofilia” (como se esta já não fosse definida, enquanto doença mental que é, pela Organização Mundial de Saúde, CID-10 F65.4), propõe a “castração química” dos infratores reincidentes por meio da inoculação de hormônios, além da pena privativa de liberdade. Não se sabe o que é pior: se a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana ou a revitalização do banido sistema do duplo binário.

Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=418075>> Acesso em 21 mar. 2014.

O percurso traçado pelo discurso punitivista não é muito complexo. Identifica-se um problema. Isso é fácil, posto que as sociedades complexas do mundo contemporâneo os vivenciam aos montes. E, à falta de um problema concreto, sempre há a possibilidade de se fabricar ou supervalorizar algum. Destacam-se, em seguida, a gravidade do problema, os males que ele inflige à sociedade (de preferência, à família, aos vulneráveis, às pessoas de bem) e a insuficiência dos recursos atuais (penas e procedimentos) para fazer-lhes frente. A etapa seguinte é a das sugestões.

Entre as propostas que vêm dos políticos oportunistas ou da mídia sensacionalista e as que emanam da população, não há grandes diferenças. Todas costumam ser supérfluas, desconsiderar um emaranhado de variáveis e compartilhar de uma mesma atecnia.

Mas o discurso punitivista, mais recentemente, sofisticou-se surpreendentemente. Em parte, isso se deve à inclusão dos “especialistas de plantão”. Sempre a postos para, nos mais inusitados momentos (em programas vespertinos de fofocas e até em programas matinais de culinária) e nas mais estranhas condições (sem qualquer conhecimento processual ou contato com os envolvidos), declamar as palavras encomendadas por seus mandantes, contribuem com uma falsa cientificidade para a perpetuação do desejo punitivo. O grande diferencial em relação à verborragia de sempre, porém, tem sido outro. Sem dúvida, a adesão de considerável parte da doutrina, bem como o acatamento de suas posições por muitos juízes e tribunais, representa a gema preciosa perdida em ornamentos punitivistas de baixo preço.

Os modelos sistêmicos de interpretação e aplicação da norma jurídica e de formulação de princípios gerais são construídos ou propostos por juristas também submetidos à disputa discursiva pelo risco. Os institutos e conceitos, portanto, restarão afetados pelo debate político pelo risco, assim como ocorre com a produção legislativa e com a jurisprudência, o que resultará na indefinição dos elementos normativos de referência conceitual.⁷⁵

De modo inegavelmente inteligente, o discurso punitivista fugiu da tradicional fala da brandura das penas, já bastante combatida por minimalistas e abolicionistas, para recair sobre tema secularmente controverso da teoria do delito (e que, embora por via oblíqua, pode acarretar na consecução do fim último a que todo o engenho se dirige: o aumento do rigor

⁷⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.); BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.); PACELLI, Eugênio (Coord.). **Direito Penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 128.

penal). Subitamente, todos os arautos do punitivismo passaram a centrar fogo na concepção dominante do dolo.

Percebeu-se – e isso requer sagacidade atípica ao discurso punitivista rasteiro – que o manuseio do dolo é determinante para a transformação da água em vinho. Conforme se estabeleça que o agente tenha atuado com dolo, o fato penalmente irrelevante pode se tornar típico; a infração leve pode transformar-se em delito gravíssimo; a pena risível pode ser substituída pelo máximo rigor repressivo.

As brechas e inconsistências teóricas que realmente marcam presença nos tópicos da conceituação do dolo, da identificação de seus elementos constitutivos e da classificação de suas espécies são esmiuçadas no campo doutrinário. A tormentosa dificuldade da distinção entre dolo eventual e culpa consciente é explorada da forma mais tendenciosa possível: a partir do realce das possibilidades de impunidade que ela suscita. Por fim, o discurso punitivista impiedosamente toca o ponto fraco da concepção dominante de dolo: a dificuldade (ou virtual impossibilidade) prática da sua prova.

As propostas da presunção e da normativização do dolo aplicabilidade sobre qualquer tipo de infração penal, seja ela pertencente grupo da “criminalidade clássica” ou das “neocriminalizações”. É como disse Zaffaroni⁷⁶: de um modo geral,

Existe um fenômeno relativamente recente, ou seja, a chamada **administrativização do direito penal**, que se caracteriza pela pretensão de um uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de obrigações públicas (em especial, no âmbito fiscal, societário, previdenciário etc.), o que banaliza o conteúdo da legislação penal, destrói o conceito de limitativo de bem jurídico, aprofunda a ficção do conhecimento da lei, põe em crise a concepção do dolo, vale-se de responsabilidade objetiva e, em geral, privilegia o estado em sua relação com o patrimônio dos habitantes.

Não há como negar, porém, que a exploração das muitas mazelas do trânsito e o crescimento do número de delitos de circulação – especialmente o homicídio na direção de veículo automotor – são determinantes para a expansão penal que se opera por trás das propostas de presunção e de normativização do dolo. É por isso que daremos à questão penal do trânsito uma atenção diferenciada.

⁷⁶ ZAFFARONI; Eugenio Raúl *et alii*. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 50. Grifo do autor.

1.6. AS MAZELAS DO TRÂNSITO E DISCURSO PUNITIVISTA

As mazelas decorrentes da caoticidade do trânsito nas grandes metrópoles certamente figuram entre os duros problemas com os quais inescapavelmente tem que lidar a sociedade contemporânea. Não bastassem os prejuízos decorrentes da lentidão e do cada vez mais tormentoso fluxo, que produzem sérios efeitos na produtividade e na qualidade de vida dos cidadãos, tem a sociedade que arcar com uma indesejável periculosidade do trânsito.

O crescente número de ocorrências referentes aos acidentes de trânsito ilustra que a aparentemente corriqueira ação de dirigir ou de fazer-se transportar por veículo automotor constitui, na verdade, atividade que encerra considerável grau de risco. Levantamentos apontam que um acidente automobilístico ocorre a cada 30 segundos no país⁷⁷ e que 153.565 brasileiros foram internados em hospitais (apenas) da rede pública.⁷⁸ Mas é o número de mortes que chamou a atenção da mídia e dos políticos e, desde que o assunto passou a permear seus discursos, o que era preocupação transformou-se em verdadeiro pânico.

Os números divulgados⁷⁹ são divergentes, mas, ainda assim, ambos suficientemente impactantes. Segundo estatísticas do DPVAT, foram 58.134 mortos em 2011, contra os 43.256 apontados pelo sistema Datasus, do Governo. Se levarmos em conta o número oficial divulgado, nosso país se posiciona em quinto lugar entre os países com maior quantidade de mortes no trânsito. Tomando como referência o DPVAT, de outro lado, o Brasil seria, como já se lhe chamou, o grande “campeão inglório”, isto é, o país cujo trânsito é o “mais mortífero”. Em 2012, ainda segundo o DPVAT, o número teria sido ainda maior: 60.752 pessoas. Diz-se que 98% dos casos de acidentes têm por causa determinante as falhas humanas. Dentre estas, atribuem-se 21% dos acidentes à embriaguez e 12% ao excesso de velocidade, o que equivale a dizer que um terço dos acidentes com vítimas fatais é cometido em alguma dessas condições.

⁷⁷ **Estatísticas do DPVAT.** Disponível em <<http://www.dpvatsegurodotransito.com.br/noticia2.aspx>> Acesso em 21 mar. 2014.

⁷⁸ **AGÊNCIA BRASIL. Brasil enfrenta epidemia de acidentes de trânsito, diz representante do Ministério da Saúde.** Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-09-13/brasil-enfrenta-epidemia-de-acidentes-de-transito-diz-representante-do-ministerio-da-saude>> Acesso em: 21 mar. 2014.

⁷⁹ COUTINHO, Leonardo. É ainda pior. **Revista Veja**, ano 46, n 32, Ed. 2333, p. 98-108. 7 ago. 2013.

Decerto, não se pode subestimar o problema, que demanda soluções estratégicas compatíveis com sua complexidade. Mas não necessariamente penais, ou, pelo menos, não exclusivamente penais.

É exatamente neste ambiente de insatisfação e medo que se desenvolve às furtas o discurso punitivista. A imprensa marrom, autoproclamada mandatária das perigosas “pessoas de bem”, pinta e pede a destruição do quadro de impunidade. E apenas apresentar o problema não é suficiente. É preciso, para que ganhe espaço máximo, configurar o ambiente de guerra, que, como vimos, é essencial à ruptura com a normalidade e a instauração da exceção. É só na exceção que surgem os heróis – os políticos, representantes do povo oprimido pela violência, salvadores da pátria que podem atender os anseios de uma população amedrontada sem preocupar-se com as limitações impostas pela “normalidade” que gostamos de chamar de Estado Democrático e Social de Direito. E ocorre que não há guerra, nem herói, sem inimigo.⁸⁰

Mas quem seria “o inimigo” a ser combatido nessa guerra contra a “violência no trânsito”?

Algo próximo de um Direito Penal do inimigo é pontualmente encontrado na política criminal brasileira. No Brasil, aliás, é possível falar-se em um **Direito Penal dos muitos inimigos**. Quando quase nos acostumávamos com o megatraficante, o dono da favela e o membro da organização criminosa, eles foram substituídos pelo marido agressor, pelo “pedófilo” e outros protagonistas de campanhas catalisadoras de votos.

A escolha do inimigo, na seara do trânsito, esbarra em uma dificuldade peculiar: **quase todos são condutores**. Ricos e pobres, cultos e incultos, reincidentes e primários. Como operar a seletividade nessas condições? Começa, então, uma busca de critérios que culminará com o processo de seleção mais hipócrita que já existiu, como veremos adiante.

⁸⁰ Nas palavras de Raphael Boldt, “A ideologia de guerra permanente disseminada pela mídia justifica-se me razão do discurso da ‘segurança cidadã’, fundado na proteção dos ‘cidadãos de bem’ em face do ‘inimigo’, figura essencial para a consolidação do paradigma bélico o poder punitivo, afinal, seria uma contradição em termos falar de guerra sem a existência de um inimigo a ser combatido”. BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática**: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013, p. 91.

Hans Welzel, há cerca de quarenta anos, dedicou-se ao estudo de tema que, embora ainda emergente, já se mostrava tormentoso: o dos delitos de circulação. Neste trabalho, Welzel⁸¹ observou que o desenvolvimento da teoria dos crimes culposos se encontrava em estágio muito menos avançado do que o da teoria dos delitos dolosos. Parte disso possivelmente se deveria ao fato de a vida prática não apresentar grande fartura de exemplos em contexto pré-industrial. Com os avanços do industrialismo, porém, riscos e danos não propriamente intencionais se multiplicaram ao extremo. A popularização dos automóveis de passeio, o avolumamento das frotas e o desenvolvimento de modelos cada vez mais possantes fizeram do trânsito o palco privilegiado para as infrações culposas. E sua proliferação demandou o aprimoramento teórico respectivo. Desde então, ganhou corpo e fortaleceu-se, cada vez mais, a proposta de se substituir os critérios subjetivos de previsibilidade e evitabilidade por seus equivalentes normativos, e de se situar o centro do desvalor da conduta culposa na quebra do dever de cuidado objetivamente esperado.⁸²

Também ali, Welzel⁸³ atentou para o fato de que os tipos culposos serão, irremediavelmente, abertos, pela total impossibilidade de descrição típica das incontáveis formas de proceder que sejam consideradas inadequadas à luz de cada situação do mundo real. Cada situação se apresenta de uma forma, e, por suas circunstâncias específicas, traz um conjunto de deveres de cuidado absolutamente peculiar. Que deveres são esses? Só se pode estabelecer à luz do caso concreto.⁸⁴

Em todas as condutas culposas, faz-se um juízo de valor para definir se o risco ou dano causado pelo agente é decorrente de um defeito de sua conduta. No trânsito, esse defeito pode ser inicialmente associado às próprias normas de circulação. Quem desrespeita uma norma de circulação, a rigor, descumpra um dever de cuidado objetivamente esperado para a atividade

⁸¹ WELZEL, Hans. La imprudencia y los delitos de la circulación. In: WELZEL, Hans. **Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal**. Buenos Aires / Montevideo: B de F, 2006, p. 63.

⁸² A normatização ali sugerida por Welzel se restringe ao âmbito da culpa. Mais adiante discutiremos a normatização de um modo geral, e apontaremos a grande diferença existente entre culpa normativa e dolo normativo.

⁸³ *Idem, ibidem*, p.76.

⁸⁴ É óbvia a tensão entre a estrutura aberta dos tipos penais culposos e a vertente da *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* do princípio da legalidade. A **taxatividade** que o princípio demanda é impensável para crimes culposos, o que nos leva à reflexão superior acerca da validade dos tipos penais que os preveem. Aqui, ou se convive com uma larga brecha no mais importante e elementar princípio de Direito Penal, ou se abre mão, de vez, da punição da imensa maioria das condutas classificáveis como culposas. Discussão fascinante que aqui não encontra o necessário espaço para seu desenvolvimento. Discordando que os tipos culposos sejam abertos, TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos**. 2.ed.rev.ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 266.

de dirigir. Se da ação praticada em desacordo com as normas para a condução de veículos decorrer um risco ou dano típico, haverá, no mínimo, fortes indícios para a imputação do crime culposos.⁸⁵

Mas o descumprimento das regras de trânsito, se pesa no que tange à caracterização do crime culposos, jamais poderia ser usado como critério para a definição do inimigo. Pelo simples motivo de que constitui uma verdadeira redundância afirmar que todo condutor é um infrator. Transitar acima do limite máximo de velocidade, “furar” um sinal, invadir uma preferencial, falar ao telefone celular, não guardar a distância regulamentar... Que motorista nunca cometeu pelo menos uma dessas infrações?

Desde Schmitt a Jakobs, o inimigo é o outro – tenha ou não tenha ele um rosto. Eu não sou o inimigo; meus próximos, os únicos a quem considero semelhantes, não podem ser os inimigos. O inimigo é o estranho⁸⁶, o estrangeiro, o *outsider*. É alguém que é ou que faz algo diferente de mim.

No caso do trânsito, é alguém que mata, “coisa que eu jamais teria **coragem** de fazer”. No fundo, trata-se de alguém que “corre”, como eu; que desrespeita semáforos, como eu; mas que pode ter tido a infelicidade de matar alguém com sua conduta. Vê-se, aqui, que o critério de seleção do inimigo não parte, em absoluto, do desvalor da conduta, mas apenas do desvalor de um resultado que, a cargo de uma influência ineliminável do azar, pode ser produzido por qualquer um.

O discurso punitivo massacrante dissemina as ideias de que as mortes no trânsito já superam o número de homicídios no Brasil, que a quantidade de mortos em um ano, no trânsito Brasileiro, é maior do que o triplo das que foram registradas na guerra do Iraque; ou que as mortes de jovens entre 18 e 34 anos equivalem a dois desastres da Boate Kiss (Santa Maria, RS) por semana.⁸⁷ A situação é dita insustentável. Algo precisa mudar.

⁸⁵ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**: uma contribuição à teoria do crime culposos. 2.ed.rev.ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 266; 292.

⁸⁶ Vide considerações críticas de Muñoz Conde acerca das declarações de Edmund Mezger sobre “los extraños” como “los enemigos de la comunidad”. MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “Derecho Penal del Enemigo”. IN: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). **Novos rumos do Direito Penal contemporâneo**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro, 2006, p. 76.

⁸⁷ COUTINHO, Leonardo. É ainda pior. **Revista Veja**, ano 46, n 32, Ed. 2333, p. 98-108. 7 ago. 2013.

Como de costume, atribui-se a causa das mortes à impunidade (se não “total”, pelo menos “parcial”, pela leveza das penas). É que, por diversas razões, é natural que se parta do pressuposto de que a conduta do motorista que desrespeita alguma norma de trânsito e ocasiona atropelamento ou colisão com vítima fatal é de índole culposa. Porque o agente jamais viu a vítima na vida, de modo que faltariam motivos para que desejasse matá-la; porque, de regra, o agente corre igual risco de morrer a partir de sua própria conduta; porque haverá uma série de implicações econômicas (danos materiais) e processuais (cíveis e criminais) como decorrência de sua ação. É claro que essas razões constituem apenas um ponto de partida interpretativo que pode ser modificado à luz dos mais particulares casos concretos. Mas o fato é que, como anota André Callegari⁸⁸, a regra é mesmo a de que, “[...] nos acidentes de trânsito que configuram crimes de homicídio ou lesão corporal, o sujeito ativo incide em culpa, seja do tipo comum, inconsciente, ou mesmo na modalidade consciente”. E o autor reforça sua posição a partir da citação de Vicente Greco Filho: “o reconhecimento do dolo, seja direto ou eventual, é exceção nesta modalidade de delito”. Diríamos, para ser ainda mais ilustrativos, que do mesmo modo que em um caso em que a vítima haja sido alvejada por dezenas de projéteis ou de facadas em uma região vital se parte da primeira hipótese do dolo, em acidentes de trânsito, a investigação toma como ponto de partida a culpa.

Ocorre que a tradicional classificação da conduta como sendo a de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 da Lei 9.503/97) implica a imposição da pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção, não se excluindo a possibilidade da substituição da pena privativa da liberdade por penas restritivas de direitos (e é o que costuma acontecer). A espetacularização das tragédias no trânsito, a exploração da dor das famílias das vítimas e a complementar acusação de condescendência dirigida à legislação penal fazem efervescer no ambiente social a sensação de injustiça e o subsequente clamor por respostas penais mais drásticas.

Não é nova a discussão acerca de qual deve ser aspecto mais relevante para a determinação da gravidade de um injusto penal: o desvalor da ação ou o desvalor do resultado. Esse é um tema sobre o qual provavelmente muito ainda se discutirá, mas com o mesmo insucesso de até

⁸⁸ CALLEGARI, André Luís. Dolo eventual e crime de trânsito. IN: In: MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.); BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.); PACELLI, Eugênio (Coord.). **Direito Penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 137.

então. Não parece ser possível definir, *a priori*, a preponderância do desvalor da ação sobre o do resultado, ou vice-versa, de modo que a melhor posição, por ora, guia-se no sentido de uma definição a depender do tipo penal em questão, mas com a busca de algum nível de proporcionalidade.⁸⁹ Esta proporcionalidade parece inexistir em sede de delitos de trânsito. À exceção de alguns poucos casos (a exemplo da embriaguez ao volante), a conduta perigosa que não gera dano é praticamente desprezada em âmbito criminal. Mas basta a ocorrência de um desfecho trágico para que a conduta seja negativamente valorada a ponto de cogitar-se a hipótese de crime hediondo.⁹⁰

Mas reflitamos um instante: usar a superveniência do resultado trágico para diferenciar o “motorista homicida” do condutor desatento ou irresponsável não parece ser muito inteligente, já que o azar desempenha um papel tão marcante em sua produção. Partir da hipótese de que em todo acidente com vítimas fatais exista dolo, então, coloca sob a mira da já aludida “vontade de punir” toda e qualquer pessoa que se aventure a dirigir. Em outras palavras, o inimigo pode ser qualquer um.

Este não é o contexto ideal para se declarar uma “guerra”. A seletividade penal deve voltar a entrar em cena. Mídia e autoridades (em especial, políticas e policiais) unem esforços até que se chega a um retrato falado dos inimigos ideais: o condutor embriagado que despreza a vida humana e o playboy egoísta que disputa “pegas” ou “rachas”.

André Callegari⁹¹ registra que “a conduta e a violência de certos acidentes de trânsito têm reclamado uma resposta da justiça perante a sociedade, ou seja, uma punição mais severa a este tipo de criminalidade”. E uma possível solução, o próprio autor já aponta: “[...] passaríamos a aceitar, em face do clamor social, que o agente embriagado e responsável

⁸⁹ Note-se que, se privilegiarmos sempre o desvalor da ação, não compreenderemos a necessária diminuição da pena por força do reconhecimento da modalidade tentada do delito. De outro lado, se o que importa é o desvalor do resultado, não será possível explicar a diferença de pena entre homicídio culposo e doloso, em que o desfecho é idêntico. Cezar Roberto Bitencourt, com apoio em Muñoz Conde, anota que não é possível estabelecer uma preponderância *ex ante* entre os fatores do desvalor da conduta e do desvalor do resultado, mas “[...] o ideal na fundamentação do **injusto penal** é a busca de um certo equilíbrio [...]”. BITENCOURT, Cezar Roberto. Alguns aspectos penais controvertidos no Código de Trânsito. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, São Paulo: RT, 2010, p. 593.

⁹⁰ Como veremos adiante, há julgados em que se capitulam homicídios cometidos na direção de veículo automotor como qualificados pelo emprego de meio capaz de causar perigo comum (nos termos do art. 121, § 2º, III, CP).

⁹¹ CALLEGARI, André Luís. Dolo eventual e crime de trânsito. IN: In: MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.); BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.); PACHELLI, Eugênio (Coord.). **Direito Penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135.

pela morte ou lesões consideráveis em um número de vítimas respondesse a título de dolo eventual”.

À primeira vista, a solução em questão parece decorrer de uma operação interpretativa plausível. Até seria, se fosse efetivamente orientada – como se espera que seja qualquer tipificação penal – pelos dados objetivos e subjetivos do caso concreto. Com indesejável frequência, porém, não é o que vemos ocorrer. A gravidade atribuída à conduta suscita a imagem de um “assassino ao volante” e, conseqüentemente, praticamente fecha a possibilidade de uma tipificação da conduta como sendo culposa, vista quase como uma premiação para o delinquente. Inverte-se a lógica anteriormente exposta e parte-se de uma hipótese inicial de configuração do crime doloso. Já “[...] não é preciso provar a existência do dolo eventual no crime de trânsito, basta que o fato exista”.⁹²

Com o tempo, transforma-se o condutor embriagado em um autêntico inimigo e inicia-se “[...] uma cruzada contra malhechores archimalvados”.⁹³ Temos, aqui, uma verdadeira “guerra santa”; do bem contra o mal; dos cidadãos de bem, pais de família inocentes e condutores responsáveis, contra monstros insensíveis que não dão valor à vida humana.

⁹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do Direito Penal: o papel do dolo eventual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n 64. São Paulo: RT, jan-fev, 2007, p. 238.

⁹³ CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: “derecho penal” del enemigo? In: STRECK, Lenio Luiz. **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 31. “uma cruzada contra malfeitores archi-malvados”. (Tradução nossa)

2. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DOLO E CULPA: O PARADIGMA TEÓRICO DOMINANTE

Sumário: 2.1 Introdução. 2.2. Exposição do conceito e dos elementos do dolo: a intelecção e a volição. 2.3. Exposição das espécies de dolo: do dolo direto de primeiro grau ao dolo eventual. 2.4. Exposição dos critérios de distinção entre dolo e culpa: a teoria do consentimento e suas variações.

2.1. INTRODUÇÃO

Uma das afirmações mais seguras que se pode fazer em Direito Penal é a de que às condutas dolosas tende a ser atribuído maior desvalor do que aos comportamentos culposos. Ela é corroborada a partir das observações mais simples.

Em primeiro lugar, notemos que a imensa maioria dos tipos penais somente conta com previsão na forma dolosa, isto é, a maior parte das ofensas a bens jurídicos só é penalmente relevante quando cometida dolosamente. Se praticadas por meio de comportamento culposos, as lesões sequer são objeto de apreciação pelo Direito Penal.

De outro lado, breve exame dos dispositivos que formam a Parte Especial do Direito Penal – isto é, dos tipos penais incriminadores, em espécie – indicará que aos delitos dolosos tende a ser cominada uma pena mais intensa do que a prevista para os crimes culposos. A composição do **âmbito subjetivo do injusto**, destarte, é um dos mais importantes critérios para a determinação da gravidade da conduta e das sanções que a ela serão dirigidas.

É claro que as atividades de elaboração dos tipos penais e de estipulação de suas respectivas penas são bastante complexas. Predomina em ambiente doutrinário a opinião de que a função precípua do Direito Penal é a de proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais.⁹⁴ Embora prevaleça a visão de que a tutela penal só deva ser considerada legítima, sob prisma constitucional, quando socialmente necessária para a salvaguarda de um bem jurídico⁹⁵, é

⁹⁴ Convergem nesse sentido, CEREZO MIR, José. **Derecho Penal**: Parte General. São Paulo: RT, 2007, p. 25; ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 35 (*vide*, também, ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 11-36); e MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Montevideu: B de F, 2006, p. 85.

⁹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 70.

difícil conceituar o próprio “bem jurídico” e estabelecer um rol desses “bens tuteláveis”. O parâmetro continua sendo a sua relevância para a sobrevivência e o desenvolvimento do indivíduo, em primeiro lugar, e da sociedade. Mas a própria “relevância” será alvo de diversas perscrutações. Por isso, é importante estabelecer critérios para a determinação da relevância penal dos bens jurídicos. São valiosas, a esse respeito, as contribuições de Mir Puig⁹⁶, que fala sobre os critérios de importância social do bem e da necessidade de que a tutela seja de natureza penal, e de Winfried Hassemer⁹⁷, que habilmente argumentou no sentido de que se exija uma **relevância pessoal** do bem jurídico. Alinhando-se a este segundo, Ferrajoli⁹⁸ chegou a afirmar: “nuestro principio de lesividad permite considerar ‘bienes’ solo a aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas de carne y hueso”.

Esta posição decorre do reconhecimento de que a regra é da máxima liberdade possível⁹⁹, somente se justificando uma restrição deste e de outros direitos fundamentais do indivíduo a partir do critério da **necessidade**.¹⁰⁰ Necessidade para a proteção de bens jurídicos de dignidade constitucional contra ofensas consideradas relevantes.

Concordamos com Luís Luisi¹⁰¹ quando afirma que “É nas constituições que o Direito penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções”.¹⁰² Em nossa visão, os bens jurídicos, para que sejam penalmente tuteláveis, devem não apenas ser constitucionalmente consagrados, mas ostentar, também, a característica da **fundamentalidade**. Dizendo de outro modo, somente **direitos fundamentais** podem ser posicionados como bens jurídicos penalmente tuteláveis. A justificativa é simples: a tutela penal dos bens se faz mediante a restrição a direitos fundamentais – geralmente, aliás, relativamente a um dos mais importantes, que é a liberdade de locomoção. Não faria sentido, assim, que para proteger um

⁹⁶ MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Montevideu: B de F, 2006, p. 85-94.

⁹⁷ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. IN: GRECO, Luís *et al.* **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15-24.

⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 4.ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000, p. 478. “nosso principio da lesividade permite considerar ‘bens’ apenas aqueles cuja lesão se concretiza em um ataque lesivo a outras pessoas de carne e osso”. (Tradução nossa).

⁹⁹ Vide ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 177: “O principio da liberdade jurídica exige uma situação de disciplina jurídica na qual se ordena e se proíbe o mínimo possível”.

¹⁰⁰ A respeito, ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 33; TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 120.

¹⁰¹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 172.

¹⁰² A necessária referência constitucional dos bens jurídicos também está clara nos escritos de D’ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 71; e COELHO, Yuri carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: mandamentos, 2003, p. 96-97.

bem ou direito não fundamental fosse atingido algum outro dotado dessa fundamentalidade. Desproporção patente: lesar o mais para salvar o menos.

É fato, então, que toda a teoria do delito deve ancorar-se no pressuposto de que o bem jurídico se situa no centro do Direito Penal. O bem jurídico é o ponto de partida da resposta à questão “o que pode o Direito Penal proibir?”. A preocupação com o conteúdo material das leis (a vertente material do princípio da legalidade, como se queira) é inafastável em um Estado Democrático e Social de Direito. Como disse Roxin¹⁰³, “[...] de nada adiantam uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal bastante garantista se o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível”.

Nada mais natural, diante disso, que estruturar os tipos penais incriminadores e suas respectivas penas tomando como base sua objetividade jurídica. Esta é uma regra importante, mas, como dito anteriormente, a elaboração dos tipos penais e a cominação das penas é uma tarefa difícil em que influem muitas variáveis. Certamente entrarão em cena inúmeros fatores que agregarão mais ou menos desvalor ao comportamento – extensão da lesão causada, *modus operandi*, circunstâncias espaciais, temporais, eventuais relações existentes entre o agente e a vítima e, finalmente, os caracteres subjetivos da conduta (dolo, culpa¹⁰⁴ e elementos subjetivos do injusto).

Matar alguém, seja culposa ou dolosamente, sempre importa na produção de um resultado altamente desvalioso. Fazê-lo da segunda forma, porém, sujeitará o agente a penas dez ou quinze vezes mais altas do que na primeira hipótese. A questão é: por quê?

Tendo em mente que as polêmicas e controvérsias existentes em torno da conceituação do dolo e da culpa e dos critérios de distinção entre esses elementos subjetivos, após tanto tempo e tantas páginas, não permitem que se chegue a um resultado nem mesmo, digamos, menos inquietante, talvez seja o caso, como chegou a cogitar Ramon Ragués i Vallès¹⁰⁵, de se considerar a possibilidade de que a solução seja “acabar con la clásica distinción entre dolo y culpa”. Se não pomos fim a essa tormentosa questão, é porque essa distinção é de vital

¹⁰³ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

¹⁰⁴ A consideração da culpa como um elemento subjetivo será justificada mais adiante.

¹⁰⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **De nuevo el dolo eventual**: un enfoque revolucionario para un tema clasico. Revista InDret, Barcelona, n. 3, jul. 2012, p. 11.

importância dogmática e político-criminal. E, assim sendo, a tarefa fundamentar a grande diferença de tratamento entre comportamentos dolosos e culposos se torna cogente.

Ragués i Vallès¹⁰⁶ aponta algumas possíveis razões. No fato culposo, há uma maior participação do azar, enquanto no doloso, geralmente, o resultado é tido como obra de inteira responsabilidade do autor. Além disso, há uma convicção socialmente arraigada de que a lesão intencional merece pena maior do que a imprudente (basta pensar que normalmente estamos dispostos a perdoar com maior facilidade as lesões acidentais do que as propositais). Há quem justifique a disparidade dos tratamentos com base na “maior maldade” ou no “egoísmo” do autor doloso, ou na “maior evitabilidade da realização do tipo doloso”. Outros estudiosos entendem que o maior rigor punitivo está ancorado na “decisão contra o bem jurídico” que o agir doloso encerra ou na “negação consciente da norma jurídica” por parte do autor.

Há uma visão que se esteia em uma diferença em termos de intensidade¹⁰⁷ da lesão: “chi agisce con dolo aggredisce il bene protetto in maniera più intensa di chi agisce con colpa”.¹⁰⁸

Günther Jakobs¹⁰⁹ fornece uma explicação bastante elaborada. Segundo o autor, o comportamento representa uma forma de comunicação. Com sua conduta, o agente “fala”. Ao transgredir a norma, o que ele diz, em alto bom som, é que ela não vale e que correto é o seu padrão de ação. A sociedade juridicamente organizada, detentora do que ele chama de “expectativa normativa”, não pode deixar prevalecer tal discurso. Para tanto, faz uso da pena, como uma forma de negação da validade do comportamento do agente e como forma de demonstração da validade da norma violada. Tanto quem age dolosa, como quem atua imprudentemente, se comunica no sentido de negar a norma. Quem age dolosamente, ao declarar frontal oposição à norma, causa grave perturbação para a confiança normativa. Ele “sabe o que diz”, e o significado subjetivo de sua ação é idêntico ao objetivo: a negação da

¹⁰⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 32-43.

¹⁰⁷ Visão próxima daquela defendida por TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 334: “[...] a avaliação que se deve fazer sobre o dolo não deve ter por base, simplesmente, a decisão do sujeito, nem o caráter preventivo da norma penal, mas sim o grau de intensidade dessa conduta, assim dirigida volitivamente, com relação à lesão ao bem jurídico”.

¹⁰⁸ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto Penale: Parte Generale**. 4.ed. Bolonha: 2001, p. 314). “[...] quem age com dolo agride o bem protegido de maneira mais intensa do que quem age com culpa”. (Tradução nossa).

¹⁰⁹ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 70-78.

norma. O autor de delito imprudente, de outro lado, embora se manifeste de modo que, objetivamente, expresse a negação da norma, subjetivamente não confere a seu agir esse sentido. Ele diz que a norma não vale, mas não é isso o que quis dizer, se realmente agiu por descuido. Jakobs diz que as leis da natureza são dotadas de uma cogência imediata, pois quem as ignorar obterá poucos sucessos em sua vida. As normas jurídicas, no entanto, não compelem da mesma forma, pois é possível que alguém passe a vida a desafiar-las e se torne rico e bem sucedido, se souber se esconder. As pessoas não têm, assim, a mesma motivação para considerar as leis da natureza e as normas jurídicas. Com muita frequência – e os crimes demonstram isso – não há nenhuma vontade inicial de seguir a norma. É preciso, então, que o Direito, por meio da sanção, induza a essa “fidelidade ao ordenamento jurídico”. E ele usa sanções mais graves conforme a necessidade da veemência da resposta que nega a negação da norma. Para a atuação dolosa, que comunicou conscientemente a invalidade da norma, e, com isso, irritou de modo grave a estabilidade normativa, é preciso que se imponha uma medida com alto poder de persuasão (diríamos que a medida deve “convencer” sobre a validade da norma a alguém que estaria “convicto” exatamente de sua invalidade). No caso do imprudente, o Estado faz uso de penas menos intensas, pois não são necessários os mesmos esforços exigidos para o caso do agente que atuou com dolo. O que delinuiu imprudentemente, embora seu comportamento tenha dado essa impressão, não está “convicto” da invalidade da norma. Sua atuação não abala a confiança nas normas da mesma forma. O aspecto subjetivo não confirma o objetivo, e a medida persuasiva pode ser mais branda. Esta posição é endossada por Gabriel Pérez Barberá¹¹⁰, um dos mais radicais normativistas.

Mesmo se não nos contentarmos com nenhuma das explicações dadas pelas diversas correntes, estaremos diante de um fato irrefutável: a causação dolosa de um resultado, por regra quase absoluta¹¹¹, tende a ser punida com maior rigor do que a produção culposa desse mesmo evento. Especialmente se afastarmos os crimes complexos, e pensarmos em termos de

¹¹⁰ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. **Revista Pensar en derecho**, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, n. 1, dez. 2012, p. 188.

¹¹¹ Aponta-se em nosso ordenamento jurídico uma ingrata exceção. Doutrina e jurisprudência são praticamente unânimes em afirmar que, no crime de latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*, CP), o resultado qualificador **morte** pode ser produzido, indiferentemente, por ação culposa ou dolosa, influenciando o elemento subjetivo tão-somente na designação da pena. Em nosso livro, combatemos ardorosa e exaustivamente essa figura de um “latrocínio ambivalente”, afirmando a total impossibilidade de equiparação da causação dolosa da morte à sua produção culposa, sob pena da violação de diversos princípios constitucionais. JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma – da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

homicídio doloso e culposo; lesão corporal dolosa e culposa; dano ambiental doloso e culposo, a diferença se tornará cada vez mais gritante.

Frisamos exaustivamente esse aspecto para que fique bastante claro que há uma diferença substancial entre dolo e culpa, e entre comportamentos dolosos e condutas culposas. Reputamos essa diferença **irrecusável**. Mesmo que não se parta de uma visão ontológica (e ela não é indefensável¹¹²), haveremos de reconhecer que há um acordo linguístico (ou comunicativo) amplamente compartilhado nesse sentido, robusto o bastante para que possamos afirmar que esta diferença é um dado seguro do paradigma atual. Dizendo de modo mais claro, recorramos à ontologia ou à filosofia da linguagem, o resultado atual será o mesmo: há uma importante diferença entre dolo e culpa, isto é, entre o agir doloso e o agir culposo. Isso é muito relevante para que se estabeleça a noção de que equipará-los ou tomar um pelo outro são atitudes (ainda que apenas atualmente) inadmissíveis. Hassemer¹¹³ chegou a afirmar que um ordenamento que imputasse responsabilidade sem fazer diferenciação entre comportamentos dolosos e culposos seria “tosco”.

Se há duas formas específicas de agir, e se é relevante a sua distinção, deve o Direito ocupar-se de criar os critérios mais seguros para individualizá-las e distingui-las. Chegamos, aqui, a um dos mais tortuosos temas da história da dogmática penal: a distinção entre dolo e culpa.

2.2. EXPOSIÇÃO DO CONCEITO E DOS ELEMENTOS DO DOLO: A INTELECÇÃO E A VOLIÇÃO

As propostas de que trataremos – a presunção e a normatização do dolo – têm por objetivo facilitar os caminhos da imputação dolosa, isto é, modificar ou afrouxar os critérios interpretativos para que se possa classificar como dolosos comportamentos que, por sua gravidade, parecem “merecer” a pena mais grave destinada a esses tipos de injusto. Nosso ponto de partida, diante disso, deve ser o conceito de dolo.

¹¹² Dolo e culpa são construtos jurídicos, sem dúvida. Têm, assim, a constituição e o conceito que lhes der o Direito. Se desprezarmos os “nomes”, porém, e pensarmos nos objetos em si, isto é, no agir doloso como o agir intencional, e no agir culposo como o agir não intencional, veremos que há uma diferença ontológica entre essas duas modalidades comportamentais do ser humano. Se se nomear o agir não intencional como doloso, desaparecerá a diferença entre “dolo e culpa”, mas permanecerá, na base, uma bifurcação ineliminável que, tenha o nome que tiver, conduzirá a comportamentos ontologicamente diferentes: o consciente do inconsciente; o intencional do não intencional.

¹¹³ HASSEMER, Winfried *apud* RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 36.

Para começar, é importante lembrar que prevalece, na tradição jurídica e até mesmo na fala popular, um acordo semântico informal sobre o que seja “doloso”. Doloso é o comportamento **intencional**.¹¹⁴ O resultado causado dolosamente é aquele que foi produzido propositalmente. Uma ação homicida dolosa é uma conduta em que o resultado morte constitui o propósito do agente, pertence à sua intenção. Mas de onde vem esta impressão? Esse consenso informal é muito compreensível se tomarmos como referência a língua alemã. Na Alemanha, a expressão legal usada para designar o dolo é *Vorsatz*, e seu significado imediato é “intenção”. No Brasil, na Argentina, na Espanha, em Portugal e na Itália, porém, a palavra “dolo” parece não integrar o repertório coloquial. Já vem impregnada de um certo sentido jurídico. Nos dicionários, por exemplo, quando aparece, costuma ser definida como “má fé”, “malícia” ou “fraude”. Ninguém diz que possui dolo de comer, de estudar ou de viajar. Reserva-se o uso da expressão ao discurso jurídico. O dolo é de matar, de ferir, de furtar, ou seja, de realizar os elementos de um tipo penal. Mas o fato é que a sociedade parece estar-se acostumando com a sonoridade dessa expressão jurídica. O ideário social já assimilou a noção de que o crime doloso, de maneira geral, é o crime intencional, cometido de propósito. No caso do homicídio, por exemplo, é “matar por querer”.

É claro que o discurso jurídico é mais sofisticado. Possivelmente, esse é apenas um ponto de partida que se estabeleceu exatamente para que se possa fazer uma primeira distinção, social e juridicamente imprescindível, entre as transgressões intencionais e as não intencionais, para que com isso se possa cominar às primeiras – sobre as quais paira um consenso acerca da maior gravidade – uma punição mais rigorosa. Mas é certo que o desenvolvimento da teoria do delito fez surgir outras modalidades de dolo, ou, dizendo de modo diferente, culminou com a criação da possibilidade de se atribuir a classificação de “doloso” a outros comportamentos. Essa é uma discussão que será retomada e aprofundada posteriormente.

O que importa, por ora, é dizer que o conceito de dolo esmagadoramente predominante nas doutrinas do Brasil, da Alemanha, da Espanha, da Itália, de Portugal e da Argentina é traçado com base na presença de dois elementos: um elemento **cognitivo** (ou **intelectivo**) e outro

¹¹⁴ “Na linguagem cotidiana, o dolo (*Vorsatz*) dirige-se ao que se almeja (*vorsetzt*), ou seja, ao que se toma como objetivo, que se tem como propósito. Também a expressão querer dirige-se, em seu sentido cotidiano, unicamente àquilo que é almejado. É dessa compreensão do dolo, segundo a linguagem cotidiana, que parte a ainda hoje difundida definição do dolo como conhecimento e vontade do fato”. PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 23.

volitivo. Trata-se de uma constatação a que chegaram, também, Ramon Ragués i Vallès¹¹⁵, Bernardo Feijóo Sánchez¹¹⁶ e Luís Greco¹¹⁷, todos opositores dessa posição.

Verificamos, então, que a maioria das definições parte da associação do aspecto da consciência do agente acerca da aptidão de sua conduta para a realização do fato típico ao elemento da vontade de fazê-lo. “O dolo é definido como consciência e vontade da realização dos elementos objetivos do tipo. Existem, portanto, dois elementos no dolo, o primeiro elemento é de ordem intelectual: a consciência; o segundo elemento é de ordem volitiva: a vontade”.¹¹⁸ “Dolo es el saber y querer la realización del tipo”.¹¹⁹ “Dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración”.¹²⁰ “El dolo no es sólo conciencia sino también voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo”.¹²¹⁻¹²²

¹¹⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 44.

¹¹⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 14.

¹¹⁷ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: DIAS, Silva *et al.* **Liber Amicorum de José de Souza e Brito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 886.

¹¹⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 173.

¹¹⁹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. J. Bustos Ramírez *et al.* 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 77.

¹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 519. “Dolo é a vontade realizadora do tipo, guiada pelo conhecimento dos elementos do tipo objetivo necessários para sua configuração”. (Tradução nossa)

¹²¹ CERESO MIR, José. **Derecho Penal: Parte General**. São Paulo: RT, 2007, p. 535. “O dolo não é só consciência, senão também vontade de realização dos elementos objetivos do tipo”. (Tradução nossa)

¹²² Posturas praticamente idênticas às expostas podem ser vistas, por exemplo, MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal: Parte General**. V. 1. Trad. Jorge Bofill Genzsh e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 376; ANTOLISEI, Francesco; CONTI, Luigi. **Istituzioni di Diritto Penale**. Milão: Giuffrè Editore, 2000, p. 189; CARRARA, Francesco. **Programa de Direito Criminal: Parte Geral**, v. 1. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 77-78; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto Penale: Parte Generale**. 4.ed. Bolonha: 2001, p. 316; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Européia**. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa, 2008, p. 89. No Brasil, entre outros: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 132; BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 347; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. V. 1. São Paulo: RT, 2011, p. 404; GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 183; QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 228; HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**. V. 1. T. 2. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 90; NORONHA, E. Magalhães de. **Direito Penal**. v. 1. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 136; FRANCO, Alberto Silva (Coord.) *et al.* **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: Parte Geral**. V.1 .T.1. 6.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: RT, 1997, p. 283; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 5.ed.rev.ampl.atual. São Paulo: RT, 2009, p. 219; BIERRENBACH, Sheila. **Teoria do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 98; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 209; DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 313; CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. V. 1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 223; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral: Teoria constitucionalista do delito**. São Paulo: RT/IELF, 2004, p. 135; COSTA JR., Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147; ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197; GALVÃO, Paulo Murilo. **Aulas de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Método, 2010, p. 216; MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. II. Campinas: Millenium, 2002, p. 225; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de**

É sabido que não existe uma única espécie de dolo. A doutrina moderna amplamente dominante reconhece, pelo menos, três tipos de dolo: dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual.¹²³ Antes mesmo de examinar cada uma das figuras em maiores minúcias, é importante deixar claro que a opinião majoritária é a de que todas as espécies de dolo são marcadas pela presença dos elementos da consciência e da vontade. “Todo dolo tiene un aspecto intelectual e uno volitivo”, diz-nos Hans Welzel.¹²⁴

O aspecto **cognitivo** ou **intelectivo** diz respeito ao conhecimento do agente, ao tempo da conduta, acerca da possibilidade concreta de que ela importe na realização de um tipo penal ou na produção de um resultado típico. Alguns esclarecimentos são necessários.

Primeiramente, deve-se frisar que o entendimento prevalente é de que o conhecimento, aqui, deve ser concreto e atual. Significa dizer que, no momento da realização da conduta, o agente deve ter reconhecido os elementos objetivos que formam um tipo penal e representado mentalmente a possibilidade concreta (e não apenas teórica, remota, abstrata) de sua realização. Não basta, por exemplo, que o agente saiba que a queda de grandes alturas

Direito Penal: Parte Geral. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 133; PINHEIRO, Bruno. **Teoria Geral do Delito.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 105; ANDREUCCI, Ricardo. **Manual de Direito Penal.** 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110; ISHIDA, Válder. **Curso de Direito Penal.** São Paulo: Atlas, 2009, p. 78-79; JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal:** Parte Geral. V. 1. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 327; KREBS, Pedro. **Teoria Jurídica do Delito.** 2.ed. São Paulo: Manole, 2006, p. 154. Note-se que esta é uma posição compartilhada por partidários de teorias causalistas e finalistas, e de correntes bipartites, tripartites e conglobantes da estrutura analítica do delito.

¹²³ Muitos reconhecem uma quarta figura, a que se resolveu denominar **dolo alternativo**. Em nossa opinião, essa outra classificação do dolo é plenamente dispensável, eis que as remotas situações em que poderia chegar a se configurar podem ser tranquilamente resolvidas a partir do emprego do dolo eventual. Exemplo: um homem, com o fim de demonstrar sua magistral pontaria com um revólver, aposta com um amigo que consegue atingir pessoa situada a cinquenta metros de distância. Em sua cabeça, sabe que o projétil, ao atingir o alvo, pode produzir lesão corporal ou morte. Nenhum dos resultados é propriamente desejado ou perseguido pelo agente, que apenas quer acertar o alvo para vencer a aposta. Se a vítima será morta ou se apenas ficará ferida, isso não importa. Ao que parece, temos um agente que efetivamente assumiu o risco de produzir dois resultados diversos. Assumiu o risco de ferir a pessoa, mas, indo mais além, assumiu o risco de matá-la. Ora, se efetivamente chegou a assumir o risco de cometer um homicídio, desaparece por completo a importância da assunção do risco da lesão corporal: se a pessoa morre, temos um homicídio com dolo eventual que se consumou; se fica ferida, o caso é de homicídio com dolo eventual na forma tentada. A compatibilidade entre dolo eventual e tentativa é afirmada por ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Da tentativa:** doutrina e jurisprudência. 8.ed.rev. São Paulo: RT, 2008, p. 41. Contra, GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. v. 1. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 266. O dolo alternativo somente teria relevância para os partidários dessa segunda corrente (para quem, caso ocorra morte, haverá homicídio doloso; caso haja apenas ferimento, lesão dolosa; e caso nem mesmo lesão exista, apenas exposição de perigo poderá ser imputada). Apesar disso, Rogério Greco tece considerações que desacreditam a importância do dolo alternativo, que, em seu dizer, tem “uma pitada de dolo eventual” (p. 190). Interessantes abordagens sobre o dolo alternativo podem ser conferidas em PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa.** Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 142-143; e SANTOS, Juez Cirino dos. **Direito Penal:** Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 149.

¹²⁴ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán.** Trad. J. Bustos Ramírez *et al.* 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 78. “Todo dolo tem um aspecto intelectual e um volitivo”. (Tradução nosa)

costuma trazer como consequência a morte, mas, sim, que reconheça, no seu caso, que o resultado “x” é uma possibilidade concreta caso seja adotada a conduta “y” contra a vítima “z” nas condições “w” (por exemplo, a morte é um resultado concretamente possível para a conduta de lançar do quarto andar uma pessoa idosa). Essa noção é aplicável na íntegra às hipóteses de acidentes automobilísticos. Não basta que o agente saiba, em abstrato, que a conduta de dirigir sob o efeito de álcool é perigosa e pode ocasionar a morte. É preciso que ele reconheça a morte (de outro condutor, de um pedestre ou de um passageiro que leva consigo) como uma possibilidade concreta **em seu caso**, isto é, que represente mentalmente esse resultado como um desfecho da sua conduta de dirigir após ter ingerido uma garrafa de vinho.

Em segundo lugar, é importante lembrar que, há duas visões sobre a *extensão* do conhecimento: deve ele restringir-se aos dados da conduta do agente ou deve abarcar o conhecimento do caráter antijurídico do comportamento? Os que optam por sustentar a segunda alternativa partem da visão do chamado **dolo normativo**. Trata-se de uma posição associada a um modelo de estruturação do delito em que o dolo e a culpa são posicionados como elementos psicológicos da culpabilidade. Somos remetidos, aliás, guardadas as respectivas nuances, à noção do antigo *dolo malo*, oriundo do Direito romano, que pressupunha a existência de algum nível de consciência da antijuridicidade da conduta.¹²⁵ Após a grande divulgação das ideias do finalismo, porém, tornou-se prevalente a concepção do **dolo natural**, isto é, de um dolo completamente dissociado da consciência da ilicitude. Tal se deu pelo rearranjo estrutural da doutrina da ação finalista na estrutura analítica do crime. Dolo e culpa foram removidos da culpabilidade para o interior do fato típico – mais precisamente, como peças do âmbito subjetivo da conduta, primeiro dos elementos do fato típico. Dolo, segundo esta ótica ainda largamente majoritária, significa conhecimento dos dados reais da conduta, das circunstâncias fáticas em que é praticada e dos processos causais

¹²⁵ É o que relata Contardo Ferrini. Para as expressões “*sciens dolo malo*” e “*dolo malo*” (a segunda, sucedânea da primeira) “*abbia un significato tecnico costante [...] si tratta di volontà antiggiuridica, di volontà di ledere la norma e quindi Il diritto altrui*”. FERRINI, Contardo. **Diritto Penale Romano**. Milão: Hoepli, 1899, p. 80. “[...] tem um significado técnico constante [...] trata-se de vontade antijurídica, de vontade de ferir a norma e, então, o direito dos outros”. (Tradução nossa). Que não se confunda, porém, a noção de antijuridicidade da época com a que hoje temos como prevalente nos ordenamentos codificados, como é o caso do nosso. Direito (*Jus*) e lei (*Lex*), para os romanos, não eram a mesma coisa. Embora existissem leis, o reconhecimento do direito era o resultado do exercício de uma verdadeira arte pelo julgador (a arte de dizer o justo – *juris + dictio* ou *juris + dictionis*). A dicção do direito e do justo estavam fortemente apoiados sobre a moral, de modo que a noção de antijuridicidade, em vez da expressa contrariedade a uma lei (ilegalidade, digamos), correspondia ou pelo menos encerrava a contrariedade aos preceitos morais predominantes. O *dolo malo* abarcava, assim, a percepção do agente quanto à imoralidade da sua conduta.

que ela pode deflagrar. A consciência da ilicitude permaneceu como elemento da culpabilidade, e esta, dali para frente, tornou-se totalmente normativa.¹²⁶ Daí, aliás, não falar-se mais em consciência da ilicitude como um elemento da culpabilidade, mas, apenas, de uma potencial consciência da ilicitude, como um dado que não é psicológico, mas normativamente estabelecido (isto é, determinado a partir de juízos de valor baseados em conhecimentos e experiências socialmente compartilhados).

Em resumo, quando a doutrina dominante alude ao “conhecimento sobre as elementares objetivas de um tipo penal”, não afirma a necessidade de que o agente conheça o tipo penal em si, isto é, sua redação. O que se exige, para a configuração do aspecto cognitivo do dolo, é a consciência acerca do sentido natural da conduta. Em outras palavras, não é preciso que o agente tenha consciência de que está realizando um crime, mas, unicamente, que saiba exatamente o que faz, que conheça os dados e reconheça as implicações reais de sua conduta, mesmo que desconhecendo por completo as consequências jurídicas possíveis. É preciso, por exemplo, que o agente que força mediante violência uma mulher a praticar atos libidinosos conheça o sentido sexual do contato e esteja ciente do dissenso da vítima, ainda que não saiba que o *nomen juris* da ação que realiza é “estupro”, que sua redação típica está no art. 213 do Código Penal e que a pena que lhe é cominada é de seis a dez anos de reclusão.

A outra observação que se faz necessária diz respeito ao **objeto da consciência**. O agente deve conhecer ou representar mentalmente o quê? A dúvida, aqui, é se o agente deve estar ciente da possível realização do tipo ou da possível causação de um resultado típico. A redação do art. 18, I, do Código Penal é elucidativa: “diz-se o crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Adotando o texto legal como ponto de partida, veremos que a consciência do agente deve referir-se aos possíveis resultados de sua conduta. Luís Greco¹²⁷, analisando criticamente o dispositivo, afirma que ele é resquício de um antigo pensamento causalista que identificava as infrações penais com processos causais geradores de resultados físicos ou naturalísticos proibidos. Segundo explica, hoje são reconhecidos inúmeros tipos penais que descrevem crimes que não possuem resultados físicos ou naturalísticos quaisquer (por exemplo, crimes de mera atividade), razão pela qual, pelo menos neles, a consciência do agente deve referir-se à conduta, em si, isto é, aos elementos

¹²⁶ Veja-se, como matriz teórica e principal referência, WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. J. Bustos Ramírez *et al.* 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 92; 167-169.

¹²⁷ GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 7.

que compõem o âmbito objetivo do tipo. Por isso, afiliando-se à doutrina mais moderna, afirma que “o objeto do dolo é o tipo objetivo como um todo, o que pode ser mais, mas também menos, do que o resultado no sentido ‘naturalístico’ ou ‘jurídico’. Noutras palavras, resultado, na linguagem do art. 18 do CP, significa tipo objetivo”. Embora seja sólido e coeso o raciocínio do autor, não compartilhamos *in totum* de sua posição. É certo que o tipo objetivo encerra mais do que o resultado, e que todos os demais elementos objetivos que o compõem devem estar compreendidos pela consciência do agente no momento da execução. Mas não é possível – e, aqui, nossa divergência – deixar de fora o resultado. A representação do agente deve dar-se acerca do resultado e de algo mais que ali exista.¹²⁸ Isso porque, partindo da premissa de que não se pode considerar como criminoso um comportamento que não ofenda concretamente um bem jurídico essencial (decorrência do princípio da ofensividade e da colocação da proteção do bem jurídico como fundamento da intervenção penal válida), todo crime, inexoravelmente, deverá possuir um resultado jurídico. Resultado físico ou naturalístico, estamos de acordo, nem todo crime possui. Mas crime sem resultado jurídico (ofensa a um bem jurídico de dignidade constitucional que fundamenta a necessidade da tutela penal e legitima a intervenção estatal) é impensável no contexto de um Estado Democrático e Social de Direito. Nos crimes em que seja possível o resultado físico, assim, deve ele estar compreendido pelo dolo, juntamente com todos os outros elementos objetivos do tipo. Independentemente de ser possível um resultado de tal estirpe, o elemento cognitivo do dolo deve estender-se, inevitavelmente, ao resultado jurídico (lesão ao bem).

¹²⁸ Há, no entanto, respeitável opinião em sentido diferente. Em determinados casos – dos quais seriam um exemplo privilegiado os crimes qualificados pelo resultado – o elemento cognitivo não precisaria abranger o resultado naturalístico, mas, tão-somente, a linha de desdobramento causal já delimitada pelo próprio tipo penal. Em um caso de latrocínio cometido mediante concurso de pessoas, mesmo que um dos agentes não preveja o desfecho qualificador “morte” como algo concretamente possível, haverá de ser-lhe imputado o delito hediondo caso seu comparsa venha a matar a vítima de quem se subtraem os bens. O raciocínio é correto, mas não invalida nossa posição. Ocorre que, no exemplo dado, se não houve representação concreta, o resultado qualificador “morte” será imputado ao agente a título de culpa, e não de dolo. Para a imputação do resultado **doloso** (e é disso que cuidamos acima), insistimos que é preciso que o elemento cognitivo haja abarcado os elementos típicos e o resultado naturalístico. O grande problema é que resultado prático, na verdade, é exatamente o mesmo: tem-se um crime de latrocínio. Isso só é possível porque há, em nosso Direito positivo, uma falha de proporções colossais: a equiparação do dolo à culpa em determinados resultados qualificadores (v.g., do roubo, da extorsão, da extorsão mediante sequestro). A inadmissibilidade de um “latrocínio ambivalente”, em que a qualificação do roubo possa se dar, indistintamente, pela produção dolosa ou culposa da morte da vítima, foi o tema central de outro trabalho nosso. Ali, afirmamos que, sob nenhuma hipótese, se poderia cominar à causação culposa da morte da vítima a mesma pena destinada à repressão de sua realização dolosa (e o que a doutrina majoritária e os tribunais sustentam é que, no caso do roubo qualificado, saber se a morte foi dolosa ou culposamente ocasionada não interfere na tipicidade, mas, apenas, na determinação da pena-base). Por essas e outras razões consideramos o dispositivo em questão inconstitucional e inaplicável. *Vide* JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio**: a desconstrução de um dogma – da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Deslocando nosso foco para o **elemento volitivo**, veremos que este é o verdadeiro “pomo da discórdia” que, à semelhança do que se passou no mito grego, desencadeou a épica batalha travada secularmente pelas diversas correntes doutrinárias que se dedicaram ao estudo do dolo. Por óbvio, este é outro debate que precisará ser aprofundado mais tarde, já que é apontado como o calcanhar de Aquiles de todas as teorias já formuladas para explicar o dolo e constitui o alvo central da proposta de normatização que nos propusemos a analisar. Mas basta, por enquanto, deixar claro que, embora alguns doutrinadores rechacem sua existência e outros neguem seu aspecto mental ou emocional, a posição que exerce ampla dominância não apenas vê o aspecto volitivo como um dado inexorável do dolo, mas defende sua concepção psicológica, definindo-o como um componente interno que liga a vontade do agente ao conteúdo do aspecto cognitivo, isto é, à conduta típica e seus resultados por ele representados mentalmente.

Nem todos os códigos descrevem o dolo ou mesmo o agir doloso. Os códigos alemão e espanhol, por exemplo, não se ocuparam de qualquer conceituação. Aliás, costuma-se usar isso como argumento exatamente para refutar a exigência de um elemento volitivo, ou mesmo diminuir sua relevância.¹²⁹ É que a única menção que se faz ao dolo nos textos legais se dá quando da regulação do erro de tipo. Em ambos os ordenamentos – e de modo idêntico ao que se passa no nosso – a lei estabelece que o erro quanto aos elementos do tipo penal exclui o dolo¹³⁰, o que deixa claro que se faz necessário um elemento de ordem cognitiva ou intelectual íntegro para o aperfeiçoamento do dolo. Mas nenhuma menção se faz – ali ou em qualquer outra parte daqueles códigos – sobre um elemento volitivo.

No caso do Código Penal argentino, embora não exista menção expressa ao elemento volitivo do dolo, é possível inferi-lo, como faz Zaffaroni¹³¹, a partir da redação do art. 42, que, em seu *caput*, define a tentativa: “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44”.¹³² As menções ao “fim” e à “vontade” são os maiores indícios da adoção de uma concepção volitiva.

¹²⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 26.

¹³⁰ Art. 14.1 do Código Penal espanhol; § 16, 1, do Código Penal alemão; art. 20, *caput*, do Código Penal brasileiro.

¹³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*. **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 519.

¹³² ARGENTINA. **Código Penal de la Nación Argentina**, de 29 de outubro de 1921. Disponível em <<http://www.codigopenalonline.com.ar/>>. Acesso em 5 abr. 2014. “Aquele que, com o fim de cometer um delito

Tal não se passa com o Código Penal brasileiro, que, a exemplo das codificações da Itália e de Portugal, definiu o comportamento doloso. E, como veremos a seguir, todas elas o fizeram com visível alusão a um elemento de ordem volitiva.

O Código Penal italiano, em seu artigo 43, diz que o delito

è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione.¹³³

O legislador português foi muito mais detalhista em sua definição do dolo. Descreveu, sucessivamente, cada uma das três tradicionais espécies de dolo:

- 1 - Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar.
- 2 - Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta.
- 3 - Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.¹³⁴

A redação brasileira, por fim, não é menos taxativa quanto à imprescindibilidade de um elemento volitivo para a caracterização do dolo: “Art. 18. Diz-se o crime doloso: I – quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.¹³⁵

2.3. EXPOSIÇÃO DAS ESPÉCIES DE DOLO: DO DOLO DIRETO DE PRIMEIRO GRAU AO DOLO EVENTUAL

Como dito, três costumam ser as espécies em que se divide o dolo para a doutrina majoritária: dolo direto de primeiro grau; dolo direto de segundo grau; e dolo eventual.

determinado começa sua execução, mas não o consuma por circunstâncias alheias à sua vontade, sofrerá as penas determinadas no artigo 44”. (Tradução nossa)

¹³³ ITÁLIA. **Codice Penale**, de 19 de outubro de 1930. Piacenza: CELT, 2004. “é doloso, ou segundo a intenção, quando o evento danoso ou perigoso, que é resultado da ação ou da omissão e de cuja ocorrência a lei faz depender a existência do delito, é pelo agente previsto e querido como consequência da própria ação ou omissão”. (Tradução nossa)

¹³⁴ PORTUGAL. **Código Penal**, de 23 de setembro de 1982. Disponível em <

<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2014.

¹³⁵ BRASIL. **Decreto-Lei 2.848** (Código Penal), de 7 de dezembro de 1940. São Paulo: Saraiva, 2013.

O **dolo direto de primeiro grau** constitui a forma dolosa por excelência. Bem poderia ser chamado de dolo direto propriamente dito ou dolo direto em sentido estrito. Nele, a vontade do agente recai diretamente sobre um determinado resultado ou comportamento típico¹³⁶. Em outras palavras, o agente representa mentalmente um resultado ou comportamento (elemento cognitivo) e o estabelece como meta (elemento volitivo).

Essa é a espécie de dolo que melhor se identifica com aquela que constitui o ponto de partida comum dos discursos jurídico e popular, e sobre a qual não há dúvidas acerca de uma maior reprovabilidade. O fato cometido com dolo direto de primeiro grau é o intencional, o proposital – na linguagem coloquial, o realizado “por querer”.

Na expressão do art. 18, I, do Código Penal brasileiro, o dolo direto de primeiro grau é caracterizado “se o agente quer o resultado”. A dicção legal visivelmente lida com a associação do elemento cognitivo ao volitivo, uma vez que, para querer o resultado, o agente, necessariamente, há de tê-lo previsto em momento anterior.¹³⁷ A redação parece ser bastante clara, mas não são poucas as discussões que se travam acerca do exato alcance do “querer”. Muito mais do que preciosismo terminológico ou preocupação erudita, essa questão é, justamente, um dos espinhos na carne da doutrina. É especialmente pelas divergências sobre que sentidos são possíveis de se extrair da expressão em voga que surgiram as críticas que se voltam à categoria do dolo direto de segundo grau e que se dirigem às teorias desenvolvidas para traçar a distinção entre dolo eventual e culpa consciente (do consentimento, da indiferença, do risco levado a sério etc.). Também aprofundaremos esse ponto, mas precisaremos fazê-lo mais adiante, em momento mais oportuno.

Como o plano inicial é o de delinear o paradigma atualmente dominante, nos limitaremos, por ora, a traduzir a expressão “querer o resultado” como “estabelecê-lo como objetivo”, “posicioná-lo como meta”, “fixá-lo como fim” (ainda que não último, isto é, ainda que se trate de um fim intermediário, usado como “degrau” para alcance de algum outro). Age com dolo

¹³⁶ Embora nem todo crime possua resultado físico ou naturalístico, é certo que não pode haver delito sem “resultado típico” – ainda que constitua esse um resultado exclusivamente jurídico – sob pena de se violar o princípio da ofensividade. A produção desse resultado, ou pelo menos a conduta escolhida como meio de produzi-lo, é defesa e sancionada por uma norma penal incriminadora por ser considerada lesiva a um bem jurídico penalmente tutelado. *Vide* mais considerações sobre o objeto do elemento cognitivo do dolo, linhas acima.

¹³⁷ Vale conferir, dentre os muitos que se pronunciaram nesse sentido, BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 177; QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 229.

direto de primeiro grau quem dirige sua conduta com a intenção de alcançar o resultado mentalmente representado, isto é, com o propósito de produzi-lo.

Há **dolo direto de segundo grau** – que, didaticamente, poderia ser denominado dolo direto em sentido amplo – quando o agente reconhece que determinados resultados constituem efeitos colaterais inexoráveis da conduta por ele cogitada. Para entender melhor a figura do dolo direto de segundo grau, também chamado de dolo de consequências necessárias, é interessante recordar o processo de formação do dolo, tal qual explicado por Hans Welzel¹³⁸.

Em um primeiro momento, o agente representa mentalmente um fim (um objetivo, algo que pretende realizar ou alcançar, por qualquer que seja o motivo). É a fase que Welzel denomina “antecipação do fim”. Ato contínuo, o agente passa à “seleção dos meios necessários para sua realização”. Welzel chama de “retrocesso” essa fase, porque a constituição de seu plano de ação dá-se como que “de trás para frente”: primeiro se representa mentalmente o fim e é somente a partir dessa representação que se pode escolher os meios capazes de alcançá-lo. A escolha dos meios se dá com base em um banco de dados chamado de “saber causal”, que, podemos dizer, é constituído por todos os conhecimentos adquiridos pelo indivíduo pelas mais diversas vias ao longo da vida (experiência pessoal, costumes, tradição, praxe profissional, formação escolar etc.). Mas o mestre alemão adverte:

Todavia, os fatores causais eleitos como meios estão sempre unidos a outros efeitos além do fim perseguido. O fim representa apenas uma parte dos efeitos dos fatores causais postos em movimento. Por isso, o autor, na seleção dos meios, tem que considerar também os efeitos concomitantes, que se encontram unidos aos fatores causais escolhidos, como a consecução do fim. [...] a consideração desses efeitos pode dar lugar a que o autor inclua em sua vontade a realização dos mesmos, seja porque considere segura a sua produção no caso de utilizar esses meios, seja porque ao menos conte com ela. Em ambos os casos, a vontade final de realização compreende também os efeitos concomitantes.¹³⁹

O agente, ao escolher os meios, identifica alguns dos efeitos que seu emprego pode ocasionar. É importante deixar claro que um indivíduo jamais será capaz de prever *todos* os desdobramentos de sua conduta. E também que, dentre os que chegar a prever, não considerará todos como “necessários” ou “inexoráveis”. Alguns resultados serão tidos como meramente possíveis, ou talvez até como prováveis. Nesse caso, eles não integrarão

¹³⁸ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. J. Bustos Ramírez *et al.* 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 78-83.

¹³⁹ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 28-29.

necessariamente a vontade do agente. Possibilidade e probabilidade podem se prestar à configuração do dolo eventual (segundo a opinião majoritária, adiante exposta, desde que se faça concomitantemente presente o elemento volitivo). Para o dolo direto de segundo grau, será preciso falar de **certeza**.

Como lembra Puppe¹⁴⁰, no entanto, “[...] o autor nunca tem certeza teórica das conseqüências de sua ação, e certeza prática só muito raramente”. É preciso aclarar, então, o sentido da palavra “certeza”. É claro que a convicção cem por cento segura de que o resultado se produzirá não ocorre nem mesmo no dolo direto de primeiro grau. Na verdade, e com o máximo de rigor, só se pode falar, em lugar da literal certeza, em um grau de probabilidade tão elevado que as chances da não ocorrência, embora teoricamente existam, possam ser tidas como desprezíveis. Assim, os efeitos colaterais, se não serão absolutamente seguros, serão **tão seguros quanto o resultado diretamente pretendido**. Significa dizer que a chance de causar o resultado objetivado é exatamente a mesma de se dar causa aos efeitos colaterais representados (ou, ainda mais ilustrativamente, as chances de matar a vítima pretendida são as mesmas de eliminar as demais pessoas atingidas pelos efeitos da conduta selecionada).

O caso emblemático da jurisprudência alemã que se costuma citar quando da exposição do dolo eventual é o do caso Thomas, de 1875. Apurou-se, ali, que Alexander Keith, embora não quisesse as mortes dos passageiros e da tripulação de um navio de sua propriedade, as representou como *certas*, e ainda assim decidiu explodir e afundar a embarcação com o fim de fraudar a seguradora e obter a vantagem econômica correspondente ao prêmio.¹⁴¹

Explodir a cama em que dorme o casal, embora com o fim específico de matar apenas o marido; envenenar todo o vinho que será servido aos participantes de uma festa, ainda que com a finalidade de matar por intoxicação apenas o desafeto que dela tomará parte; incendiar uma residência sabidamente ocupada, ainda que com o propósito direto exclusivo de atingir o patrimônio do seu proprietário; atropelar em alta velocidade uma mãe que leva ao colo um bebê de tenra idade, ainda que com o escopo de tirar a vida somente da vítima adulta. Em cada um desses casos, os agentes têm um objetivo específico, sobre o qual recai diretamente sua vontade, e que estão compreendidos pelo dolo direto de primeiro grau. E em todos eles, os

¹⁴⁰ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 138.

¹⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 139.

meios selecionados trazem como efeitos colaterais não apenas possíveis ou prováveis, mas certos (no sentido de igualmente seguros), as mortes de terceiras pessoas.

Resta-nos, ainda, examinar a figura do **dolo eventual**. Eis aqui um instituto jurídico-penal que parece ter sido cunhado para ser polêmico. Muito teremos a dizer sobre a **artificialidade** do dolo eventual. Mas apenas nos incumbe, neste momento, delinear o conceito que se tem por prevalente.

É preciso frisar, antes de tudo, que o dolo eventual é o resultado de uma extensão ou alongamento do conceito original de dolo. Ele já foi concebido com um propósito bastante claro: o de estender a classificação “dolosa” a condutas que não se encaixam nos estreitos lindes do dolo direto (de primeiro ou mesmo de segundo grau). O instituto do dolo eventual foi planejado político-criminalmente: há casos, considerados graves, em que a pena prevista para a lesão culposa é demasiadamente branda, sendo mais “desejável” aquela correspondente ao agir doloso. É inconcebível que, em um caso de roleta russa, por exemplo, a causação do resultado morte seja punível somente como homicídio culposo. O mesmo se diga sobre o médico que deixa de evitar a morte do paciente, mesmo conhecendo a gravidade extrema da condição de saúde desse último; sobre o marido que espanca a esposa em avançado estágio de gravidez, que aborta em razão das agressões; sobre a mãe que abandona a criança em condições reconhecidamente perigosas; com o engenheiro que demole um prédio, sem verificar se se encontra totalmente desabitado, e mata um morador incauto; sobre o condutor que, em velocidade absurda e após haver ingerido álcool, embrenha-se pela contramão e mata, sobre a faixa de pedestres, um transeunte que atravessava a rua normalmente; sobre o rival que, para colocar fora de ação em competição esportiva que se aproxima, empurra do segundo andar seu desafeto, que sofre traumatismo craniano e morre. Em todos esses casos, mesmo que as mortes não sejam intencionais, a clareza e a magnitude do perigo, associadas à gravidade do resultado, conduzem à exigência de um tratamento mais rigoroso do que aquele tipicamente devido aos casos de imprudência.¹⁴²

O fato, porém, é que domina o entendimento segundo o qual “A consciência e a vontade, que representam a essência do dolo direto, como seus elementos constitutivos, também devem

¹⁴² Note o leitor que usamos elementos de definição que se referem às diversas teorias (indiferença, consentimento, “levar a sério” etc) que serão analisadas no quarto capítulo.

estar presentes no dolo eventual”.¹⁴³ Não se mostra suficiente, assim, a representação da conduta ou do resultado típico, se fazendo imprescindível a identificação de um conteúdo de vontade a ela dirigido. Este é um resultado da supremacia das teorias volitivas (que exigem a identificação de um ato psíquico de vontade acerca do resultado) sobre as teorias representativas (que se contentam com a representação concreta da possibilidade de produzir o dano). A questão é o que é este elemento volitivo.¹⁴⁴

Para o dolo direto, a distância é grande: definitivamente, na modalidade eventual o agente não persegue o resultado típico (entendido como lesão ao bem jurídico) como fim. Aqui talvez resida um dos pontos de confusão: embora se possa afirmar que a conduta, no dolo eventual, seja **intencional**, essa intencionalidade não coincide com a lesão do bem jurídico. Caso contrário, como dito, se estaria diante do dolo direto de primeiro grau. Distinguir o dolo eventual do dolo direto de segundo grau também não é muito difícil, pelo menos no papel. “Los límites entre el dolo directo de según grado o dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual o indirecto son teóricamente claros: en el primero el resultado se presenta como necesario, en tanto que en el segundo sólo como posible”.¹⁴⁵

O que se pode deduzir, até aqui, é que, no dolo eventual, o agente não “quer” o resultado, e que este, que não é um efeito colateral inexorável de sua conduta, não integra necessariamente sua vontade. Que tipo de relação volitiva pode o agente manter com o resultado possível, então?

As expressões que a doutrina e a jurisprudência usam são muitas. Elas variam conforme a teoria em que se baseiam. Não é o momento para a dissecação das muitas teorias sobre o dolo. Cumpre, a esta altura, estabelecer a predominância das correntes volitivas, com especial destaque e aceitação, no caso do dolo eventual, para a **teoria do consentimento**, considerada “vitoriosa” tanto no ambiente doutrinário quanto jurisprudencial.¹⁴⁶

¹⁴³ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 354.

¹⁴⁴ CEREZO MIR, José. **Derecho Penal: Parte General**. São Paulo: RT, 2007, p. 537, ensina que “Según la relación existente entre la voluntad y los elementos objetivos del tipo, entre los que destaca el resultado, en los delitos de resultado, se distinguen diversas clases de dolo”. “Segundo a relação existente entre a vontade e os elementos objetivos do tipo, entre os quais se destaca o resultado, nos delitos de resultado, se distinguen diversas clases de dolo”. (Tradução nossa).

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 524.

¹⁴⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 75.

A teoria do consentimento parte da ideia de que o agente, que necessariamente deve ter ampla e atual compreensão da extensão e da gravidade dos riscos concretos que seu comportamento gera (elemento volitivo), deve “consentir na sua realização”, levando adiante a conduta “contando com o resultado”, “levando a sério o resultado”, “conformando-se com o resultado”, “aceitando o resultado”, “aprovando em sentido jurídico o resultado”, “resignando-se com a produção do resultado”, ou outras expressões semelhantes, criticadas pelos opositores dessa teoria e por eles consideradas como “vazias”¹⁴⁷. Posteriormente foram surgindo expressões que são limítrofes, isto é, que importam em dúvidas quanto à sua origem teórica. “Decidir contra o bem jurídico”, “desprezar” ou “ter indiferença quanto ao resultado” são produtos de concepções que tentam fugir das clássicas concepções básicas do consentimento e da representação.

É preciso lembrar que, no caso da legislação brasileira, que define o agir doloso, há clara ligação do dolo direto ao “querer” e do dolo eventual com a expressão “assumir o risco” (art. 18, I, segunda parte, do CP). Por isso, é quase unânime a doutrina em afirmar que a teoria adotada foi a do consentimento.¹⁴⁸ É claro que persistirão sérias dificuldades de se definir com precisão o que é “assumir o risco de produzir o resultado”. Mas, pelo menos, se estabelece aqui a certeza de que, pelo paradigma atualmente vigente, sem representação concreta e vontade não pode haver dolo, qualquer que seja sua espécie.

Um dos casos mais frequentemente lembrados para a exemplificação do dolo eventual é o *Lederriemenfall* (“caso do cinto de couro”). Dois agentes, com o propósito de roubar terceira pessoa, planejaram deixar este último inconsciente para que a ação de subtração fosse realizada livremente. O método inicialmente pensado foi o da asfixia: os agentes constringiriam o pescoço da vítima com o uso de um cinto de couro até que quedasse inconsciente. Esse *modus*, no entanto, foi considerado por ambos muito perigoso, e eles decidiram partir para outra forma de execução. Prepararam sacos de areia para golpear a vítima na cabeça até desmaiá-la. A certa altura, porém, os sacos de areia se romperam, e o plano inicial do cinto foi retomado. A vítima foi estrangulada e, embora tenha ficado claro que a morte não fosse o objetivo, acabou vindo a óbito por conta do tempo em que teve sua

¹⁴⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 104.

¹⁴⁸ Assim afirmam, dentre muitos, BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. v.1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 350; Luiz Regis Prado (2011, p. 411); e Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. v. 1. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 187.

respiração cortada. Parece, aqui, ter havido um erro de cálculo. Mais isso não torna a ação desintencional; a produção do resultado, sim. A ação foi praticada intencionalmente, mas o objeto dessa intencionalidade era a inconsciência da vítima. Conheciam os agentes, porém, o poder lesivo do método empregado (tanto que o descartaram, em um primeiro momento). Sabiam, assim, que sua conduta criava um relevante risco para a vida da vítima. E ainda assim agiram. Isso, na leitura que prevaleceu, indicou a “aprovação” ou “conformação” dos agentes com o resultado.¹⁴⁹

No Brasil, é emblemática a discussão travada no “caso Pataxó”. No dia 20 de abril de 1997, na cidade de Brasília, cinco jovens atearam fogo em um índio que dormia em um ponto de ônibus. Após jogar combustível sobre o corpo de Galdino de Jesus dos Santos, riscaram fósforos e incendiaram viva a vítima, que chegou ao hospital em estado grave, com queimaduras em aproximadamente 95% do corpo, e acabou por falecer no dia seguinte. A tônica dos discursos defensivos dos acusados, que reconheceram a autoria do crime, era a da ausência da intenção de matar. A finalidade alegada seria a de fazer uma brincadeira ou dar um susto no índio – identificado pelos autores como sendo “apenas” um indigente – para vê-lo correr em chamas. A juíza em atuação em primeira instância tipificou a conduta como lesão corporal qualificada pela morte (art. 129, § 3º, do Código Penal), por entender que os agentes não quiseram e nem assumiram o risco de matar a vítima. O Ministério Público interpôs recurso, os réus foram pronunciados e posteriormente condenados pelo delito de homicídio qualificado. A juíza entendeu que, apesar do conhecimento do potencial ofensivo da conduta e da previsibilidade do resultado fatal, os acusados, em momento algum, anuíram quanto à morte da vítima. Apegou-se, principalmente, aos depoimentos, unidos no sentido de afirmar o espanto pelo fato de a vítima “ter pegado fogo demais” e dizer que o fato fugiu do controle, isto é, que ninguém queria ir “tão longe”. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal confirmou a decisão, sob o entendimento de que, de fato, tratava-se de conduta preterdolosa: ânimo de lesão e culpa com relação ao desfecho mais grave, não querido e nem assumido pelos agentes. Da decisão do Superior Tribunal de Justiça que determinou a submissão dos acusados ao Tribunal Popular do Júri (Recurso Especial 192.049/DF), retira-se que “o dolo eventual não é, na verdade, extraído da mente do autor, mas, sim, das circunstâncias”. Prevaleceu a ideia de que, se não houve intenção, deu-se, pelo menos, a assunção do risco.

¹⁴⁹ Vide, dentre os muitos expositores do caso, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 84-86.

2.4. EXPOSIÇÃO DOS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE DOLO E CULPA¹⁵⁰: A TEORIA DO CONSENTIMENTO E SUAS VARIAÇÕES

Imagine-se, agora, que determinado turista esteja diante de uma placa que diga “Divisa de municípios” ou “Bem-vindo à cidade X”. Ou, ainda, que, em pleno voo, ouça do piloto da aeronave a frase “acabamos de ingressar no espaço aéreo do país y”. Esse turista sabe que se encontra “na região” da fronteira entre dois municípios ou países específicos. Essa fronteira é fixa e bem demarcada nos mapas. Mas como saber, com precisão milimétrica, se o exato lugar em que se encontra “é Espírito Santo ou Minas Gerais”? Não há, ali, uma linha desenhada no chão ao longo de toda a região fronteira para indicar onde termina o estado da moqueca e onde começa o do pão de queijo.

Esse turista é o estudioso de Direito Penal. Nos livros, aprende que o marco separatório entre culpa e dolo está no elemento volitivo, isto é, no ato de vontade do agente em relação ao resultado jurídico.¹⁵¹ Mas o que é exatamente esse ato de vontade, é difícil dizer. “Delimitar el dolo eventual de la culpa (consciente) es uno de los problemas más difíciles y discutidos del Derecho Penal”.¹⁵² Assim inicia Hans Welzel a exposição do tema em sua obra.

São inúmeras as teorias especificamente destinadas a traçar uma distinção minimamente segura entre dolo eventual e culpa consciente. É com tranquilidade que afirmamos que nenhuma delas logrou o êxito esperado. Afirmar com firmeza o conteúdo psicológico de uma conduta humana é uma grande ousadia, e a constelação interminável de variáveis que podem entrar em cena, aliada a uma inesgotável multiplicidade de visões de mundo e de interpretações possíveis faz dessa missão o décimo terceiro trabalho de Hércules.

Note-se que estamos aqui, ainda, no campo da teoria. Nem a distinção teórica é suficientemente clara. Que dizer, destarte, sobre as dificuldades que serão encontradas nos mais complexos *hard cases* da vida real?

¹⁵⁰¹⁵⁰ Mantivemos a expressão “culpa” para facilitar o diálogo com a legislação brasileira e com a doutrina majoritária em nosso país. Mas esta não é a melhor denominação para os delitos “não dolosos”. *Vide* críticas em SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4.ed. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2005, p. 95, que prefere empregar a expressão “imprudência”, e Juarez TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos**. 2.ed.rev.ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 261. O primeiro prefere empregar a expressão “imprudência”, e o segundo usa o termo “negligência”.

¹⁵¹ “É indispensável uma determinada relação de vontade entre o resultado e o agente, e é exatamente esse elemento volitivo que distingue o dolo da culpa” BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 354.

¹⁵² WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. J. Bustos Ramírez *et al.* 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 83. “Diferenciar o dolo eventual da culpa (consciente) é um dos problemas mais difíceis e discutidos do Direito Penal.” (Tradução nossa).

Essa é uma preocupação legítima dos que propõem a normatização do dolo. Compartilhamos da preocupação, mas discordamos da solução dada. A normatização pretendida não solucionará problema algum. Mas esse é um assunto para mais tarde. Prossigamos, por ora, com a distinção entre dolo e culpa.

A definição tradicional da culpa a associa a uma desconsideração de um dever de cuidado objetivamente esperado que resulta na criação de um dano ou risco juridicamente desaprovado previsível e evitável. Mas é sabido que a culpa se divide em duas espécies: **inconsciente** e **consciente**. Cada uma dessas espécies, segundo o Código Penal brasileiro (art. 18, II), pode manifestar-se sob a modalidade da imprudência, da negligência ou da imperícia. Não importa, aqui, traçar a distinção entre tais modalidades. Até porque essa “tripartição” é bastante questionável. O que é relevante é conceituar a duas espécies de culpa e explicitar as diferenças elas existentes.

Já tivemos a oportunidade de nos dedicar a esse assunto. E, quando o fizemos, deixamos clara a discordância quanto à comum afirmação de que a culpa é um elemento normativo. Expusemos, ali, diversos argumentos no sentido de demonstrar que a culpa não é um elemento puramente normativo. Ela é, na verdade, um elemento subjetivo que se integra por componentes normativos¹⁵³ e psicológicos.¹⁵⁴ Decerto, porém, que o trato que lhe confere nosso sistema de imputação revela ampla prevalência do aspecto normativo.

Independentemente de que se concorde com essa visão, porém, o fato é que, quanto ao elemento central da distinção entre as culpas consciente e inconsciente é unanimemente aceito: na culpa consciente, há previsão concreta do resultado lesivo como um desfecho possível da conduta; na culpa inconsciente, o agente sequer representa mentalmente esse

¹⁵³ “Culpa ou imprudência, em sentido normativo, é o juízo de reprovação pela criação de um dano ou risco proibido a partir da quebra ou descumprimento de um dever de cuidado objetivamente imposto pelos paradigmas de atenção e diligência razoavelmente exigíveis para situação em concreto. Funciona como um rótulo de reprovação apostado aos comportamentos que, por conta da maneira irresponsável pela qual se processaram, oportunizaram riscos ou danos que seriam previsíveis e evitáveis para o caso. JORIO, Israel Domingos. O conceito de culpa e a estrutura bipartida dos tipos penais culposos. In: FRANCO, Alberto; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**. V. III. São Paulo: RT, 2010, p. 634.

¹⁵⁴ “Culpa, em sentido subjetivo, é a desconsideração (ato psíquico) de um dever de cuidado objetivo. Essa desconsideração, como ato psíquico, decorre do estado de desatenção mental que leva à ausência de previsão da possibilidade de criação de um dano ou risco proibido por uma dada conduta (culpa ou imprudência inconsciente); ou do estado psicológico de excesso de confiança (depositada pelo agente em si próprio, em terceiros, ou na aleatoriedade), que induz o agente a deixar de reconhecer a necessidade da adoção de certas cautelas e cuidados para evitar a criação de um dano ou risco proibido que, apesar de não crido (nem assumido), foi representado intelectualmente (culpa ou imprudência consciente). *Idem, ibidem*, p. 634.

resultado, embora ele seja considerado (normativamente) previsível para alguém em suas condições. Em outras palavras, na culpa consciente há **previsão** (real, concreta), ao passo que na inconsciente há **previsibilidade** (potencial).

Não conhecemos doutrinador que, sem sustentar responsabilidade penal objetiva ou revitalizar o antigo e deplorável *versari in re illicita*, deixe de enfatizar a previsibilidade como elemento mínimo do crime culposo. Essa exigência, ainda no plano teórico, deixa clara a fronteira entre o comportamento atípico e a conduta típica culposa. Mas o que afasta a culpa consciente da inconsciente é o que a aproxima do dolo eventual: a previsão atual do resultado lesivo como uma possibilidade concreta. Parece que a classificação do comportamento como doloso ou como culposo depende da atitude psíquica do agente diante dessa previsão.

Podemos dividir as teorias criadas para a árdua tarefa de separar o dolo eventual da culpa consciente em dois grandes grupos: há o das correntes volitivas e o das correntes cognitivas. Não é possível realizar uma análise aprofundada de cada uma das correntes sem realizar um exagerado *detour* nos rumos deste trabalho. A complexidade e a quantidade de estudos publicados sobre o assunto exigem uma monografia específica.

Inicialmente, parece ser fácil individualizar os dois grupos. No primeiro, exige-se representação e vontade; no segundo, bastaria a representação mental¹⁵⁵ do resultado lesivo. Mas a proliferação de teorias e opiniões atingiu um ponto tal que, em muitos casos, partidários de uma corrente defendem posições que melhor se adéquam a outras; misturam-se e deformam-se os sentidos originais das palavras para que “caibam” em um ou outro emaranhado teórico. No fim, muitos dizem a mesma coisa, de modos diferentes, e muitos se referem a elementos que são cognitivos como volitivos, ou vice-versa, fazendo parecer, como já se afirmou que os problemas do dolo são, na sua maior parte, problemas de linguagem: “[...] el origen de casi todas las discrepancias sobre la cuestión del dolo obedece a un problema básicamente terminológico”.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Embora as características dessa representação sejam variáveis, como se dá com a teoria da possibilidade, para a qual é suficiente que o resultado “tenha passado pela mente do agente”, e a da probabilidade, em que o agente deve ter **representado como provável** a ocorrência do resultado.

¹⁵⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 25. “[...] a origem de quase todas as discrepâncias sobre a questão do dolo obedece a um problema bsicamente terminológico.” (Tradução nossa)

A teoria volitiva por excelência é a **teoria da vontade**. Por tudo o que até aqui se expôs, deve ter ficado claro que a maior parte dos autores, ao definir o dolo (ainda sem divisões) como, p. ex., “vontade consciente de realizar os elementos do tipo” ou “vontade consciente dirigida à produção do resultado típico”, afeiçoam-se à teoria da vontade. Os problemas surgem quando se tenta aplicar este conceito às espécies de dolo majoritariamente aceitas.

Conquanto seja grande o prestígio desta teoria para a definição do dolo direto de primeiro grau, já no dolo direto de segundo grau são suscitados importantes questionamentos. Um dos principais vem de Ingeborg Puppe¹⁵⁷, que identificou que a expressão “vontade” é empregada de modos bastante distintos conforme se refira ao dolo direto de primeiro ou de segundo grau. Naquele, possui um sentido “descritivo-psicológico”, isto é, refere-se ao real estado mental do agente e às relações psicológicas e emocionais que ele mantém com a conduta. Nesse último, porém, a “vontade” não é empregada em seu sentido coloquial, conforme seu uso comum. Ela é usada já em sentido jurídico, isto é, “normativo-atributivo”.¹⁵⁸ Esta seria uma deformação do termo para que se adaptasse ao conceito-base segundo o qual “dolo é consciência e vontade”.

Ao partir para o campo do dolo eventual, a teoria da vontade parece naufragar de vez. Afigura-se impossível afirmar que os resultados produzidos a título de dolo eventual façam parte da “vontade” do agente. Não são verdadeiramente **queridos** (em sentido “descritivo-psicológico”), nem **certos**, de modo a ser interpretados como apêndices lógicos irrefutavelmente unidos à vontade. Em outras palavras, a realização do tipo e a causação do resultado danoso não são metas do agente, de um lado, mas são, de outro lado, apenas, possibilidades (mais ou menos prováveis, conforme o caso), de modo que não se podem presumir incorporadas à vontade por força da lógica. Na perspectiva de Puppe¹⁵⁹, “Uma vez que a teoria da vontade abandona seu próprio ponto de partida, o conceito de vontade psicológico da linguagem cotidiana, vê-se ela forçada a procurar um substituto para a vontade no dolo direto de segundo grau e no dolo eventual”. Esse problema, de difícil

¹⁵⁷ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 31-36.

¹⁵⁸ Concordando, Ragués i Vallès: [...] “mientras en el dolo directo de primer grado las doctrinas mayoritarias manejan un concepto psicológico-descriptivo de voluntad, éste se transforma en una voluntad normativamente imputada al sujeto cuando se pasa al dolo directo de segundo grado”. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 47. “[...] enquanto no dolo direto de primeiro grau as doutrinas majoritárias manejam um conceito psicológico-descritivo de vontade, esse se transforma em uma vontade normativamente imputada ao sujeito quando se passa ao dolo direto de segundo grau”. (Tradução nossa).

¹⁵⁹ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p.35.

superação, deu azo ao surgimento da **teoria do consentimento**, adaptação demandada pelo reconhecimento de uma deficiência de sua matriz, a teoria da vontade.

Para a teoria do consentimento, não basta que o agente tenha atuado com a consciência da possibilidade ou mesmo probabilidade de realizar o tipo penal ou causar o resultado típico. É preciso que o sujeito, de um lado, não o tenha querido (configuraria o dolo direto, e, para isso, já existe a teoria da vontade), mas, de outro, que haja **consentido** na sua produção. O consentimento ou assentimento é um estado psicológico e emocional de conformação ou resignação.

É difícil escapar das críticas terminológicas, que se multiplicam com facilidade diante da insegurança que a expressão encerra. Como é possível ao mesmo sujeito que realiza a conduta “aprová-la”? A prática, em si, não traduziria uma aprovação? E a desaprovação da própria conduta, se não expressa por meio da sua abstenção, somente pode surgir *a posteriori*, sob a forma do arrependimento ou da autocensura. Nunca na fase dos atos de execução. E como “consentir com a realização de sua própria conduta”? Não posso consentir comigo mesmo. Aprovação, conformação e resignação parecem ser posturas cabíveis apenas em relação a objetos externos ao agente. Por isso, a solução talvez esteja em relacionar tais atitudes psicológicas com o resultado, desvinculando-as das condutas. Como o resultado não está embutido no próprio agir, é possível conceber a aprovação da conduta (evidenciada pela execução) com a desaprovação do resultado. Mas essa providência se revela insuficiente. Permanecem problemas relacionados, por exemplo, com a tentativa, com os crimes formais e com os de mera conduta, casos em que o resultado não é uma condição para a configuração do delito e a imposição da pena.

A vulnerabilidade da palavra “consentimento” fez pulularem sugestões terminológicas hipoteticamente aptas a representar o aspecto volitivo da conduta. Na verdade, poderíamos falar de muitas “teorias consecutórias”. Mas, na linha do que expusemos há pouco, as proximidades são tantas que não justificam, pelo menos para o escopo do presente trabalho, uma abordagem individualizada. Basta dizer que um sem-número de expressões foi desenvolvido para explicitar um mesmo objeto: a “vontade em sentido psicológico”. Diz-se, então, que para que o agente responda a título de dolo, deve, além de representado mentalmente o resultado como concretamente possível para sua conduta, “tê-lo aprovado em sentido jurídico”; “consentido na sua produção”; “contado com sua ocorrência”; “tê-lo levado

a sério”; “ter decidido contra o bem jurídico”; “ter se conformado”; “ter sido indiferente”; “não procurado evitado a ocorrência” etc.¹⁶⁰ Cada uma dessas expressões contém falhas e suporta diversas críticas. Mas assim também se dá com as correntes cognitivas, que examinaremos no capítulo quarto.

Em meio às muitas divergências, há alguns consensos. À exceção de bem poucos, como Ramon Ragués i Vallès, ao lado de Pérez Barberá, seguramente um dos normativistas mais radicais, há concordância de que: a) sem previsibilidade, não há culpa; b) sem previsão, não há dolo; c) a previsão, para caracterizar o dolo, deve ser atual e concreta; d) a distinção entre dolo e culpa depende do exame de um ou mais elementos **psicológicos** (representação concreta, ou representação concreta e “consentimento”).¹⁶¹

Para a grande maioria dos autores, então, a questão parece afunilar-se bastante. Importa, no fim das contas, decidir: a) quais elementos deverão ser constatados para que se possa

¹⁶⁰ Um apanhado das expressões e das principais críticas que elas suscitam pode ser encontrado, por exemplo, em FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 35 e seguintes; GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: DIAS, Silva *et al.* **Liber Amicorum de José de Souza e Brito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 889 e seguintes; e PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 35 e seguintes.

¹⁶¹ Uma relevante suma desses pontos de acordo – que, apesar de extensa, optamos por transcrever para manter a originalidade – é trazida por RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 122: “En primer lugar, es indiscutible que existe unanimidad entre todas las posturas expuestas en afirmar que el dolo es algo que se fundamenta en determinados fenómenos (conocimiento, voluntad, ...) ubicados en la vertiente interna de los individuos, un tema que, con muy contadas excepciones, está fuera de discusión desde el definitivo abandono del *dolus indirectus* a finales del siglo XVIII. En segundo lugar, existe también acuerdo en exigir para el dolo que el sujeto prevea que, en caso de actuar, puede realizar un tipo penal con su conducta. En este ámbito se discrepa acerca de cuál es la expresión más correcta para caracterizar dicha previsión: “contar con”, “tomar en serio”, “representación de la posibilidad” o “conocimiento del riesgo” son algunas de las propuestas apuntadas. El hecho de que ninguna de ellas cuantifique de forma minuciosa el grado de riesgo que el sujeto se debe representar no permite una diferenciación nítida entre estas posturas. En este sentido, puede afirmarse que existe acuerdo en exigir que el sujeto se haya representado **un cierto grado de riesgo de realización del tipo**, sin que sea posible concretar mucho más esta idea, ni aportar cuotas exactas de peligro. De todos modos, en lo que existe también acuerdo es en afirmar que para el dolo no basta con la representación de una conducta es peligrosa en abstracto, sino que el conocimiento de dicha peligrosidad debe referirse al concreto comportamiento que se lleva a cabo.” “Em primeiro lugar, é indiscutível que existe unanimidade entre todas as posturas expostas em afirmar que o dolo é algo que se fundamenta em determinados fenômenos (conhecimento, vontade...) situados na vertente interna dos indivíduos, um tema que, com poucas exceções, está fora de discussão desde o definitivo abandono do *dolus indirectus*, no final do século XVIII. Em segundo lugar, existe também acordo em exigir para o dolo que o sujeito preveja que, em caso de atuar, pode realizar um tipo penal com sua conduta. Neste âmbito se diverge acerca de qual é a expressão mais correta para caracterizar dita previsão: ‘contar com’, ‘levar a sério’, ‘representação da possibilidade’ ou ‘conhecimento do risco’ são algumas das propostas apontadas. O fato de que nenhuma delas quantifique de forma minuciosa o grau de risco que o sujeito deve representar não permite uma diferenciação nítida entre essas posturas. Nesse sentido, pode-se afirmar que existe acordo em exigir que o sujeito haja representado **um certo grau de risco de realização do tipo**, sem que seja possível especificar muito mais essa ideia, nem apontar índices exatos de perigo. De todo modo, sobre o que também existe acordó é em afirmar que para o dolo não basta a representação de que é uma conduta é perigosa em abstrato, senão que o conhecimento de tal periculosidade deve se referir ao concreto comportamento que se leva adiante.” (Tradução nossa. Grifo no original).

reconhecer a conduta como dolosa (cognitivo ou cognitivo e volitivo); b) qual a natureza desses elementos (psicológica ou normativa); c) qual o objeto de seu conteúdo (os elementos objetivos do tipo, o resultado típico ou ambos); e d) qual a extensão do seu conteúdo (mera previsibilidade, previsão abstrata, previsão concreta, previsão levada a sério, previsão acompanhada de consentimento etc.).

Os escritos de competentes e renomados autores alemães, espanhóis, portugueses, italianos, argentinos e brasileiros atestam a predominância da teoria do consentimento, de modo que somos capazes de afirmar que, pelo menos em seus respectivos ordenamentos, o paradigma atual é o seguinte: exigem-se para todos os tipos de dolo os elementos cognitivo e intelectual (a); esses elementos são de natureza psicológica (b); referem-se ao resultado e a todos os demais elementos do tipo objetivo (c); consubstanciam-se na representação concreta do resultado como possível para a conduta e no consentimento (ou outro termo equivalente) de sua produção (d).

As novas demandas punitivas, que vimos em capítulo anterior, encontram aqui um obstáculo de difícil remoção. Pelo paradigma vigente, o critério de distinção do dolo eventual para a culpa consciente é a atitude psíquica do agente em relação ao resultado típico representado. Significa dizer que a punição por fato doloso exige, no contexto desenhado, a prova da consciência do agente acerca da aptidão de seu comportamento para a produção do resultado típico e sua postura de consentimento (ou assunção, resignação, aprovação etc.) em relação a sua causação.

3. A PRESUNÇÃO DO DOLO E A TENDÊNCIA DE MATEMATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL POR MEIO DE FÓRMULAS OBJETIVAS

Sumário: 3.1. A impossibilidade de provar empiricamente os elementos objetivos de um fato pretérito e a possibilidade de provar juridicamente os elementos subjetivos do tipo. 3.2. A presunção dos elementos do dolo: inaceitabilidade das presunções de caráter absoluto em Direito Penal e Processual Penal.

3.1. A IMPOSSIBILIDADE DE PROVAR EMPIRICAMENTE OS ELEMENTOS OBJETIVOS DE UM FATO PRETÉRITO E A POSSIBILIDADE DE PROVAR JURIDICAMENTE OS ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO

É importante deixar claro, desde o início, que o exame dos elementos do dolo se fará, em todas as hipóteses, sem a consideração da possibilidade de erro. Em todos os exemplos, partiremos do pressuposto de que o agente sabia o que fazia, conhecia os efeitos possíveis da sua ação ou representou mentalmente a possibilidade de realizar os elementos do tipo penal. A razão para isso é simples: não se conhece, ainda, nenhuma corrente teórica que exclua a possibilidade do erro (falsa representação ou ausência de representação), ou que negue que sua ocorrência exclui o dolo. A exclusão do dolo pelo erro é um dos raríssimos pontos de convergência doutrinária, de modo que dispensa comentários adicionais. Se bem que uma observação é relevante: normativistas mais radicais, como Gabriel Pérez Barberá, já mitigam essa regra e limitam a hipótese de erros “aceitáveis”, deixando de fora toda uma gama de representações equivocadas e de casos de ausência de representação considerados “irracionais”.¹⁶²

Em um Estado Democrático e Social de Direito que adota a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos¹⁶³, a regra da **máxima liberdade possível** importa em algumas

¹⁶² O assunto será visto com maiores detalhes no item 5.6.

¹⁶³ Nas constituições do Brasil (art. 1º, III), da Espanha (art. 10.1), de Portugal (art. 1º), na Argentina (art.) e na Lei Fundamental da Alemanha (art. 1.1) a dignidade humana é expressamente proclamada (como fundamento, princípio ou valor). No caso da Itália, há alusões à dignidade nos arts. 3, 36 e 41. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2013. ESPANHA. **Constitución Española**, de 1978. Disponível em < <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>> Acesso em 21 mar. 2014. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 2 de abril de 1976. Disponível em < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em 21 mar. 2014. ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**, de 22 de agosto de 1994. Disponível em < <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>> Acesso em 21 mar. 2014. ALEMANHA. **Lei Fundamental da**

exigências inelimináveis. Dentre as mais elementares podemos destacar três que se relacionam intimamente: a) o respeito a uma presunção de inocência (ou presunção inicial de não culpabilidade); b) a necessidade da prova para a condenação criminal; c) a necessidade da fundamentação judicial das decisões condenatórias.

Como diz Amilton Bueno de Carvalho¹⁶⁴, não há nenhuma necessidade de que o Princípio da Presunção de Inocência esteja escrito; no atual estágio da história humana, trata-se de um pressuposto. Mas o fato é que nossa Constituição expressamente o proclamou (art. 5º, LVII), de modo que “o que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer seja o crime que lhe é imputado”.¹⁶⁵

A decorrência mais óbvia da presunção de inocência é a exigência de sólido corpo probatório para a imposição de uma condenação criminal. O Estado, para restringir a liberdade, precisa condenar; e, para condenar, precisa **provar**. O protótipo do modelo de processo penal arbitrário é exatamente aquele que dispensa a formação da prova para a condenação.¹⁶⁶ A necessidade da prova se estende a absolutamente tudo o que possa ser considerado relevante para a compreensão e a significação do fato. Tudo o que influi na sua interpretação e interfere nos juízos de valor e de desvalor que sobre o fato se lançam deve não apenas ser aludido ou mencionado, mas provado.

Havemos de destacar, nesse sentido, duas dimensões da prova que são essenciais: a extensão e a consistência. A **extensão da prova** deve ser tal que abranja todos os elementos constitutivos e acessórios do tipo penal imputado ao acusado, sejam eles de índole objetiva (descritivos ou normativos) ou subjetiva (dolo, culpa e elementos subjetivos do injusto). Quanto à **consistência da prova**, há que ser robusta e concatenada de modo a não permitir a sobrevivência de qualquer dúvida razoável acerca da responsabilidade penal do acusado.

República federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Disponível em <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf> Acesso em 21 mar. 2014. **ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana**, de 22 de dezembro de 1947. Disponível em <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>> Acesso em 21 mar. 2104.

¹⁶⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.51.

¹⁶⁵ SUANNES, Adatao. **Os fundamentos éticos do devido processo legal**. 2.ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2004, p. 232.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 4.ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000, p. 98.

Tão essencial à condenação quanto a própria prova, porém, é a motivação da decisão condenatória. Afinal, é ela que nos indica de que forma os fatos e a lei foram interpretados e avaliados pelo julgador, razão pela qual a ela se impõem exigências de alto padrão de qualidade quanto à clareza e à coerência, para que seja possível às partes inteirar-se por completo da solução dada à causa.¹⁶⁷

Pensar que a legitimidade da intervenção estatal constritora da liberdade venha do cargo, ou da toga, implica considerar o homem como objeto posto à disposição do Estado e de seus representantes. Uma condenação sem fundamentação racional – uma justificação argumentativa que explique o porquê de sua existência – significa a submissão do réu não às leis democraticamente estabelecidas, de cuja criação ele teoricamente “participou”, direta ou indiretamente, mas à pura vontade do julgador. Fundamentar é exatamente demonstrar que a solução oferecida a um determinado caso se dá como resultado da “correta” (argumentativamente sustentável) aplicação de uma lei, e não do uso arbitrário e megalomaniaco de um poder que é artificial e circunstancial – o poder de julgar.

Vagueza, lacunosidade, tautologia, impressão pessoal e mera opinião, tão presentes em decisões judiciais, representam formas de menoscabo da inteligência e da expectativa de liberdade que habita todo ser humano. Decidir sem lastro de justificação é um atentado contra a dignidade, pois pressupõe a **coisificação** do indivíduo: ele se curva, ou é curvado, à vontade do julgador, que decide sua vida e seu futuro da maneira como quer, sem a necessidade de prestar-lhe contas ou a preocupação mínima de fazê-lo entender os motivos pelos quais lhe são, ainda que parcial e temporariamente, retiradas as rédeas de seu destino. É somente a fundamentação que faz desaparecer a impressão de que um réu foi condenado “porque o juiz quis”. Dizendo mais abertamente: “A motivação da sentença penal é a maior garantia contra o capricho humano [...]”.¹⁶⁸ Como pode o Estado exigir um comportamento respeitoso para com bens jurídicos essenciais se ele, na condução do próprio processo, não respeitar o réu enquanto ser humano racional?¹⁶⁹

¹⁶⁷ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. V. II. 9.ed.atual. Campinas: Millenium, 2003, p. 289.

¹⁶⁸ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: RT, 2009, p. 107.

¹⁶⁹ Adatao Suannes indaga: “Se o Estado, por meio do juiz, age arbitrariamente, como esperar que o cidadão comum aja não-arbitrariamente”? SUANNES, Adatao. **Os fundamentos éticos do devido processo legal**. 2.ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2004, p. 282.

A atividade de julgar, por sua complexidade e relevância, é sedutora e inerentemente perigosa. É somente pela fundamentação válida – leia-se: constitucionalmente adequada – que o julgador poderá evitar que o ato de julgar se transforme em desafogo de suas paixões ou instrumento de compressão e apequenamento dos outros pelo peso de suas vontades.

Em suma, a junção das exigências inicialmente expostas obriga o julgador, no ato da condenação, a explicitar minuciosamente os argumentos pelos quais se forma o convencimento da culpa, com a respectiva demonstração de seu arrimo nas provas colhidas nos autos. Assim se impõe uma restrição à liberdade a um ser racional: demonstrando racionalmente por que se forma o convencimento de sua culpa e a necessidade de que seja punido¹⁷⁰. Não pode haver maior desrespeito à pessoa do que a injustiça de submetê-la ao escárnio público e às agruras do cárcere sem um conjunto probatório que possa ser apresentado como suporte de uma argumentação coerente.

É absolutamente natural, pela dinâmica paradoxal do processo¹⁷¹, que muitos fatos não sejam suficientemente esclarecidos. Nem toda investigação será concludente, nem toda apuração será bem sucedida. Nem todo processo proporcionará certeza. Todo processo começa com uma dúvida, e muitos deles vão terminar sem solucioná-la.

Até mesmo pela incansável busca por segurança do homem, é compreensível que as dúvidas sejam angustiantes. Mas a convivência com elas seria bem mais tranquila se o postulado do *in dubio pro reo*, descendente imediato do princípio da presunção de inocência, fosse levado a sério. Toda e qualquer questão duvidosa (leia-se: que permaneça duvidosa) deve resolver-se a favor do acusado (é óbvio: se a dúvida lhe fosse desfavorável, seria presumidamente culpado). Posicionaremos essa afirmação como uma premissa, sem a necessidade de maiores digressões, pelo nível de aceitação que o *in dubio pro reo* encontra na imensa maioria das obras doutrinárias, chegando-se a afirmar impossível a existência de um verdadeiro Estado de

¹⁷⁰ Aqui, se inicia a eterna discussão sobre os fins da pena, que não pode ser levada adiante nos estreitos limites deste trabalho.

¹⁷¹ “[...] um juiz, julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena, e seu presente, no futuro, será um constante reviver o passado”. LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito Processual Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 535.

Direito que não o consagre.¹⁷² Se esta é apenas mais uma metarregra do Direito dogmaticamente organizado das democracias modernas, e, à luz da história do Direito Penal, faz-se presente apenas em uma ínfima porção da existência desse último, é fato que seu grau de prestígio atual, nas constituições, não é pequeno.

Considerando os impactos das decisões proferidas, respectivamente, por um juiz criminal e outro que atue na área cível, não é descabido supor que, como regra, o peso de decidir seja mais intensamente sentido pelo primeiro. Mas a dúvida deveria afligir mais o segundo. Simples: em um sistema processual penal consentâneo com a Constituição, **a dúvida é uma resposta**. O juiz criminal está completamente a salvo das atribuições do *non liquet*. O juiz cível, ao chegar à dúvida, tem ainda que decidir. O juiz criminal, não. Se ao final do processo deparar-se com a dúvida, não terá que decidir. Só haverá uma única solução cabível: a que favoreça o acusado.

Isso naturalmente faz com que a prova dos elementos que beneficiam o acusado, por eximi-lo de sua responsabilidade ou atenuar sua sanção, seja mais simples, ou, dizendo diferentemente, não se submeta aos mesmos níveis de exigência em termos de segurança e robustez impostos a todos os dados e circunstâncias que possam trazer-lhe qualquer consequência processual negativa.

De outro lado, tudo o que se imputa ao réu deve ser provado, isto é, suficientemente demonstrado por meio da conexão harmônica entre os argumentos do julgador e os elementos do processo. E “tudo” inclui não só cada um dos elementos objetivos do tipo, mas também todos os dados de seu âmbito subjetivo. Nas imputações a título de crimes dolosos, significa que se deve provar a presença dos elementos cognitivo e volitivo na mente do agente ao tempo da conduta. É preciso provar não apenas que o sujeito tinha total consciência do que fazia, mas, muito mais do que isso, que ele “quis” os resultados de seu comportamento (ou “consentiu na sua produção”, ou “foi-lhes indiferente”, ou “aprovou os em sentido jurídico”).

Em verdade, se mantivermos em mente que a concepção de dolo predominante o define como a associação de dois elementos que são de índole puramente psicológica, teremos que assumir que a prova – no sentido de uma demonstração irrefutável da verdade – de um estado psíquico

¹⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. T. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 16.

é algo impossível. Dessa constatação, que é justamente a base das propostas de normatização do dolo examinadas no Capítulo 5, não vemos como se possa discordar. Nem por isso, no entanto, aprovamos a solução que ela sugere. A resposta não está na redefinição conceitual que artificializa o dolo, mas no seu abandono.

Chegamos a um ponto crucial. Impossível prosseguir sem que definamos o sentido que será atribuído à palavra “prova” daqui em diante. A relevância desses parênteses é manifesta, eis que grande parte das posições que optam por um conceito puramente cognitivo para o dolo – e, mais ainda, das que sustentam a necessidade de uma completa normatização – encontra na questão da **prova do dolo** o seu maior estímulo para dissidir das correntes volitivas, que são majoritárias.

Carnelutti¹⁷³ comparou o ato de julgar a um “salto no além”. Mas para saltar, adverte, é preciso que haja apoio firme sob os pés. Esse apoio deve ser a prova. Ela é o meio de que se servem as partes para demonstrar ao juiz a verdade de suas afirmações ou negações, para que este possa formar “sua convicção sobre os atos que constituem a base empírica da lide”.¹⁷⁴

Recorrendo novamente a Carnelutti¹⁷⁵, podemos comparar as provas a chaves, por meio das quais o julgador abre as portas do desconhecido. Mas o ilustre processualista italiano adverte: nem sempre as portas se abrem o suficiente. Podem escancarar-se por completo; podem abrir-se somente um pouco; muitas vezes, permanecem totalmente fechadas.

Em que pese não se possa negar o papel crucial da prova em um processo – a prova, em certo sentido, é o **processo** –, não é correto supô-la como uma garantia de “acerto”, “verdade” ou “certeza”. Piero Calamandrei¹⁷⁶ já afirmou que todas as provas não são mais do que “provas de verossimilitude”.

¹⁷³ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. V. 1. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 273.

¹⁷⁴ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. V. II. 9.ed.atual. Campinas: Millenium, 2003, p. 185.

¹⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. V. 1. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 273-274.

¹⁷⁶ CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. V. 3. Trad. Luiz Abezia e Sandra D. F. Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 269.

É de suma importância transcender os conceitos técnicos mais frequentes e refletir sobre quais seriam os reais objeto, alcance e função da prova **em um processo criminal**¹⁷⁷. Relevantes são as considerações de Gustavo Badaró¹⁷⁸:

[...] o objeto da prova é sempre a alegação de um fato e não o fato em si mesmo. Os fatos, em si mesmos, são acontecimentos que têm existência no mundo real. O fato ocorreu ou não, existiu ou não, não comportando adjetivações ou valorações. Aquilo que existe na realidade não pode ser verdadeiro ou falso; simplesmente existe. Verdadeiros ou falsos só podem ser nossos conhecimentos, nossas percepções, nossas opiniões, nossos conceitos ou nossos juízos a respeito de um objeto. Os ‘fatos’ debatidos no processo são enunciados sobre os fatos do mundo real, isto é, aquilo que se diz em torno de um fato; é a enunciação de um fato e não o próprio fato. Em consequência, o objeto da prova não é o próprio fato. O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamentos da acusação e da defesa. O que pode ser verdadeiro ou falso, verídico ou inverídico, ou ‘probo’, são as alegações sobre o fato.

Se partirmos de uma posição minimamente¹⁷⁹ cética, diremos que absolutamente nenhuma prova – tal qual concebida pelas ciências naturais e pelo cientificismo positivista –, será possível nos lindes de um processo. Toda prova processual se refere a um **fato pretérito**, que, por conceito, é único e irrepitível. Como disse Aury Lopes Jr.¹⁸⁰ “[...] o passado só existe no imaginário, na memória, e que, por isso, jamais será real. Sem falar que a flecha do tempo é irreversível, de modo que o que foi real, num fugaz presente, nunca mais voltará a sê-lo”.

Rigorosamente falando, embora gostemos de pensar o contrário, não somos capazes de compreender por completo os fatos atuais, ou seja, aqueles que presenciamos. Por nossas

¹⁷⁷ De nada adianta debater sobre “a possibilidade de se provar o dolo”, simplesmente. Só tem relevo a discussão acerca da prova processual do dolo, eis que é no interior do processo, e com base em uma série de regras e limitações, que se deverá fazer prova da consciência e da vontade que se imputam ao acusado.

¹⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ôbus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 159-160.

¹⁷⁹ Uma visão totalmente cética é a de Nietzsche. Ele passou a vida em busca da verdade, mas apenas para constatar e, então, declarar, convicto, que não há qualquer verdade. As “verdades” são mentiras que nos contamos para que possamos dizer que conhecemos e compreendemos as coisas. Para que possamos nos organizar e, em suma, para que a vida seja possível nesse mundo. Não existe “sujeito” cognoscente e “objeto” cognoscível. O que há é “[...] determinada espécie animal que somente prospera sob o império de uma **exatidão** relativa às suas percepções, e antes de tudo com a **regularidade** dessas”. Por isso, é necessário que as coisas sejam consideradas conhecidas e verdadeiras; mas isso não quer dizer que, de fato, o sejam. Simplesmente não existe “conhecer”, mas, apenas, “esquematar”, o que significa “[...] impor ao caos suficiente regularidade e formas para satisfazer nossa necessidade prática”. NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de potência**. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 346-349. As palavras de Nietzsche são inquietantes. Todas as verdades da tradição, da ciência, da religião e da própria filosofia fazem parte da “intenção de enganar-se de maneira útil”. O objeto é uma invenção, o sujeito é uma invenção, a relação de causalidade simplesmente não existe, embora estejamos programados para buscá-la e precisemos “encontrá-la” para suportar a mutabilidade e o dinamismo de um mundo incompreensível (que não é o das ideias; é apenas um outro que não pode ser alcançado pelos nossos sentidos). A “causalidade” é a palavra ideal para expressar nosso temor diante do desconhecido. *Idem, ibidem*, p. 354 e segs.

¹⁸⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 572-573.

limitações intrínsecas (de nossos aparelhos cognitivos), somos incapazes de apreender todas as características **reais** de qualquer coisa; e o problema é que imaginamos que o mundo seja tão simples e objetivo como são as nossas especulações.¹⁸¹ Por isso, Kant já nos alertou no sentido de que não é possível afirmar as características da “coisa em si”, tal como ela é de fato. Tudo o que vemos e percebemos é **aparência**, e seria um equívoco atribuir essa aparência como qualidade do objeto em si. Só o que podemos fazer é atribuir qualidades e características **aos fenômenos**, entendidos esses como as impressões suscitadas pelo contato precário com a coisa na relação entre o sujeito cognoscente e o objeto de seu conhecimento.¹⁸²

Podemos, inclusive, ir mais adiante. Tudo o que pensamos que conhecemos, na verdade, é objeto de uma construção de nosso cérebro, “[...] um sistema fechado em si mesmo, autorreferente e autopoieticamente organizado, que manipula estímulos neuronais segundo critérios criados por ele mesmo”, na percepção de João Maurício Adeodato¹⁸³. Segundo ele, as pessoas não percebem que entre elas e o mundo exterior há uma “linguagem constitutiva”, de modo que não interiorizamos os eventos tais como **são**, mas construímos versões deles para nós mesmos. A rigor, não conhecemos propriamente nada, por limitações sensoriais e cognitivas geneticamente estabelecidas para nossa espécie. Mesmo com o auxílio dos magníficos instrumentos que nossa razão nos possibilitou criar, não alcançaremos as propriedades reais de objeto algum, pois, sempre que aprimorarmos nossa técnica ou nossos meios de análise, descobriremos novas propriedades até então desconhecidas, em uma operação que pode conduzir-nos ao infinito.¹⁸⁴ Faz sentido a crítica que Georg Simmel¹⁸⁵ dirige a Schopenhauer por sua famosa sentença “O mundo é minha representação”. Na verdade, entendemos, talvez a afirmativa plausível fosse “meu mundo é minha representação”.

Diante de tudo isso, quão ousado será supor a possibilidade da compreensão e da prova de um fato pretérito, se o passado, como se sabe, é (pelo menos ainda) inacessível sob qualquer ponto de vista (realista, idealista, crítico etc.)?

¹⁸¹ HUME, David. **Os pensadores**. São Paulo: 1996, p. 175. (Coleção Os Pensadores).

¹⁸² KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 86.

¹⁸³ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 291.

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 69; 166.

¹⁸⁵ SIMMEL, Georg. **Schopenhauer & Nietzsche**. Trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 57.

No fim, tudo o que nos resta é tentar reconstruir o fato por meio da linguagem, buscando a máxima aproximação possível, mas sem nutrir a inocente pretensão de “exatidão” ou “verdade”. O que se terá, ao final da reconstrução, é uma **versão** que se pode considerar vitoriosa pela aceitação majoritária ou pelo seu estabelecimento como “versão oficial” por quem detém esse poder. Com um acento mais cético, na verdade, é até mesmo possível dizer que o passado simplesmente não existe; ele é sempre um relato presente e parcial sobre algo que aconteceu, e que a todo momento pode ser alterado.

Um fato pretérito “provado”, assim, é um fato sobre o qual prevaleceu uma determinada linguagem ou um determinado discurso de afirmação ou negação. No fim, nunca se prova nada, mas apenas se tenta convencer por meio da concatenação de argumentos. À concatenação “bem sucedida” e aceita, chama-se “prova”. Ainda sob esta perspectiva, fica claro que nem mesmo os elementos objetivos do tipo serão objeto de verdadeira “prova”, e que, no caso dos elementos subjetivos, qualquer que seja a posição vencedora, não chegará a passar de uma especulação com maior ou menor reforço lógico.

Ora, já não cabe mais cultuar certos mitos como os da “verdade real” e da “certeza processual” (da certeza científica em geral, é dizer). Segundo Ferrajoli,

La “verdad” de una teoría científica y, más en general, de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, una verdad no definitiva sino contingente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de que se habla: de modo que, siempre, cuando se afirma la “verdad” de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos.¹⁸⁶

Sem ingenuidade, a reconstrução processual de um fato físico pretérito está sujeita às mesmas incertezas que marcam os fatos psíquicos. Por exemplo: tanto para a negação da autoria quanto para a negação do dolo, provas testemunhais podem ser falseadas; documentos podem ser forjados; até vídeos e fotografias podem ser manipulados. Quem examina o fato *a posteriori* (é o caso do juiz) não o vê diretamente (assim como não vê diretamente o *animus* do agente), mas apenas contempla o mosaico que se fez para representá-lo. Não existe,

¹⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 4.ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000, p. 50. “A ‘verdade’ de uma teoria científica e, em geral, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, senão contingente, não absoluta, senão relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levadas a cabo a respeito das coisas de que se fala: de modo que, sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou várias proposições, só o que diz é que elas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos, ou seja, a respeito do conjunto dos conhecimentos confirmados que possuímos”. (Tradução nossa).

propriamente, nenhum “dado real” a examinar, mas apenas reconstruções, todas elas parciais, incompletas e falíveis. “Prova”, em sentido jurídico, isto é, enquanto resultado de um debate travado à luz do contraditório – e das demais garantias processuais – pode referir-se a aspectos objetivos (externos) ou subjetivos (internos) da conduta. As “ferramentas” humanas para a investigação desses últimos são, todavia, indiscutivelmente mais limitadas, e já recaem sobre dados secundários (evidências externas), de modo que é natural que seja maior a frequência de dúvidas. Mas cabem aqui considerações realizadas há pouco: as dúvidas, nesta seara, não deveriam ser causa de grandes mortificações. O *script* subtrai do juiz o peso da decisão ao impor sua resolução a favor do réu. Na teoria, onde há dúvida sobre o dolo, não há dolo. Mas é com desgosto que se constata o quanto a teoria pode ser subvertida¹⁸⁷ pelos que não aprovam seus resultados práticos.

Não faz sentido desaprovar as concepções psicologizadas do dolo (e, em especial, o aspecto volitivo) por entender que elementos subjetivos não são apreensíveis nem demonstráveis, de modo que jamais serão provados. Não se discute a afirmação de Paulo César Busato¹⁸⁸ no sentido de que o dolo será, sempre, objeto de imputação ou atribuição, já que não pode ser propriamente “descoberto” ou “conhecido”. Mas, à luz do que consideramos em relação à prova de fatos pretéritos, tampouco os dados objetivos serão provados, podendo, apenas, ser afirmados com amparo discursivo. Tanto o aspecto objetivo quanto o subjetivo, nesse sentido, são apenas imputados ou atribuídos.

Essa é uma discussão que parece não conduzir a lugar algum: tanto para empiristas como para não empiristas (e aqui declinamos a tarefa de nomear os muitos que se inserem nesses grandes grupos), elementos objetivos e subjetivos deteriam a mesma **(in)demonstrabilidade entre si**. Caso se queira adotar uma posição empirista, o principal problema da “prova do dolo” não será o da “indemonstrabilidade dos elementos psicológicos”, eis que, a rigor, os dados objetivos (porque pretéritos e arbitrariamente reconstruídos posteriormente) também serão “indemonstráveis” em sentido empírico. De outro lado, sob ótica estritamente jurídica (especialmente, se abandonarmos as pretensões de alcançar “verdade real” ou “certeza processual”), a prova dos componentes psicológicos do dolo se dará da mesma forma que a

¹⁸⁷ Nada contra o **desenvolvimento de novas teorias**. Aliás, de que viveria a ciência, se não da contraposição de ideias? Nesse sentido, mui elogiáveis são as iniciativas dos cognitivistas e dos normativistas. De todos eles, em essência, discordamos, embora tenhamos que reconhecer originalidade e coesão como frutos de competentes esforços teóricos. O que se deplora é a (preguiçosa) deformação de teorias volitivas para seu emprego *ad hoc*.

¹⁸⁸ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In. **Modernas tendências sobre o dolo em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 127.

prova acerca de qualquer dado objetivo: o exame de indícios e evidências sabidamente precários e parciais acerca de um fato do passado. Pela concepção empirista, temos provas identicamente impossíveis; pela não empirista, igualmente viáveis. Desconhecemos uma terceira via que afaste essa conclusão, isto é, que seja capaz de afirmar a possibilidade da prova empírica de dados objetivos, mas a impossibilidade deste mesmo tipo de prova em relação a elementos subjetivos. Parece forçoso que o observador se adapte a um ou outro grupo.

Isto posto, o problema não pode ser o da “impossibilidade da prova do dolo”, porque, juridicamente, isso não faz sentido; ou porque, empiricamente, isso importaria em afirmar a “impossibilidade da prova em geral” (e, para isso, teorias sobre o dolo não oferecem remédio). O problema deve ser posto em termos de uma impossibilidade de afirmar com segurança a existência do dolo ao tempo da ação. Uma dificuldade que reduz sensivelmente as hipóteses de classificação das condutas como dolosas, se conjugada com o *in dubio pro reo*. Isso, sim, parece incomodar.

Conclusão: podemos falar de prova em dois sentidos – em um sentido empírico (científico-positivista), e em um sentido processual (científico-jurídico). A prova do dolo, naquele primeiro sentido, parece ser irremediavelmente impossível.¹⁸⁹ Em sentido jurídico, porém, é perfeitamente possível conceber-se a prova do dolo. Processualmente falando, provar consciência e vontade é tão possível quanto demonstrar autoria e materialidade (embora, logicamente, muito mais complexo e difícil). É neste segundo sentido que empregaremos a palavra “prova” daqui em diante.

Estabelecido um consenso momentâneo quanto à palavra “prova”, vale registrar que, alguma forma, prevalece a impressão de que a prova do elemento cognitivo seja mais simples do que

¹⁸⁹ Pérez Barberá discorda. Ele sustenta que “[...] no se pone en cuestión el carácter fáctico no sólo del conocimiento, sino de todos los estados mentales o datos psíquicos: ellos son considerados hechos, que pueden probarse empíricamente, sin mayor discusión. [...] si se acepta que por ‘hecho’ debe entenderse todo aquello que puede ser descrito por una proposición verdadera (así, en lo esencial, Patzig, Tsachen [1980], pp 11 y ss., 15 y ss., 35 y s., 40 y s., siguiendo en esto a WITTGENSTEIN, Tractatus [1994], 2.04-2.06), entonces los datos psíquicos o estados mentales son hechos e pueden y deben ser sometidos a prueba en el proceso penal”. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *Dolo como reproche: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. **Revista Pensar en derecho**, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, n. 1, p. 174, dez. 2012. “[...] não se questiona o caráter fático não apenas do conhecimento, senão de todos os estados mentais ou dados psíquicos: eles são considerados fatos, que podem provar-se empiricamente, sem maior discussão. [...] se se aceita que por ‘fato’ se deve entender tudo aquilo que pode ser descrito por uma proposição verdadeira [...], então os dados psíquicos ou estados mentais são fatos e podem e devem ser submetidos a prova no processo penal”. (tradução nossa).

a do volitivo¹⁹⁰. Provar que o agente sabia o que fazia, ou tinha consciência dos efeitos prováveis de seus atos é, de fato, menos difícil do que provar a intenção que norteou sua conduta. Por exemplo, no caso *Lederriemenfall*, anteriormente examinado, vimos que os agentes haviam planejado, inicialmente, usar o cinto para a asfixia da vítima. Vimos, também, que eles próprios desistiram dessa estratégia em favor de um “plano b” (os sacos de areia), menos lesivo ou perigoso. Esse é um elemento concreto extraível dos autos capaz de apontar para a grande probabilidade – prova (*probo,a*), no fundo, como já dito, é probabilidade (*probabilitas,atis*) – de que os autores tenham de fato representado mentalmente o resultado morte (o que não significa afirmar ou negar que eles o tenham aceitado, aprovado, consentido etc.). Se disséssemos que eles previram a morte sem a alusão a esta informação do “plano b” (e a quaisquer outras), se trataria de uma presunção. Ao firmar com base nesta informação, reputamos provada a representação.

Mais adiante, abordaremos em específico o tema das presunções. Por ora, é importante destacar que sua presença para a determinação (ou atribuição) do dolo não será pouco frequente. O problema não está no uso das presunções, em si. Uma atitude mais realista nos impede de rechaçar em absoluto seu emprego, eis que um juiz nunca verá o dolo (no sentido de enxergá-lo fisicamente) como vê, por exemplo, a arma do crime ou o corpo da vítima. A preocupação é com o modo como vêm sendo aplicadas as presunções, que acabam adquirindo um tom absolutizante.

Retomando o raciocínio, é certo que, no contexto do paradigma traçado pela doutrina dominante, acima delineado, se o dolo tem um aspecto volitivo, este também deverá ser provado. E a sua demonstração é o ponto nevrálgico da determinação da responsabilidade penal subjetiva, pois, conforme suas feições, pode a resposta punitiva transitar entre os campos do dolo direto e do dolo eventual, e transpor os domínios desses para o da culpa.

Se demonstrar a representação é algo difícil, fazer prova da vontade é uma tarefa incomparavelmente mais complexa. E, dentro dos matizes da vontade, que delimitam os âmbitos das espécies de dolo, é possível afirmar que a prova da intenção é mais simples do que a da “assunção do risco”, por exemplo. É por isso que provar o dolo eventual é, de todas,

¹⁹⁰ *Vide*, nesse sentido específico, as considerações de RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba em el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 132, sobre a teoria de Walter Kargl, bem como as anotações trazidas por PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 32.

a tarefa mais penosa. Importa em provar que um agente **conhecia** a possibilidade de realizar o tipo penal (o que, na linha do que já se afirmou antes, importa, também, em realizar o resultado jurídico nele consubstanciado, sem o qual, pelo princípio da ofensividade, nenhum comportamento pode ser considerado criminoso) e **assumiu o risco de fazê-lo**. Isso é complicado, por muitas razões. Porque lida com um tom de dúvida ou incerteza presente na mente do próprio agente. Porque o agente não direcionará sua conduta à produção do resultado, como faria se agisse com dolo direto de primeiro grau (por exemplo, aproximando-se de uma vítima já baleada e ferida ao chão para desferir o “tiro de misericórdia” em sua cabeça, à queima-roupa). E porque não haverá motivos ou finalidades que unam o agir causal ao resultado como ocorreria nos casos em que se lidasse com a intenção. O agente toca o resultado por uma via “oblíqua”, o que torna difícil estabelecer o estado psíquico do primeiro em relação ao segundo.

Antecipando discussão que será aprofundada mais tarde, não é exagero dizer que a determinação ou atribuição do elemento volitivo do dolo – em especial, o “consentimento” ou a “assunção do risco” – é virtualmente impossível sem o auxílio de presunções. Breves parênteses: é importante esclarecer por que falamos, em tom de equiparação, em “determinação” e em “atribuição” do dolo. Uma primeira impressão poderia sugerir que as expressões “identificação” e “determinação” seriam de uso típico por parte dos que mantêm uma visão ontológica do dolo, que, presente de fato na conduta do agente, seria, à moda fenomenológica, contemplado e descrito pelo observador. De outro lado, falar de “imputação” ou “atribuição” parece indicar afiliação a correntes normativistas, que negam a existência do dolo como “ente” e o enxergam como uma rotulação jurídica simplesmente aposta sobre a conduta sob análise. Ao contrário do que parece, porém, as expressões não se excluem ou se repelem necessariamente.

Partimos de uma visão segundo a qual o dolo é um instituto jurídico, mas que possui como suas raízes dados psíquicos que são ínsitos ao conceito de conduta humana. O nome “dolo”, destarte, é jurídico; mas os elementos que o compõem – a representação mental e a vontade – são dados psicológicos naturais. A representação e a vontade, assim, são “identificadas” ou “determinadas”, enquanto dados reais da conduta. O dolo, denominação do instituto jurídico criado para representar a junção daqueles elementos naturais (“típica” ou “ontologicamente”, conforme a visão) presentes na conduta humana, “atribuído” ou “imputado”. Além disso, o fato de trabalharmos com uma visão cética a respeito das provas nos permite usar todas essas

expressões, indistintamente. Se as provas referentes a fato pretéritos só são possíveis em sentido jurídico, é normal entender que exista imputação ou atribuição, em vez de identificação ou determinação. Mas, nesse caso, é importante lembrar que esta é uma posição que requer coerência discursiva. Atribuídos ou imputados não serão apenas os elementos subjetivos. Também os objetivos só poderão ser imputados ou atribuídos.

Retomemos o curso da discussão sobre a prova dos elementos do dolo. A intangibilidade que lhes é característica, como se dizia, conduz à inevitável dependência das presunções. Mas o emprego dessas presunções pressupõe critérios, em primeiro momento, e não deve contemplar as modalidades absolutas (*juris et de jure*), em segundo instante.

Talvez algum dia a neurociência desenvolva métodos capazes de identificar as reações químicas ou os padrões de atividade encefálica referentes à intenção e a outros estados mentais. Considerando que, em idos iniciais do terceiro milênio, não se construiu ainda dispositivo tecnológico capaz de acessar dados intelectivos e volitivos preteritamente existentes na mente do agente, os meios disponíveis para a prova dos elementos do dolo são, basicamente, os mesmos existentes para a prova de qualquer circunstância objetiva.

Apenas a título de exemplo, há a confissão, que não acontece como regra, e que tende a ser de valor duvidoso diante das chances de que o acusado venha a mentir para se livrar da responsabilidade penal ou para atenuar sua situação. Há a prova testemunhal, que, inelutavelmente, é parcial, limitada, e obviamente, sempre pode ser falsa. Isso, é claro, além de referir-se, como regra, apenas ao âmbito externo da conduta (ação ou omissão física desenvolvida). Há a prova documental, que não parece contribuir muito para a elucidação do *animus* do agente, em princípio, exceto pela eventual identificação de potenciais motivos e finalidades para a execução da conduta (e pode, também ela, ser falseada). A prova pericial, mesmo se incluirmos exames psiquiátricos ou psicológicos sobre o agente, deverá se mostrar de reduzida utilidade, eis que a perícia tomará lugar não no momento da execução do crime, mas tempos depois. O caso é que nenhuma dessas provas (ou das outras espécies de prova) é especificamente destinada ou especialmente apta a aferir o *animus* do agente.

De um modo geral, recomenda-se que a identificação (ou, conforme se preferir, atribuição) dos elementos subjetivos da conduta se dê a partir da análise dos dados objetivos (o que o agente fez; como fez; onde, quando e contra quem fez; etc.).

Um dos primeiros aspectos a se observar é o *modus operandi*. Por exemplo, em um caso de homicídio, analisam-se o tipo de instrumento que foi usado (arma de fogo, pedra, veneno, as próprias mãos) e o modo como foi empregado (quantidade de disparos ou intensidade dos golpes, região atingida, distância). Consideram-se, também, as condições da vítima ao tempo da conduta (idade, higidez mental e física, vigor físico etc.), as relações existentes (de parentesco, de matrimônio, de desafeto) e os incidentes anteriores (discussões ou agressões prévias, infidelidade conjugal, prejuízo financeiro). Tomam-se em conta, ainda, o que o agente fez imediatamente antes ou depois do episódio (cuidou da vítima ou tentou reverter a situação; destruiu ou escondeu o cadáver), seu estado de espírito (calmo, exaltado, deprimido), o local e o momento em que o fato se passou (no interior da casa, em um matagal afastado; durante a madrugada; ou à luz do dia e em praça pública). Desses e de alguns dados serão extraídos **indícios** daquilo que se pode entender como presente na mente do agente em termos de representação e volição quando da realização da conduta.

Mittermaier¹⁹¹ há muito considerava a prova baseada em indícios artificial. E alertava:

Infelizmente nossas conclusões quase nunca repousam senão em uma simples possibilidade; essa relação que queremos ver entre dois fatos pode inteiramente deixar de ser necessária: e daí nascem dúvidas. É também possível que essas relações, que acreditamos mui facilmente existirem, sejam nenhuma absolutamente [...].

Ferrajoli¹⁹² também registra que o exame dos indícios conduz a probabilidades, e que, como são indícios obtidos indiretamente, se tornam probabilidades de probabilidades, de probabilidades...

É preciso reconhecer, especialmente diante dessas últimas considerações, que o ideal é que o juiz pudesse presenciar o fato. Isso é, logicamente, impossível: não se pode regressar no tempo e, se por muita coincidência, um juiz houvesse presenciado o fato, jamais poderia julgá-lo (seria uma testemunha). Mas o que antigamente era impensável, hoje é uma possibilidade: o juiz pode até assistir ao evento, por meio de filmagens. Pela lógica da apreciação dos dados objetivos, esse seria, em tese, o elemento probatório ideal (suponhamos a boa qualidade das imagens e a multiplicidade de câmeras e ângulos). O juiz assistiria ao

¹⁹¹ MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. 4.ed. Trad. Herbert Wüntzel Heirich. Campinas: 2004, p. 421-422.

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 4.ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000, p. 132.

vídeo e tiraria suas conclusões. Ainda assim, veria o aspecto aparente de um comportamento que, inexoravelmente, possui um âmbito interno oculto. E estaria inevitavelmente sujeito a equívocos de interpretação. Parece não haver escapatória: identificar ou atribuir o dolo é atividade complexa com uma margem de erro muito além do desejável. Essa dificuldade, observada por cognitivistas e normativistas radicais, não nos deve conduzir a uma resignação pessimista. Antes, nos deve motivar a perscrutar com afinco e responsabilidade os dados subjetivos da conduta. Com a consciência, é claro, de que haverá casos teoricamente mais simples ou mais difíceis, e, não raramente, marcados pela presença da dúvida – que não nos deve incomodar, se persistir ao final das apurações, apesar de todo nosso esforço em sua dissipação, porque importa, automaticamente, na suspensão do juízo e no cancelamento da tarefa de julgar. Nessas condições, decidida estará a questão a favor do réu.

“Provar” que havia *animus necandi* pode soar como tarefa fácil em um caso em que o agente tenha desferido seis tiros à queima roupa e, após recarregar sua arma, tenha tornado a esvaziá-la sobre o corpo da vítima. O mesmo se diga se o agente houver dado dezenas de facadas no pescoço do ofendido, ou o houver atropelado, “para frente e de ré”, repetida e insistentemente. É que há um consenso informal que costuma unir quase todos os seres humanos adultos e mentalmente sadios acerca da grande possibilidade de que quem aja de alguma dessas formas esteja querendo matar. Essa seria uma leitura socialmente compartilhada desse tipo de atuação. A alegação do acusado de que não queria o resultado fere uma racionalidade compartilhada por um imenso número de pessoas, agride uma lógica comungada cultural, tradicional e cientificamente, e contradiz conhecimentos empíricos dos mais elementares possíveis. Com esse nível de “acordo”, é mais fácil apontar a “intenção” – dolo direto. Em tais casos escandalosos, quem disser que não teve intenção, diante do acordo comunicativo amplamente predominante, somente escapará do ridículo se for considerado inimputável.

Mesmo nesses casos, a verdade é que se pode apenas tentar demonstrar a grande possibilidade de que determinada representação mental tenha ocorrido e convencer o interlocutor (em regra, o juiz da causa), por meio de diversos argumentos, que a intenção que animou a conduta **deve ter sido** a de produzir o resultado em questão. Não será possível extrair da mente do sujeito para então periciar os elementos subjetivos que ali se fizeram presentes ao tempo da ação. Pode-se tentar demonstrar que ele conhecia o poder letal de uma arma de fogo de alto calibre e, em seguida, tentar convencer, por argumentação, que ele tinha o propósito de tirar a vida da vítima. Esse convencimento tem como pano de fundo comum (*background*) um conjunto de

conhecimentos prévios teoricamente compartilhados pelos atores do processo. Quanto maior for a concordância sobre esse conjunto de conhecimentos, mais fácil será o convencimento. Por exemplo, é seguro que todos os atores do processo – réu, vítima, testemunhas, jurados, promotor, advogados, juiz etc. – compartilharão do conhecimento de que a decapitação fatalmente conduz à morte. A maioria deverá concordar que dezenas de ferimentos à bala ou de facadas em região vital trazem como consequência altamente provável a morte. É provável que a maioria concorde que um tiro a queima-roupa na cabeça tem como desfecho esperável a morte. Daí em diante, porém, as iniciais sensações de segurança se esvaem.

A partir de quantos socos, chutes ou pauladas se cruza a fronteira do *animus necandi* para o *animus laedendi*? Desde que ponto se pode pressupor “a assunção do risco” ou “a aprovação do resultado”? Se mesmo nos casos em que exista algum nível de consenso quanto à “obviedade” do resultado a imputação a título de dolo não escapa de incertezas e inseguranças, que dizer das hipóteses em que o resultado seja apenas possível ou provável? Se provar a intenção é tarefa extenuante, que níveis de dificuldade se pode esperar para a prova do “consentimento” ou da “indiferença”?

Alguns exemplos para uma ágil reflexão:

- a) Uma mãe omite a relevante ação de medicar seu filho gravemente enfermo. A partir de quanto tempo se deixa o espaço da negligência (culpa) para o ingresso na indiferença (dolo)?
- b) Um condutor ultrapassa os limites de velocidade previstos para a via. A partir de quantos quilômetros por hora se identificará a assunção do risco de matar?
- c) Um corretor recebe uma imensa quantidade de dinheiro em espécie como forma de pagamento de uma transação imobiliária. A partir de quantos milhares ou milhões deve presumir-se a origem ilícita do dinheiro?
- d) Um vendedor de joias adquire um colar de ouro usado por um preço considerado baixo. A partir de que ponto se instaura a desproporção entre o valor do bem e o preço de compra que autoriza a caracterização da receptação?
- e) Uma mulher grávida se submete a intenso regime de exercícios físicos. Em que ponto se dá o salto da imprudência para o dolo eventual quanto ao aborto?
- f) Em um jogo de futebol, o zagueiro sobe para o cabeceio e dá uma cotovelada em seu adversário. Falta ou crime?
- g) Um médico realiza procedimento cirúrgico sem exigir do paciente os exames “pré-operatórios” de praxe. Será que confiou em sua destreza e na saúde do paciente, ou será que não se importou com a vida deste último?
- h) Um homem dispensa uma guimba de cigarro ainda acesa às margens da rodovia. Será que

agiu com descuido ou tinha o firme propósito de causar um incêndio? i) Uma mulher manobra o carro em sua garagem e, ao fazê-lo, colide com o veículo da vizinha, por coincidência ou não, sua antiga inimiga. Responsabilidade civil ou crime de dano? j) Uma mulher prova diversas joias em uma loja e, após decidir-se pela compra de uma delas, deixa o estabelecimento com um dos anéis ainda em seu dedo, o que só é percebido pela vendedora um pouco mais tarde. Furto ou distração? k) Um bebê é deixado pelo pai no interior do veículo durante toda a sua jornada de trabalho. Morre asfixiado ou desidratado. Hipótese de crime hediondo ou de perdão judicial? l) Um contribuinte deixa de lançar em seu imposto de renda um valor recebido a título de remuneração. Lapso ou sonegação? m) Uma criança encontra a arma de seu pai, que estava escondida e desmuniada. Carrega, manuseia e dispara. O pai foi relaxado ao deixar a arma ao alcance do infante ou simplesmente não se importou com a vida do filho? n) Uma consumidora faz uso de papel-moeda falso para a aquisição de um bem, ou concretiza uma compra mediante a entrega de cheque sem fundos.

Os exemplos fluem facilmente e são inesgotáveis. Em alguns casos, a dúvida repousa sobre o aspecto intelectual, em outros, sobre o volitivo. E há casos em que é difícil até mesmo precisar sobre qual deles se deve localizar a dúvida. O certo é que, em todos, a “prova”, em sentido empírico, é impossível, e, em todos, em sentido normativo, é bastante difícil.

Evidentemente, começarão a entrar em cena as particularidades. A mãe ministrou dois dos três remédios prescritos e levou o filho ao pronto-socorro (a’), ou, mesmo diante do alerta de terceiros, deixou de buscar auxílio médico (a’). A via era bem iluminada e o tempo era bom (b’), ou chovia e o local era movimentado (b’). A mulher havia feito “chá de bebê” e realizado todos os exames pré-natais (e’), ou fazia uso de anabolizantes e outras drogas ilícitas (e’). O médico era cardiologista e já havia operado o paciente por duas vezes (g’), ou o paciente tinha um histórico de vida saudável e atlética (g’). A condutora comunicou imediatamente o fato à proprietária do veículo (i’), ou foi-se embora soltando sonoras gargalhadas (i’). A compradora retornou à loja logo para devolver o anel (j’), ou foi parada na saída do shopping por um segurança, com o anel na bolsa (j’). O valor omitido correspondia ao pagamento por um serviço avulso (l’), ou representava mais da metade da remuneração anual do contribuinte (l’). A nota falsa e o cheque eram de pequeno valor (n’), ou as notas eram muitas e o valor do cheque superava em muito o valor da renda mensal da emitente (n’). Em cada uma das hipóteses aventadas poderão ser identificados elementos que

fortalecerão ou enfraquecerão as impressões iniciais. Mas pode ser que em nenhuma delas se chegue a uma “certeza” quanto ao elemento subjetivo da conduta.

A superveniência de resultados trágicos, mais do que qualquer outro elemento, parece influir na transformação de irrelevantes penais em fatos típicos, e de converter ações cuja aparência inicial é culposa em delitos dolosos da maior gravidade. Assim, se o condutor está embriagado, mas não lesiona ninguém, talvez se fale de fato atípico ou, na pior das hipóteses, de direção sob efeito de álcool. Mas se colide com outro veículo e mata quatro pessoas, é quase certo seu indiciamento por múltiplos homicídios dolosos (b). Se a grávida passa mal e o bebê nasce prematuro, dificilmente se cogitará aborto na forma tentada, mas, se o feto morre, é bem possível o reconhecimento do dolo eventual (e). Caso o atacante sofra um leve corte no supercílio, talvez o zagueiro seja expulso e, na pior das hipóteses, receba uma suspensão. Se o impacto da cotovelada gerar um traumatismo craniano, talvez o zagueiro responda por lesão corporal de natureza grave (f). Se a criança leva a arma para a escola e mata dois coleguinhas de turma, não será grande surpresa que o pai seja submetido ao Tribunal do Júri (m). Por fim, se o filho enfermo falece (a), se bebê deixado no veículo morre asfíxiado (k), se do incêndio resultam dez mortes (h), o que era “tolerável” passa a ser inadmissível e, quem sabe, hediondo.

A perspectiva de que em alguns casos a falta da “prova” do dolo produzirá a atipicidade absoluta, e, em outros, no máximo, a responsabilização por crime na forma culposa, parece incomodar alguns. Autoridades policiais, promotores, magistrados, políticos e populares inflamados pelo discurso punitivista jamais tolerarão tanta “impunidade”. Interessante notar, porém, que o uso da palavra **impunidade**, no discurso punitivista, não é apenas paradoxal, mas, frequentemente, irracional. Em princípio, a impunidade seria a não punição em casos cuja incidência das sanções penais seja devida. Se um fato que não constitui crime (em alguns dos exemplos dados, por atipicidade) deixa de ser punido, não se pode falar de impunidade. E o pior: a impunidade é invocada, inclusive, para casos em que há imposição de pena, mas em que seu *quantum* é tido por “insuficiente” sob perspectiva punitivista (delitos culposos).

A necessidade de dar respostas severas a fatos impactantes para exorcizar a temida impunidade e elevar a (ilusória) sensação de segurança encontra na prova do dolo o maior obstáculo à sua satisfação. Se não há “certeza empírica”, e “certeza processual”, muito

raramente, o *jus puniendi*, mesmo em fatos que são alvo de tão elevada reprovação social, é atormentado pela presença constante da dúvida.

Na verdade, a dúvida deveria ser a pior inimiga do punitivismo. Ora, se ela, por regra, deve ser resolvida a favor do réu, sua presença deveria tornar-se um sinônimo de absolvição – e “absolvição”, no dicionário punitivista, se traduz por “impunidade”.

O que as novas demandas punitivas e a expansão do Direito Penal têm evidenciado, porém, é que o punitivismo tem conseguido fazer da dúvida um distorcido e proveitoso uso a seu favor. Prolifera livre e faminto o arquiinimigo do *in dubio pro reo*. Ganha espaço cada vez maior o *in dubio pro societate*.

Não são poucas as decisões de pronúncia que se valem do adágio, entendendo, por exemplo, que “as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade”.¹⁹³ Em uma era constitucional, já se pode questionar a vigência do pensamento em sede de oferecimento de denúncia. Mas, para evitar escândalos, que se conceda espaço para sua influência quando da instauração da ação penal. Admiti-lo como fundamento para a submissão de um réu ao Tribunal do Júri, de outro lado, é atitude de fazer inveja a Pôncio Pilatos. Ora, se o promotor, o juiz ou o Tribunal, que são os “sistemas peritos”, detentores do conhecimento técnico específico, estão com dúvidas após o encerramento da instrução processual, como deixar que a decisão seja tomada por jurados leigos que, com muita sorte (pois nem sempre isso acontece) presenciarão apenas uma “mini-instrução a jato” em plenário? Se o promotor está convicto da ocorrência do crime contra a vida, que peça a pronúncia. Se o juiz está convicto da culpa, que remeta ao Júri, para que este – se for o caso –

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC 199.100/SP. Rel. Min. Jorge Mussi. Brasília, 04.08.2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=199100&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 21 mar. 2014. Em sentido semelhante: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. REsp 1.279.458/MG. Rel. Min. Jorge Mussi. Brasília, 04.09.2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1279458&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 21 mar. 2014. Referindo-se expressamente ao brocardo, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. REsp 247263/MG. Rel. Min. Felix Fischer. Brasília, 04.04.2001. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=247263&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 21 mar. 2014: “No *iudicium accusationis*, inclusive, a eventual dúvida não favorece os acusados, incidindo, aí, a regra exposta na velha parêmia *in dubio pro societate*.”

chancele as impressões até ali construídas. Mas, em caso de dúvidas, a entrega do destino do acusado ao conselho de sentença é uma afronta à inteligência.¹⁹⁴

Mas fechemos esse parêntese processual do Júri, que é demasiadamente estreito à luz dos impactos negativos que a transformação do *in dubio pro reo* em *in dubio pro societate* pode acarretar. O pensamento punitivista que a fomenta **cria presunções e inverte presunções**. Cria as presunções de que todo objeto de procedência incerta seja criminoso, de que todo condutor embriagado não se importa de matar, de que os pais sejam diretamente responsáveis pelas ações de seus filhos. E pior, inverte as presunções de que os pais amam e tendem a não querer as mortes dos filhos, e de que os médicos têm por objetivo tratar e restabelecer a saúde dos pacientes, para criar figuras especialmente monstruosas exatamente em razão de suas responsabilidades para com as vítimas.

Se os interlocutores do discurso punitivista (com destaque para a mídia e para os agentes politiquieiros) veem em qualquer tipo de crime um “prato cheio”, em casos especialmente trágicos podem banquetear-se às fartas.

Há chance de um condutor embriagado causar colisão automobilística sem vítimas e não sofrer a acusação referente ao homicídio na forma tentada. Há chance, também, embora já em menor escala, de que, matando algum familiar que levava como passageiro, escape da imputação dolosa e seja punido por homicídio culposo. Se sua conduta causar a morte de “terceiros inocentes” – especialmente se forem vários, ou se entre eles existirem mulheres, crianças e idosos – transforma-se em um forte candidato a responder não apenas por homicídio doloso, mas por este crime na forma qualificada, com todos os gravames que a aposição do rótulo da hediondez impõe. Veja-se que a possibilidade de que ele não tenha sido o verdadeiro causador do acidente nem foi até aqui cogitada, uma vez que, pela ingestão do álcool, este motorista atraiu para si a indefensabilidade de sua conduta e de todos os infortúnios dela porventura decorrentes. Versão motorizada do *versari in re illicita*.

¹⁹⁴ Além de uma atitude temerária quanto à liberdade do acusado, exposto, em matéria de elevada complexidade, ao arbítrio de juízes leigos. Há casos em que a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente não se opera adequadamente para os jurados, e isso costuma vir expresso nas votações aos quesitos. Em desastre automobilístico ocorrido no Sul do país, o condutor – com uma única conduta, obviamente – causou a morte de duas pessoas e ferimentos em uma terceira. Na votação, o Conselho de Sentença reconheceu o dolo eventual, mas com disparidade de placares nas votações: estranhamente, 4x3 em relação à primeira vítima e 5x2 em relação às duas outras. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 71.800/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 20.06.1995. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745975/habeas-corpus-hc-71800-rs>> Acesso em 21 mar. 2104.

É isso o que faz a **ânsia punitiva**: cria fórmulas matemáticas. Dá respostas antes mesmo das perguntas surgirem. Resolve casos por antecipação e por atacado. O que é já não importa tanto quanto **o que deve ser**. E o que **deve ser** é tudo o que for preciso para que haja punição.

3.2 A PRESUNÇÃO DOS ELEMENTOS DO DOLO: INACEITABILIDADE DAS PRESUNÇÕES DE CARÁTER ABSOLUTO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Presunção é uma suposição tida como verdadeira. Na verdade, se trata de uma hipótese que é assumida como correta. Geralmente, a presunção é um juízo precário de conhecimento formado a partir de aparências e indícios.¹⁹⁵ Da análise das aparências e indícios surgem hipóteses interpretativas. Sobre as hipóteses que contam com amparo suficiente em indícios de modo a se poderem considerar altamente prováveis incide a presunção de que estejam corretas. O que importa dizer, aqui, é que a presunção, necessariamente, pressupõe dúvida ou incerteza. Caso contrário, seria o caso de falar-se em prova. O que está efetivamente provado (*plus*) não necessita ser presumido (*minus*).

A “presunção” (*praesumptio, praesumptionis*) é uma “pré-assunção” (*assumptio, assumptionis*). A partícula “pré”, originada do latim *prae*, denota “anterioridade, antecipação, adiantamento”, isto é, é uma antecipação ou adiantamento de uma assunção, enquanto “proposição que, uma vez formulada e aceita, dá origem a uma série de inferências irrefutáveis e necessárias; primeira premissa de um silogismo; ação de formular ou escolher uma proposição que funcione como premissa de um raciocínio”.¹⁹⁶ Parece que essa ideia de **precariedade** ou **provisoriedade**, inerente ao conceito de presunção, não foi bem assimilada pelo discurso jurídico.

Usam-se, no linguajar jurídico, as expressões “presunção relativa” (*juris tantum*) e “presunção absoluta” (*juris et de jure*). No caso da presunção relativa, temos, de fato, uma hipótese que pode ser confirmada ou refutada processualmente (ou, como se costuma dizer, “que admite

¹⁹⁵ “A convicção do magistrado aí se forma com base em fatos e na observação, para que, de um acontecimento conhecido e demonstrado, possa concluir pela existência ou inexistência, veracidade ou falsidade de outro fato” MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. V. II. 9.ed.atual. Campinas: Millenium, 2003, p. 253.

¹⁹⁶ HOUAISS, Antonio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**, versão 1.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

prova em sentido contrário”). A presunção absoluta, enquanto hipótese que não depende de confirmação e não admite prova em sentido contrário, é uma contradição em termos, já que, se é presunção, é precária, provisória.

É com tranquilidade que afirmamos que, pelo menos em sede de Direito Penal e Processual Penal, nenhuma “presunção absoluta” será possível em desfavor do réu¹⁹⁷, e por razões bastante óbvias: a presunção absoluta fecha a possibilidade de se produzir certas provas e, naturalmente, impede a ampla defesa acerca de determinados aspectos (como a lesividade concreta, por exemplo) e dispensa o contraditório (ou torna-o simbólico), já que, por seu caráter absoluto, nenhuma prova ou alegação do mundo será capaz de afastá-la. Pensemos bem: que **defesa** terá um indivíduo preso em flagrante delito com uma bala de revólver calibre .38 em seu bolso? Todo o seu processo será uma grande encenação. Se levada a sério essa ideia de presunção absoluta nos crimes de perigo abstrato, como é o caso da acusação em questão (art. 14 da Lei 10.826/03), não há absolutamente nada, à exceção das hipóteses de erro (de tipo e de proibição), que possa ser dito no sentido de afastar sua responsabilidade penal.

Mas o uso das presunções – inclusive as de caráter dito absoluto – não é incomum. Enquanto tais presunções forem **relativas**, isto é, admitirem a hipótese de negação, não importarão ofensa a qualquer direito fundamental. Estarão sujeitas ao contraditório, o que significa dizer que são suspeitas iniciais (ou, **hipóteses**) que deverão ser confirmadas no processo.

Seria muita ingenuidade supor que não vá incidir a presunção de *animus necandi* na hipótese do tiro dado na cabeça da vítima; ou de *animus furandi* no caso da empregada doméstica que esconde em sua bolsa uma joia de sua empregadora. A questão é: não se podem tolerar

¹⁹⁷ Gustavo Badaró entende que presunções absolutas são possíveis; que não conflitam com a presunção de inocência; e que não violam o *in dubio pro reo*. Isso, porque, em sua visão, presunções absolutas são, sempre, tema de leis *penais*, e nada têm a ver com processo penal ou, mais especificamente, com “provas”. Discordamos. A presunção absoluta, embora de fato insere em um tipo penal (lei material) tornará “desnecessárias” ou até “descabidas” certas discussões que tomariam lugar no processo penal (como, por exemplo, ofensividade da conduta). Registre-se, todavia, que este autor concorda que não pode haver crime sem lesão concreta a um bem jurídico, desaprovando, também, os crimes de perigo abstrato. Mas, a seu ver, “não se trata, porém, de problema relativo ao ônus da prova, mas sim da necessidade de ofensa ao bem jurídico como requisito indispensável da tipicidade” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 270-273. Ocorre que, como dito, a “ofensa ao bem jurídico” não estará disponível para discussão no processo, eis que presumida em absoluto, o que indica que, apesar de ser um vício oriundo da lei material, surte efeitos no campo processual, e, ao limitar o conteúdo do que pode ser provado, fere ampla defesa e contraditório, e recusa espaço ao *in dubio pro reo* (já que a lesão é tida como certa e inquestionável, não cedendo margem a dúvidas).

presunções que sejam absolutas, isto é, que não permitam a discussão da intenção dos agentes dos exemplos. É preciso que se abra a possibilidade de convencimento do magistrado acerca das versões dos acusados. Não só a arma pode ter disparado acidentalmente (homicídio culposo), como a intenção do agente pode ter sido a de ferir a vítima no braço (lesão corporal qualificada pela morte). No caso da doméstica, ela pode ter tirado a joia apenas com a intenção de uso, mas já tendo em mente a posterior devolução (fato atípico). A plausibilidade das versões variará conforme existam subsídios fáticos a ampará-las. Mas o certo é que elas devem ser ouvidas, e não apenas “escutadas”, *pro forma*, sem a menor possibilidade de influência na decisão a ser proferida nos autos.

Parece exagero supor que presunções absolutas estejam sendo aplicadas mesmo em casos em que se oportunizam ampla defesa e contraditório. É preciso esclarecer isso. O fato de o réu poder pronunciar-se e apresentar provas não contradiz a afirmação da presunção absoluta. Desde que suas palavras caiam no mais absoluto vazio em favor de **fórmulas matemáticas preconcebidas** (“beber + dirigir = assunção do risco de matar”) ou não sejam consideradas presunções que também militam a seu favor (o típico apego à vida dos seres humanos; o normal apreço pela vida de parentes e amigos; etc.), a instrução probatória se transformará em mera formalidade – na verdade, um “contratempo” que atrasa a condenação segura.

Mas falemos, primeiro, das presunções legais, para que possamos, mais oportunamente, retomar a discussão acerca das presunções processuais.

Uma das mais características tendências político-criminais impulsionadas pelo punitivismo é a da **antecipação da tutela penal**. Por meio dela, determinados atos preparatórios de um crime são destacados de seu *iter* e transformados em crimes autônomos¹⁹⁸. É, também, uma forma de antecipação da tutela penal, atualmente bastante frequente, a criação de tipos penais de perigo abstrato¹⁹⁹ (ou a interpretação de crimes de perigo como sendo de natureza abstrata).

¹⁹⁸ Apenas a título de exemplificação, tomem-se os crimes dos arts. 291 (petrechos de falsificação) e 288 (associação criminosa) do Código Penal: o primeiro seria um ato de preparação para o delito de moeda falsa (art. 289), e o segundo, um ato antecedente comum a diversos crimes que podem ser cometidos em concurso de agentes. Não se questiona – vale registrar – que os crimes cometidos por organizações ou associações criminosas sejam considerados mais graves. Mas a punição pela prática do fato em concurso é muito diferente da punição do concurso, sem a prática do fato.

¹⁹⁹ Direção sob o efeito de bebida alcoólica (art. 306 da Lei 9.503/97); porte e posse ilegal de armas de fogo ou de munições (arts. 12 e 14 da Lei 10.826/03); crimes relacionados ao porte para consumo e ao tráfico de drogas (arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06); diversas figuras típicas previstas na lei de crimes ambientais (v.g., arts. 51 e 52

As presunções absolutas aparecem, ainda, em alguns crimes de dano, como o estupro de vulnerável (art. 217-A), em que se parte do pressuposto de que não há uma só pessoa no mundo inteiro que, com treze anos de idade, esteja em condições físicas, intelectuais e emocionais de consentir validamente para a prática de ato sexual, ou seja, de que, necessariamente, a prática de relações sexuais com pessoas menores de catorze anos importará violação do bem jurídico “dignidade sexual”.²⁰⁰

O fato é que as contraditórias presunções absolutas desprezam os dados do caso concreto e privilegiam as abstrações conjecturais. São inadmissíveis porque partem da declarada decisão de abrir mão do exame da realidade fática para a imposição de uma pena com base em uma hipótese não verificada – e que não pode ser contestada, independentemente de quão numerosos e robustos sejam os argumentos do acusado. Fica claro, assim, nosso rechaço às criminalizações que têm por referência atos preparatórios e perigos abstratos.

Mas as presunções são motivo de preocupação talvez ainda maior, pelo casuísmo e pela total imprevisibilidade, nos **processos** criminais.

Começamos pelos delitos de trânsito, usualmente os mais lembrados quando o ponto de discussão é a separação entre dolo e culpa, e constituintes do mais amplo espaço de criação das fórmulas matemáticas e objetivadoras.

As fórmulas matemáticas mais prestigiadas são aquelas que associam, diretamente, embriaguez, excesso de velocidade e disputas por espírito de emulação (“rachas” ou “pegas”) ao dolo eventual. “Embriaguez + condução de veículo automotor = dolo eventual”, e, assim, sucessivamente.

da Lei 9.605/98, que punem os atos de “comercializar” e “portar” certos instrumentos); e novas criminalizações insertas no Estatuto da Criança e do Adolescente (p.ex., art. 241-B, que pune a conduta de “possuir” vídeo que contenha cena de sexo envolvendo criança ou adolescente); são alguns exemplos.

²⁰⁰ Já tivemos a oportunidade de refutar, por violar do princípio da ofensividade, a natureza absoluta do instituto da “vulnerabilidade” das pessoas menores de 14 e maiores de 12 anos, trazida ao ordenamento à revelia das modificações operadas nos costumes e práticas sociais nos últimos setenta anos, bem como na contramão de diversas decisões judiciais que vinham sendo proferidas no sentido da relativização de seu antecessor (o instituto da violência ficta ou presumida). JORIO, Israel Domingos. Vulnerabilidade relativa, sim! **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo: IBCCrim, ano 20, n. 236, p. 8-9. Jul. 2012.

Frisemos, primeiramente, o porquê das fórmulas. Está com razão Feijóo Sánchez quando afirma que “en realidad, es imposible conocer de forma directa lo que pasaba por la cabeza del autor antes de realizar el hecho o en el momento de realizarlo”.²⁰¹ É por isso que é amplamente dominante a ideia de que o dolo apenas pode ser imputado a partir da ponderação de indícios externos. O Tribunal Supremo da Espanha reiteradamente julgou no sentido de que o dolo é algo que pertence “a lo más íntimo de la psique del individuo”²⁰² e expressa “deseos y tendencias que se esconden en lo más profundo del alma humana”²⁰³, razão pela qual,

salvo improbable confesión de la persona concernida, sólo puede ser aprehendido - más que comprobado- por una constelación de indicios que enlazados entre si equivalen a su existencia, de suerte que esa constelación de indicios viene a ser el verdadero objeto de la determinación probatoria, pues la certeza de tal conocimiento o intención, dada su naturaleza interna, resulta indemostrable.²⁰⁴

No Brasil, especialmente quanto ao dolo eventual, é bastante aplicado o entendimento de que “[...] na prática, não é extraído da mente do autor mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas isto sim, que a aceitação se mostre no plano do possível, provável.”²⁰⁵

É claro que não podemos excluir, por antecipação, a possibilidade de que se venha a reconhecer a figura do dolo eventual em casos de homicídios cometidos na direção de veículos automotores. Mas, fazendo nossas as palavras de Rogério Greco²⁰⁶, “Só a estamos

²⁰¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 132. “na realidade, é impossível conhecer de forma direta o que passava pela cabeça do autor antes de realizar o fato ou no momento de realizá-lo.” (Tradução nossa)

²⁰² ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 9156/1992, ponente Francisco Soto Nieto; STS 13922/1992, ponente Francisco Soto Nieto; STS 9086/1992, ponente Francisco Soto Nieto. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

²⁰³ ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 7146/1999, ponente José Augusto de Vega Ruiz; STS 7070/1998, ponente José Augusto de Vega Ruiz; STS 2872/1998, ponente José Augusto de Vega Ruiz. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

²⁰⁴ ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 7211/2009, ponente Francisco Monterde Ferrer. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014. “Salvo improvável confissão da pessoa em questão, só pode ser apreendido – mais que comprovado - por uma constelação de indícios que enlaçados entre si equivalem à sua existência, de sorte que essa constelação de indícios vem a ser o verdadeiro objeto da determinação probatória, pois a certeza de tal conhecimento ou intenção, dada sua natureza interna, resulta indemonstável.” (Tradução nossa).

²⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. REsp 247263/MG. Rel. Min. Felix Fischer. Brasília, 05.04.2001. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=247263&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 21 mar. 2104. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 91.159/MG. Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, 02.09.2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891159%2E%2E%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b8tat4z>> Acesso em 21 mar. 2014.

²⁰⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. v. 1. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 209.

rejeitando como uma fórmula matemática, absoluta”. É possível, com a reunião de vários indícios, e com a construção de uma argumentação racional coesa, afastar a presunção inicial de que a conduta deva ser avaliada como culposa para apor-lhe o rótulo de dolosa. O grande problema é que, em muitas decisões, se alude às tais “circunstâncias” e aos ditos “indícios” sem que sejam eles pormenorizadamente explorados ou mesmo apontados. Só se indicam os dados da ingestão de álcool e/ou da velocidade excessiva, na esperança de que conduzam, como se compusessem o mais perfeito silogismo, à constatação do dolo eventual. “O fato de ter o agente conduzido embarcação em local sabidamente utilizado por banhistas, em velocidade que se mostrou excessiva, é suficiente para formar um juízo de certeza quanto à presença do dolo eventual no crime de lesões corporais gravíssimas.”²⁰⁷

Quando o assunto é o das disputas por espírito de emulação (“rachas” ou “pegas”), o rigor se intensifica e as fórmulas ganham espaço ainda maior. Podem apresentar-se, aliás, sob as formas mais concisas, que tratam o assunto como “pacificado”: “É cediço na Corte que, em se tratando de homicídio praticado na direção de veículo automotor em decorrência do chamado ‘racha’, a conduta configura homicídio doloso”.²⁰⁸

E o problema não para por aí. A “prestação de contas” a um público (social e midiático) cada vez mais exigente tem levado a respostas punitivas que parecem ter perdido os últimos vínculos com a realidade. Saltamos da presunção da culpa à presunção do dolo, e desta à hediondez dos delitos de trânsito. Julgados que demonstram o incontentamento com a dolosidade imputada aos homicídios, agregam-lhes qualificadoras como as do “motivo fútil”²⁰⁹, do “perigo comum”²¹⁰ e do “recurso que tornou impossível a defesa do ofendido”²¹¹

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental 724918/ES. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 28.02.2013. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23069032/recurso-extraordinario-com-agravo-are-724918-es-stf?ref=home>> Acesso em 21 mar. 2014. Outro exemplo, na mesma linha: “No caso sob exame, o paciente foi condenado pela prática de homicídio doloso por imprimir velocidade excessiva ao veículo que dirigia, e, ainda, por estar sob influência do álcool, circunstância apta a demonstrar que o réu aceitou a ocorrência do resultado e agiu, portanto, com dolo eventual”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda turma. HC 115352/ DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 16.04.2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28115352%2E%2E+OU+115352%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cfkqhl> Acesso em 21 mar. 2014.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 101698/RJ. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 18.10.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28101698%2E%2E+OU+101698%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cg6o9k6>> Acesso em 21 mar. 2014.

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC 118071 / MT. Rel. Min. Laurita Vaz. Brasília, 07.12.2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=118071&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 21 mar. 2014.

(art. 121, § 2º, respectivamente, incisos II, III e IV, do Código Penal). A julgar pela tendência, venhamos a conhecer a pena de morte em nosso país, teremos cemitérios criados só para motoristas.

Está absolutamente claro que a classificação das condutas em questão como dolosas decorre da insatisfação sentida em relação às penas que seriam realmente devidas – de homicídio ou de lesão corpora culposa. É impensável a imposição de tais penas, consideradas muito brandas ou mesmo “convidativas” se examinadas à luz da tragicidade dos danos causados. Embora cientes de que o mero aumento das penas não é suficiente para a redução ou contenção dos crimes a que elas se encontram cominadas, concordamos que o apenamento sob análise poderia e deveria ser revisto. É natural que exista um abismo de separação entre o agir doloso e o culposo, e que isso reflita em suas respectivas penas. Mas o trato de todo e qualquer comportamento culposos com uma mesma política criminal não parece acertado. De fato, há um problema social cuja gravidade exige uma política criminal específica, de modo que é perfeitamente justificável pensar uma penalidade diferenciada para os casos de homicídios e lesões corporais culposos cometidos em condição de embriaguez ou de disputas automobilísticas, por exemplo. A inserção de qualificadoras nos arts. 302 e 303 do Código de Trânsito (Lei 9.503/97) com penas mais elevadas para tais hipóteses se revela produtiva.²¹² Mas voltaremos a falar disso mais adiante. Por ora, o que intentamos expor é que a medida político-criminal que se espera para o assunto deveria seguir a via adequada – a legislativa. Quanto a isso, a crítica de Alexandre Wunderlich²¹³ é contundente:

“[...] o dolo eventual nos crimes de trânsito é uma ficção jurídica utilizada fantasiosamente para compensar uma legislação inadequada e, assim, atender aos reclamos da mídia. Diga-se, ainda, que serve para acabar com aquilo que a mídia (odiosa imprensa leiga) e os profetas dos “movimentos”, mais das vezes emulados pela mesquinhez de ideologias “baratas”, classificam de impunidade. Mas não se

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. REsp 912060 / DF. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 14.11.2007. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=912060&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 21 mar. 2014.

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC 120175 / SC. Rel. min. Laurita Vaz. Brasília, 02.03.2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=120175&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 21 mar. 2014.

²¹² BRASIL. Lei n 9.503/97 (Código de Trânsito), de 23 de setembro de 1999. São Paulo: Saraiva, 2013.

²¹³ WUNDERLICH, Alexandre. O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, RT, ano 87, v. 754, p 474. Ago. 1998. Também irredimido, Rogério Greco sustenta que “[...] o clamor social no sentido de que os motoristas que dirigem embriagados e/ou em velocidade excessiva deve ser punidos severamente, quando tiram a vida ou causam lesões irreversíveis em pessoas inocentes, não pode ter condão de modificar toda a nossa estrutura jurídico-penal”. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9.ed.rev.atual. Niterói: Impetus, 2008, p. 209.

diga que, com base na teoria do delito, existe fundamento jurídico plausível e consolidado sobre a demarcação do conceito de dolo eventual, mormente, no sentido amplo, chegando a cogitar-se que o agente consinta com seu possível suicídio.

Na verdade, as restrições dogmáticas oponíveis à febre do dolo eventual no trânsito não são tão importantes quanto as que se podem fazer, com simples base na experiência, por qualquer indivíduo leigo. De um lado, discutimos, tecnicamente, o sentido e o alcance do “consentimento”, perguntando-nos, por meio da famosa “primeira fórmula de Frank”, se o agente, caso tivesse a certeza de que causaria a morte de outro condutor ou de um pedestre, atuaria da mesma forma. Mas é a experiência que nos leva a indagar se é razoável supor que o agente, ao beber e dirigir, ao imprimir velocidade excessiva em seu veículo, ao por em curso disputas automobilísticas clandestinas, perde toda e qualquer sensibilidade que tenha em relação à morte de pessoas inocentes e, inclusive, em relação à sua própria. É como já pudemos anotar: mais do que um psicopata, esse tipo de motorista é um **psicopata suicida**.²¹⁴

A presunção absoluta que se oculta sob as fórmulas matemáticas é uma inversão de presunções que são socialmente estáveis. Em regra, o pai ama os filhos, o marido se importa com a esposa e a pessoa preza a própria vida. O dedo em riste normalmente é uma decorrência da assunção do papel de vítima potencial. Pensamos na horrenda possibilidade de perder um ente querido atropelado na calçada por um condutor bêbado ou um *playboy* inconsequente. Aqui, é muito simples compreender a fúria que se instaura ao empossarmos o que se pode chamar “prerrogativa de vítima”: ódio, rancor, desejo de vingança e exigência do máximo rigor pensável. Uma sociedade só de vítimas é inviável. Alguém deve cortar o elo da corrente e interromper a sequência de vinganças, mantendo posição, se não imparcial, pelo menos equilibrada, para estabelecer leis e respostas que não sejam sempre aquelas dadas no auge da revolta. Esse equilíbrio pode ser mais facilmente alcançado com o deslocamento para a outra extremidade e a assunção do papel de infrator potencial. O ímpeto acusador tende a diminuir se a tragédia de perder um filho, pai ou esposa for pensada como resultante de obra própria. Mude-se o exemplo: não mais o degenerado ceifa a vida de quem eu amo. O brilho de seus olhos desvanece no assento do carona ou no banco traseiro. O sinal avançado para evitar

²¹⁴ “Tudo importa em assumir o risco. Atualmente, parece difícil criar exemplos críveis de homicídio culposo na direção de automóvel. Beber, correr, ultrapassar, avançar sinal... Tudo isso é assumir o risco de matar. Mas só de matar? Ninguém tem medo de morrer? Será que todo inconsequente está efetivamente preparado para assumir seu **pacote de desgraças**? Não apenas a morte do outro, mas a sua própria; não apenas a morte do desconhecido, mas a do seu próprio filho, ou cônjuge, que o acompanha. Esse condutor, pior que um psicopata, é um **psicopata suicida**”. JORIO, Israel Domingos. O fetiche do dolo eventual. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo: IBCCrim, ano 20, n. 230, p. 11. Jan. 2012.

o atraso na escola, o vinho da ceia de natal, o sono após o exaustivo dia de trabalho. Um evento corriqueiro, repetido de modo estéril milhares de vezes ao longo da vida, muda drástica e irremediavelmente nossas fortunas, manchando com sangue as mãos que outrora só faziam acariciar. Será que há, de fato, consentimento, aprovação, desprezo, indiferença ou pouco caso? “Cessem as lamúrias” – é o que nos dirão. “Vai começar o Júri; lá, te assentarás no banco dos assassinos, raras vezes ocupado por filicidas, parricidas e matricidas como tu”.

Em muitos casos, em que pese a gravidade dos danos causados, a pressuposição da vontade exige que se alongue seu conceito a ponto de esgarçá-lo. Ao fim do processo, não se tem uma vontade, mas um restolho deformado dela. É por isso que surgiram as propostas de normatização – para que sua verificação não seja mais necessária. Mas não é chegada, ainda, a hora dessa análise. Continuemos com a questão da presunção do dolo, que estende seus efeitos para além daqueles que demarcam o Direito Penal do trânsito.

No campo do chamado Direito Penal econômico, e, principalmente, no caso da lavagem de dinheiro, novas e engenhosas teorias têm sido empregadas. Merece destaque a teoria denominada *willful blindness* (“cegueira deliberada”), bastante empregada nos Estados Unidos e já com aceitação em outros países, como a Espanha. Por essa teoria, o agente, diante de um caso em que pode lhe ser imputado algum tipo de responsabilidade criminal, decide conscientemente manter-se em ignorância a respeito de informações e detalhes que revelariam a natureza ilícita da atividade em que está envolvido. Trata-se, de fato, de um desconhecimento, mas de um desconhecimento proposital, em que, o agente se certifica de que nenhuma informação potencialmente comprometedoras lhe seja passada por outrem. É como se o gerente de uma instituição bancária que decidisse participar daquilo que aparenta ser uma típica lavagem de dinheiro pedisse ao “cliente” que jamais lhe dissesse qual a procedência do capital a ser “investido”.

Uma utilização bastante frequente da teoria tem sido realizada em processos referentes a tráfico de drogas, em que o acusado alega desconhecer a natureza proibida da substância que transporta. Em alguns casos, o que seria um **erro de tipo** (art. 20, *caput*, do CP), vencível ou invencível, passa a ser interpretado como uma reprovável estratégia de impunidade:

Por exemplo, entendeu-se, no caso Jewell, no qual o acusado havia transportado 110 libras de maconha do México para os Estados Unidos em um compartimento secreto de seu carro, que a alegação de que não sabia exatamente a natureza do que

transportava escondido não eliminava a sua responsabilidade criminal, pois ele teria agido com o propósito consciente de evitar conhecer a natureza do produto que transportava.²¹⁵

Com o propósito de criar um equivalente para o conhecimento real, concreto, exigido por qualquer sistema jurídico-penal minimamente evoluído, tem sido aplicada no Júri, nos EUA, a técnica apelidada de *ostrich instructions* (“instruções do avestruz”). Trata-se de uma tese de acusação apresentada aos jurados sob a forma de instruções para o reconhecimento da *willful blindness*. Já não seria preciso comprovar que o agente acautelou-se no sentido de não se inteirar sobre a ilicitude da atividade, isto é, que deliberadamente procurou manter-se em ignorância. Basta que, diante de indícios dessa ilicitude, haja tapado os olhos, como se não quisesse enxergá-los. Atua, assim, como um avestruz, que, diante do perigo, mete a cabeça em um buraco ao chão, como se a não-visualização dos riscos pudesse colocá-lo a salvo de todos os males dele eventualmente decorrentes. Assim agiria o criminoso: diante de informações que autorizam a suspeita de ilicitude, fecha os olhos e continua no que faz. Um caso importante, nesse sentido, foi o da corretora de imóveis Ellen Campbell, que vendeu uma casa a um traficante alegando o desconhecimento das atividades criminosas por ele desenvolvidas e, com isso, a procedência ilícita do seu dinheiro. O Júri entendeu que Campbell, embora de fato não soubesse, não soube porque não quis saber, pois diversos indícios existiam no sentido da ilicitude da atividade. Ela vendeu um imóvel no valor de US\$ 182.500,00, dos quais US\$ 60.000,00 foram pagos “por fora”, em dinheiro, em pacotes de compras, por um indivíduo que, dizendo-se empresário, aparecia nos encontros de negócio com carros de luxo (ora, um Porsche vermelho, ora, um dourado). Nas instruções que o Júri recebeu, o Estado orientava no sentido de que “O elemento do conhecimento pode ser satisfeito por inferências extraídas da prova de que o acusado deliberadamente fechou os olhos para o que, de outra maneira, lhe seria óbvio”.²¹⁶

Na Espanha, o Tribunal Supremo reconheceu a *willful blindness* (ali denominada *ceguera voluntaria* ou *ignorancia deliberada*) na hipótese em que um indivíduo recebia pequenas quantidades de droga para guardar em sua casa pacotes cujo conteúdo – cocaína – afirmou com veemência desconhecer. Aquela Corte Suprema decidiu que “Si recibía droga a cambio de la custodia de esos paquetes, estaríamos al menos ante un caso de irrelevante ‘ceguera’

²¹⁵ MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64.

²¹⁶ O caso é narrado e detalhado por MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64-65.

deliberada que no excluye el elemento intencional del delito: preferir ‘no saber’ con afán puramente estratégico”.²¹⁷

Em outro caso, o tema foi abordado com maior grau de generalização:

[...] todo el que controla un vehículo o tiene a disposición un medio de transporte de viajeros, debe tener la responsabilidad de conocer aquello que se transporta en el mismo, cualquiera que sea el lugar en el que se esconda, pronunciamientos éstos que se basan en la denominada doctrina de la ignorancia deliberada, relacionada con la doctrina jurisprudencial acerca del dolo eventual, y la teoría del asentimiento, de modo que incumbe a quien lleva a cabo una acción el despejar las dudas que puedan surgir acerca de la verdadera naturaleza y contornos de su misma estructura. En otras palabras: quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saber, está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito actuar en que voluntariamente participa. O, como dice la STS 633/2009, de 10 de junio, quien se encuentra en una situación que se conoce como ceguera voluntaria (willful blindness), no está excluido de responsabilidad criminal por la acción ejecutada [...].²¹⁸

No bojo daquela que talvez seja a Ação Penal mais importante da história de nosso país (AP 47/MG – caso “mensalão”) discutiu-se a possibilidade da configuração do delito de lavagem de capitais mediante o dolo eventual, tendo sido expressamente admitida pelo Ministro Celso de Mello a aplicabilidade em cenário nacional da teoria da cegueira deliberada, embora, no caso dos autos, estivesse caracterizado, em sua opinião, o dolo direto por parte dos acusados.²¹⁹

O argentino Gabriel Pérez Barberá justifica o raciocínio da “*ceguera ante los hechos*”, o mesmo que instrui a teoria em voga. Há, em sua opinião, desconhecimentos ou falsas representações da realidade que são “epistemicamente irracionais”, isto é, absolutamente injustificáveis do ponto de vista da experiência comum e insustentáveis de acordo com o contexto em que se dão, a menos que o indivíduo seja considerado inimputável. Nesses casos, o agente adota, em sua ignorância, uma postura arbitrária, completamente egoísta, que revela o desprezo pelos bens jurídicos alheios.²²⁰

²¹⁷ ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 3950/2013, Ponente Antonio del Moral García. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

²¹⁸ ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 3948/2013, ponente Juliano Artemio Sanchez Melgar. No mesmo sentido, STS 1515/2013, Ponente Juliano Artemio Sanchez Melgar; STS 9112/2011, Ponente Julian Artemio Sanchez Melgar; STS 796/2013, Ponente Carlos Granados Perez. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 684. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm>> Acesso em 21 mar. 2014.

²²⁰ “Todo caso de ceguera ante los hechos es, por lo tanto, consecuencia invariable de una falta de interés del autor por los bienes de los otros.” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *Dolo como reproche*: hacia el abandono de la

As modernas teorias são convidativas e sedutoras, especialmente se suscitadas para a socialmente aclamada missão da redução da impunidade e do combate da dita “criminalidade contemporânea”, para a qual o Direito Penal “clássico” estaria terrivelmente desaparelhado. A crescente aceitação dessa forma de pensar pode conduzir – melhor, re-conduzir – à responsabilidade penal objetiva. Flexibilização das provas, relativização de garantias e, por fim, matematização e absolutização de presunções. O que sobra é a punição do agente conforme o resultado de sua conduta, com a total abstração do conteúdo psíquico que a anima. É dizer: com a abstração, exatamente, do componente humano do fenômeno.

A facilitação da configuração do dolo por meio de presunções é o novo alimento do voraz apetite punitivo, e tem o potencial de criar um ambiente social detestável, em que qualquer conduta que envolva o mínimo grau de risco é posta sob a ira e a mira do Estado. Em se verificando o infortúnio da causação de um resultado lesivo, as chances da crucificação se multiplicam sobremaneira, valendo lembrar a “criminalização por comportamento grotesco”, de que fala Zaffaroni²²¹, e que abordamos no primeiro capítulo.

A insuportabilidade da vida em sociedade começa a se desenhar quando toda fatalidade se transforma em atrocidade, e quando qualquer descuido traduz perversidade. No mundo atual, praticamente tudo o que se faz envolve algum grau de risco: fazer uso de meios de transporte, consumir alimentos, remédios, tratamentos, medicamentos, realizar e submeter-se a cirurgias, praticar atividades esportivas, usar elevadores e escadas rolantes, manusear combustíveis, energias, radiações. Se tudo é arriscado, estaríamos sempre “assumindo os riscos”? Constantemente, e quanto a tudo?

Chegaremos ao ponto em que o temor do absurdo ou improvável será a tônica da vida para as atividades mais corriqueiras. O dentista terá medo de perder um paciente em virtude de uma obturação. O cozinheiro hesitará em servir o peixe, haja vista a possibilidade de os espinhos causarem sufocação letal. Os esportes acabarão banidos, diante da possibilidade de lesões e óbitos decorrentes do contato. Dirigir carros e pilotar embarcações e aeronaves, nem se diga: envolver-se em acidente em que haja fatalidade é como executar a tiros a vítima. O e-mail não

idea de dolo como estado mental. **Revista Pensar en derecho**, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, n. 1, dez. 2012, p. 191.

²²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 49.

será aberto, pois pode conter pornografia infantil. O negócio jurídico será suspenso, pois a origem do dinheiro sempre pode ser ilícita. Exemplos ridículos? Exageros? A vida mostra que não.

Um médico cirurgião gastroenterologista especialista em redução de estômago se propôs a realizar uma videolaparoscopia em um paciente obeso, portador de diabetes e hipertensão, exatamente para o combate a essas morbidades, que lhe retiram a qualidade de vida. Embora tenha transcorrido normalmente a cirurgia, a recuperação pós-operatória, em razão do diabetes, não foi a melhor, tendo-se mostrado precária a cicatrização dos cortes internos, razão pela qual o paciente não resistiu, vindo a óbito após alguns dias. Mesmo com a comprovação da correção técnica do procedimento cirúrgico a partir da absolvição pelo Conselho Regional de Medicina, e mesmo com a liberação para o procedimento estampada nos exames pré-operatórios com resultados satisfatórios, e apesar do acompanhamento pós-cirúrgico e da cientificação da família e do paciente acerca dos inerentes riscos do tratamento, esse médico foi denunciado por homicídio doloso.²²² Teria ele, segundo o entendimento ministerial, assumido o risco de matar o paciente ao submetê-lo à cirurgia bariátrica, já que se tratava de pessoa diabética e hipertensa. Ele e os quase cinco mil pacientes que já havia operado anteriormente, ao que parece, já que, todos, para decidirem pela cirurgia, pretendiam livrar-se de uma ou mais das morbidades que assolavam o paciente que faleceu.

Mais chocante – e ideal para ilustrar o contágio das instâncias de poder pela ânsia punitiva –, é o célebre caso da Boate Kiss, da cidade de Santa Maria, localizada no estado do Rio Grande do Sul. Consta na denúncia²²³ referente ao episódio que, em show realizado na madrugada de 27 de Janeiro de 2013, houve inadequada manipulação de fogos de artifício denominados “chuva de prata”, cujas fagulhas, ao entrar em contato com a altamente inflamável espuma que funcionava como isolante acústico do ambiente, deram início a calamitoso incêndio. Por falta de habilidade técnica no manuseio dos fogos e inobservância de regras de segurança; por inadequação do ambiente para shows da espécie; pela insuficiência de saídas de emergência; e pela superlotação com que operava o estabelecimento, concluiu-se que os donos da boate e os

²²² ESPÍRITO SANTO. Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo. Processo Nº 0025281-44.2006.8.08.0035, 4ª vara Criminal da Comarca de Vila Velha – ES. Disponível a partir de <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_12_instancias/descricao_proces.cfm> Acesso em 21 mar. 2014.

²²³ RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Processo Nº 0002353-19.2013.8.21.0027, 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria – RS. Disponível a partir de <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em 21 mar. 2014.

integrantes da banda contratada para o show assumiram o risco de matar quase mil seres humanos. Teriam agido com dolo eventual, pouco se importando com as vidas das centenas de pessoas presentes – e, óbvia e ironicamente, com as suas próprias vidas. Por essa razão, foram denunciados pelo cometimento de 241 homicídios qualificados pelo motivo torpe e o meio cruel na forma consumada (art. 121, § 2º, I e III, do CP), além de 636 homicídios igualmente qualificados na forma tentada, o que pode chegar a lhes render, só pelos crimes contra a vida, um total de 20.000 anos de prisão (mais precisamente 19.950, mas não cremos que os acusados façam caso por conta de míseros 50 anos).

Casos como esse demonstram eximamente bem a corrosão das bases que unem os elementos do corpo social e o potencial destrutivo do emprego indiscriminado do dolo eventual como panaceia jurídica. Quem era semelhante rapidamente se transforma em inimigo e presencia o esvair de qualquer possibilidade de solidariedade ou compreensão. Humanamente falando, como supor, como primeira e imediata hipótese, que tenha havido dolo homicida quanto a tantas mortes? Como partir da premissa de que os empresários e músicos tenham desprezado todas aquelas vidas ali presentes? Do ponto de vista do Direito, como afirmar com tanta segurança que as mortes tenham sido efetivamente representadas (requisito da consciência, que, como visto, é pacificamente aceito, inclusive pela maioria dos normativistas, como condição para a configuração do dolo, qualquer que seja a sua espécie)? E como, em um segundo momento, afirmar a assunção do risco, mesmo diante da óbvia hipótese de morte de alguns dos próprios acusados, de funcionários da boate, das certas e fatais responsabilidades criminal e cível que surgirão? Qual a plausibilidade, se posta de lado por um instante a hipótese de estarmos a tratar de sociopatas sanguinários e suicidas, de empresários e músicos haverem querido ou consentido com a carnificina que deploravelmente entrou para a história de nosso país?

Certamente, as autoridades encarregadas da apuração do triste episódio da boate Kiss consideraram o impacto que a tipificação da conduta em questão como culposa suscitaria no corpo social. Dos vinte mil anos de reclusão, migraríamos para revoltantes quatro anos e meio de detenção (aplicada a pena segundo as regras do concurso formal perfeito – art. 70, *caput*, primeira parte, do CP), a serem cumpridos em regime inicial semiaberto e com possibilidade de progressão em menos de um ano. Mas o alerta já foi dado: “Por mais grave que tenha sido

a conduta culposa, não pode ela ser transformada em dolosa, sob pena de criarmos um direito penal do terror que venha a satisfazer interesses punitivos extra-autos.”²²⁴

Talvez haja quem indague: “não seria leviandade fazer quase uma ‘defesa espontânea à distância’ nesse processo, que está ainda em curso?” Só podemos responder negativamente. Não fechamos em definitivo a possibilidade de que tenha existido o dolo eventual, embora essa chance, a nossos olhos, seja representável matematicamente por um número decimal com muitos zeros à esquerda. A crítica tem seu lugar porque **o ponto de partida**, racional e friamente analisando o caso, não deveria ser o do dolo eventual. Se, no decurso da instrução, surgisse ou se robustecesse essa impressão de dolosidade, que, depois de colhidas algumas provas, teria um esteio jurídico, que se operasse a nova capitulação. Desde o início, porém, a tese primária seguramente é a do dolo eventual, o que é indiciado, inclusive, pelo fato de terem sido presos os suspeitos. Isso revela a incidência de uma presunção que, inegavelmente, toma o lugar de uma outra, supostamente prevalente em uma sociedade com laços intersubjetivos minimamente mais saudáveis: a de que os envolvidos nesse trágico episódio sequer pensaram na possibilidade de semelhante morticínio; ou que, na pior das hipóteses, se pensaram, certamente não a levaram a sério. Em casos como esse, em que o mais implausível – no caso, a previsão e a assunção do risco – é adotado como pressuposto, o processo se converte em uma encenação, e a própria determinação das prisões denota “a admissão inicial da culpabilidade”, conservando-se para o procedimento “uma função eminentemente formal de atribuição de legitimidade de uma decisão tomada *a priori*”.²²⁵

Com a disseminação da prática das presunções, estamos atingindo um ponto limítrofe: aquele a partir do qual os cidadãos se convertem em psicopatas. Em que simplesmente não existem descuidos e irresponsabilidades, mas, apenas, um potencial homicida pulsante, apto a se manifestar a cada uma das diversas situações de risco em que nos envolvemos diariamente.

O que se discute, então, a partir dos dois últimos exemplos concretos examinados – o do médico e o da boate – é a inversão de valores. É a supressão absoluta de qualquer crédito que possa ter o cidadão comum que se vê desafortunadamente envolvido por um episódio trágico. É a instauração de uma tensão constante, que açoda a sociedade e a Justiça para que partam

²²⁴ SHECAIRA Sérgio Salomão. Dolo eventual e culpa consciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT/IBCCrim, ano 9, n. 38, p. 149. Abr./jun. 2002.

²²⁵ OLIVEIRA, Bruno Queiroz. Lineamentos sobre o dolo eventual e a culpa consciente nos crimes de trânsito. **Revista opinião Jurídica**. Fortaleza: Faculdade Christus, ano 3, n. 6, p. 39. 2005.2.

sempre da pior das hipóteses e a buscar sempre a mais dura das punições, mesmo em casos em que não se possa identificar um motivo sequer, a não ser uma profunda misantropia, para que o acusado tenha querido ou assumido o risco de causar a morte de um ser humano, seja ele um estranho inocente, seja ele um ente querido, seja ele o próprio agente. Nessa sociedade de misantropos, de sociopatas e homicidas, a tolerância é sempre zero, e qualquer evento que chame a atenção da mídia e possa despertar a indignação popular deve receber tratamento digno de um holocausto. Nessa toada, a sociedade tende a se desintegrar. Todos são monstros em potencial, e todos podem ser submetidos ao tratamento monstruoso no primeiro desvio de conduta, bastando, para tanto, que seu desfecho seja escandaloso.

Mas deixemos as considerações sociológicas e filosóficas em favor da técnica jurídica. Haja, ou não, concordância ideológica acerca da nocividade dos rumos pelos quais se embrenha a sociedade punitiva, o fato é que possuímos um ordenamento jurídico e na fundação dessa estrutura há uma Constituição. Uma Constituição que, pelo menos por enquanto, apregoa valores humanitários, emancipatórios, e faz questão de situar como um de seus princípios a dignidade da pessoa humana. Traz, exatamente por isso, uma série de direitos e garantias que, ainda que a contragosto dos arautos da sanção penal, impõem limitações (entraves ou empecilhos, diriam alguns) à intervenção estatal. E uma delas é a da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade, caso se prefira). Por ela, já vimos, milita a favor do acusado uma presunção que somente pode ser desfeita por meio da reunião e concatenação de provas capazes de por fora de dúvida a sua responsabilidade pelo fato. Provas que se referem tanto ao âmbito objetivo quanto ao âmbito subjetivo do delito, como bem observado em julgado oriundo do Tribunal Supremo da Espanha:

El Tribunal constitucional ha recordado que la concurrencia de los denominados elementos subjetivos del delito debe recibir el mismo tratamiento garantista dispensado en relación a los demás componentes de naturaleza fáctica, y, por ello, su afirmación como concurrentes debe satisfacer las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia.²²⁶

Substituir a presunção de inocência pela presunção de culpa, dar a esta últimas feições de caráter absoluto e simplificar sua aplicação por meio da matematização do Direito não são providências que possam contar com o menor amparo em nosso bloco constitucional.

²²⁶ ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 8316/2012, Ponente Luciano Varela Castro. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

Fazemos nossa a indagação de Wunderlich²²⁷: “como sabemos, o nosso Direito repele a culpa presumida e, cientes de que em nenhum caso haverá presunção de culpa, o que dizer então da presunção de dolo?”

A verdade, em termos bem diretos, é que a presunção da presença dos elementos psíquicos caracterizadores do dolo, embora útil aos projetos de enrijecimento punitivo, é inconciliável com o princípio constitucional da presunção de inocência. Como já se decidiu,

Debemos, por lo tanto, aclarar que en el derecho vigente no cabe ni la presunción del **dolo**, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del **dolo**. Asimismo tampoco cabe impugnar la aplicación del principio "in dubio pro reo" realizada por los Tribunales de instancia sobre los hechos con apoyo en un supuesto "principio" de la **ignorancia deliberada**.²²⁸

Os doutrinadores mais críticos, mesmo aqueles que optam por uma posição punitivista, bem sabem. “Presunção” e “condenação criminal” não combinam, especialmente se aquela receber trato absoluto, passando a repelir a possibilidade de produção de provas em sentido contrário, e se for operada matematicamente, a partir de regras alheias às particularidades do caso concreto e de seu contexto. O fato é que, se pretendem aumentar as hipóteses de incidência do dolo, para que se configure com maior facilidade (seja para subtrair espaço dos delitos culposos, transformando muitos dos casos originariamente assim classificados em dolosos, ou seja para assegurar a tipicidade subjetiva de condutas somente puníveis a título de dolo), não poderão valer-se da presunção. Precisam, na verdade, de uma reformulação conceitual a partir da qual a demonstração dos elementos que compõem o dolo se torne mais fácil ou, dizendo de outro modo, que permita uma prova em sentido jurídico de modo mais simples e mais seguro.

O grande problema, desde o início, decorre da ânsia de classificar determinados comportamentos como dolosos, para que possam receber as penas mais graves tipicamente previstas para tais delitos, e da frustração sentida diante das dificuldades de demonstrar a presença de seus elementos constitutivos – os dados psicológicos e emocionais da consciência e da vontade. O que se pode fazer, então, é suprimir ou substituir alguns desses elementos, ou

²²⁷ WUNDERLICH, Alexandre. O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, RT, ano 87, v. 754, p 476. Ago. 1998.

²²⁸ ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 8316/2012, Ponente Luciano Varela Castro. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014. “Devemos, portanto, esclarecer que no direito vigente não cabe nem a presunção do **dolo**, nem eliminar sem simplesmente as exigências probatórias do elemento cognitivo do **dolo**. Outrossim, tampouco cabe impugnar a aplicação do princípio "in dubio pro reo" realizada pelos Tribunais sobre os fatos com apoio em um suposto "princípio" da **ignorância deliberada**”. (Tradução nossa).

modificar a interpretação sobre sua natureza psicológica, que constitui, exatamente, o maior entrave para a demonstração de sua presença em um caso concreto. Essas, como veremos em seguida, são algumas das propostas de normatização do dolo, uma solução pensada para alcançar os mesmos resultados a que conduz a presunção, mas com a eliminação da inconveniência da inconstitucionalidade. Por meio dela, ter-se-á a indispensável prova do dolo, mas de “um novo dolo”.

4. NORMATIVIZAÇÃO DO DOLO: CONCEITO E FUNDAMENTOS

Sumário: 4.1. Conceito de normatização em Direito Penal. 4.2. Por que normativizar o dolo: o fracasso das teorias que buscam um conceito unitário.

4.1. CONCEITO DE NORMATIVIZAÇÃO EM DIREITO PENAL.

A compreensão das propostas de normatização do dolo passa pela resposta a três perguntas centrais: a) O que é normatização? b) Por que normativizar o dolo? c) Como normativizar o dolo?

Da primeira pergunta, nos ocuparemos de imediato. Da segunda, no item 4.2, e, da terceira, por fim, no capítulo seguinte.

A normatização traduz o recurso ao mundo normativo, isto é, ao mundo das normas, ou, ainda, ao mundo do dever ser, como exclusivo critério de interpretação e aplicação das regras e princípios de Direito. Normativizar é estabelecer a prevalência dos conceitos normativos sobre os conceitos empíricos, naturais; é enxergar o mundo do ser a partir da lente do dever ser. A “normatização” e “normativização” não se confundem. A primeira é a criação de normas; a segunda é a determinação da predominância dos conceitos normativos sobre os naturalísticos. Embora o funcionamento do Direito necessariamente demande um nível de normatização, em grau mais elevado e versão mais radical, ela impõe a total desconsideração do que é em favor do que deve ser, ainda que sob a justificativa de que o que é sempre é incognoscível, de modo que tudo o que se pode fazer é convencionar (normatizar) a respeito de seu conteúdo e seu valor. María del Mar Díaz Pita²²⁹ ensina que a perspectiva normativa tem três apoios fundamentais: a) a mudança na percepção da “realidade”, não mais tida como “realidade empírica” (acessível exclusivamente pelas ferramentas das Ciências Naturais), mas como uma “realidade valorada”; b) os conceitos subjetivos (como é o caso do conceito de dolo) são objeto de atribuição, e não de “descobrimto” ou “captura”; c) o objetivo do Processo Penal não é a busca da “verdade real”, mas da “verdade forense”, em consonância com as duas características anteriores.

²²⁹ DÍAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, Paulo César. **Modernas tendências sobre o dolo em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

A normatização se processa por duas vias. Primeiramente, pela valoração dos objetos do mundo natural e da redefinição dos seus conceitos a partir de perspectiva jurídica, criando um “universo” de sentidos próprios, para que sejam manuseados pelo Direito de modo que ele possa alcançar seus fins. Em segundo momento, pela constante “depuração” do ambiente jurídico, tornado cada vez mais livre da presença de dados empíricos. Pode-se dizer, destarte, que as referências ao mundo natural se tornam cada vez menos frequentes. Os objetos com os quais lida o Direito, ou são construções originariamente jurídicas, ou são representações artificiais de dados empíricos que não precisam manter proximidade em relação a seus sentidos primários. Com isso, a normatização prestigia a autorreferência do Direito, contribui para sua autopoiese, ao fazer com que ele se ocupe apenas de elementos que são jurídicos ou, pelo menos, que foram re-significados juridicamente. Em um ordenamento plenamente normativizado, o Direito dita todos os conceitos e valores, a despeito do eventual e até provável distanciamento entre suas prescrições e os dados do “mundo real” (não sem os prejuízos daí decorrentes, é claro). A linguagem jurídica governa absoluta sobre todas as demais linguagens.

Um dos mais prestigiados nomes, quando se pensa em normatização em Direito Penal, é o de Günther Jakobs. Desde logo, é importante fazer uma ressalva: falar em Jakobs parece implicar uma remissão automática ao Direito Penal do inimigo. Isso, evidentemente, não é exato. A concepção normativista de Jakobs é extremamente coerente com sua visão acerca dos fins do Direito Penal, com a sua defesa de um funcionalismo sistêmico e, por fim, até mesmo com a sua proposta de criação de um Direito Penal do inimigo. Não há, todavia, uma necessária evolução da normatização para o funcionalismo sistêmico ou, deste, uma obrigatória passagem para o Direito Penal do inimigo. Mas que essas são ideias que dialogam com fluidez, não se pode negar.

O **funcionalismo sistêmico** de Günther Jakobs, como todo funcionalismo, define o Direito Penal e organiza sua dogmática a partir da sua função, que, de um modo geral, tende a coincidir com as próprias funções da pena. Em hábil síntese, Jakobs faz a ligação referida e expõe a suma de seu pensamento:

el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquella inflige, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama “prevención general

positiva”. Esta conclusión de la primera parte preconfigura ya la que deriva de la segunda: lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma.^{230_231}

Vê-se que não há uma preocupação com a sedimentação de valores ético-sociais (Welzel) ou com a proteção de bens jurídicos (Roxin), mas, apenas, com o compromisso de “[...] garantir a identidade normativa, garantir a constituição da sociedade”.²³² Por esta razão, também se pode denominar “funcionalismo radical” a proposta de Jakobs. Nada a não ser a própria norma pode ser objeto primário da tutela penal (embora ele próprio reconheça que os bens sejam mediatamente protegidos). O professor alemão entende que a identidade da sociedade é definida normativamente (ou seja, por meio de normas). Não são apenas as leis da natureza que definem a sociedade, sendo absolutamente determinantes para a sua configuração as leis convencionadas. A identidade da sociedade não é algo dado ou descoberto, mas construído. Poderia construir-se de várias formas, mas construiu-se de uma forma específica. E, se assim se fez, é importante que tal opção constitutiva seja mantida, preservada. A sociedade se vale do Direito para “manter sua configuração diante de modelos divergentes”, isto é, para assegurar que fique claro o modelo adotado e que os comportamentos dissidentes não façam supor a prevalência de um outro modelo.²³³

A realidade em que estamos imersos, assim, é normativa, isto é, regida por normas. Há um grupo de normas cuja adesão e obediência são intuitivas ou, pelo menos, cogentes: as normas da natureza. Quem as desconsiderar (quem não levar em conta os conhecimentos da física e da matemática), pagará caro por isso: colherá toda sorte de prejuízos ao longo da vida, sendo a transgressão automaticamente reprimida por meio de uma *poena naturalis*. De outro lado, a “outra parte das normas constitutivas da sociedade carece de tal força genuína para estabilizar-se”. Fala-se de normas convencionadas, cujo descumprimento não implica certo revés. As normas sociais, o que inclui as jurídicas, podem ser violadas sem qualquer espécie de prejuízo e até mesmo com grande vantagem para os transgressores (obviamente, nem todo

²³⁰ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 41. “[...] o fato significa uma rebelião contra a norma, e a pena rechaça essa rebelião; ao mesmo tempo, por meio da dor que aquela inflige, se elimina o risco de uma erosão geral da vigência da norma: isso se chama ‘prevenção geral positiva’. Essa conclusão da primeira parte já determina a que deriva da segunda: o decisivo é a proteção da vigência da norma.” (Tradução nossa).

²³¹ Apesar da declarada adoção, por Jakobs, da prevenção geral positiva, enxergamos sua posição como bastante próxima da daquela de Hegel, retributiva, para quem a pena é a negação da negação (o crime nega a validade da norma e o Direito Penal nega essa negação, o que resulta, ao final, com a aplicação da pena, na demonstração de que a norma é válida e está em vigor).

²³² JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes São Paulo: Manole, 2003, p. 1.

²³³ *Idem, ibidem*, p. 10-11.

crime importa em punição). O nível de adesão espontânea é certamente menor, e “por causa da evidente contingência dessas normas [...] sua vigência deve garantir-se [...] por meio de uma sanção”.²³⁴

No programa de Jakobs, normas protegem normas, independentemente de qualquer correspondência legitimadora empírica, como a preservação de bens jurídicos fundamentais. O mundo é composto por múltiplos sistemas, dentre os quais se incluem os sistemas sociais, de que é subsistema o ordenamento jurídico. Esse subsistema é fechado e autorreferente, isto é, somente se ocupa dos objetos que ele próprio produz, com base em suas próprias regras de produção e aplicação. Não são determinantes as “irritações” causadas por elementos alheios ao sistema, ainda que com a pretensão de alcançar justiça ou de buscar uma legitimação ética para as sanções jurídicas. Se plenamente autorreferente, o Direito se ocupa unicamente dos elementos juridificados, isto é, que ingressaram no ordenamento jurídico de modo formalmente válido, e lhes dá o tratamento normativo que lhe aprouver. Não importam os conteúdos éticos das normas; se são validamente postas, devem ser obedecidas e preservadas. Normas se comunicam com normas, que se prestam a afirmar a validade e a assegurar a vigência dessas próprias normas, mantendo íntegro e em funcionamento esse sistema específico.

Na dicção de Jakobs,

el mundo normativo configura un sistema propio, que, especialmente, no es idéntico con el mundo ordenado en función de satisfacción e insatisfacción del individuo, y decide autónomamente cuáles son los procesos en el mundo de los sentidos que son relevantes para el mundo normativo y cuál es el significado del que se trata. Este desarrollo de los conceptos del derecho desde su carácter normativo es la idea de la normativización”.²³⁵

Definitivamente, após a experiência com o nazismo, não são poucas as críticas oponíveis a uma concepção tão formalista de Direito, em que absolutamente todo e qualquer assunto está à disposição do sistema jurídico, e esse, desde que mantendo a coerência interna, pode lhe

²³⁴ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes São Paulo: Manole, 2003, p. 12.

²³⁵ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 17. “[...] o mundo normativo configura um sistema próprio, que, especialmente, não é idéntico ao mundo ordenado em função da satisfação e insatisfação do indivíduo, e decide autonomamente quais são os processos no mundo dos sentidos que são relevantes para o mundo normativo, e qual é o significado de que se trata. Esse desenvolvimento dos conceitos do direito a partir de um caráter normativo é a ideia da normativização.” (Tradução nossa).

conferir o trato que bem entender. Muitas das críticas são lembradas pelo próprio Jakobs. Diz-se que seu programa “[...] pretende estabilizar normas, sem determinar se são normas que tornam possível a liberdade ou normas que a aterrorizam”.²³⁶ O penalista reconhece que, de fato, saber apenas que uma sociedade está funcionalmente organizada significa não saber nada sobre sua “configuração concreta” ou sobre “os conteúdos das comunicações suscetíveis de serem incorporadas”. E chega a aduzir que, realmente, “toda sociedade escravagista protege normas de escravização; não fosse assim, não seria ela mesma, mas outra”.²³⁷ Só que, na visão do autor alemão, isso não significa, necessariamente uma opressão, sob a ótica **daquela sociedade**. Se ela se configurou assim, trata-se de uma decisão política, e decisões políticas não são objetáveis pelo Direito Penal, que pode examiná-las e decifrar seus efeitos, inclusive emitindo juízo de valor positivo ou negativo, mas está “impotente perante as alterações políticas de valores”.²³⁸

Um dos pontos cruciais para compreender por que Jakobs, que seguramente não defende uma sociedade escravagista, sustenta sua viabilidade jurídica, está na normatização de um conceito central para o Direito: o conceito de **pessoa**. Não se fala em opressão por normas jurídicas que protejam a escravidão porque, nesse caso, **naquela sociedade**, o escravo não seria uma pessoa – em exclusivo sentido normativo –, mas um objeto de propriedade de seu senhor. É objeto de uma relação jurídica, mas, não, sujeito. Esse escravo, “como mero instrumento, equivale a um animal, não podendo ser membro da mesma sociedade que seu senhor. Pode ser que o senhor comunique com seu escravo de modo instrumental, mas isso não significa mais sociedade do que chicotear um cavalo de carga”.²³⁹ Isso se explica, exatamente, porque nem todo ser humano está incluído no conceito normativo de pessoa: “todo aquele que negue sua racionalidade de modo demasiado evidente ou estabeleça sua própria identidade de forma excessivamente independente de uma comunidade jurídica já não pode ser tratado como pessoa em Direito, pelo menos não neste momento”.²⁴⁰ Isso certamente produz um choque em todos os que abracem uma perspectiva ontológica para o conceito de pessoa. Mas o fato é que o argumento de Jakobs é retórico, e, a menos que se

²³⁶ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes São Paulo: Manole, 2003, p. 13.

²³⁷ *Idem, ibidem*, p. 19-21.

²³⁸ *Idem, ibidem*, p. 24.

²³⁹ *Idem, ibidem*, p. 21-22.

²⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 46.

queira sustentar um “platonismo axiológico” (*vide* item 7.1), é verdade que “nada garante que em toda a eternidade todos os homens vão se entender reciprocamente como pessoas”.²⁴¹

Bem se vê que a normativização se mantém em sintonia com o funcionalismo sistêmico, por compartilhar a mesma despreocupação com o mundo empírico, e por operar mediante a mesma autorreferência. Os conceitos e definições constantes nos textos legais, se possuem referenciais normativos, fornecidos pelo próprio sistema, não têm o compromisso de encontrar correspondência no “mundo real” (do ser), ou de favorecer o alcance de resultados práticos que se situem para além da manutenção do funcionamento do sistema (como a salvaguarda de bens jurídicos). Se desse ponto não se salta imediatamente para um Direito Penal do inimigo, certamente se desfazem as amarras éticas e materiais que impedem essa passagem. Esse se torna um modelo de Direito Penal cuja validade está a depender apenas da forma e da coerência interna, e não de qualquer espécie de conteúdo. Uma das ideias centrais do Direito Penal do inimigo, como vimos no primeiro capítulo, consiste exatamente na flexibilização do conceito de “pessoa”, de modo que essa expressão não mais abranja aqueles que, por seus comportamentos, devam ser considerados como meros “focos de perigo” (caso dos terroristas), a merecer inocuidade. Nessa redefinição do conceito de pessoa, abandonam-se os referenciais biológicos ou naturais e impõem-se critérios que são estritamente normativos: “[...] ‘persona’ es algo distinto de un ser humano, un individuo humano; éste es el resultado de procesos naturales, aquella un producto social [...] la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y una conciencia”.²⁴² “Pessoa” é um título que se confere a quem, de um modo geral, manifesta respeito pela norma; “si se comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo, es decir, en una no-persona”.²⁴³

O exemplo é muito elucidativo. Se se pode propor o abandono dos conceitos biológico, psicológico, sociológico, antropológico e filosófico de **pessoa** – seguramente, um dos conceitos mais importantes para qualquer área do conhecimento humano, o que inclui, por

²⁴¹ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes São Paulo: Manole, 2003, p. 47.

²⁴² JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 20. “[...] ‘pessoa’ é algo distinto de um ser humano, um indivíduo humano; este é o resultado de processos naturais, aquela, um produto social [...] a unidade ideal de direitos e deveres que são administrados por meio de um corpo e uma consciência.” (Tradução nossa).

²⁴³ *Idem, ibidem*, p. 46. “se se comporta permanentemente como um diabo, se converte em um inimigo, é dizer, em uma não-pessoa.” (Tradução nossa).

óbvio, o Direito – em favor de uma conceituação estritamente normativa (convencionada com vista a determinados fins jurídicos), vê-se o quão extensos são os limites da normatização. A fundamentação é simples: “el derecho genera por sí mismo el contexto normativo, especialmente, éste no queda preconfigurado por la naturaleza”.²⁴⁴ A normatização, nesse sentido, é algo dito “contrafactual”, no sentido de que normas “valem” mesmo contra a realidade empiricamente considerada, e ainda que sejam diariamente desrespeitadas (delitos). Mas é claro que o próprio autor está cômico dos riscos da normatização desenfreada e, por isso, adverte, logo na sequência: se o distanciamento entre os conceitos jurídicos e os conhecimentos empíricos for muito acentuado, o Direito perderá sua “capacidade de conexão com a vida cotidiana”.

Bernardo Feijóo Sánchez, ressaltando a visível influência de Luhmann na teoria de Jakobs, fez a leitura de alguns dos conceitos mais importantes para a compreensão das construções de ambos os autores:

De acuerdo con el concepto autopoiético de derecho éste es un sujeto epistémico o un sistema autorreferencial o autorreferente que procesa autónomamente información, crea sus mundos de sentido, se fija objetivos e fines, construye su realidad y define expectativas. Dicho sujeto está en condiciones de determinar, con carácter exclusivo, qué es o no conforme al derecho para el sistema social, sin que se produzcan intervenciones provenientes de otros sistemas (ciencia, economía, moral, religión etc.). [...] Para Jakobs normativización, que es un concepto clave de su teoría, significa que el derecho tiene plena autonomía como subsistema social para otorgarle significado o sentido a la realidad que percibimos (constructivismo).²⁴⁵

A premissa luhmanniana que maior peso exerce sobre os trabalhos de Jakobs é a que define os sistemas como “comunicações”. Todos os sistemas são comunicações, o que inclui os sistemas sociais, seu subsistema jurídico e os “sistemas psicofísicos” (indivíduos). Então, transportando a noção para o campo jurídico-penal, o delito e a pena são comunicações. Não são meros eventos do mundo natural, mas processos de expressão de sentido. Buscando apoio

²⁴⁴ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 38. “o direito gera por si mesmo o contexto normativo, especialmente, este não resta preconfigurado pela natureza”. (Tradução nossa).

²⁴⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Normativización del derecho penal y realidad social**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 38-39. “De acordo com o conceito autopoiético de direito, este é um sujeito epistémico ou um sistema autorreferencial ou autorreferente que processa autonomamente informação, cria seus mundos de sentido, se fixa objetivos e fins, constrói sua realidade e define expectativas. Dito sujeito está em condições de determinar, com caráter exclusivo, o que é ou não conforme o direito para o sistema social, sem que se produzam intervenções provenientes de outros sistemas (ciência, economia, moral, religião etc.). [...] Para Jakobs normativização, que é um conceito chave de sua teoria, significa que o direito tem plena autonomia como subsistema social para outorgar significado ou sentido à realidade que percebemos (constructivismo).” (Tradução nossa).

nas constatações de García Amado, Feijóo Sánchez observa que, para Jakobs, a questão penal não resume um conflito sobre bens, mas um “conflito simbólico”, de símbolos e significados. O Direito Penal, por meio de suas normas, exerce comunicação, e o indivíduo, a partir de seu comportamento, também. Da dissonância entre os sentidos ou significados surge o conflito penal – o Direito, afirmando o valor e a validade da norma; o indivíduo, negando-os; e o Direito, por meio da sanção, negando a negação e demonstrando que há, sim, valor e validade. “Apenas sobre a base de uma compreensão comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena entendida como resposta que confirma a norma se pode encontrar uma relação iniludível entre ambas e, nesse sentido, uma relação racional [...]”.²⁴⁶

Na base do Direito estão as “expectativas normativas” – isto é, as expectativas de fidelidade dos indivíduos às normas. As expectativas normativas são o que torna possível a convivência entre indivíduos que são movidos por valores e interesses próprios frequentemente opostos ou sobrepostos. Observa Feijóo Sánchez que a ausência de limites e a total abertura de possibilidades comportamentais conduzem a uma insuportável imprevisibilidade. Nunca se sabe o que esperar do outro, nem se pode saber o que é esperado pelos outros de si próprio. O contato e a integração social são frequentes e estáveis se há confiança no cumprimento das normas, e são escassos e enfraquecidos quando estas são desacreditadas. Quase nada sabemos acerca de muitas das pessoas com quem nos relacionamos diariamente, a não ser que devem respeitar as normas. Em sociedade, sempre se deve planejar as próprias ações tendo em vista os comportamentos dos outros. O que o Direito faz é por à margem certos comportamentos, para que nem sejam tomados em conta como possíveis quando do relacionamento entre os membros da sociedade.

Sin expectativas, donde sólo existe el caos, no se puede pensar en organizar los asuntos particulares de una forma planificada. Sólo podemos hablar de sociedad cuando el derecho garantiza al sujeto un cierto horizonte conforme al que orientarse (exclusión de ciertas posibilidades de actuación de los no-yo). Esta garantía jurídica se concreta en lo que se han venido denominando *expectativas normativas*, como expectativas garantizadas por el sistema jurídico que hacen que se pueda operar en la vida social sin tener que contar con comportamientos irrespetuosos con las normas (reducción de la complejidad).²⁴⁷

²⁴⁶ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes São Paulo: Manole, 2003, p. 3.

²⁴⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Normativización del derecho penal y realidad social**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 43-44. “Sem expectativas, onde só existe o caos, não se pode pensar em organizar os assuntos particulares de uma forma planificada. Só podemos falar de sociedade quando o direito garante ao sujeito um certo horizonte conforme o qual possa orientar-se (exclusão de certas possibilidades de atuação dos ‘não-eu’). Esta garantia jurídica se especifica no que se vem denominando *expectativas normativas*, como expectativas garantidas pelo sistema jurídico que fazem com que se possa operar na vida social sem ter

O delito, ao invés de uma “lesão de bens jurídicos”, representa uma frustração dessas expectativas normativas. Como toda conduta humana, o delito é comunicação. Como todo instituto jurídico e qualquer convenção social, a pena também o é. Com o delito, o indivíduo expressa sua infidelidade à norma. Sua infração significa, objetivamente, que “a norma não vale”. A preocupação primária do Direito Penal é a de não deixar sem resposta a manifestação do infrator, para que não se enfraqueça a confiança no sistema. Por isso, a pena, nega a fala do infrator, e diz “a norma vale”, tornando possível a continuidade das expectativas normativas. A função do Direito Penal é a de manter essas expectativas normativas, e ele o faz a partir da proteção das normas jurídicas de que elas decorrem.

O delito encerra uma comunicação objetiva e outra subjetiva. Objetivamente falando, como dito, ele proclama a invalidade da norma. Subjetivamente, essa proclamação pode ser fruto da vontade de seu autor, ou pode ser causada por seu descuido. Na primeira hipótese, trata-se de um agir doloso; na segunda, de uma atuação imprudente. Como vimos no início do capítulo 2, para Jakobs, quem delinque dolosamente manifesta uma consciente insurreição contra a norma, ao passo que, quem o faz imprudentemente, embora não a respeite como esperado, a ela não se opõe frontalmente. Isso, como visto, fundamenta a maior reprovação do fato doloso em face do culposo: as declarações conscientes de invalidade da norma perturbam o sistema mais intensamente, geram graves distúrbios para a estabilidade normativa, e seus autores potenciais devem ser alvo de persuasão mais rigorosa do que a que seria necessária para as transgressões imprudentes. Nessas últimas, que têm um potencial subversivo bastante inferior e irritam de modo menos preocupante o sistema, quem declara não sabe exatamente o que diz, razão pela qual costumam ser consideradas suficientes penas mais brandas para a afirmação da validade da norma violada. Em Jakobs, diz Feijóo Sánchez, as normas “configuran la estructura del orden social”, e são “el código de acuerdo con el que se interpreta el significado comunicativo de los comportamientos en la sociedad”.²⁴⁸

que contar com comportamentos desrespeitosos para com as normas (redução da complexidade).” (Tradução nossa).

²⁴⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Normativización del derecho penal y realidad social**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 40 e 49, respectivamente. “configuram a estrutura da ordem social”, e são “o código de acordo com que se interpreta o significado comunicativo dos comportamentos na sociedade”. (Tradução nossa).

A observação é exata. Conforme dito pelo próprio Jakobs, o significado do comportamento depende da semântica da sociedade²⁴⁹. É absolutamente claro que o que se discute, em primeiro plano, é a fidelidade ou a infidelidade objetiva em relação à norma (a “mensagem” passada pelo comportamento do indivíduo ao transgredir), pois é ela que pode perturbar a confiança normativa em maior ou menor escala. Dada a prevalência do aspecto objetivo, é natural que, cada vez mais, decaia em termos de importância toda e qualquer discussão relativa ao âmbito dos elementos subjetivos dos delitos.

Jakobs certamente sustenta a necessidade de se verificar a culpabilidade para a imposição da pena, chegando a afirmar que o Direito Penal moderno não se ocupa do destino, mas dos fracassos humanos na configuração do mundo. Por isso, um Estado que deixar de prestigiar o princípio da culpabilidade – isto é, de condenar ao degredo a responsabilidade objetiva – não terá um Direito Penal que se possa considerar moderno.²⁵⁰

A responsabilidade deve ser subjetiva, no sentido de oposta à objetiva, mas também ela deve ser alcançada pela normatização. Se é bem certo que deve haver dolo ou culpa, de um lado, não há nenhuma intenção, por parte de Jakobs, de deixar à mercê da investigação da psique do agente a modalidade da imputação subjetiva adequada para o caso concreto. O parâmetro para a sua determinação há de ser, evidentemente, normativo. Com isso, então, o conceito de dolo está ao inteiro dispor do sistema jurídico. Não importa o conteúdo de fato existente na mente do agente ao tempo da conduta, ou, dizendo de outro modo, a efetiva presença dos elementos constitutivos do dolo no caso concreto; o sistema o define como quiser e estabelece os critérios que bem entender para a sua imputação ao indivíduo, conforme veja maior ou menor necessidade de reprovação. Eis aqui a suma da normatização jakobsiana: o ordenamento jurídico cria livremente mundos de sentido conforme a maior ou menor necessidade de reprovação do fato, segundo seus próprios parâmetros.

Após tecer suas críticas ao programa de Jakobs – mas não sem antes reconhecer suas atuais e potenciais contribuições para a dogmática penal – Feijóo Sánchez passa a discorrer sobre seu modelo de normatização. Como primeira providência, esse autor emprega sua grande capacidade conceitual para definir a normatização:

²⁴⁹ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 38.

²⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 65.

[...] punto de partida metodológico ajeno a las fundamentaciones de tipo ontológico o de tipo trascendental de acuerdo con el que se entiende que las reglas y los conceptos no están predeterminados al derecho penal ni a la ciencia del derecho penal – son contingentes y podrían ser de otra manera - , sino que son creados autónomamente por si mismos.²⁵¹

Destaca o autor espanhol que a força da normativização, no Direito Penal, decorre dos mesmos fatos que podem ser observados em outros campos dos saberes jurídico e filosófico: o enfraquecimento das posições ontológicas (notadamente, no Direito Penal, do finalismo de Hans Welzel). Embora não chegue a usar essa expressão, as explicações do autor apontam para os efeitos aparentemente irrecusáveis da filosofia da linguagem e do *linguistic turn* no sentido de demonstrar que o mundo, a realidade, o interno e o externo são, na verdade, grandes construções operadas a partir de jogos de linguagem compartilhados em plano intersubjetivo. Mais adiante (capítulo 7) nos manifestaremos, especificamente, sobre os pontos frágeis das concepções ontológicas. Desde já, porém, urge deixar bastante claro que não rechaçamos por completo a ontologia (até porque, como se verá, isso não parece ser possível, e uma anti-ontologia é uma forma de ontologia às avessas), mas que preferimos construir nossos argumentos sem o esteio ontológico tradicional, dando preferência ao instrumental retórico. Concordamos com muitas das premissas finalistas, desde que operada uma suavização do radicalismo decorrente de seu lastro ontológico clássico. Em palavras bastante simples, não sustentaremos que o dolo sempre foi, é e para sempre será “consciência e vontade”; diremos, apenas, que esse é o paradigma atual, e que, se optarmos por manter um sistema de imputação ancorado na dicotomia dolo-culpa, é preferível que continue a sê-lo, tendo em vista a insuficiência das alternativas que até agora foram oferecidas.

As ponderações de Feijóo Sánchez²⁵² são lúcidas: não se pode pensar em uma teoria para o Direito Penal que prescindia do enfrentamento da questão da legitimação da intervenção estatal. Além disso, há que se criticar em Jakobs o excesso de positivismo, que desvincula por completo a dogmática da política criminal e das reflexões atinentes aos motivos pelos quais as opções normativas foram adotadas, fazendo com que as Ciências Penais desempenhem papel apenas descritivo e conceitual. A missão da dogmática penal é unicamente a de verificar se o

²⁵¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Normativización del derecho penal y realidad social**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 56. “[...] ponto de partida metodológico alheio às fundamentações de tipo ontológico ou de tipo transcendental de acordo com o qual se entende que as regras e os conceitos não estão predeterminados ao direito penal nem à ciência do direito penal – são contingentes e poderiam ser de outra maneira -, senão que são criados autonomamente por si mesmos.” (Tradução nossa).

²⁵² *Idem*, *ibidem*, p. 60-63.

Direito Penal é funcional ou disfuncional para manter a estabilidade normativa, independentemente do conteúdo das normas cuja vigência ele deve proteger. Não se trata – prossegue o autor em suas análises – de um programa que visa a justificar qualquer opção ideológica ou política, mas, antes, de um programa que é exageradamente ascético, e que tem em seu excessivo formalismo exatamente o que a doutrina majoritária reconhece como o tendão de Aquiles. Cabe, aqui, um retoque na fala de Feijóo Sánchez.

Não há teoria completamente livre de amparos políticos e ideológicos. A doutrina de Jakobs peca não apenas por seu perigoso formalismo, mas pela adoção de premissas que vão na contramão das sofridas conquistas e afirmações humanitárias que culminam com a noção já bastante difundida e respeitada (se bem que não propriamente universalizada) de **dignidade da pessoa humana**. A ruptura com o postulado da igualdade e com a prerrogativa de tratamento digno enquanto ser humano, ou, para invocar Kant, que será objeto de análise posterior, com o princípio segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo, faz da doutrina de Jakobs – exemplo de tecnicidade e coesão – um verdadeiro curinga que pode prestar-se a legitimar e revestir de cientificidade programas criminais perversos. É conhecida a preterição, por Jakobs, do subjetivo, do individual, em favor do social e do coletivo. Tomem-se como demonstrações algumas das observações de Feijóo Sánchez, quanto à dissidência de Jakobs em relação a seu professor, Welzel, no que tange ao menosprezo da subjetividade, e quanto à recusa à situação do bem jurídico no centro do sistema jurídico-penal, por sua eminente ligação com os interesses individuais.²⁵³ Se para nós essa é uma postura ideologicamente reprovável, evidentemente, é porque partimos de uma dada orientação filosófica e ideológica contrária. A diferença é que, de forma alguma, hesitamos em assumir isso.

Feijóo Sánchez contrapõe ao modelo sistêmico de Jakobs sua proposta de normatização. São lançadas muitas críticas. Quanto ao excessivo formalismo, que se distancia muito do empírico; que pode institucionalizar as violações de direitos fundamentais; que torna o dogmático do Direito Penal um expectador passivo, que não toma parte nos debates semânticos; que exclui a política criminal em decorrência de uma obsessão por autopoiese e autorreferência.²⁵⁴

²⁵³ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Normativización del derecho penal y realidad social**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 52-55.

²⁵⁴ *Idem, ibidem*, 2007, p. 67; 70; 71; e 75, respectivamente, quanto a cada uma das críticas mencionadas.

A maioria das teorias comunicativas modernas parte da premissa de que as ações humanas e os fenômenos sociais são formas de linguagem e, portanto, processos de comunicação. Para a maior parte delas, também, os códigos usados para a interpretação do sentido das ações e fenômenos são construídos no contexto social. Por essa razão, pode-se dizer que as teorias comunicativas tendem a ser construtivistas. Entre elas, no entanto, há profundas diferenças no que tange à relação entre indivíduo e sociedade. O corpo social pode ser visto como a soma dos indivíduos, caso em que fica clara a relação mantida entre ambos, mas igualmente visível a pequenez que a pessoa assume diante da coletividade. De outro lado, podem-se tratar os “sistemas” separadamente. A sociedade é um sistema absolutamente independente dos “subsistemas psicofísicos” que ficam no seu entorno, produzindo ruídos e irritações. Ou pode-se considerar que tanto o indivíduo quanto a sociedade são importantes. Por essa terceira via, evita-se o infortúnio de lidar com “sujeitos sem corpo social” e “corpo social sem sujeitos”. A primeira concepção pertence às correntes holísticas; a segunda, às sistêmicas; e a terceira, às intersubjetivas, que buscam um termo médio entre a supervalorização da sociedade e a excessiva valorização do indivíduo em detrimento desta.²⁵⁵

Bernardo Feijóo Sánchez é um partidário da segunda posição. De certa forma, podemos dizer que, do mesmo modo que Jakobs adapta trechos e tópicos dos estudos de Luhmann para seu modelo teórico, Feijóo Sánchez toma emprestado, com naturais limitações e adaptações, os elementos da filosofia habermasiana. O foco na intersubjetividade revela um construtivismo calcado na mentalidade pragmática do giro linguístico, em que a comunicação não é imposta por uma instância superior, mas se firma, no plano coletivo, por meio das relações mantidas entre os sujeitos. Um dos empréstimos se refere ao conceito de ação comunicativa, cunhado por Habermas e endossado por Feijóo Sánchez: “interação simbolicamente mediada que se orienta de acordo com normas intersubjetivamente vinculantes”.²⁵⁶

O catedrático espanhol ressalta que uma teoria penal funcionalista que se apoie em referenciais comunicativos, se não quiser se perder na ilusão da proteção dos bens jurídicos ou da diminuição da criminalidade, terá por objeto central o estabelecimento de um acordo de linguagem que construa as normas pelas quais deverão viver as pessoas em sociedade. As modernas teorias têm um referencial mais social do que psicológico, pois não pretendem

²⁵⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Normativización del derecho penal y realidad social**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 108.

²⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 89-90.

propriamente evitar crimes, ou convencer intimamente o que delinuiu, mas evitar a desintegração social por meio da degradação da comunicação que une seus membros. A função do Direito Penal não é a de promover coesão ou integração, mas somente a de evitar a desintegração.²⁵⁷

É fato que Feijóo Sánchez reconhece os pontos falhos do normativismo extremado. Ele compartilha das preocupações de Kargl quanto ao modelo luhmanniano, em que lidamos “[...] con el peligro de que el mantenimiento del sistema comunicativo se valore más que las realización de los seres humanos que constituyen ese sistema”. Tenta superar esse problema por meio do apelo aos valores e preceitos humanitários consagrados socialmente, e previstos na Constituição espanhola, que excluiriam certas possibilidades interpretativas quando da imputação jurídico-penal.²⁵⁸ Ao que parece, o autor, cômico dos graves riscos que a entrega de poderes construtivos da realidade ilimitados para o Direito traz, opta por uma normatização como ponto de partida, mas não como um mecanismo que coloca à inteira disposição do sistema jurídico os conceitos e critérios interpretativos com os quais os indivíduos terão que lidar em suas relações intersubjetivas.

O aparente comedimento, no entanto, não é o bastante para esconder o vício que as propostas de normatização, de um modo geral, trazem em seu âmago: a desconsideração do sentido pessoal dos atos comunicativos em favor do significado social, o que equivale a dizer, o exagerado apequenamento do indivíduo diante da coletividade. Há trechos em que essa constatação aflora limpidamente:

La culpabilidad no depende de las características naturalísticas de la acción (conocimientos, motivaciones etc.), sino de la relevancia comunicativa que una determinada sociedad les otorgue a esas características de la acción. [...] La perspectiva relevante pasa a ser así la del macro sujeto que impone la pena, ya que no importa el sentido que el hecho tenga para el que lo tenga cometido sino su significado para la sociedad.²⁵⁹

A nossa tese é, exatamente, a de que **sempre importa o sentido que a ação tem para seu autor.**

²⁵⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Normativización del derecho penal y realidad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 97-98; 107.

²⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 109; 124.

²⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 118-119.

4.2. POR QUE NORMATIVIZAR O DOLO: O FRACASSO DAS TEORIAS EM BUSCA DE UM CONCEITO UNITÁRIO

Vimos, em páginas anteriores, que:

- a) a maioria dos ordenamentos jurídicos faz a diferença entre a produção de lesões dolosas e culposas;
- b) às infrações dolosas costumam ser cominadas penas bem mais intensas do que as que se destinam às culposas;
- c) a maioria das lesões a bens jurídicos só é punível a título de dolo (a punição por crime culposos é excepcional²⁶⁰, de modo que muitas lesões a bens jurídicos serão atípicas);
- d) o dolo, segundo a concepção clássica e amplamente predominante em cenário ocidental, é composto por dois elementos que são de cunho psicológico, isto é, que se situam na mente do agente – a consciência (elemento cognitivo) e a vontade (elemento volitivo);
- e) a imprescindibilidade da prova para a condenação criminal é componente estrutural de qualquer ordenamento jurídico que se declare democrático. Não pode haver condenação criminal que não se esteie em provas lícitamente produzidas segundo as regras do devido processo legal;
- f) a prova, em sentido empírico, especialmente se referente a fatos pretéritos, é impossível diante das limitações cognitivas dos seres humanos, que não conseguem apreender a essência dos objetos ou “as coisas em si”, mas, tão-somente, suas aparências, a partir da observação dos fenômenos por meio dos quais se manifestam. A prova, em sentido jurídico, é possível, posto que se identifica com o convencimento do julgador acerca da existência ou inexistência de determinados elementos a partir de argumentação que concatene as informações trazidas aos autos de um processo;
- g) a prova da infração penal pressupõe a demonstração, tanto dos elementos objetivos, quanto dos elementos subjetivos do tipo;
- h) a demonstração dos elementos subjetivos do tipo, mais precisamente, do dolo, tal como classicamente concebido, é especialmente dificultosa, tendo em vista a necessidade da demonstração de dados que são de natureza psicológica, ou seja, que se situam na mente do agente;

²⁶⁰ No caso brasileiro, isso é afirmado, textualmente, pelo art. 18, parágrafo único, do Código Penal.

- i) o discurso punitivista, sob a escusa do combate à impunidade, sugere fórmulas “matemáticas” que conduzem o intérprete dos fatos (juiz, promotor, delegado) a presumir a presença dos elementos do dolo em determinadas situações;
- j) o princípio constitucional da presunção de inocência veda as hipóteses de condenações criminais baseadas exclusivamente em presunções. Além disso, em caso de dúvida, esse mesmo princípio convoca seu corolário, expresso pelo velho adágio *in dubio pro reo*, e determina que seja adotada a solução mais benéfica para o acusado (absolvição ou desclassificação para delito culposos).

As dificuldades existentes no que tange ao manuseio prático dos institutos do dolo e da culpa constituem, desde sempre, uma das preocupações centrais dos penalistas. Há, ocupando-se da definição conceitual e da diferenciação entre as diversas espécies de dolo e de culpa, uma vasta gama de teorias. O que passaremos a demonstrar é que nenhuma das teorias até então propostas alcançou resultados satisfatórios. Não se logrou criar um conceito de dolo capaz de representar adequadamente cada uma das suas espécies, e não surgiram ainda parâmetros seguros para a separação entre o agir doloso e o agir culposos, especialmente se tivermos em mente as figuras próximas do dolo eventual e da culpa consciente.

A doutrina diverge quanto à classificação e o agrupamento das teorias sobre o dolo. Zaffaroni²⁶¹, usando uma divisão mais estratificada, menciona teorias que se fundam no elemento cognitivo, teorias que têm por base o elemento volitivo e teorias que se referem ao ânimo ou à disposição interna. E menciona, ainda, fora dessas categorias, a teoria da “manifestação objetiva da vontade de não evitação”, de Armin Kaufmann, que é de natureza predominantemente processual. Cerezo Mir²⁶² alude às “teorias do sentimento”, que equivaleriam, em suma, às teorias de disposição interna anteriormente mencionadas. É fato, no entanto, que a maior parte dos penalistas se contenta com a divisão entre as teorias volitivas e as teorias cognitivas. Optamos, em nossa análise, por seguir essa linha tradicional, acrescentando uma terceira categoria, de ordem pragmática. Em vez de nos ater à cronologia, preferimos separar as teorias por grupos. Volitivas: teoria da vontade, teoria do consentimento e teoria da indiferença. Cognitivas: teoria da possibilidade (ou representação), nas versões clássica e de Frisch; teoria da probabilidade clássica, e variações de Jakobs, Puppe e Herzberg (essas três, analisadas no Capítulo 5). Autônomas: teoria do “contar com”, de Welzel, e do

²⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*. **Derecho Penal**: Parte General. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 527.

²⁶² CERESO MIR, José. **Derecho Penal**: Parte General. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2007, p. 541

“levar a sério”, de Stratenwerth. Pragmática ou processual: teoria da não evitação do resultado.

A mais difundida das teorias sobre o dolo é a da **vontade**. Pela teoria da vontade, defendida por muitos clássicos (por Beling, na Alemanha; Carrara²⁶³, na Itália; Noronha²⁶⁴ e Frederico Marques²⁶⁵, no Brasil) o dolo se constitui da junção entre os elementos cognitivo e volitivo. Embora se possa identificar, pelo nome dado à teoria, a ênfase no aspecto volitivo, há um consenso quanto à impossibilidade de se falar nesse elemento sem, antes, pressupor o dado cognitivo (para querer alguma conduta ou algum resultado, é preciso haja representação mental, em primeiro lugar). Trata-se, como bastante frisado no segundo capítulo, da teoria que conta com o maior prestígio para um conceito genérico de dolo, tanto em cenário nacional, como em muitos outros ambientes jurídicos ocidentais. Dolo é vontade consciente de realizar os elementos do tipo penal.

A teoria da vontade, como bem se pode observar, é bastante restritiva. Somente se pode considerar doloso o comportamento de quem efetivamente representa mentalmente determinado resultado típico e o estabelece como meta, orientando sua ação finalisticamente no sentido de sua consecução. Esse raciocínio é amplamente aceito com relação ao dolo direto de primeiro grau: nele, o agente persegue intencionalmente o resultado por meio de sua conduta. Aliás, “intenção” ou “propósito” seriam, exatamente, as melhores palavras para designar o dolo direto de primeiro grau. Vontade é “querer”, e essa é uma das duas expressões usadas pelo nosso legislador para definir o dolo (art. 18, I, CP).

“Querer”, seja na linguagem comum, seja nas páginas dos dicionários, geralmente é associado à **teleologia** ou a **atitudes emocionais**. As palavras que melhor designam o sentido de querer, no primeiro caso, seriam intenção, propósito, intento, objetivo, meta, fim, finalidade, alvo. Quanto à segunda possibilidade, normalmente se faz a ligação com “desejar”. É importante advertir que o “desejar” nem sempre expressa afeto ou designa busca por prazer. Em outras palavras, mesmo quando se quer um resultado, não necessariamente se presume que sua produção seja prazerosa ou que importe em satisfação espiritual. Um filho que mata o pai com o propósito de herdar-lhe as riquezas pode não obter do resultado perseguido, em si, o prazer

²⁶³ CARRARA, Francesco. **Programa de Direito Criminal: Parte Geral**, v. 1. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 80.

²⁶⁴ NORONHA, E. Magalhães de. **Direito Penal**. v. 1. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 136.

²⁶⁵ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. II. Campinas: Millenium, 2002. p. 225.

e a satisfação. Ele pode amargar a morte de seu ascendente, sentir remorso e até saudade. Mas ela foi estabelecida como meta para o alcance de determinado estado de coisas e, nesse sentido, foi querida ou desejada. Se pudermos eleger uma definição preferencial para o querer, o faremos com base na **intenção**. Querer é estabelecer algo como objetivo (ainda que não último), é ter a intenção de alcançar alguma coisa.²⁶⁶

A teoria em questão sofre diversas críticas. A principal delas se refere, justamente, à redução do dolo à versão direta de primeiro grau. Toda e qualquer causação não intencional de lesão a bens jurídicos, por maior que seja a inconseqüência, a leviandade, o nível de desprezo, de verdadeira indiferença ou de descaso do agente, somente poderá ser punida a título de culpa. Dito isso, muito se questiona se a teoria se adapta a contento à figura do dolo direto de segundo grau. Há todo interesse em punir, como dolosa, a produção de resultados lesivos identificados como fatalmente decorrentes do meio selecionado pelo agente para o alcance do fim proposto (objeto do dolo direto de primeiro grau). O agente, ao levar adiante sua conduta sabendo que certamente ocasionará determinados danos, deve por eles responder como se os tivesse querido. O problema, aqui, está nesse “como se”. A teoria da vontade resume o dolo ao “querer”, e a discussão é se os resultados colaterais se subsumem ao “querer” do agente. É possível afirmar que o agente **quer** tais resultados?

Há doutrinadores que fundamentam que esses efeitos, quando necessários e representados, integram a vontade, isto é, fazem parte do querer. Outros, entendem que já se trata de uma primeira distorção dos sentidos de “vontade” e de “querer”. Para Ingeborg Puppe, a teoria da vontade é muito frágil porque “abandona seu próprio ponto de partida”, que é o conceito de vontade em sentido psicológico, conforme a linguagem cotidiana. Observa a autora que, no dolo direto, a palavra “vontade” é empregada em sentido **descritivo-psicológico**; no dolo

²⁶⁶ HOUAISS traz o maior acervo de acepções para a expressão. “1 ter o desejo ou a intenção (de); tencionar, projetar. 2 desejar que (alguém) esteja ou desejar estar em determinada situação, posição, estado etc. 3 desejar com especial interesse; aspirar, pretender. 3.1 aspirar ou desejar adquirir ou possuir. 4 fazer tenção de; ensaiar, tentar, procurar. 5 ter em mente (como objetivo) quanto a; pretender, desejar. 6 decidir-se por, gostar mais. 7 ter apetite de (comida); desejar. 8 ter simpatia, amizade ou afeto por. 8.1 Derivação: por extensão de sentido: sentir-se apaixonado por e/ou sentir atração física por. 9 prestar culto a ou ter veneração por; adorar. 10 determinar de modo incisivo; exigir, ordenar. 11 Uso: sentido absoluto: manifestar a própria vontade com decisão. 12 dar consentimento para; consentir, permitir. 13 estar de acordo em, anuir a (um convite, uma sugestão, um oferecimento etc.). 14 reclamar em função de direito legítimo ou suposto; exigir. 15 ter necessidade de; requerer, exigir. 16 dispor-se a, ter a bondade de. 17 desejar que (alguém) chegue a (certa posição). 18 afirmar por um ato de julgamento voluntário; julgar. 19 estar na iminência de ou ter possibilidade de; ameaçar. 20 us., em frases negativas, como verbo auxiliar de aspecto no sentido de 'não conseguir', 'não ter êxito na realização de (alguma ação)'. 21 us. em frases interrogativas acerca de algo (elíptico na frase), fórmula que trai certo embaraço ou submissão ao destino. 22 ato ou efeito de querer; desejo; 23 firme intento; vontade.” HOUAISS, Antonio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da língua Portuguesa**, versão 1.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

direto de segundo grau, em sentido **atributivo-normativo**. No primeiro sentido, “querer” é “almejar”. Já no segundo caso, “[...] o enunciado ‘o autor quis o resultado’ significa que ele não poderá isentar-se de responsabilidade, alegando que não o quis em sentido psicológico, que não o almejou”.²⁶⁷

Em nossa opinião, os resultados que sejam realmente representados e sejam considerados como seguros, certos, fatalmente decorrentes da ação selecionada (leia-se: tão prováveis quanto o próprio resultado pretendido, objeto do dolo direto de primeiro grau), estão abrangidos pelo querer. A explicação será dada, mais adiante (Capítulos 8 e 9), a partir da relação das faculdades mentais típicas do ser humano: a razão e a vontade.

Quadro pior, sem dúvida, se refere ao dolo eventual. Nesse caso, de fato, acondicionar sob o teto do “querer” os resultados que são produzidos significa esgarçar esse conceito a ponto de descaracterizá-lo. No dolo eventual, temos resultados possíveis ou prováveis, mas, jamais, resultados inexoráveis, seguros. É esse o ponto de distinção para o dolo direto de segundo grau. Dizer que um resultado efetivamente representado como possível ou provável tenha sido “querido” pelo agente, parece ser uma arbitrariedade. Deve-se partir do pressuposto de que, por haver previsto o desfecho, e, mesmo assim, ter executado sua conduta, o agente necessariamente o incluiu em sua vontade. Ora, isso não é mais do que uma presunção. É indiscutível que o agente, apesar de ter representado mentalmente o dano, possa ter acreditado, por razões diversas, na sua não concretização. Por confiança em si, nos outros, em Deus e até na sorte (veremos que certas “confianças” são injustificáveis), pode ter realizado o comportamento “acreditando sinceramente que o resultado cogitado não se verificaria” (definição usual da culpa consciente). Resta absolutamente claro que a clássica teoria da vontade deixa a descoberto os casos de dolo eventual. Para ela, não são dolosos.

A criação do dolo eventual, já dissemos (Capítulo 2), atende a razões político-criminais. Surge com a intolerabilidade da punição, a título de culpa, dos autores de condutas visivelmente perigosas que não se abstiveram de agir mesmo diante da reconhecida possibilidade ou probabilidade de produção do dano representado. Não poder valer-se do dolo, em tais casos, não é uma opção interessante para a maioria.

²⁶⁷ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 31-32.

Com o intuito de manter viva a teoria da vontade, ou, pelo menos, a relevância do elemento volitivo para a caracterização do dolo, desenvolveu-se uma variação. Trata-se da **teoria do consentimento** (ou **assentimento**), associada, principalmente, ao penalista Edmund Mezger. Por ela, considera-se doloso o agir quando o indivíduo, que necessariamente deve ter representado mentalmente o resultado típico, “consentir” com sua produção. Consentir – valha-nos, novamente, Houaiss²⁶⁸ – significa

1 não pôr obstáculo, não criar impedimento, dar consentimento; 2 permitir, deixar; não impedir; condescender; tolerar; 3 demonstrar concordância; aquiescer, aprovar, concordar; 4 ser consentâneo; harmonizar-se, combinar; 5 dar ensejo de; possibilitar, facultar, propiciar; 6 aceitar, receber.

São muitas as acepções. Embora, no discurso coloquial, se possa divisar uma aproximação geral, o uso jurídico-penal da expressão é marcado por grande intranquilidade. Para começar, parece que a expressão tem melhor encaixe se referente a condutas omissivas. Diante de uma situação de risco, o agente se omite, “não pondo obstáculos, não criando impedimentos”; “permitindo, deixando, não impedindo” o dano representado. E sabemos, é claro, que não há vinculação entre omissão e dolo eventual. De outro lado, as expressões que se referem à comissão são de difícil adaptação. “Concordar, aquiescer, aprovar” não parece ser possível, por parte do agente, em relação à sua própria conduta. Concordo, aprovo, não aquilo que eu mesmo faço, mas aquilo que acontece “além de mim”, ou seja, os comportamentos de outras pessoas. Além disso, “dar ensejo, possibilitar, propiciar” são verbos mais ligados à causação, em si (relação objetiva de causalidade física), e não interessam tanto ao aspecto da imputação subjetiva.

Já vimos que, com variados termos e adaptações, a teoria do consentimento é majoritariamente aceita, tanto no âmbito da doutrina, como no da jurisprudência, inclusive em diversos países estrangeiros. Em síntese, quem a defende apregoa que, mesmo no caso do dolo eventual – o real motivador do desenvolvimento da teoria – “É indispensável uma determinada **relação de vontade** entre o resultado e o agente, e é exatamente esse **elemento volitivo** que distingue o dolo da culpa”.²⁶⁹

²⁶⁸ HOUAISS, Antonio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**, versão 1.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

²⁶⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 354-355. Grifo do autor.

A primeira reflexão necessária é: o consentimento é uma forma de **vontade**? Para os partidários dessa teoria, sim. O dolo continua a ser composto pelo elemento intelectual e pelo volitivo, a esse último correspondendo a “aprovação”, a “conformação”, a “aceitação”.

Em nossa opinião, a colocação do consentimento, da conformação e da aceitação como formas de vontade, em si, já é questionável. O distanciamento do “**querer**”, aqui, é indisfarçável. Como observou Enrique Gimbernat Ordeig²⁷⁰, a teoria do consentimento nos fez perder os escrúpulos: nos casos em que a pena para a infração culposa se afigura “insuficiente”, chamamos de vontade algo que de fato não o é.

A vontade é uma energia psíquica que liga o ser em que se manifesta a um objeto. É um elemento de conexão, que pressupõe duas extremidades. De um lado, o ser querente, de outro, o objeto de seu querer. Por isso, no sentido original, associamos vontade a propósito, intenção, meta, objetivo, fim, alvo. Graficamente, o dano não perseguido, chamado de colateral, se situa ao lado, à margem do objeto da vontade. Não está sob seu foco. Quanto à possibilidade de que esses efeitos colaterais previstos como possíveis ou prováveis integrem a vontade, há que se objetar. Fizemos isso com relação ao dolo direito de segundo grau, e já correndo algum risco de arbitrariedade. Mas, pelo menos, é possível construir uma justificativa filosófica para isso: a vontade não dirige ou condiciona o agir humano sozinha. A razão, outra faculdade típica, é determinante nesse sentido. Para um ser racional, talvez seja possível justificar que desejar um objeto ao qual está inexoravelmente ligado o outro importa, em última via, em desejar esse último, subentendido, assimilado pelo entendimento como indissociável. No caso do efeito colateral apenas possível ou mesmo provável, não há essa ligação umbilical. A razão não condiciona a vontade, pois não há uma relação forçosa, necessária, racionalmente inegável entre o resultado desejado e o que se apresenta como dano colateral. Dizer que a vontade abrange esse dano colateral não necessário pode ser jurídico-penalmente viável para a construção de uma política criminal. Mas soa como intolerável arbitrariedade do ponto de vista filosófico. Aceitar, consentir, aprovar, concordar, aquiescer, deixar de impedir. Nenhuma dessas posturas tipifica “**querer**”. Falando, ainda, em tom mais prático, parece um tanto absurdo afirmar, como regra, que o condutor embriagado que mata a esposa e o filho, ficando, em decorrência da colisão por ele causada, tetraplégico, tenha querido o resultado, ainda que esse querer assuma a forma do “aprovar”, “aceitar” etc. Se ele

²⁷⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique *apud* RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 61.

deve responder a título de dolo, é por outra razão de ordem político-criminal, e, como regra, não porque “quis” ou “aprovou” o resultado.

A implausibilidade da verdadeira “aprovação” do resultado conduziu à forja da expressão “aprovação em sentido jurídico”. A distância dessa construção para a vontade, entendida como fenômeno psíquico ou emocional, não poderia ser maior. A adoção da “aprovação em sentido jurídico” já corresponde – ainda que não seja essa a intenção – a uma forma de normatização do dolo (não há aprovação em sentido descritivo, coloquial, mas, sim, no sentido artificialmente cunhado pelo Direito segundo seus fins).

Para a compreensão da *ratio* insculpida na teoria do consentimento, é comum que se recorra às famosas “fórmulas de Frank”. Reinhard Frank, que sequer era partidário da teoria do consentimento, desenvolveu uma operação mental hipotética cuja função seria a de “verificar” a real dolosidade da conduta. Se o agente, ao tempo da ação, estivesse certo quanto à produção do dano, levaria adiante sua conduta? Caso a resposta seja afirmativa, o caso é de dolo eventual. Em sendo negativa, constata-se que o elemento presente é a culpa. A fórmula recebeu muitas críticas. Uma delas é referente à possibilidade de que, nessa elucubração mental, se abra espaço ao Direito Penal do autor (conforme a “personalidade” ou as características pessoais do acusado, o juiz tenderia a responder de uma ou de outra forma a pergunta).²⁷¹ Outra crítica: o juiz, para verificar se houve dolo, teria que “julgar” primeiramente um caso fictício, jamais ocorrido – como teria agido o sujeito caso tivesse certeza da produção do resultado.²⁷²

A segunda fórmula de Frank, que em substância não difere da primeira, estabelece que quando a pessoa diz a si mesma “haja o que houver, aconteça isso ou aquilo, agirei”, configurado está o dolo eventual. Apesar de tentar livrar-se das críticas da primeira formulação, em síntese, as mesmas objeções são cabíveis. Parte-se de uma análise do autor e da suposição do que pode ter passado por sua mente no momento em que decidiu agir.

Feijóo Sánchez se refere às fórmulas como “teorías hipotéticas del consentimiento”, e aponta em ambas os mesmos defeitos: impossibilidade de se saber que o agente “teria feito”;

²⁷¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 344.

²⁷² RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 64.

juízo de um caso fictício; tomada em conta da personalidade do autor e conseqüente risco de transformação em Direito Penal do autor (já que não há leis psicológicas que nos permitam saber exatamente o que ia à cabeça do agente no momento do fato, o único recurso acaba sendo à sua “personalidade”).²⁷³

Como observou Ramon Ragués i Vallès²⁷⁴, porém, muito além das fórmulas, o problema da teoria do consentimento está mesmo em que as expressões usadas para caracterizar o dolo eventual muito dificilmente se subsumem à autêntica vontade, isto é, não são compatíveis com o “querer”, elemento volitivo por excelência. É simples observar, nas expressões comumente usadas como representativas do dado volitivo (“consentir com”, “aprovar”, “aceitar”, “conformar-se com”), o completo esvaziamento de seu conteúdo genuinamente conectado à vontade.

No caso brasileiro, a situação se agrava um pouco mais. A expressão usada pelo legislador para representar o consentimento e, assim, satisfazer o requisito do elemento volitivo, é “assumir o risco”. Interpretar essa expressão é bem mais difícil do que fazê-lo com relação a suas correlatas “aprovar”, “aquiiescer”, “conformar-se” etc. Assumir o risco, e não o resultado, parece ser uma condição de toda conduta arriscada que seja levada adiante conscientemente. Isso abrange, com facilidade, a culpa consciente. O risco é assumido, o resultado, não. Talvez fosse melhor se o Legislativo houvesse escrito “assumir o resultado”, para mostrar de modo mais claro a ligação de aquiiescência ou conformação do agente com o evento danoso (se bem que, nesse caso, poderia se instaurar confusão com o dolo direito de segundo grau). A menos que se queira acabar em definitivo com a culpa consciente (não é a tendência das correntes de feições volitivas), assumir o risco não pode significar “agir a despeito do risco”, pois, como dito, esse também é o padrão nessa espécie de culpa.

No fim, falta **concretude** à teoria do consentimento. Por isso, é lúcida e consistente a crítica de Cerezo Mir²⁷⁵: “La teoría del consentimiento no es convincente, pues en la realidad el sujeto no acepta o consiente en el resultado sino solo en la posibilidad de su producción”.

²⁷³ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 47-50.

²⁷⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 65.

²⁷⁵ CEREZO MIR, José. **Derecho Penal: Parte General**. São Paulo: RT, 2007, p. 540. “A teoria do consentimento não é convincente, pois na realidade o sujeito não aceita ou consente com o resultado, senão apenas com a possibilidade de sua produção”. (Tradução nossa).

Concordamos. A relação psíquica do agente não se dá propriamente com o resultado, mas com a possibilidade desse resultado vir a ocorrer, o que transforma o consentimento em uma grande abstração: o consentimento – suposta forma de volição – em relação a algo incerto. Impossível. Vontade pressupõe um objeto determinado.

Além disso, a expressão é perniciosa na prática. Provar a intenção pode ser difícil. Provar a “assunção do risco” é algo impossível. No primeiro caso, meios e modos, assim como eventuais motivos, são elementos capazes de constituir fortes indícios da intenção. No caso da “assunção do risco”, como a conduta não se volta ao resultado produzido, meios e modos não dirão tanto, e os motivos, muito menos, eis que não guardam relação com o dano produzido.

A imensa dificuldade de trabalhar com a noção de dolo que se constrói a partir da teoria do consentimento foi levando a um esvaziamento de seu sentido original na prática. Observa Ramon Ragués i Vallès que, embora os tribunais e juízes declarem fidelidade à teoria do consentimento, suas decisões dispensam a verificação do elemento volitivo, apenas aludido com o escopo de atrair legitimidade, mas, no fundo, simplesmente presumido como uma decorrência lógica do elemento cognitivo. As cortes espanholas, já há algum tempo, hasteiam a bandeira do consentimento, mas firmam suas decisões nas teorias da possibilidade e da probabilidade, que dispensam o elemento volitivo do dolo.²⁷⁶

Para esse autor, de nada adianta criar um conceito mais restrito de dolo, que exige mais elementos para se aperfeiçoar, se esses elementos são manipuláveis *a posteriori*. O conceito de vontade foi estendido a ponto de deformar-se por completo na prática judicial, “llegando a caricaturizar completamente el pretendido elemento volitivo y a presumirlo a partir del cognitivo: la prueba más evidente de ello es que se llegara a crear esse engendro conceptual bautizado como ‘aprobar en sentido jurídico’”.²⁷⁷

Herzberg, em tom ácido, ironiza a postura dos defensores das teorias volitivas em geral. Para o penalista, os que afirmam dolo como “conhecer e querer” são como a pessoa que define “ave” como um “animal voador, vertebrado, de sangue quente e com penas”, mas que, ao dar-

²⁷⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 80.

²⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 202-203. “chegando a tornar completamente caricato o pretendido elemento volitivo e a presumi-lo a partir do cognitivo: a prova mais evidente disso é que se chegou a criar esse engendro conceptual batizado como ‘aprovar em sentido jurídico’”. (Tradução nossa).

se conta de que pinguins e avestruzes não podem voar, em vez de retirar o adjetivo “voador”, passa a defender que “o correr estabonado” das avestruzes e dos pinguins é um “voar debilitado”, um “voar condicionado” ou um “voar em sentido amplo”.²⁷⁸

Karl Engisch também propugna a indispensabilidade do componente volitivo para o dolo, e foi essa a convicção que o levou a formular a **teoria da indiferença**. Em síntese, sua ideia é a de que, para que se possa caracterizar o dolo eventual, o agente deve haver manifestado, com sua conduta, indiferença em relação à possibilidade de causar o dano ao bem jurídico.²⁷⁹ No dolo direto, há vontade dirigida à realização do fim proposto – o resultado típico da conduta. No caso do dolo eventual, o aspecto volitivo assumiria a forma do sentimento ou do estado emocional da indiferença. Essa indiferença, por expressar visível desvalorização do bem jurídico para o autor (uma desvalorização cuja gravidade é idêntica à que se faz presente no agir de quem lesiona intencionalmente), justifica o apenamento mais intenso característico dos crimes dolosos.

Na cultura brasileira, embora não declaradamente, a teoria da indiferença é bastante prestigiada. Quase sempre que se alude ao dolo eventual se menciona “o desprezo pelo bem jurídico” ou a “a indiferença quanto ao resultado”. Isso fica claro na medida em que alguns penalistas, apesar de afirmarem a adoção da teoria do consentimento como base para o dolo eventual em nosso ordenamento, recorrem à figura da indiferença em suas explicações.²⁸⁰

Há os que tecem pesadas críticas a essa forma de pensar. Primeiro, porque faz parte de sua estrutura a exclusão dos resultados indesejados (se são indesejados, é porque o agente não lhes é indiferente). Como diz Juarez Cirino dos Santos²⁸¹, “a indesejabilidade do resultado não exclui o dolo eventual, como mostra o caso do **cinto de couro** – que a teoria da **indiferença** resolveria como hipótese de imprudência consciente”. A censura do ilustre penalista se apoia naquela realizada por Welzel, que afasta, a um só tempo, as teorias do consentimento e da

²⁷⁸ *Apud* RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 124.

²⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*. **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 526-527. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 342. QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.

²⁸⁰ “O dolo eventual, como vimos, reside no fato de não se importar o agente com a ocorrência do resultado por ele antecipado mentalmente [...]”. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 208.

²⁸¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 144. Grifo do autor.

indiferença. A primeira, porque é incompatível com a forma mais clássica de dolo, que é o direto de primeiro grau. Lembra o mestre alemão que certamente a vontade de realização pode se referir a resultados que o autor não aprova, em seu íntimo, ou mesmo que deplora intensamente (o penalista não exemplifica, mas isso fica claro quando se trata de fins mediatos detestáveis, mas necessários para a consecução do fim ulterior desejado). Quanto à indiferença, pontua: “en contra de esta teoría está el hecho de que la falta de representación del resultado, característica de la culpa inconsciente, se puede deber justamente a un grado muy elevado de indiferencia”.²⁸²

Para simplificar bastante as coisas e tornar mais fácil a caracterização do dolo, pode-se adotar a **teoria da representação**, equivalente, nas lições da maioria doutrinária, à **teoria da possibilidade**. Para essa teoria, a configuração do dolo se perfaz com a constatação da presença de um único elemento: o cognitivo. Franz von Lizst²⁸³, um dos célebres representantes desse construto teórico, diz que o dolo é “[...] a representação da importância do ato voluntário como causa (representação da causalidade).” Como se vê, a definição casa muito bem com sua conhecida concepção causalista de ação. O penalista se opõe frontalmente às teorias volitivas pela “falta de clareza de sua ideia de vontade” e pela confusão operada com a “intenção”, além de deplorar intensamente a opção do legislador alemão sobre o termo *Vorsatz* para designar o dolo.

Sob o prisma da teoria da representação, não é relevante indagar se o agente quis o resultado, se assumiu o risco de produzi-lo, se não se importou, se levou a sério o perigo. Quem atua consciente da possibilidade de causação do dano, age com dolo. Não se pode falar, destarte, em culpa consciente, já que a consciência é exatamente o que perfaz o dolo.

Schmidhäuser, um dos mais convictos defensores da teoria da possibilidade, ensina que o conceito de dolo deve se apartar ao máximo de toda e qualquer referência volitiva. Esse autor chega a sugerir que a expressão “dolo” (*Vorsatz*) seja substituída por outra, “juridificada”, como “dolosidade” (*Vorsätzlichkeit*). A proposta vem do incômodo sentido pelo fato de a

²⁸² WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. J. Bustos Ramírez *et al.* 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 83. “contra esta teoría está o fato de que a falta de representação do resultado, característica da culpa inconsciente, se pode dever justamente a um grau muito elevado de indiferença.” (Tradução nossa).

²⁸³ VON LIZST, Franz. **Tratado de Direito Penal**. Tomo I. São Paulo: Russell, 2003, p. 275-276.

palavra *Vorsatz*, que designa o dolo, na língua alemã, ter em “intenção” uma das suas traduções imediatas.²⁸⁴

Só não se pode dizer que a teoria trate de responsabilidade penal puramente objetiva porque se faz necessário conferir o aspecto psicológico referente à representação. Mesmo para Schmidhäuser, a perquirição do elemento cognitivo, consistente na representação efetiva, não é dispensada. Apesar disso, a teoria é indicativa de postura implacável de tirania jurídico-penal. Tudo o que for representado mentalmente como possível pelo sujeito, se vier a acontecer em razão de seu agir, lhe será imputado a título de dolo. Quase todo tipo de evento danoso é possível, especialmente em uma sociedade de riscos. Deve o agente considerar todos? Deve abster-se de agir diante da remota possibilidade – mas, ainda assim, possibilidade – de causação dos mais extravagantes resultados? Qualquer conduta praticada pelo sujeito estará apta a trazer-lhe responsabilidade penal. E por fato doloso.

Com isso, pela teoria da possibilidade, se não se impede, dificulta-se muito a defesa do acusado com base na constatação de que o resultado, embora possível, era de difícil ou raríssima ocorrência. O dano era, efetivamente, reconhecido como possível, mas a representação não demoveu o agente de sua conduta porque ele confiava na interferência de circunstâncias que tornariam ainda mais remotas as chances de concretização. O sujeito que, portador de uma doença venérea, mantém com uma mulher relação sexual, sabe da possibilidade de que a enfermidade se transmita. Para diminuir as chances de que isso ocorra, ele se vale de um preservativo. Ora, o uso do preservativo reduz drasticamente as chances de contágio, mas não as elimina. O dano continua sendo possível. Pensamento diverso descaracteriza a teoria como sendo da “possibilidade”. Essa maneira rigorosa de pensar é artificial e aprisiona o ser humano, desde sempre envolvido em atividades arriscadas, algumas delas inelimináveis do curso de sua vida e inafastáveis diante das pretensões de progresso e de realização que ele costuma ter.

Essa teoria pode ser facilmente acusada de promover uma excessiva ampliação do âmbito de incidência do dolo. Também não é absurda a lembrança de institutos jurídicos já desacreditados, tais como o antigo *dolus indirectus* e seu parente próximo, o *versari in re illicita*, ambas formas de imputação de inaceitável responsabilidade penal objetiva por

²⁸⁴ SCHMIDHÄUSER, Eberhard *apud* RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 90.

quaisquer desdobramentos danosos de uma conduta criminosa (desde que previsíveis, no primeiro caso, e mesmo imprevisíveis, no segundo).

Há um outro problema, típico das correntes de feição cognitiva e especialmente inquietante no caso da teoria da possibilidade. Quanto mais atenciosa e preocupada a pessoa for, pior: mais e mais resultados lesivos serão representados e, por isso, acabarão podendo ser-lhe imputados caso ocorram de fato. E a título de dolo.

Discute-se se a **teoria do risco**, de Frisch, deve ser incluída entre aquelas referentes à possibilidade ou à probabilidade. Estamos com Gabriel Pérez Barberá²⁸⁵ quando a classifica como uma das modernas teorias da representação. De fato, um olhar mais cuidadoso observará que a teoria de Frisch pouco varia, pelo menos na prática, da versão clássica. Ela parte da dispensabilidade da constatação do elemento volitivo para o dolo e exige conhecimento concreto e atual do perigo gerado pela conduta, exatamente como faz Schmidhäuser. A novidade é que, na formulação de Frisch, o dolo não se estende ao resultado. O conhecimento, para esse autor, refere-se exclusivamente ao potencial lesivo da conduta, isto é, aos riscos que esse comportamento produz. A relação mantida pelo agente com o resultado de sua ação é irrelevante. Frisch diz que a atuação do sujeito que está consciente do risco tipifica uma “autêntica decisão contra o bem jurídico”, não devendo a distinção entre dolo e culpa levar-se adiante por meio de considerações ontológicas ou referências cotidianas, mas exclusivamente jurídicas, mais especificamente, conforme as funções que tais conceitos desempenhem no que tange ao “merecimento de pena” nos casos concretos.²⁸⁶

Um importante critério de distinção entre dolo e culpa se funda no tipo de risco. Nos casos em que o risco já seja tipificado como ação proibida, o comportamento que for levado adiante a despeito de sua representação deve ser considerado doloso.²⁸⁷ Um dos fundamentos da visão de Frisch está em que os resultados são eventos futuros e incertos, e, como se trata de uma teoria que exige representação concreta, isso não será possível sobre as consequências vindouras da ação. Embora ostente grande rigor (Frisch praticamente esvazia a culpa consciente), a teoria é matizada pela presença de elementos de abrandamento

²⁸⁵ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **Dolo como reproche**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. *Revista Pensar en derecho*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, n. 1, p. 174, dez. 2012.

²⁸⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 94.

²⁸⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 339.

incorporados como influências de outras teorias. Juarez Cirino dos Santos²⁸⁸ diz que ele “[...] trabalha com o critério de **tomar a sério** e de **confiar na evitação do resultado** típico para distinguir a **decisão pela possível lesão do bem jurídico** (dolo eventual) da mera imprudência consciente, aproximando-se, por isso, da teoria dominante”.

Diante do exagero que a teoria da possibilidade representa, pode-se optar por uma solução um pouco menos abrangente. Não basta a representação do resultado. É preciso que tal resultado tenha sido considerado pelo agente como provável à luz das circunstâncias fáticas em que se encontrava envolto. Isso parece eliminar a insegurança da grande abertura propiciada pela teoria da possibilidade, apta a implicar responsabilidade por eventos verdadeiramente esdrúxulos. Tratamos, então, da **teoria da probabilidade**. Por ela, dolo é simplesmente “o conhecimento de que a ocorrência do resultado é algo provável”.²⁸⁹

A teoria da probabilidade, inicialmente defendida por Helmuth Mayer, se mantida à distância dos casos concretos, parece ser, dentre as possibilidades aventadas, a escolha ideal para a caracterização do dolo. Trazida para a prática, no entanto, essa impressão logo tende a se enfraquecer. Não pode haver maior subjetividade na determinação do que pode ser considerado “provável”. A possibilidade costuma ser objeto de consensos mais frequentes. A maior parte das pessoas concordará que é possível, mas não provável, que sejam atingidas por um raio. É possível matar alguém com um único soco, mas não é provável. É possível cair do quinto andar e sobreviver, mas não é provável. Há muitas considerações como essas, que se referem à experiência comum, que geram uma aparente segurança para a definição do que seja provável. É possível ganhar na mega sena. Mas é provável? Probabilidade não se faz sem alguma dose de cálculos matemáticos. A chance de acertar as dezenas da mega sena é de uma em muitos milhões. Quase todos os meses, alguém acerta. Isso desmente a improbabilidade? Qual deve ser a porcentagem de chance de ocorrência para que se possa considerar um evento como provável? Como reduzir a imputação penal a título de dolo a um cálculo probabilístico puramente matemático? “É impossível quantificar percentuais de possibilidade e, ainda que o

²⁸⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 146. Grifo do autor.

²⁸⁹ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: DIAS, Silva *et al.* **Liber Amicorum de José de Souza e Brito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 902.

fosse, não existe nenhuma razão para eleger uma cifra – 20% ou 30% a depender do caso – como fronteira que separa o dolo da culpa consciente.²⁹⁰

A mesma dificuldade operacional característica das teorias da vontade e do consentimento se faz presente: a caracterização do dolo pressupõe a certeza não apenas quanto à representação do risco por parte do agente, mas quanto à intensidade do risco e as chances de concretização por ele identificadas. E esses são dados que se situam nos recônditos da mente do agente.

Feijóo Sánchez tece duras críticas às teorias da probabilidade. Segundo ele, elas só oferecem “[...] fórmulas vacías, manejables para cualquier tipo de solución y que no presentan al juzgador pautas objetivas concretas que possibiliten una distinción materialmente aceptable o segura como mínimo”. Além disso, as teorias em questão operam com dados fictícios, pois as pessoas não tomam decisões cotidianas com base em estatísticas e cálculos probabilísticos.²⁹¹

As críticas definitivas opostas à teoria da probabilidade, em nosso sentir, são as que tomam como exemplo os casos do “atirador inexperiente” e da roleta russa.²⁹² Um homem, com uma arma, se propõe a atingir uma vítima que se encontra muito distante. Apesar de saber que acertar o tiro, àquela distância, é algo quase impossível, o homem realiza o disparo, com a intenção de matar a vítima. Se o resultado ocorre, apesar da alusão ao elemento da intenção, não se pode recorrer à figura do homicídio doloso. Pois o agente não representou, concretamente, como provável – ou não-improvável – o resultado danoso, e é isso o que importa para a configuração do dolo. Tentou-se, diante dessa iniquidade, uma emenda na teoria: nos casos em que existir intenção, bastaria a possibilidade. Mas só essa correção já demonstra que a probabilidade, como exclusivo critério para todas as formas de dolo, é insuficiente.

De outro lado, a grande maioria dos penalistas concorda que o agente que mata a vítima “jogando” roleta russa deve responder a título de dolo. A gravidade de sua conduta não condiz com a pena modesta prevista para o homicídio culposo. E não só isso: sua ação revela bem

²⁹⁰ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Trad. José Carlos Nobre P. Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 219.

²⁹¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 92. “[...] fórmulas vazias, manuseáveis para qualquer tipo de solução e que não oferecem ao julgador pautas objetivas concretas que possibilitem uma distinção materialmente aceitável ou segura como mínimo”. (Tradução nossa).

²⁹² RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, respectivamente, p. 68-69 e 70-71.

mais do que a quebra de um dever de cuidado, um descuido, uma imprudência. Ela mostra desvalorização e a descartabilidade da vida da vítima para o agente, ou, colocando de outra forma, a indiferença em relação à causação desse resultado danoso tão grave a partir de uma conduta tão perigosa. Deve-se ser mais intensamente punido porque seu agir revela insurgência contra a norma ou decisão contra o bem jurídico, deixaremos em aberto. Atenhamo-nos ao fato de que, como regra bastante estável, trata-se de um fato doloso. Poderia a teoria da probabilidade funcionar nesse caso? Há uma corrente que tenta tornar mais objetiva a incidência dessa teoria a partir do seguinte raciocínio: tudo aquilo que tem mais chances **de ocorrer** do que **de não ocorrer**, é considerado provável. Embora sem aludir a frações e números, o que se diz é que, com 50,0001% de chance de ocorrer, um evento é provável. O problema não está só na determinação desse percentual em cada caso concreto. Isso já soa impossível. Há outro defeito igualmente inquietante. No caso da roleta russa, não se poderia aplicar o instituto do dolo. Ora, se em um revólver cabem seis balas, mas o agente retira cinco delas, fazendo o perigoso “jogo” com uma única bala no tambor da arma, há algo em torno de 16,66% chance de que a morte ocorra. Trata-se de um número bem distante daquela marca dos 50,0001%. Olhando de outra forma, aliás, há cinco vezes mais chance de a vítima sobreviver do que morrer. Assim, a morte, não sendo matematicamente provável, não pode ser imputada ao agente sob a tipificação do homicídio doloso.

Em alguns casos, é difícil determinar a que linha de pensamento se filia a proposta teórica. Sobre a posição de Hans Welzel, por exemplo, há dúvidas. A julgar pela afirmação textual de que não há nenhum tipo de dolo sem o componente da vontade²⁹³, o mestre de Bonn nos dá a impressão de uma adesão a alguma das teorias volitivas. Mas, pelo menos quanto à teoria do consentimento, ele próprio afasta essa hipótese.²⁹⁴ De outro lado, ao resolver o caso do atirador inexperiente pela via do dolo, Welzel parece expressar a desimportância da representação do próprio agente relativamente ao grau de probabilidade de causação do dano, o que contraria os postulados clássicos da teoria da probabilidade, inclusive, por ele abertamente criticada.²⁹⁵ Diante disso, torna-se natural considerar sua preferência pela teoria da representação ou da possibilidade. Para Welzel, não se exige uma representação “qualificada” ou “muito intelectualizada”, devendo ser excluída da seara dolosa apenas aquela que se refere às meras esperanças, em que o próprio autor sabe que não pode influenciar na

²⁹³ Por exemplo, WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. J. Bustos Ramírez *et al.* 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 78 e 87.

²⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 83.

²⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 84.

produção do resultado. Mas, se “[...] al ejecutar su acción, reconoce que queda dentro de sus posibilidades de influencia” a causação do dano, trata-se de agir doloso. De afirmações como essa, e de outras semelhantes – “Es indiferente si considera la consecución del fin como segura o sólo como posible” – se pode extrair a conclusão de uma predileção pela teoria da possibilidade.²⁹⁶ No entanto, as suas censuras, também aqui realizadas, enfraquecem essa hipótese.²⁹⁷

Tudo indica, então, que o melhor seria atribuir a Welzel uma teoria à parte. Ao falar dos casos em que o resultado representado mentalmente se apresenta, não como o próprio fim proposto (dolo direto de primeiro grau), nem como consequência necessária decorrente do meio escolhido (dolo direto de segundo grau), mas apenas como evento possível, alerta no sentido de que “[...] habrá que distinguir si **cuenta con que se produzca** o si, por el contrario, **confía en que no acontezca**.” Ele explica: estão compreendidas pela vontade de realização que conduz ao dolo eventual as consequências com cuja produção conte o autor no momento da execução da conduta. Mas não configuram qualquer tipo de dolo os eventos concretamente representados como possíveis em relação aos quais tenha o autor tido “confiança” em sua não realização.²⁹⁸ A construção de Welzel pode ser denominada **teoria do “contar com o resultado”**. Justifica-se a autonomia da teoria, principalmente, a partir da posição defendida por Welzel, no sentido de que a representação do perigo pode perfeitamente conviver com a confiança, exatamente porque essas duas figuras se situam em planos anímicos diferentes: “aquella en un plano intelectual, ésta en un plano volitivo-activo”. E ele arremata:

[...]“la confianza en la no-producción del resultado” es una posición independiente y volitiva en el momento de actuar que comprende intelectualmente la representación del peligro, pero que excluye volitivamente (en el momento de tomar la decisión) la realización del peligro.²⁹⁹

Na mesma linha da proposta de Welzel, há a sugestão de Günter Stratenwerth, conhecida como **teoria do “levar a sério”**. Para o autor, não basta que exista uma concreta

²⁹⁶ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. J. Bustos Ramírez *et al.* 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 79-80. “[...] ao executar sua ação, reconhece que queda dentro de suas possibilidades de influência”; “É indiferente se considera a consecução do fim como segura ou só como possível”. (Tradução nossa).

²⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 85.

²⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 81-82. “[...] terá que distinguir se **conta com que se produza** ou se, pelo contrário, **confia em que não aconteça**.” (Tradução nossa. Grifo do autor).

²⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 84. “aquela em um plano intelectual, esta em um plano volitivo-ativo”. “[...]’a confiança na não-produção do resultado’ é uma posição independente e volitiva no momento de atuar que compreende intelectualmente a representação do perigo, mas que exclui volitivamente (no momento de tomar a decisão) a realização do perigo.” (Tradução nossa).

representação do perigo. Apenas nos casos em que o próprio agente tenha “levado o perigo a sério” se poderá falar em dolo. Assim, na culpa consciente, o agente até pensa na possibilidade do dano, mas, em vez de “levá-la a sério”, a menospreza, subestima ou minimiza intelectualmente.³⁰⁰ Nem sempre é simples afirmar que o agente levou a sério o perigo, mas isso é possível em diversas situações, a partir da observação de certas atitudes do agente. O exemplo perfeito seria o do já citado *Lederriemenfall*, em que os agentes, por terem levado a sério a possibilidade de matar a vítima asfixiada com o cinto de couro, optaram pelo uso dos sacos de areia. Como os sacos se romperam, recorreram os agentes ao cinto, cujo grande potencial lesivo já era bem conhecido, desde antes, tendo motivado, inclusive, a busca de outra linha de ação.

A teoria do “levar a sério” (*Ernstnahmetheorie*), na explicação de Juarez Cirino dos Santos³⁰¹, com apoio em Roxin e Jescheck e Weigend, goza de grande prestígio na doutrina e na jurisprudência alemãs para a determinação do conteúdo do elemento intelectual do dolo. Assim como a teoria do consentimento é a predominante entre os que exigem uma vertente volitiva para o dolo, o “levar a sério” seria o critério preferido para exprimir a necessidade de que o autor da conduta, bem mais do que apenas ter previsto o resultado como possível, deve haver considerado a séria possibilidade de que ele viesse a ocorrer a partir da sua execução. Os resultados representados, mas “não levados a sério”, seja por autoconfiança do autor, por confiança em terceiros ou mesmo por crença na possível interferência de outras circunstâncias impeditivas do dano, somente podem ser punidos a título de culpa consciente.

As duas teorias citadas padecem de defeitos comuns. Primeiro, pela vagueza das expressões, é óbvio que a dificuldade de se chegar a afirmar com segurança se o agente levou a sério o perigo imperará na maioria dos casos práticos, o que traduz grande insegurança. Depois, também aqui uma pretensão de unificação conceitual para o dolo naufraga. Os critérios não se adaptam bem ao dolo direto de primeiro grau, pois o agente pode querer um resultado em cuja produção nem ele mesmo acredita muito. Ora, será que a maioria das pessoas que jogam na loteria “conta com a vitória”? Será que leva a sério a chance de tornar-se milionária? Ou atuam impulsionados pela esperança, essa formidável característica humana de desejar e até esperar até mesmo o mais improvável dos resultados, quando prazeroso? Nem por isso, sua

³⁰⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 100-101.

³⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 140-142.

aposta é acidental ou desintencional. Transportando a discussão para o Direito Penal, se não houver responsabilidade pela grande improbabilidade de causação do resultado será pela via da imputação objetiva, e não pela via da imputação subjetiva.

Há que se destacar, ainda, a despeito do que digam seus autores e adeptos, que é bastante difícil fazer a separação estanque entre a representação mental do perigo e o subsequente “contar com” ou “levar a sério”. Nos dois casos, é árdua a tarefa de distinguir se “contar com” e “levar a sério” são atitudes volitivas ou emocionais, ou se são, ainda, partes do processo cognitivo. Só essa dubiedade, em si, já enfraquece as teorias em tela. É natural que perdure, sempre, a interrogação: será que não “contou com” ou não “levou a sério” o perigo exatamente porque não o representou adequadamente, em toda a sua extensão ou em toda a sua gravidade, no específico caso concreto?

E mais: o ser humano se dedica a atividades tão escancaradamente perigosas que os critérios do “contar com” e do “levar a sério” podem se tornar verdadeiros multiplicadores das imputações por dolo eventual. Quem salta de paraquedas não parece poder alegar que “não conta com” ou que “não leva a sério” a possibilidade da morte. Desconhecer esse risco somente soa plausível por quem não conheça a lei da gravidade ou a vulnerabilidade do corpo humano e sua suscetibilidade a impactos violentos. Isso não parece razoável para pessoas adultas e mentalmente sadias. Dificilmente elas terão chegado à maturidade sem conhecer tais dados. Profissionais do paraquedismo passam por cursos de segurança justamente porque os riscos são elevados. E, não raras vezes, conhecerão casos de pessoas que já morreram ao desempenhar tal atividade. Somam-se, assim, elementos que dificultam ou afastam a chance de que não tenham considerado a séria possibilidade da ocorrência do dano (para si e, no caso dos instrutores profissionais, para os neófitos que confiam em sua destreza).

Pode-se discutir se uma pessoa que se submete a uma cirurgia estética, que faz uma lipoaspiração, que luta boxe ou MMA (*mixed martial arts*), ou simplesmente que viaja de avião, conta com ou leva a sério os riscos em que está envolvida. Dificilmente, uma pessoa que se dê a tais atividades desconhecerá por inteiro os perigos que lhes são inerentes. Mas será que, ao realizá-las, toma esses perigos a sério? Será que conta com a grande possibilidade de sua concretização? Quem viajaria de avião ou se deitaria em uma mesa de cirurgias ao perturbador som da ideia da provável morte iminente a reverberar na cabeça? “É provável que eu morra, mas viajarei assim mesmo”. “É provável que eu morra, mas farei a lipoaspiração”.

Isso parece bem pouco plausível. Mas, como dito, determinadas atividades encerram perigos escandalosos, reafirmados pela própria experiência pessoal, de modo que “não contar com eles” ou “não levá-los a sério” parece ser algo bastante implausível. Haverá, em tais casos, necessariamente uma imputação a título de dolo eventual? No caso do instrutor de paraquedas, de parapente, de asa delta, do piloto de Fórmula 1, do trapezista de circo, do atirador de facas, do guia de alpinismo, e até do médico, em certas cirurgias neurológicas e cardiológicas complexas, haverá sempre a figura do dolo eventual a acompanhar a fatalidade que porventura ocorra?

Esse, enfim, é mais um ponto fraco da teoria. Não se pode tentar burlar a crítica por meio da alegação do exercício regular de direito, já que este, por se situar em estágio posterior à aferição da tipicidade, não interferirá na imputação do elemento subjetivo. E, caso se queira invocar a teoria da imputação objetiva (alegando, por exemplo, a figura do “risco juridicamente permitido”) para solucionar a questão, permanecerá a interrogação em aberto: haveria, ou não, dolo eventual em tais casos? É, então, conforme a natureza do risco (juridicamente proibido ou permitido) que se analisa a imputação a título de dolo eventual?

De qualquer forma, as teorias parecem não superar o seguinte problema: se a natureza e a intensidade do risco é o fator determinante para que se afirme o “contar com” ou o “levar a sério”, então, voltamos a tratar da **probabilidade**. Se é a alta probabilidade de ocorrência do dano que deve ser tomada em conta ou levada a sério, cabem aqui, com justeza, todas as censuras feitas à teoria da probabilidade. Se, diferentemente, não é a probabilidade, mas a atitude emocional ou volitiva de aprovação ou desaprovação a ela dirigida, caímos na vala da teoria do **consentimento**, e arcamos com todas as falhas que ali foram apontadas.³⁰²

Ramon Ragués i Vallès³⁰³ alcançou uma interessante constatação. O autor percebeu que os defensores da teoria do consentimento, para sustentar seu ponto de vista, recorrem ao raciocínio dedutivo: “se há dolo, há vontade”. De outro lado, para defender a teoria da

³⁰² A proximidade entre a teoria do “levar a sério” e a teoria do consentimento é denunciada, inclusive, pela explicação de Mir Puig. O penalista espanhol praticamente funde as duas, e fazendo alusão, ainda, ao elemento da probabilidade: “É correto exigir para o dolo eventual um verdadeiro ‘querer’ como ‘aceitar’. Também é certo assinalar que para esta aceitação basta o ‘conformar-se com’. [...] Quem ‘leva a sério’ a possibilidade do delito, no sentido de que não a descarta, deve aceitar, necessariamente, tal probabilidade caso decida realizar a conduta perigosa”. MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Trad. José Carlos Nobre P. Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 221-222.

³⁰³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 66.

probabilidade (as teorias cognitivas, de um modo geral), emprega-se o raciocínio indutivo: se o caso for muito grave e a conduta merecer sanção mais intensa, haverá de ser considerada dolosa. Essa forma de pensar é típica dos autores normativistas. Não é à toa que a maior parte das propostas de normativização parte da teoria da probabilidade, modificando-a com maior ou menor intensidade. É o caso, dentre outros, de Jakobs, Puppe e Herzberg, cujas construções teóricas serão analisadas no tópico seguinte.

Retomando o curso da análise, é possível perceber que o aspecto da “**confiança**” foi e continua sendo extremamente debatido pela doutrina. Quase todas as teorias – e, até aqui, cada uma das que foram analisadas – admitem a possibilidade da exclusão da imputação dolosa quando o agente “confiou na não realização do resultado”.

De um modo geral, entende-se que a confiança impede que se “conte com”, que se “leve a sério”, que se “aceite”, “aprove”, “conforme” ou “consinta” com a produção do dano. Para os cognitivistas, ela elimina mentalmente a representação do perigo. Um perigo representado, mas em cuja não ocorrência se confia por alguma razão, não é mais um perigo concreto. Já para os adeptos das correntes volitivas, a confiança não interfere no conhecimento, mas afasta o conteúdo de vontade, eliminando, da mesma forma, a figura do dolo. No dizer de Welzel, por exemplo, “[...] quien, al actuar, confía en que no se produzcan tales resultados no los quiere realizar, del mismo modo como no quiere realizar resultados en los que no ha pensado (en este caso sólo podría plantearse el problema de la culpa)”.³⁰⁴

Discutem os autores, independentemente de sua filiação teórica, que tipo de confiança pode excluir a imputação dolosa, ou, dizendo de outro modo, em que pode repousar essa confiança para que se exclua a possibilidade do dolo. Alguns autores entendem que qualquer espécie de confiança basta à exclusão do dolo (inclusive na religião e na superstição). De um modo geral, são os que se consideram adeptos das correntes volitivas. É, por exemplo, o caso de Santiago Mir Puig, que não se atém ao aspecto da irracionalidade da confiança, mas que simplesmente analisa que ela obsta à caracterização do necessário conteúdo de vontade expresso no

³⁰⁴ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. J. Bustos Ramírez *et al.* 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 81-82. “[...] quem, ao atuar, confia em que não se produzam tais resultados não os quer realizar, do mesmo modo como não quer realizar resultados em que não haja pensado (neste caso, só poderia colocar-se o problema da culpa).” (Tradução nossa).

“aceitar”. “Não há dolo eventual – mas apenas culpa consciente – quando o sujeito atua ‘confiando’ que o delito não ocorrerá”.³⁰⁵

Ramon Ragués i Vallès, embora reconheça a coerência interna de tal forma de pensar, julga que ela conduz a soluções juridicamente inaceitáveis. Por essa razão, reprova a posição em tela para alinhar-se aos que dizem que somente a “confiança racional” pode se prestar à exclusão do dolo. Em sua opinião, o Direito Penal não pode premiar otimismo levianos e descabidos.³⁰⁶ E o autor argumenta por meio de um exemplo. Um homem pede emprestada a um amigo uma quantidade absurda de dinheiro, sob a alegação de que a investirá em um seguro e rentável negócio. Na verdade, esse homem gasta toda a quantia com a compra de bilhetes de loteria, na esperança de que seja sorteado e, com isso, pague ao amigo e ainda saia lucrando. Nesse caso, se a confiança, que se dá inteiramente na sorte, afastar o dolo, estaremos a tratar de um fato atípico, ante a ausência de previsão de estelionato culposos.

De fato, a questão da irracionalidade da confiança é intrigante. Pensemos um pouco além do exemplo citado. Um pai muito religioso presencia o salto de seu filho, uma criança de seis anos de idade, da janela do décimo andar do prédio em que residem, com a inabalável fé na interferência das forças divinas para impedir o desfecho trágico. Se há, de fato, confiança – e esse é o caso, no exemplo –, por mais que ateus, agnósticos e religiosos menos convictos reprovem a conduta do sujeito, haveremos de convir que ele, em momento algum “quis”, “aprovou” ou “consentiu com” o resultado. E mais: pode-se discutir se, diante de tamanha fé, o próprio perigo chegou a ser previsto adequadamente. A crença nos poderes divinos pode ter conduzido o pai, da percepção da flagrante periculosidade da conduta, à sensação da mais completa segurança. É como se, apesar da queda, nenhum mal pudesse ser infligido à criança, de modo que não seria exagero dizer: na cabeça daquele homem, nunca existiu perigo verdadeiro, pois Deus sempre esteve ao seu lado.

Por mais que queiramos, o Direito Penal não responderá todas as indagações e nem atenuará todas as nossas angústias. Esse é um autêntico *hard case*, cuja aparentemente ineliminável

³⁰⁵ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Trad. José Carlos Nobre P. Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 220.

³⁰⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 105-106.

dúvida deverá forçar uma decisão a favor do acusado (homicídio culposo).³⁰⁷ Se o fato deixa um certo gosto amargo de “impunidade”, ou se cria alarmante precedente, para a análise teórica, não deveria importar. É somente a atuação, na prática, da **vontade de punir** que leva à insurreição e à procura de fundamentos para uma condenação por fato doloso. Adote-se perspectiva normativa e o problema desaparece: analisa-se apenas o sentido objetivo do comportamento, digno de reprovação social. Há dolo. Essa simplicidade é convidativa.

No fundo, a teoria que inspirar a política criminal do país em que ocorrer semelhante fato fará vitoriosa sua versão da solução do problema. Se definir o dolo como elemento psicológico, possivelmente não poderá trazer a responsabilização por homicídio com dolo eventual. Seja de corte volitivo (o pai não quis, e não aprovou), seja cognitiva (o perigo não foi adequadamente representado). De outro lado, se o dolo é elemento puramente normativo, pouco importam a vontade real e a efetiva representação mental por parte do acusado em questão: o comportamento por ele realizado, convertido em comunicação, expressa desrespeito pelas normas jurídicas e, objetivamente, se torna reprovável, passando a merecer a imposição da pena para que se restaurem as “expectativas normativas”; ou se mantenha a “confiança no sistema”; ou se “negue a negação” da validade das normas, por meio da “afirmação de sua vigência”.

A preocupação com a imputação do dolo nos casos concretos, cuja dificuldade apenas se viu acentuada pelas divergências e fragilidades teóricas, levou à formulação de algumas **fórmulas práticas (ou teorias processualistas)**. São formulações que não se preocupam tanto com a definição do dolo e da culpa, mas com a criação de critérios de identificação do agir doloso e do agir culposo em casos concretos.

Um dos mais apontados é o modelo de Armin Kaufmann. Ele desenvolveu a **teoria da não comprovada vontade de evitação** (ou da objetivação da vontade de evitação, ou ainda, da

³⁰⁷ Mas não sem que com isso surja um outro problema: é correta, nesse mesmo caso, a imputação a título de culpa? Se reconhecemos, um passo antes, que o perigo, para aquele homem, não existiu, é justa a sua condenação por homicídio culposo (caso não receba, por óbvio, o perdão judicial)? De um lado, nosso Estado é laico. De outro, assegura a liberdade de crença religiosa (art. 5º, VI, da Constituição Federal). Como compatibilizar tais informações? É assegurado o direito à crença e ao culto religioso desde que isso não importe em lesões a bens jurídicos de terceiros. Enquanto as crenças e convicções religiosas do agente se restringirem ao seu íntimo e aos seus interesses, ou, caso extrapolem esse âmbito, enquanto não produzirem prejuízos para bens jurídicos alheios, será garantido seu exercício. No caso, se há a morte da criança, da qual era garantidor o agente sob análise (art. 13, § 2º, “a”, do Código Penal), não pode a liberdade de crença impedir a responsabilidade criminal. É a nossa opinião.

vontade de evitação idônea). Em síntese, diz o professor alemão, partidário do finalismo welzeliano, que nos casos em que o resultado tenha sido representado como possível, e ainda assim tenha atuado o agente, somente a adoção de providências no sentido da evitação poderá impedir a caracterização do dolo. Essa medida de evitação afasta o dolo “Pois a vontade de realização não pode estar, de um lado, dirigida a deixar de ocorrer o resultado conhecido como possível, e, ao mesmo tempo, almejar que esse resultado seja evitado pela forma de agir”.³⁰⁸

Com isso, a diferenciação entre dolo eventual e a culpa consciente está ligada à adoção de “contra-fatores” de evitação. Se o autor ativar os contra-fatores, o caso será de culpa consciente. Caso não o fizer, incidirá o regime do dolo eventual.

Juarez Tavares³⁰⁹ observa que “[...] os critérios encampados por esta teoria não indicam satisfatoriamente a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, embora possam ser tomados, sobretudo, como indícios de uma atuação dolosa”. Na verdade, importa considerar que a formulação de Kaufmann pode até demonstrar quando **não há** o dolo, já que, por lógica, se o agente se esforçou para impedir o resultado, é porque não o quis, não o aceitou ou não contou com ele. No entanto, ela é imprestável para indicar quando ele se faz presente. Ora, não basta o fato de não ter ativado contra-fatores ou precauções para que se pressuponha o dolo. A não-ativação é característica, também, de ambas as modalidades de culpa, em que o agente sequer pensa no resultado lesivo (inconsciente), ou em que ele, inconsequentemente, confia demais em si ou nos outros (consciente). É por isso, aliás, que Juarez Cirino dos Santos³¹⁰ conclui que a teoria não é lá muito útil para nenhum dos dois; nem para dizer quando o dolo existe, nem para apontar sua ausência. Pois do mesmo jeito que o sujeito que não toma precauções pode tê-las omitido por distração ou excesso de confiança, quem adota cautelas não necessariamente repudia a hipótese de causação do resultado danoso, é dizer, não necessariamente pode confiar na não ocorrência da lesão, “[...] como mostra, por exemplo, o caso do *cinto de couro*, em que os autores se esforçam, concretamente, para evitar o resultado”.

³⁰⁸ KAUFMANN, Armin *apud* PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 47.

³⁰⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 338.

³¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 144.

A reflexão trazida por Jakobs³¹¹ encerra uma crítica que parece ser insuperável. Por que uma pessoa que realiza conscientemente uma conduta cuja periculosidade é mínima, se não ativar os contra-fatores de evitação, responde por dolo, ao passo que outra, ao levar adiante um comportamento reconhecido como extremamente arriscado, vê excluída a possibilidade da imputação dolosa porque adotou alguma cautela (que nem precisa ser robusta o bastante para afastar em absoluto a ocorrência do dano)?

A verdade, porem, é que o construto de Armin Kaufmann não traduz, propriamente, uma teoria sobre o dolo. Mais se assemelha a um procedimento de observação e de avaliação de indícios para a aferição do dolo, entendido esse tal qual o define a maioria dos autores (consciência e vontade). É por isso que Zaffaroni³¹² classifica a construção de Kaufmann como “processualista”.

Bernardo Feijóo Sánchez, após listar uma série de objeções teóricas à ideia de Kaufmann, conclui que seu defeito está no apego do autor às suas premissas ontológicas (lembre-se de que Kaufmann é um conhecido discípulo de Welzel). Não fosse isso, Kaufmann teria escrito uma teoria inteiramente cognitiva, e baseada em dados objetivos (o que talvez bastasse para que ela pudesse ser considerada já como uma teoria normativa).³¹³

À exceção dessa última teoria, todas as demais que examinamos têm por escopo definir o dolo. Todas têm a pretensão de criar um conceito capaz de abranger as suas diversas espécies. E todas objetivam estabelecer critérios seguros para a distinção entre dolo eventual e culpa consciente, o espinho na carne da teoria do delito. Nenhuma delas chegou perto de um cumprimento minimamente satisfatório de tais missões.

A nota comum dessas teorias tradicionais é a visão psicologista acerca do dolo, quer dizer, pelo menos a respeito de um de seus elementos. Até aqui, todas as construções exigem que o sujeito tenha representado mentalmente a possibilidade do dano. Essa representação é um fato real, existente, embora de difícil verificação por sua ocorrência nos recônditos da mente do agente. As instabilidades teóricas seculares indicam que a insistência na tripartição do dolo e na bipartição da culpa, bem como nos critérios de separação entre todas essas figuras, talvez

³¹¹ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal**: Teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 394.

³¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl et alii. **Derecho Penal**: Parte General. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 527.

³¹³ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 29.

não seja a medida mais prudente. Cogita-se uma ruptura de paradigma, representada pelo abandono do dolo como um fato psicológico que deve ser verificado pelo julgador para que reconheça a tipicidade por crime doloso. Já descrentes quanto à utilidade de tantas “ginásticas” teóricas, e insatisfeitos pela sua complicada aplicabilidade a casos concretos, alguns autores pensam que o dolo deve ser normativizado. Deve sofrer uma mudança conceitual radical (no correto sentido de *radix*), para deixar de ser um elemento empírico eventualmente presumido nos processos para tornar-se um dado jurídico diretamente imputado aos autores de transgressões cuja gravidade esteja a reclamar uma resposta punitiva mais intensa.

5. COMO NORMALIZAR O DOLO: DA SUPRESSÃO DA VONTADE À DISPENSA DA REPRESENTAÇÃO

Sumário: 5.1. Introdução. 5.2. O “dolo significativo” de Vives Antón e Paulo César Busato. 5.3. Ingeborg Puppe e o critério da “qualidade do perigo”. 5.4. Luís Greco e o “dolo sem vontade”. 5.5 O dolo normativo de Günther Jakobs. 5.6. Gabriel Pérez Barberá e o fator do “merecimento de pena”. 5.7. O confronto dos “normativismos temperados” de Bernardo Feijóo Sánchez e María del Mar Diaz Pita. 5.8. Ramón Ragués i Vallès e a normatização do procedimento de determinação processual do dolo.

5.1 INTRODUÇÃO

Não há um movimento acadêmico ou doutrinário internacional que se auto-intitule “normatização do dolo”. Não há, também, uma versão oficial sobre o que é essa normatização. Com ela parece se passar o mesmo que testemunhamos ocorrer com expressões como “neoconstitucionalismo” ou “pós-positivismo”, que foram empregadas indiscriminadamente, e a ponto de abranger posições acadêmicas não raras vezes contraditórias. Positivistas exegéticos, neopositivistas, jusnaturalistas e outros “istas” foram agrupados – arbitrariamente, como costuma ocorrer – sob uma denominação cujo sentido é ainda bastante incerto.

A normatização, como visto, é a redefinição conceitual dos elementos do mundo empírico a partir de um viés normativo, criando um universo de sentidos construídos à luz das finalidades a que se dirige o sistema jurídico-penal. A normatização do dolo, destarte, é a redefinição conceitual desse instituto jurídico conforme os fins que norteiam a atuação do Direito Penal. É quase despidendo alertar, no entanto, que acerca desses fins não há a menor sombra de consenso, de modo que as propostas de normatização do dolo tendem a variar significativamente. Até porque, ainda que considerados os mesmos fins, cada autor elege uma fórmula conceitual entendida como a mais apta para atingi-los.

Em vez de fazer uma ampla revisão dos diversos “sistemas” ou “modelos” de Direito Penal idealizados pelos autores normativistas – o que requereria fôlego e espaço incompatíveis com o âmbito desse trabalho – faremos diretamente a leitura de alguns dos principais projetos de normatização. É importante um alerta: a maior parte desses projetos é marcada por grande

extensão, alto grau de complexidade e elevada densidade teórica, de modo que seria descomedida pretensão uma análise efetivamente profunda de vários deles.

O escopo do presente trabalho não é – e nem poderia ser, com mínimo bom senso – o esgotamento das teorias normativistas, mas a apreensão da ideia geral de normatização do dolo, para sua posterior confrontação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Se nos ocupamos de mencionar que há graus de normatização do dolo – pode-se normativizar apenas o componente volitivo, ou fazê-lo, também, quanto ao cognitivo, despsicologizando inteiramente o instituto – é porque tencionamos demonstrar que quanto mais se “robotize” o dolo, mais afrontosa ao referido princípio constitucional sua concepção se revelará.

Antes de iniciar a análise, é de grande importância deixar claro que as várias propostas de normatização têm, por assim dizer, um “inimigo comum”: o finalismo welzeliano. Não é nenhum exagero dizer que, entre as finalidades primárias de todas essas construções teóricas está a de combater o esteio ontológico em que se fundam as ideias de Hans Welzel, que ainda gozam de grande prestígio e franca soberania em território acadêmico.

A doutrina da ação finalista tem sua gênese na concepção ontológica de ação.

A ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento **final** e não puramente **causal**. A **finalidade**, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. [...] A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – “vidente”, e a causalidade, “cega”.³¹⁴

A finalidade, na concepção de Welzel, é um dado ontológico da ação, isto é, é um elemento essencial da ação humana. Sem esse componente, um comportamento não pode ser definido como ação, ou não poderá ser considerado humano. O Direito Penal, ao criar e aplicar seus institutos, não pode desprezar essa característica ínsita ao agir humano. Ele sofre limitações conceituais e interpretativas. Dizendo de outro modo, há limites ontológicos à criação e à aplicação do Direito.

³¹⁴ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 27. Grifo do autor.

O ordenamento jurídico determina por si mesmo quais elementos ontológicos quer valorar e lhes vincular consequências jurídicas. Mas não pode modificá-los (os elementos em si), se os configura nos tipos. Pode designá-los através de palavras, assinalar seus caracteres, mas eles próprios constituem o elemento individual, material, que é a base de toda valoração jurídica possível. Os tipos podem apenas **refletir** esse material ontológico, previamente dado, descrevê-lo lingüística e conceitualmente, mas o conteúdo dos **reflexos** lingüísticos e conceituais só pode ser manifestado mediante uma profunda compreensão da estrutura essencial, ontológica, do elemento material em si mesmo.³¹⁵

O conceito de dolo, então, na visão de Hans Welzel, não pode ser cunhado ao bel-prazer do ordenamento jurídico. Sua formulação deve respeitar a estrutura ontológica da ação, inelutavelmente marcada pela presença da finalidade.

A concepção finalista de dolo deixa nítida a sustentação ontológica em que se funda. A exposição de Hans Welzel, a respeito, se inicia com o subtópico “La esencia del dolo”. A partir dali, o mestre de Bonn afirma que “Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere – el momento intelectual – y por la decisión al respecto de querer realizarlo – el momento volitivo.”³¹⁶ Do alto de sua autoridade, e das profundezas de suas convicções ontológicas, Welzel afirma: “Todo dolo tiene un aspecto intelectual y uno volitivo (conforme a la voluntad).”³¹⁷ Firmou-se o conceito finalista de dolo, majoritariamente aceito, pode-se dizer, em grande parte dos espaços acadêmicos do hemisfério oeste. É esta noção – pelo menos, sua petrificação ontológica – que as propostas normativas, ainda que como objetivo mediato, se propõem a refutar.

Outra consideração de relevo: segundo a concepção dominante, que pode ser denominada tradicional, o dolo, enquanto elemento subjetivo, pertence ao psiquismo do agente. Significa dizer que tanto o componente cognitivo, quanto o volitivo, são concebidos desde uma perspectiva psicológica, ou seja, enquanto fenômenos psicológicos e/ou emocionais. A representação é um evento concreto ocorrido na mente do agente. A vontade é uma força psíquica que atua em seu íntimo. Essas noções, como já até adiantamos, são total ou parcialmente refutadas pelos normativistas (só o elemento cognitivo seria psicológico, ou nem mesmo ele).

³¹⁵ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 13. Grifo do autor.

³¹⁶ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. J. Bustos Ramírez et al. 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 77. “Toda acción consciente é conduzida pela decisão da ação, é dizer, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e por pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo.” (Tradução nossa).

³¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 78. “Todo dolo tem um aspecto intelectual e um volitivo (conforme à vontade).” (Tradução nossa).

A adoção das premissas finalistas conduz à afirmação de que existem condutas que são “dolosas” e condutas que são “culposas” na natureza. Entenda-se: não com esses nomes, por óbvio, já que são rótulos jurídicos. Mas existem diferenças essenciais nas estruturas das condutas a que chamamos de dolosas e aquelas que denominamos culposas. Diferentemente, os opositores sustentam que os comportamentos **não possuem essência**, e que suas espécies podem ser livremente classificadas e valoradas (sendo certo que a valoração que aqui importa é a jurídica). Para os normativistas – de um modo geral, construtivistas ou, pelo menos, anti-ontológicos – a linguagem constrói o comportamento, não apenas serve de ferramenta para a descrição fiel de como se passou e qual o seu sentido imanente. É evidente que a doutrina da ação finalista deita âncora na fenomenologia, partindo da crença de que a adequada (e depurada) observação do fenômeno pode conduzir à apreensão das características do ser. É difícil dizer qual é o grau de convicção de Welzel acerca da possibilidade de chegar a conhecer a essência das coisas, é dizer, a extensão da influência da ontologia nas suas posições gnoseológicas. Mas acerca da ação, o mestre de Bonn está absolutamente firme: ela possui em sua estrutura, como obra de um ser humano, uma finalidade. Isso rendeu dificuldades a Welzel quando da abordagem dos tipos de ação culposos e dos tipos omissivos.³¹⁸

É preciso ter muito cuidado quando se afirma que “Para Welzel e os finalistas a ação era puramente ontológica, mas dotada de uma vontade final cheia de conteúdo, quer dizer, a própria ação era dolosa ou culposa.”³¹⁹ De fato, o reposicionamento do dolo e da culpa no interior da conduta indicia a crença de Welzel na existência de diferenças essenciais entre esses modelos de ação (embora possuam uma raiz comum – são ações humanas e, portanto, finalisticamente orientadas). Dolo e culpa não são elementos normativos lançados sobre a conduta típica e ilícita quando do exame de sua reprovabilidade (culpabilidade). São dados da própria ação, pertencentes ao âmbito subjetivo (psíquico), que são fundamentais para a determinação do seu **significado**. Muito importante, no entanto, é não confundir as coisas e

³¹⁸ Quanto aos crimes culposos, apesar das críticas, não enxergamos, em absoluto, qualquer brecha no discurso finalista. Do ponto de vista da coerência interna, é possível considerar a finalidade como presente nos delitos culposos, e o conteúdo de vontade é, sim, importante para essa classe de crimes. Quem “fura” um sinal para não precisar aguardar o tempo exigido para sua reabertura tem um agir final (quer evitar a parada do veículo), e essa finalidade é valiosa para distinguir o dolo da culpa. Quando se diz que o propósito não desempenha papel no agir culposos, esquece-se que sua verificação é igualmente primordial nesse caso, pois, quando o conteúdo da vontade coincide com o resultado, o agir é doloso, e, se dele se afasta, é culposos. É importante, assim, conhecer o propósito para observar que o resultado (atropelamento fatal) não está abrangido pela vontade do autor. Ainda que desempenhe uma função que se queira considerar “negativa” (no sentido de limitadora da tipicidade), a finalidade é relevante nos fatos culposos, no mínimo, para afastar a possibilidade da imputação dolosa.

³¹⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e ação significativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 35.

tomar por ingênuo o mentor do finalismo. É óbvio que Welzel sabe que “dolo” (*Vorsatz*) e “culpa” (*Fahrlässigkeit*) são institutos jurídicos e, portanto, inventados. A sua crença está na diferença essencial que se pode observar nos comportamentos que juridicamente são chamados de dolosos em relação aos que são classificados como culposos, independentemente do nome que se lhes dê. Dolo pode ser substituído por “propósito” ou “intenção”, e culpa por “descuido”, “desatenção”.³²⁰ Continuará a existir, entre os comportamentos, uma diferença essencial. Não é, então, que condutas “nasçam dolosas” ou “nasçam culposas”; é que há condutas do tipo “X”, a que se resolveu chamar dolosas, e do tipo “Y”, que recebem o nome de culposas. “X” e “Y” têm características diferentes, a despeito das nomenclaturas que porventura as identifiquem.

Para Welzel, em sua fala ontológica, **há características imanentes e essencialmente diversas**; para nós, há **características típicas** (no sentido de frequentes e formadoras de um padrão) que levam a uma diferenciação **histórica, cultural e juridicamente consagrada**. A conduta dolosa, intencional, proposital é, então, diferente da conduta culposa, descuidada, desatenta. Senão por suas respectivas características essenciais, por convenções amplamente discutidas e historicamente estabelecidas por meio da cultura. E isso repercute na diferença de gravidade, igualmente consagrada (em quase qualquer cultura, é menos ofensivo o esbarrão ou o pisão no pé acidental do que aquele que seja feito intencionalmente, como desafio; como dizer se é acidental ou proposital é uma questão que fica em aberto, pois os critérios podem ser muitos).

No Brasil, um dos mais eloquentes críticos das posturas finalistas é Paulo César Busato. O autor paranaense rechaça, do modo mais enfático possível, o apego às ontologias para a estruturação de uma teoria do delito. Isso se dá em um função de sua orientação filosófica, cujas raízes estão fincadas na filosofia da linguagem. Na linha do giro linguístico e do segundo Wittgenstein, não há essência, não há conhecimento, somente há linguagem, que tudo perpassa e a tudo constitui. Busato dá seguimento ao “modelo significativo de ação”, cujo representante máximo é seu mentor, Tomás Salvador Vives Antón.

É sabido que nas linhas centrais da filosofia da linguagem está a premissa de que é impossível conhecer propriamente o ser, não apenas porque falte aparelho cognitivo suficientemente

³²⁰ Aliás, é algo bem próximo disso o que ocorre na própria Alemanha. A tradução imediata de *Vorsatz* é “intenção”, e a de *Fahrlässigkeit* é “negligência”.

adequado para essa empresa (essa limitação, Kant já denunciou), mas porque esse ser não possui características próprias, inatas, inerentes, imanentes. O ser é a linguagem que se estabelece sobre o ser. Suas características serão aquelas que a linguagem compartilhada lhe atribuir. Não há desvelamento, como supõe a fenomenologia, mas **imputação**. Atribuem-se dados ao ser e formam-se opiniões – raramente consensuais, e sempre precárias e mutáveis – sobre o que ele é. O conhecimento se estabelece no plano da linguagem intersubjetiva, mais especificamente, no campo da pragmática, em que se entrelaçam as expressões dos diversos falantes e ouvintes do processo de comunicação, e onde se encontram os códigos compartilhados para a interpretação e a compreensão.

Por essa linha de pensamento, a ação humana não “é”; o dolo não “é”; a culpa não “é”. Nenhum deles possui uma essência que possa ser captada. Todos serão o que se disser que devem ser. No caso do dolo e da culpa, é o Direito quem detém a legitimidade de dizer o que são. Não existem, destarte, barreiras ontológicas, entraves do “ser” a condicionar o “dever ser”. Em outras palavras, os conceitos jurídicos são normativos, e não naturais, não devendo a esses qualquer nível de fidelidade conceitual. Como disse Paulo César Busato, “O dolo não existe, se atribui”.³²¹

5.2. O “DOLO SIGNIFICATIVO” DE VIVES ANTÓN E PAULO CÉSAR BUSATO

A proposta de normatização do dolo elaborada por Paulo César Busato é desenvolvida com alto grau de fidelidade em relação aos estudos de seu mestre, Vives Antón. Para ambos, é inadmissível que se proceda à responsabilização por dolo sem a concreta demonstração da pertinência daquela que é a mais grave das formas de imputação. Condenação pressupõe prova, e prova pressupõe demonstração objetiva. Então o autor adverte: quando se opta por uma concepção ontológica de dolo, deve-se apontar por quais meios se poderá fazer a demonstração de sua presença no caso concreto. Na sequência, desacreditando a possibilidade de uma resposta para o problema identificado, observa que “os fenômenos psíquicos resultam inacessíveis”, de modo que essa é uma empresa fadada ao fracasso. Não se pode contar com a confissão, pois ela é rara e não há garantias de que corresponda à realidade. Também não se pode delegar a tarefa para as ciências naturais, pois, além da falta de instrumentos precisos,

³²¹ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In. **Modernas tendências sobre o dolo em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 127.

elas próprias não possuem consenso quanto à maioria dos métodos e conceitos. O resultado é a insegurança quanto aos critérios da afirmação.³²²

O problema da prova é a principal mola propulsora das tendências de normativização. Se não se podem estabelecer critérios seguros para verificá-lo, melhor reconhecer abertamente que “[...] o dolo não é algo que existe, que seja constatável, mas sim o resultado de uma avaliação a respeito dos fatos que faz com que se impute a responsabilidade penal nesses termos”. A imputação dolosa é fruto de um juízo de valoração, e não de descobrimento.³²³

Busato, enquanto defensor da “ação significativa”, adere às teorias comunicativas para entender o comportamento como linguagem. A ação é uma comunicação. E ela expressa um sentido. Em sua opinião, “O dolo é, pois, não apenas normativo, mas identificado concretamente como **compromisso para com a produção do resultado**, expressa em uma decisão contra o bem jurídico”. Lembrando as lições de Carbonell Matteu, coincidentes com as de Vives Antón, ele acrescenta que “se a ação é significado, o dolo significa compromisso com esse significado. O dolo supõe, nesse caso, intenção³²⁴, e pode ser definido como o compromisso do agente com o significado do seu atuar.”³²⁵

Busato³²⁶ passa a expor os elementos do dolo, segundo sua concepção “significativa”. O autor textualmente declara que nele se incluem, assim como afirma a doutrina majoritária, o elemento intelectual e o volitivo. Mas, como se vê na sequência, nenhum deles é compreendido em sentido psicológico, senão normativo (“significativo”).

O mais importante para a imputação do dolo é o reconhecimento do “compromisso do autor” com o significado de seu agir. Como os dados intelectuais são inacessíveis, o correto é recorrer a critérios objetivos que se refiram à parte externa da conduta. Ninguém terá compromisso com o significado de sua atuação se não representá-la adequadamente. Eis o elemento intelectual: “se a previsão é característica distintiva do dolo, essa somente pode ser atribuída a partir da conjugação entre as técnicas que o autor dominava e o contexto das regras sociais a respeito das consequências de determinados atos”. Na parte em que o

³²² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 402-403.

³²³ *Idem, ibidem*, p. 404. Grifo do autor.

³²⁴ Destaque-se a relação do dolo com a intenção, importante para a tese central desse trabalho, a ser exposta mais adiante (Capítulos 9 e 10)

³²⁵ *Idem, ibidem*, p. 411.

³²⁶ *Idem, ibidem*, p. 412.

penalista fala em “técnicas que o agente dominava”, refere-se às experiências pessoais e aos conhecimentos que o sujeito certamente adquiriu segundo sua trajetória de vida. Ao mencionar “regras sociais a respeito das consequências”, alude ao conhecimento causal que é amplamente compartilhado pelos membros da sociedade, que não depende da experiência, embora possa por ela ser reforçado, mas das práticas do contexto social em que está inserido. Idade, profissão, formação educacional e muitas idiossincrasias entram na primeira parte; leis de causa e efeito socialmente compartilhadas, na segunda. A solução está em conjugar as duas partes: novamente citando Carbonell Matteu, o autor assevera que “é desse modo, e não através da indagação de inacessíveis e pouco significativos processos mentais, que podemos determinar o que o autor sabia”.³²⁷ Vê-se que a imputação do elemento cognitivo supõe que determinada representação certamente deve ter-se verificado para alguém nas específicas condições em que se encontrava o agente. Não se aborda, aqui, a hipótese da “cegueira diante dos fatos”, tão importante para normativistas como Jakobs e Pérez Barberá, como veremos.

O elemento volitivo, como dito, também é essencial. Nesse caso, a definição de que se apropria Busato é de Vives Antón: “[...] o dolo como compromisso supõe a necessidade de conhecimento, de **saber**, mas também um grau de vontade: a intenção que pode entender-se como um **querer**, não naturalístico, mas normativo”. Observa-se, aqui, a preocupação com a presença da vontade. Embora ela não possa ser constatada diretamente (a questão da inacessibilidade), devem existir elementos externos suficientes para imputá-la, é dizer, para afirmar sua presença no caso concreto. É essa vontade que une o agente ao significado de sua ação; é ela que firma esse “compromisso com o atuar”. Busato ressalta, ainda, a importância do elemento volitivo inclusive para a distinção entre os campos do dolo e da culpa.³²⁸

Para a imputação da vontade, o penalista se filia a Jürgen Habermas: “o sentido de qualquer mensagem dependerá sempre da presença da identificação da tripla dimensão referida por Habermas”. Em sua exposição seguinte, fica claro que, embora reconheça que o processo de comunicação se estabelece em três dimensões, – real, social e pessoal – é esmagadora a primazia da segunda. Especialmente quando afirma que a intencionalidade não se constitui subjetivamente, mas através de convenções, tal qual ocorre com o sentido das palavras, e

³²⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 413.

³²⁸ *Idem, ibidem*, p. 415. Grifo do autor.

quando invoca as reflexões de Maria Fernanda Palma: não existem “linguagens privadas” que vinculem a interpretação do sentido de uma ação que interfere no mundo de outras pessoas.³²⁹

Em suma, não apenas as palavras, mas os gestos e os comportamentos são linguagem. A conduta representa uma forma de comunicação, e a chave para a interpretação do significado dessa conduta não está em códigos e linguagens privadas, individuais, mas no plano pragmático da linguagem, isto é, na sua contextualização no ambiente social. Assim, não importa a intenção em sentido psíquico, subjetivo, mas a intenção que se pode atribuir segundo regras convencionadas socialmente acerca, exatamente, de como e quando se pode dizer que há intenção.

Pela proposta de Busato, não haverá necessidade de estratificação interna nos âmbitos do dolo e da culpa. Segundo entende, dolo eventual e culpa consciente são categorias que não têm muito a oferecer à práxis, devendo a demarcação de seus espaços se basear em critérios mais objetivos.

5.3. INGEBORG PUPPE E O CRITÉRIO DA “QUALIDADE DO PERIGO”.

Não são poucos os penalistas que desaprovam a tripartição do dolo. Ingeborg Puppe, dona de uma versão da teoria da probabilidade submetida ao procedimento de normatização, é uma deles. A estudiosa, que almeja a construção de um conceito unitário de dolo, é responsável por algumas das mais autorizadas críticas com relação à inconsistência semântica da “vontade” e do “querer”, pertencentes ao dolo segundo as correntes volitivas, ainda majoritárias. É dela a respeitada afirmação de que, no dolo direto de primeiro grau, emprega-se a palavra vontade em sentido “descritivo-psicológico”, ao passo que, no dolo direto de segundo grau e no dolo eventual, o termo é usado em sentido “atributivo-normativo”.³³⁰ Dizendo de outro modo, a autora advoga com habilidade a tese de que aquilo que se diz que representa o elemento volitivo, no dolo direto de segundo grau e no dolo eventual, não é mais do que uma deformação do sentido original de “vontade”. A legítima vontade estaria restrita ao âmbito do dolo direto de primeiro grau, e nem mesmo ali se pode afirmar que sua presença desempenhe papel relevante.

³²⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 415-416.

³³⁰ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 31.

Puppe se serve do conhecido “caso do atirador” de Lacmann para demonstrar a irrelevância da vontade na determinação do dolo. Em um parque de diversões, dois indivíduos fazem uma aposta. Um deles terá que acertar uma bola de vidro que será erguida por uma senhorita em um estande de tiro ao alvo. Se o disparo atingir apenas a bola, permanecendo a senhorita incólume, o atirador vencerá a aposta e receberá o prêmio. Caso ela se fira, no entanto, a aposta estará perdida. O desfecho: o atirador atinge a mão da senhorita, que fica lesionada. Puppe diz que, nesse caso, não apenas falta a vontade da lesão; mais do que isso, o atirador tem **vontade de não lesionar**, isto é, uma vontade exatamente oposta àquela que se costuma exigir para a configuração do dolo. Também não há nenhuma “aprovação interna”, “aceitação”, “consentimento” que seja cabível aqui. “Pouco importa como se define o substituto da vontade, ele não pode ser compatível com o querer de algo contrário”.³³¹ Não é fácil discordar.

A questão é: no exemplo, falta a vontade. Diante disso, das duas, uma: ou se pune o fato a título de culpa, caso predomine o interesse de reservar a vontade como um requisito do fato doloso; ou se pune por lesão dolosa, e, com isso, se abandona de vez a ideia da vontade como um componente necessário dessa forma de imputação subjetiva. A sugestão de Puppe, obviamente, é a segunda. Seu principal argumento é o de que a manutenção da vontade como um dado interno do autor (descritivo-psicológico), por sua inacessibilidade e inverificabilidade pelo juiz, conduz à pura presunção. “O resultado prático é a total incalculabilidade e manipulabilidade da distinção entre dolo e culpa”.³³² Assim, nenhum dado interno, seja a vontade, propriamente dita, ou, para usar a linguagem de Puppe, algum de seus substitutos (consentir, aprovar, levar a sério etc.), deve ser usado como critério para a distinção entre dolo e culpa. Seu veredito: “A instância competente para decidir a respeito do significado jurídico do perigo reconhecido pelo autor não é ele próprio, mas sim o direito”.³³³

A partir daqui, a missão de Puppe é estabelecer os critérios jurídicos para diferenciar o dolo e a culpa. Sua opção é pela “**qualidade do perigo conscientemente criado**”.

A exposição de Puppe principia pela crítica ao modelo tradicional da teoria da probabilidade. Sua visão é de que a simples probabilidade matemática não pode funcionar como critério

³³¹ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 46.

³³² *Idem, ibidem*, p. 51.

³³³ *Idem, ibidem*, p. 61-62.

distintivo, é dizer, que não se pode analisar o perigo desde uma perspectiva exclusivamente quantitativa. É preciso tê-lo em conta sob um prisma qualitativo. E jurídico. Conforme o tipo de perigo, classifica-se a conduta que o cria como dolosa ou culposa. E o que é importante para definir o tipo de perigo? A confiança do agente na sua não produção. O agente que atua confiando que o resultado não se produzirá somente pode responder culposamente. Quem não tem motivos para confiar na não ocorrência, é responsabilizado por crime doloso. A confiança, no entanto, não é examinada sob a lente da psicologia. Aqui está o tom normativo: “não se deve perguntar se o autor confiou na não-ocorrência do resultado, mas sim **se uma tal confiança merece ser levada em consideração pelo direito**”.³³⁴

A proposta de Puppe guarda algumas semelhanças com a que foi desenvolvida por Herzberg, mas com um rigor mais acentuado. Rolf Dietrich Herzberg formulou a **teoria do perigo descoberto (ou desprotegido)**. Em síntese, ela parte, exatamente, do tipo de perigo criado para estabelecer se a imputação da responsabilidade pelo dano deve se dar a título de dolo ou de culpa. Há situações em que o agente lida com perigos “descobertos” (“desprotegidos”), ou seja, em que não há motivos para supor que os prejuízos sejam evitáveis e possam não se concretizar. E há casos em que ele trabalha com perigos “cobertos” (“protegidos”), isto é, em que se identifica a possibilidade de que o dano venha a ser evitado, tornando plausível a expectativa de que ele não ocorra. No perigo desprotegido, o agente representa mentalmente um perigo e, apesar disso, leva adiante a conduta, deixando descoberto o bem jurídico. Se o prejuízo não se efetiva, é por causa da interferência de fatores aleatórios. De outro lado, no perigo protegido, o próprio autor, a vítima ou terceira pessoa pode tomar cuidados capazes de evitar o perigo. A confiança nesses cuidados exclui a imputação dolosa. Vê-se, então, que, em resumo, o perigo descoberto é doloso, ao passo que o protegido é culposo. Observa Juarez Cirino dos Santos³³⁵ que o propósito de Herzberg foi o de estabelecer critérios objetivos para a teoria do “levar a sério”. A chave para a imputação seria “reconhecer um perigo digno de ser levado a sério” e não “levar a sério um perigo reconhecido”. Para determinar se o perigo está “coberto” ou “descoberto”, avaliam-se dados objetivos. A inevitabilidade do perigo conduz à imputação culposa. Diante do perigo inevitável, há dolo. Juarez Tavares³³⁶ avalia que o fator de distinção em comento somente pode ser considerado como um elemento indiciário, mas não como “o” separador de águas.

³³⁴ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 81. Grifo da autora.

³³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 146-147.

³³⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 339-340.

Segundo entende Puppe³³⁷, um perigo será doloso quando a ação representar, objetivamente, “um método idôneo para a provocação do resultado”. Mas e quanto à representação desse resultado pelo agente? Não se trata, no dizer da autora, de uma presunção do aspecto cognitivo, mas da imputação do conhecimento a partir de diretrizes normativas. O indivíduo deve ser tratado como um ser racional. A vontade pode até existir, e as teorias que falam do querer e do aprovar como critérios de distinção entre dolo e culpa estariam corretas, desde que se optasse por “entender a vontade ou aprovação não em sentido psicológico-descritivo”. Não se deve falar em “vontade e aprovação em um obscuro ‘sentido jurídico’, mas sim em **sentido normativo**, isto é, no sentido da imputação à vontade”. Pode-se imputar a vontade quando, diante de um fato concreto, se puder concluir que o agente que pensa e atua racionalmente somente poderia ter levado adiante o comportamento se o quisesse ou aprovasse.

A proposta de Ingeborg Puppe deposita todas as suas expectativas na racionalidade perfeita. Toma como modelo um ser ideal cujas ações são guiadas pela razão pura. A vontade, enquanto faculdade humana, se existir, será mero apêndice da razão. Por isso sua irrelevância para a configuração do dolo. A responsabilidade penal vem do mau uso ou do uso desvirtuado dessa razão. Teria, em tese, o indivíduo, totais condições de agir conforme a norma, com amparo nessa bússola de navegação tomada por Puppe como infalível, e, se não o fez, deve pagar por isso.

Após analisar Kant (Capítulo 6), veremos que a visão de Puppe certamente recebe suas influências. Mas até mesmo Kant, como poderemos demonstrar, cedeu à percepção de que os seres humanos, como não são seres perfeitos, têm sua vontade sujeita ou influenciada por apetites e inclinações, dificilmente sendo capazes de agir com apoio na razão pura. Deixaremos, no entanto, de tecer as considerações críticas a cada uma das propostas de normatização, para opô-las em momento oportuno (Capítulo 7).

Continuemos com Puppe. A autora segue explicando que, no que tange a determinados processos causais, há grande consenso quanto à idoneidade da conduta para a causação do dano. Um ser racional (adulto e mentalmente sadio, acrescentaríamos) não pode alegar desconhecimento ou imprevisão em tais casos. A penalista cria seus próprios exemplos. Bater

³³⁷ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 82.

com um martelo em uma vitrine é um método idôneo de quebrá-la; lançar um “coquetel molotov” em uma casa é um meio idôneo de incendiá-la. Tiros e facadas contra o tronco e o pescoço, e golpes com objetos pesados contra cabeça, são meios idôneos de matar.³³⁸ Digamos, por ora, que Puppe tem parcial acerto. De fato, certos eventos são praticamente incontestáveis à luz do conhecimento causal que uma pessoa imputável deve ter (em muitos casos, impera a expectativa de verdadeira “regularidade nômica”, conceito que será adiante abordado). Mas os exemplos de Puppe se dirigem ao dolo direto de primeiro grau, em sua grande maioria. Nesse caso, quando se identifica a lesão com o objetivo do agente, o processo de imputação sucede com maior segurança. O grande problema, todavia, continuaria a ser o dolo eventual, em que, por definição, os efeitos colaterais danosos são apenas possíveis (ou até prováveis), mas nunca esperáveis como certos e fatais. Para Puppe, esse problema não incomodaria muito.

Como visto, a autora tenciona forjar um conceito unitário de dolo, de modo que, desaparecendo dolo eventual, desaparece a preocupação com as diferenças entre a intenção, a probabilidade e a certeza da produção. Dolo é previsão. Ponto. Se o ser humano previu o dano como possível, deveria, com base em sua razão, haver-se absterido de agir. Somente a imprevisão afasta o dolo, pois o que escapa à razão não pode ser creditado como obra do ser racional. Aqui, no entanto, certamente sobra espaço para outras digressões, a nosso ver, igualmente preocupantes. Em muitos dos casos de imprevisão, o modelo ideal de ser humano será invocado para firmar a premissa de que o evento danoso jamais poderia ter escapado à percepção de um ser racional, de modo que seria perfeitamente razoável considerar que o agente, imputável, o tenha previsto. Com isso, a normatização segue sem fronteiras rumo à robotização do ser humano.

Puppe³³⁹, confiante no consenso quanto ao potencial causal de certas ações, reduz o espaço interpretativo inerente às descrições fáticas e trabalha com as noções de métodos unívocos e não unívocos de matar. Os exemplos anteriormente citados seriam os métodos unívocos (não pairariam dúvidas sobre o potencial homicida, e, com isso, sobre a dolosidade do perigo). Outros casos, porém, seriam marcados pela utilização de métodos não unívocos. Surrar alguém com os meros punhos, maus-tratos contra crianças e idosos, lançar o carro em direção a um policial para furar um bloqueio na pista, não seriam, a seu ver, condutas homicidas. A

³³⁸ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 84-85.

³³⁹ *Idem, ibidem*, p. 86-87.

proposta de Puppe se conformaria melhor a um ordenamento que trabalhasse com base quase exclusiva em precedentes. Sua argumentação é baseada, quase inteiramente, em casos concretos julgados pelo *Bundesgerichtshof*. Parece que o papel da dogmática, em um sistema assim, reduz-se a um patamar meramente secundário, não sendo pequenos, de fato, os riscos gerados para o princípio da legalidade penal.

Sobre o tipo de conhecimento que se exige do agente para a configuração do dolo, pode-se dizer que Puppe³⁴⁰ adota uma postura indecisa. Ela não dispensa que o agente tenha previsto, em concreto, a periculosidade de sua conduta. Mas, alerta que “Ele não precisa, contudo, valorar o perigo como um método idôneo para a realização do tipo, pois se trata de uma questão de direito, e não de fato”. Com essa fala, Puppe se torna vulnerável às críticas dos dois lados. Os normativistas dirão que a proposta não passa de “mais do mesmo”: como se poderá aferir a previsão concreta exigida? De outro lado, os que defendem uma concepção psicológica do dolo perguntarão: “de que adianta exigir um elemento psicológico, mas normativizar seu conteúdo, estabelecendo que o Direito, e não o agente, deve determinar se ele é o ‘meio idôneo’?” Assim, a proposta de Puppe³⁴¹ se situa um passo atrás da de Jakobs. É no real conhecimento do perigo que se deve fundamentar o dolo, e não em um “[...] lugar anterior a esse conhecimento, como quer Jakobs, e tampouco só no posicionamento sentimental em face desse risco, como faz a teoria dominante”.

Quanto à vontade, para Puppe³⁴², parece ocupar o espaço da mera **voluntariedade**. Não é preciso que se dirija à realização do tipo ou à causação do resultado, mas, apenas, ao próprio agir (não passa, então, do contrário de involuntariedade, caso em que sequer se pode falar de conduta). Quanto ao propósito ou a intenção, não possui relevância para a configuração do injusto penal, somente devendo ser levados em consideração quando do exame da culpabilidade, para a dosagem da pena. Para o injusto penal, basta, subjetivamente, a consciência do perigo, e objetivamente, a utilização de um método genericamente idôneo para a realização do tipo.

³⁴⁰ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 87-88.

³⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 104.

³⁴² *Idem, ibidem*, p. 95-97.

5.4. LUÍS GRECO E O “DOLO SEM VONTADE”

Luís Greco sustenta, entre os brasileiros normativistas, uma proposta bastante próxima daquela de Ingeborg Puppe, de quem é competente tradutor. O título do trabalho especialmente elaborado a respeito do tema é elucidativo: “Dolo sem vontade”. A exclusão do elemento volitivo do dolo se dá, na exposição de L. Greco, por duas razões principais. Uma é terminológica. Assim como fez Puppe, a palavra vontade é empregada com sentidos bastante distintos conforme a espécie de dolo, sendo especialmente imprópria sua utilização na modalidade eventual. A segunda razão é de ordem filosófica. Não enxerga o penalista motivos para que a vontade seja considerada importante para fins de reprovação comportamental a título de dolo (não há um **desvalor da vontade**). Façamos a análise da sua construção seguindo a ordem dos tópicos por ele estruturada.

Luís Greco³⁴³ começa examinando o elemento cognitivo do dolo. Eis a grande pergunta a ser aqui respondida: “Será necessário um conhecimento, um saber em sentido psicológico-descritivo, ou bastará já um conhecimento, um saber em sentido normativo-atributivo?” Greco acolhe a primeira alternativa:

[...] o conhecimento é o fator subjetivo fundamental para que se possa considerar que o autor agiu com *domínio ou controle* sobre aquilo que estava em vias de realizar. Conhecimento significa domínio. Aquele que sabe o que faz e o que pode decorrer de seu fazer controla, em um certo sentido, aquilo que faz e o que pode decorrer de seu fazer. O conhecimento é necessário para a existência de domínio sobre a realização do fato, e esse domínio dá origem a duas fortes razões para que aquele que o possui receba um tratamento mais severo.³⁴⁴

A primeira razão que o autor elenca é a conveniência para a prevenção. Não apenas são mais graves os comportamentos praticados com conhecimento (são, portanto, os que mais merecem resposta penal), como são eles mais suscetíveis aos efeitos preventivos das penas (os potenciais autores dolosos são os que mais precisam de “convencimento”, e os que mais podem ser influenciados pela mensagem da pena). Como bem observa o próprio penalista, porém, nem tudo o que é conveniente é correto. É preciso encontrar a razão pela qual a punição de quem atua consciente deve ser mais intensa do que aquele que não possui conhecimento. Greco responde com base na noção de maior **responsabilidade** pelo fato:

³⁴³ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: DIAS, Silva *et al.* *Liber Amicorum de José de Souza e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 889.

³⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 890-892.

“Ações praticadas com conhecimento e, portanto, com domínio são ações que ‘pertencem’ àquele que as pratica de uma maneira muito mais íntima do que ações praticadas sem esse conhecimento.”

L. Greco³⁴⁵ parte, em seguida, para a investigação acerca de se a vontade também desempenha papel relevante na maior necessidade de punição dos fatos dolosos. E ele retoma o caso da aposta de Lacmann, por meio de uma adaptação, para dizer que não, isto é, que a falta da vontade não afasta a necessidade da punição mais intensa característica dos crimes dolosos. De fato, como vimos, é certo que o atirador, ao realizar o disparo, não apenas “não quer acertar a vítima”, como “quer não acertá-la” para ganhar a aposta. Se a esse se aplica uma tipificação dolosa – opinião do autor –, é porque a vontade já não é relevante para a configuração do dolo.

Filosoficamente, ela deveria sê-lo? O autor compara o caso do atirador de Lacmann com o do atirador inexperiente (que realiza um disparo a longa distância sem ter qualquer habilidade de pontaria) para concluir que é injusta uma punição igualmente dolosa para ambos. Pois, no primeiro caso, há controle, domínio, por parte do atirador. No segundo, não há controle, não há domínio, mal há perigo, pesando em desfavor do atirador apenas uma intenção desvaliosa. Greco questiona se seria correto punir esse segundo agente tão-somente com base em sua disposição interna, pondo em dúvida a compatibilidade dessa punição com um Direito Penal do fato, o único aceitável em um Estado de Direito. A conclusão do penalista é que “A mera vontade não pode transformar em dolosa uma realização de tipo objetivo que o autor não domina.”³⁴⁶

Parece, no entanto, que o domínio do fato não vem, necessariamente, como quer o autor, do conhecimento. Nos dois exemplos, há o conhecimento do agente quanto à possibilidade de concretização do resultado lesivo. O que está diferente, afora o aspecto da vontade? Trata-se de um dado objetivo: a intensidade do perigo, determinada pela habilidade do atirador e a distância do alvo. Se é a habilidade do atirador ou a distância do alvo o fator determinante para a imputação dolosa então o dolo já não é mais um elemento genuinamente subjetivo, mas um número percentual. Quem afirmar que são esses os critérios para a imputação do fato

³⁴⁵ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: DIAS, Silva *et al.* *Liber Amicorum de José de Souza e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 892.

³⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 894-895.

doloso deve ser capaz de apontar a partir de qual porcentagem o fato passa do meramente “possível” ao “provável”. Ambos os autores dos exemplos criam um perigo conscientemente; ambos os perigos se abatem sobre a vida e a integridade física; o primeiro é mais intenso do que o segundo. Aqui se opera a exata separação entre uma teoria da representação, situada entre as construções que lidam com um dolo psicológico, e uma teoria normativista. Se o que importa é apenas a intensidade do perigo, sendo irrelevante a qualidade da representação (não interessa se o perigo foi reconhecido como **intenso para o agente**), o caso é o segundo. Se, no entanto, a diferença que justifica a pena mais intensa está exatamente no fato de ter o atirador de Lacmann reconhecido o fato como provável, ao passo que o atirador inexperiente o tomou apenas como possível, temos, então, caracterizada a primeira hipótese. Com um problema: se é a qualidade da representação que determina a dolosidade, e se o atirador inexperiente, por excessiva autoconfiança, acreditar piamente que acertará o alvo e tirará a vida da vítima? Passa o fato a ser doloso? Se sim, o que importa não é o que “é”, mas o que o agente pensa ser, e caímos na vala da crítica feita pelo próprio Greco quanto à punição de “atitudes internas”. Se não, a representação, pelo agente, é dispensável, pois o que determina a dolosidade é o perigo objetivamente criado, e isso contradiz a afirmação inicial do autor, no sentido de que o conhecimento é que fundamenta a punição do dolo.

Mas L. Greco segue com seu propósito de desacreditar o papel da vontade por meio de exemplos. Cria, assim, dois casos hipotéticos. Em ambos, o agente quer se vingar da namorada por tê-lo deixado. No primeiro, o agente quer dar um “susto” na vítima: ele a estrangula até que esteja inconsciente e, quando pensa em soltá-la, decide não fazê-lo. Para assegurar que ela não acordará de imediato, mantém o estrangulamento por mais alguns minutos, sob o pensamento de que “se morrer, não importa; não deveria ter-me deixado”. E é exatamente o que ocorre. Greco tipifica o caso como homicídio cometido com dolo eventual. No segundo caso hipotético, o agente, mais do que dar um susto, quer estuprar a vítima. Estrangula-a, da mesma forma, visando a transportá-la para o local em que se dará a violação sexual. Para garantir que não acorde, exagera na asfixia e ela morre. O agente fica frustrado – narra Greco – porque não poderá mais estuprá-la. E pergunta: “Alguém dirá que o autor aqui age sem dolo, que neste caso há mera culpa consciente?”³⁴⁷ Com certeza. Nós diremos.³⁴⁸

³⁴⁷ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: DIAS, Silva *et al.* *Liber Amicorum de José de Souza e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 895-896.

³⁴⁸ Não se pode olvidar que a figura, aqui, não será de homicídio culposo, referindo-se a culpa consciente apenas ao resultado qualificador “morte”. O que se tem, na hipótese, é um estupro qualificado pela morte culposa (art. 213, § 2º, CP), se entendermos que o uso da violência (asfixia) representa o ingresso na execução do crime

Os exemplos formulados traem o brilhante autor. Primeiro, porque fala em estrangular por “minutos”, o que já seria incompatível, tanto com a vontade de dar um susto, quanto com a vontade de estuprar. Abstraído esse detalhe, notemos que, no primeiro caso, o autor inseriu o elemento anímico da “aprovação”, do “consentimento”, do “levar a sério”. Ora, se esse elemento fosse acessível, como foi no exemplo, todos os problemas que circundam as imputações dolosas e culposas haveriam de desaparecer. Os grandes infortúnios, inclusive para a maioria dos cognitivistas e normativistas, são, justamente, a inacessibilidade dos dados subjetivos e a dita insuscetibilidade de comprovação empírica. No primeiro caso, vê-se, assim, um elemento interno que é descrito de várias formas, mas que tem um sentido comum na maioria das definições teóricas: aquele que indica a relação do agente com o resultado. Depois, a “igualdade” que o autor quer enxergar entre o primeiro e o segundo caso só existe para os cognitivistas. Em ambos houve previsão e, no dizer de Greco, “domínio”, “controle”. Qualquer defensor de qualquer das correntes volitivas, no entanto, dirá que há dolo eventual no primeiro caso, mas não há no segundo, em que está ausente o componente da vontade. Assim, os exemplos são infelizes porque recebem fundamentação redundante: quer se demonstrar a desimportância da vontade a partir da afirmação de que a vontade não é importante, **para os cognitivistas**.

L. Greco diz que “o que incomoda na disparidade de tratamento dispensado às duas situações é que elas são **idênticas no que diz respeito ao domínio**”.³⁴⁹ O que incomoda **o autor**, ou o que incomodaria **os cognitivistas**, na verdade. Pois cremos que, para a maioria dos adeptos das correntes volitivas, as soluções soariam justas (se mantidas as exatas configurações dos exemplos). O penalista foi bem sucedido em sua empresa de demonstrar a importância do conhecimento, sem dúvida. O mesmo não se pode dizer quanto a evidenciar a irrelevância da vontade. E uma coisa não exclui ou afasta a outra. Essa, aliás, é a nota comum a todas as teorias clássicas (ou não normativistas) que estudamos anteriormente.

sexual. É discutível se cabe, aqui, a minorante referente à tentativa (art. 14, parágrafo único), por tratar-se de crime preterdoloso (em nossa opinião, a resposta é negativa). Caso se entenda que a asfixia não coincide com o início da execução do estupro, referindo-se a ato preparatório deste crime, a classificação será diversa. Haverá sequestro qualificado pelo fim libidinoso (art. 148, § 2º, V, CP) e lesão corporal qualificada pela morte culposa (art. 129, § 3º, CP). Não se fala em homicídio culposo porque o estrangulamento representa uma agressão física que tipifica lesão corporal (ainda que de natureza leve). Há dolo na lesão (leve) e culpa no resultado morte. Delito preterdoloso, então.

³⁴⁹ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: DIAS, Silva *et al.* **Liber Amicorum de José de Souza e Brito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 896. Grifo do autor.

Um interessante e praticamente irrecusável argumento do autor contra as correntes volitivas é o de que, na prática, o peso da vontade é baixo ou quase nulo. Lembra o penalista que nunca ou quase nunca se pode ter certeza quanto aos dados anímicos escondidos no íntimo do réu, mas que isso não impede que existam mais e mais condenações por fatos dolosos. Prova de que “a vontade em sentido psicológico nunca foi levada muito a sério”.³⁵⁰ De fato, como vimos, especialmente no que tange ao dolo eventual, o que vem se operando, com maior frequência, é o uso de presunções e fórmulas matemáticas pelos próprios volitivistas. Esse é um problema destacado pelos normativistas, que demanda uma solução, mas que, a nosso ver, não pode ser aquela sugerida por esse grupo de teóricos. Com clareza invejável, Luís Greco coloca o problema filosófico central do embate entre cognitivistas e volitivistas:

Resta, assim, uma única saída para o defensor da doutrina dominante: fornecer um tal fundamento para a relevância da vontade. Este fundamento, como acima foi dito, tem de conseguir dar conta de justificar o tratamento duplamente mais severo dispensado pelo direito positivo ao dolo em comparação à culpa.

Estabelecer a relevância da vontade é exatamente um dos propósitos desse trabalho. Assim o faremos no item 8.2 e no Capítulo 9.

Para fechar a exposição das ideias de Luís Greco, uma breve suma. Ele próprio nos fornece:

Psicologicamente, **dolo é conhecimento**, e não conhecimento e vontade. Se todo dolo é conhecimento, e a vontade não tem relevância alguma, não há mais qualquer razão para diferenciar dolo direto (em suas duas formas, de primeiro ou de segundo grau) e dolo eventual. Há apenas uma forma de dolo.³⁵¹

O conhecimento, como se vê, é ainda um dado psicológico. Significa dizer que deve ter sua existência demonstrada *in concreto* nos autos de um processo criminal. A posição de Luís Greco, pode-se dizer, tem apenas um pé na normativização. O que normalmente leva uma proposta a se incluir entre as normativistas é a redefinição dos conceitos de consciência e de vontade. O primeiro, Greco mantém psicológico; o segundo, ele afasta da constituição do dolo. O que ele defende, então, é uma teoria da probabilidade. Mas, ao dizer que “ao menos em parte o dolo acaba se tornando uma questão de tipo objetivo”, e ao apontar as formulações de Puppe e Herzberg como as melhores saídas atualmente à disposição, resta autorizada sua inclusão entre os normativistas, ainda que mais moderados.

³⁵⁰ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: DIAS, Silva *et al.* *Liber Amicorum de José de Souza e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 897.

³⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 902. Grifo do autor.

Moderação não é o forte da proposta de Günther Jakobs. Embora nem todos os autores normativistas reconheçam, é grande a influência do trabalho de Jakobs em seus estudos.

5.5 O DOLO NORMATIVO DE GÜNTHER JAKOBS

É sabido que, em alguns casos, é difícil determinar a que linha de pensamento se filia a proposta teórica. As construções de Jakobs, por exemplo, são tantas que se torna quase impossível uma classificação precisa. O pensamento desse penalista modificou-se bastante com o tempo, e suas contribuições para a discussão acerca das teorias do dolo vão desde a criação de critérios para a definição do que se pode entender como “provável”, passando pela expressa adesão à teoria da possibilidade (ou da representação) e chegando até a normatização total do dolo.

Como vimos no item 4.1, observa-se a influência luhmanniana nos estudos de Jakobs, especialmente, em dois pontos. O primeiro deles se refere à noção autopoiética do Direito. O Direito, como um subsistema do sistema social, é eminentemente autorreferente, isto é, cria suas próprias regras, seus conceitos e seus critérios de interpretação dos fatos do mundo. Está autorizado a constituir um “universo de sentidos” próprio, definindo objetos conforme seus fins e metas. A outra importante influência diz respeito ao efeito comunicativo atribuído ao comportamento humano. O ser humano, com sua ação ou omissão, “fala”, ou seja, se expressa. Essa expressão deve ser submetida às lentes do Direito para a determinação de seu sentido, e, conseqüentemente, de seu valor ou desvalor social (o Direito, lembre-se, como subsistema, é um construto social).

Pela visão funcional-sistêmica de Jakobs, o Direito está autorizado a criar quaisquer conceitos e a manipular quaisquer elementos ou dados empíricos livremente, desde que, com isso, não se distancie de sua função social. Falando mais especificamente do Direito Penal, suas funções coincidem, ou devem coincidir, na visão do penalista, com os próprios fins da pena. Vimos que a imposição da pena, para Jakobs, não se justifica pelo intento de proteger bens jurídicos. Embora se possa questionar se a visão de Jakobs é, de fato, preventivo-geral-positiva, o fato é que ele entende que a pena tem por finalidade afirmar a validade e a vigência das normas jurídicas. Por isso, seu funcionalismo é sistêmico: normas protegem normas; o sistema resguarda o sistema. Para alcançar esse objetivo, o Direito goza de irrestrita liberdade criativa e construtiva. Não está preso a amarras ontológicas, da tradição, dos costumes ou

mesmo das outras áreas do saber humano (lembre-se que o próprio autor alerta que, se os conceitos jurídicos se afastarem demasiadamente daqueles socialmente compartilhados na prática, o risco de a norma se tornar artificial e inefetiva será grande).

Voltando ao aspecto da comunicação, Jakobs, com uma visão construtivista, entende o agir humano é uma linguagem. Ao atuar, o homem se comunica com os outros seres que compõem o ambiente social. Quando transgredir, a mensagem que ele expressa é a da não validade da norma violada. A imposição da pena, como qualquer outro ato, também é comunicação. Nesse caso, traduz a afirmação de que a norma segue vigendo. Nega-se, assim, a fala do transgressor, tida como derrotada ou incorreta diante da resposta vencedora corporificada na pena. Isso mantém em dia as “expectativas normativas”, uma espécie de confiança que as pessoas devem ter na validade e na continuidade do sistema como código de normas que rege o sistema social.

O dolo, na visão de Jakobs, simplesmente não existe. Trata-se de um construto jurídico que se encontra inteiramente à disposição do Direito, que pode defini-lo e empregá-lo conforme os seus fins. Ao contrário do que entendia seu professor, o Direito não encontra qualquer barreira ontológica para dizer o que é o dolo. Na verdade, esse será, exatamente, o que o Direito quiser que ele seja, de acordo com seus propósitos.

É importante, diante disso, tentar alcançar o propósito da criação do instituto do dolo para o Direito Penal. Jakobs, partindo daquela mesma ideia de que “[...] el hecho no se entiende como mero suceso fáctico, sino como acontecimiento portador de un sentido, de un significado en la comunicación”, o indivíduo que transgredir pode transmitir uma mensagem forte ou uma mensagem fraca. No caso da mensagem forte, tem-se um agente que sabe exatamente o que diz. Ele proclama conscientemente a invalidade da norma. Sua consciência revela o maior distanciamento dos padrões comportamentais socialmente esperados, e sua resolução faz com que seja mais intensamente perturbado o sistema normativo. Trata-se do agir doloso.

[...] el autor que actúa con dolo y conciencia de antijuridicidad sabe lo que “dice”, con mayor precisión, sabe que transmite como sentido objetivo en la comunicación que la norma no es obstáculo para realizar el tipo. El sentido objetivo y el subjetivo

coinciden, de modo que no existe posibilidad de distanciar al autor del significado objetivo de su comportamiento.³⁵²

A mensagem fraca é aquela em que o próprio falante desconhece o sentido do que diz. Seu comportamento, objetivamente, traduz a negação da norma, mas, subjetivamente, não é isso o que quer dizer o agente. Essa forma de agir é denominada culposa.

No caso do dolo – tem-se uma “falha volitiva”, que mantém em nível máximo o desvalor do comportamento pelo significado social reprovável que ele ostenta. Na hipótese da culpa, o que há é uma “falha cognitiva”, que reduz muito o desvalor do comportamento, incapaz de gerar graves perturbações no sistema. “Os fatos culposos afetam menos intensamente a eficácia normativa do que os fatos dolosos, uma vez que a culpa dá testemunho da incompetência do autor”.³⁵³ Na primeira situação, somente uma pena mais enérgica pode anular o efeito comunicativo destrutivo da violação, colocando fora de dúvidas o fato de que a norma, a despeito do que declarou o agente, está em pleno vigor e pode ser confiada; na segunda, uma pena menos intensa será suficiente para a estabilização do sistema, pouco atingido. Em suas palavras: “[...] el ordenamiento jurídico asegura vigorosamente la corrección volitiva de una conducta y sólo de modo débil la corrección cognitiva de un comportamiento”.³⁵⁴ Isso se dá não apenas porque “[...] uma conduta que se baseia num cálculo errôneo não opera como modelo por seguir”³⁵⁵, mas, inclusive, porque no caso da falha cognitiva, quem erra já corre o automático risco da *poena naturalis*, funcionando essa como um primeiro fator de motivação da atenção e da diligência. É essa a síntese da explicação jakobsiana para a típica punição mais rigorosa dos comportamentos dolosos em relação aos culposos.

O Direito Penal poderia haver designado como quisesse os dois tipos de conduta mencionados. Ocorre que preferiu denominar o primeiro como “doloso” e o segundo como “culposo”. A pergunta, agora, é: quais são os elementos necessários à caracterização do dolo na perspectiva de Jakobs?

³⁵² JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 77.

³⁵³ *Idem, ibidem*, p. 371.

³⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 69. “[...] o ordenamento jurídico assegura vigorosamente a correção volitiva de uma conduta e só de modo débil a correção cognitiva de um comportamento”. (Tradução nossa).

³⁵⁵ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes São Paulo: Manole, 2003, p. 37.

Em uma das formulações mais simples e diretas, Jakobs³⁵⁶ afirmou: “dolo é o conhecimento da conduta junto com suas consequências”. A vontade, conquanto possa existir na maioria dos casos, não desempenha papel algum na configuração do dolo. Jakobs reconhece, como regra, que no caso do dolo direto de primeiro grau, que se refere às consequências principais da conduta, essas são conteúdo tanto do conhecimento quanto da vontade do agente, ao passo que, no dolo direto de segundo grau, que recai sobre as consequências secundárias, estão essas últimas abrangidas pelo conhecimento, mas são consideradas apenas “dependentes” da vontade. Mas o peso dessa vontade, em ambos os casos, para a configuração do dolo, é zero. Se se fizer ausente, permanece a imputação dolosa, apenas com base no dado da representação mental. É como diz: “[...] a imagem pode ser suficiente: para o dolo, não é essencial que exista uma vontade, uma decisão etc., ou seja, um objetivo subjetivamente vivenciado”.³⁵⁷

Jakobs, assim como outros autores, invoca em favor de sua tese o § 16, 1, do Código Penal alemão. Aquele Código não define o dolo, tratando-se o erro de tipo da única referência legal à constituição ou da composição do aludido elemento subjetivo:

Error sobre las circunstancias del hecho

(1) Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta. [...] ³⁵⁸

Sabe-se, então, com total segurança, que o conhecimento é indispensável ao dolo. Mas a lei nada diz sobre a vontade. O dispositivo transcrito, que prevê o afastamento do dolo pela ausência do elemento cognitivo, não prevê a descaracterização do instituto pela falta do volitivo. Seria ele um dado necessário, como querem as doutrinas majoritárias?

A explanação inicial de Jakobs acerca do dolo direto de primeiro grau é de extremo relevo. Com ela concordamos, e por ela passa uma das teses centrais que dá vida ao presente

³⁵⁶ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 375.

³⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 379-380.

³⁵⁸ ALEMANHA. Código Penal, de 15 de maio de 1871, com a reforma de 1998. Trad. por Claudia López Diaz. <Disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf.> Acesso em 6 mar. 2014. “Erro sobre as circunstâncias do fato (1) Quem, na comissão de um fato, não conhece uma circunstância que pertence ao tipo legal, não atua dolosamente. A punibilidade pela comissão culposa permanece intacta. [...]”. (Tradução nossa).

trabalho. **“A relação subjetiva do agente com as consequências principais chama-se intenção”.**³⁵⁹

O penalista prossegue dizendo que, na modalidade de dolo em questão, o agente atua “por causa” das consequências principais, de modo que, em sua visão subjetiva, se essas não se verificarem, terá se esforçado em vão. Tais consequências não precisam constituir-se no fim último do agente (aliás, dificilmente ele próprio saberá qual é seu “fim último”; seria a felicidade?). Podem, inclusive, ser consequências absolutamente detestáveis, em si, mas por ele representadas como necessárias para o alcance de seus objetivos. O autor não cita o exemplo, mas se encaixa bem aquele do descendente que mata o autor da herança para haver-lhe os bens, em que a morte do parente pode trazer intenso sofrimento para o homicida, mas que não deixa de ser querida, no sentido de posta como objetivo intermediário necessário para o alcance de outro. Acerca da diferença entre consequências principais e secundárias, Jakobs explica que o agente se vincula subjetivamente a essas últimas, mas, enquanto não atuar “por causa” delas, não deixarão de ser secundárias ou acessórias.

Quanto ao grau de conhecimento referente à potência causal da conduta, ou seja, à sua capacidade de causar o dano representado, Jakobs diz que basta que o agente enxergue a lesão como “não improvável”. Não é preciso certeza, e o grau de probabilidade também não é importante aqui. A intenção com consciência da não improbabilidade supre a incerteza com relação às consequências principais.³⁶⁰

A visão de Jakobs sobre o dolo direto de segundo grau também traz menções à vontade, embora ela, igualmente, não seja considerada um pressuposto para a configuração do elemento subjetivo em debate. Ele diz: “[...] se o agente julga certa [*a produção do dano*], ele não tem possibilidade alguma de se distanciar do resultado por meio de uma atitude emocional que afaste o dolo”.³⁶¹ Jakobs, como a maioria, considera que os resultados acessórios, aos quais se refere essa modalidade de dolo, devem ser tidos pelo agente como “certos” ou “seguros”. Há, a respeito de sua ocorrência, bem mais do que a simples probabilidade, uma verdadeira convicção. Seguindo a linha majoritária essa é a diferença entre o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual: “certeza” *versus* probabilidade.

³⁵⁹ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 380, negritamos.

³⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 382-383.

³⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 384, colchetes e itálico no original.

Como seria de se esperar, é ao dolo eventual que Jakobs dedica mais páginas. É aqui, obviamente, que mais vividamente se manifestam as tendências normativistas do autor. De novo, encontramos alusões à vontade. O dolo eventual, na Alemanha, também chamado de “dolo condicionado” (nomenclatura desaprovada com veemência por diversos autores), não diz respeito a uma “vontade condicionada” do agente, mas ao conhecimento da não improbabilidade da ocorrência de uma consequência secundária caso se produza a consequência primária (que ele quer). Todas as atitudes internas – aprovação, indiferença, assunção – são irrelevantes para o dolo eventual, pois não exercem papel na direção consciente da conduta. O importante é o que “[...] o agente conhece ou pensa conhecer da situação e do processo causal”.³⁶²

Jakobs afirma textualmente que o processo por meio do qual se fazem as representações e se tomam as decisões não é puramente intelectual. Mas, em seguida, aduz que esse é o aspecto relevante: “Apesar de tudo, o produto de diversos estímulos psíquicos que importa é o intelectual: trata-se do conhecimento de que a realização do tipo não é improvável”. Mais do que um mero “pensar sobre” – associado por Jakobs à culpa consciente – o autor entende necessário para o dolo eventual um “julgamento”, que não pressupõe detida reflexão, mas a consideração concreta da possibilidade de causação do dano. O penalista passa a referir-se a vários dos casos reais e hipotéticos tornados célebres por sua usual aparição nos debates sobre dolo e culpa: o caso da aposta da barraca de tiro ao alvo, de Lacmann, o caso do lutador de caratê que golpeia a cabeça da criança pequena, do cinto de couro e da roleta russa.³⁶³ Em todos eles, enxerga um atuar doloso.

Estabelecida a circunscrição do dolo, em cada uma das suas modalidades, ao elemento intelectual, resta discutir as características do conhecimento exigido para a sua configuração. É preciso estar atento, aqui: os escritos desse autor são aparentemente antagônicos a esse respeito. A grande questão é: exige-se um conhecimento concreto, é dizer, a demonstração da efetiva representação mental da realização do tipo pelo agente, ou imputa-se o elemento intelectual a partir de critérios normativamente estabelecidos? No primeiro caso, a construção de Jakobs não se distanciaria tanto das tradicionais correntes cognitivas, que identificam o dolo com a consciência. A segunda hipótese é substancialmente diferente: abre-se mão de

³⁶² JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 384-386.

³⁶³ *Idem, ibidem*, p. 388.

qualquer amparo psicológico para a configuração do dolo. Esse elemento subjetivo, tornado inteiramente normativo, é atribuído ao agente a despeito de seu real estado mental à época da conduta, isto é, independentemente do fato de haver ele representado, ou não, em concreto, a realização do tipo.

A posição de Jakobs, enquanto intérprete da lei e, talvez, enquanto “manualista”, é a primeira. O dolo não se perfaz com conhecimento potencial, mas **concreto**. Em seu “Tratado de Direito Penal”, o autor expõe – para, em seguida, deplorar – que, segundo posição doutrinária e jurisprudencial dominantes, exige-se efetiva representação mental das consequências possíveis da conduta.

Jakobs declara abertamente a insuficiência dessa posição, especialmente nos casos em que se verifica a chamada “cegueira diante dos fatos”, em que o agente deixa de representar o óbvio, isto é, a flagrante possibilidade de realizar o tipo, por absoluto descaso (o que revela o menosprezo em relação à norma) ou mesmo intencionalmente (quando toma providências precisamente para manter-se em ignorância, algo próximo da figura da *conscious avoidance*, vista no capítulo 3). De qualquer forma, no entanto, o penalista reconhece que não há saída: diante do tratamento legal dado à matéria do erro de tipo, anteriormente exposto, em que se trata o “conhecimento do agente como a um fato psíquico”, só se pode condenar alguém por fato doloso quando houver representação. E, em tom de irresignação, comenta que “Até agora, não foi possível determinar regras psicológicas que permitam deduzir uma consciência a partir de todos os dados subjetivamente evidentes e importantes”.³⁶⁴

A visão de Jakobs, como teórico, é bastante distinta. As raízes de seu pensamento normativista são muito mais profundas. O seu modelo de imputação subjetiva, livre das amarras legais, é bem outro, imensamente mais rigoroso. Com grande clareza, em outro lugar, o penalista assevera: “[...] a partir da perspectiva funcional os conhecimentos atuais do sujeito carecem da importância que lhe concede a dogmática tradicional, naturalista e apegada ao ato psíquico.”³⁶⁵

³⁶⁴ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 378-379.

³⁶⁵ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes São Paulo: Manole, 2003, p. 35.

A alteração conceitual do dolo, para Jakobs³⁶⁶, tem apenas seu “pontapé inicial” na supressão do elemento volitivo. A etapa seguinte é aquela em que o elemento restante, de índole intelectual, deve ser normativizado, culminando esse processo com a despseudologização total do dolo. Assim,

[...] é necessário fixar objetivamente o que é que significa um comportamento, se significa uma infração da norma ou algo inócuo. Portanto deve desenvolver-se um padrão conforme ao qual pode mostrar-se o significado vinculante de qualquer comportamento. E se se quiser que esse padrão crie ordem, este não pode assumir o caos da massa de peculiaridades subjetivas, ao contrário, deve orientar-se sobre a base de **standards**, funções, estruturas objetivas.

Jakobs não poupa críticas às teorias (e às decisões do Supremo Tribunal da Alemanha) que se apoiam em “atitudes internas”, por ele acusadas de conduzir, sempre, a uma ficção, diante da inverificabilidade das disposições anímicas e dos sentimentos supostamente existentes ao tempo do fato. Em alguns casos, se “deduz” a atitude interna a partir do aspecto intelectual e do fato de o agente haver levado adiante a conduta. Os resultados, em tais condições, são próximos daqueles obtidos por meio da teoria de Jakobs, mas a fundamentação é diferente. O autor considera um grande equívoco a alusão, como motivação, às figuras do “conformar-se”, do “querer” e do “aprovar”, “em sentido jurídico”. É sempre preferível que a imputação do dolo se faça com base em critérios mais objetivos.³⁶⁷

Dois desses critérios são a importância do bem e a intensidade do perigo a que ele é exposto. Ambos devem ser determinados objetivamente, isto é, em sentido jurídico – leia-se: **normativo** –, vale dizer, independentemente das valorações subjetivas do agente. A relevância do bem é juridicamente determinada e a natureza do perigo, como regra, também, servindo a proibição do risco como o primeiro fator de análise.³⁶⁸

Entra em cena, no discurso de Jakobs, a figura da “habitualidade do risco”, comentada por alguns em tom de desaprovação³⁶⁹, mas que entendemos como sendo, na realidade, uma mitigação do rigor normativista jakobsiano. Ela opera, como ele mesmo explica, como um

³⁶⁶ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes São Paulo: Manole, 2003, p. 32-33.

³⁶⁷ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 391-393.

³⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 396.

³⁶⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003., p. 337.

fator de redução das imputações a título de dolo, embora já tenha sido associada com certo tipo de seletividade penal.

O professor alemão observa que existem, na verdade, muitos perigos não permitidos com os quais está habituada a conviver grande parte das pessoas. Em muitas situações arriscadas do cotidiano – e um dos maiores exemplos é o trânsito – as chances de concretização de um resultado danoso são bem baixas, se consideradas em um plano individual. Estatisticamente, porém, observam-se dados relevantes que mostram que, em um plano social, a ocorrência não pode ser considerada tão rara. Mas a mente humana não obedece diretamente as estatísticas, sendo suas resoluções muito mais suscetíveis à experiência própria. Assim, diz Jakobs, “quem dirige um veículo altamente embriagado, cria um risco estatisticamente calculável, mas individualmente insignificante, caso haja alguma habituação no que se refere ao resultado [...]”. A julgar pelas estatísticas e pelas campanhas de conscientização, as mortes relacionadas com a embriaguez ao volante são muitas (retomando o primeiro capítulo, cinco ou seis dezenas de milhares por ano, no Brasil). Individualmente, porém, pode ser que um condutor haja dirigido em estado de alcoolemia por dezenas de vezes sem que qualquer resultado minimamente danoso tenha se verificado. Isso pode atrapalhar consideravelmente na identificação do perigo ou de sua magnitude. A explicação de Jakobs é convincente:

O motorista de um veículo que teme por sua própria vida cada vez que o veículo de trás desrespeita o limite da distância de segurança logo deverá desistir de conduzir devido ao esgotamento psíquico; ele deve aprender a reagir em tais situações, sem imaginar sua própria morte. Mas, se ele mesmo também se comporta incorretamente, então já não pode mais prognosticar a morte do outro de forma relevante para a decisão.³⁷⁰

É óbvio, no entanto, que o Direito Penal não pode premiar os comportamentos perigosos ou imunizar os que se dão com habitualidade aos riscos não permitidos. Ou, para usar as palavras de Jakobs, “Certamente, isso não obsta a possibilidade de que a relevância para a decisão seja elaborada normativamente”. E sua explicação prossegue: “Ninguém pode invocar o fato de que se teria acostumado a uma vida especialmente perigosa e que, a partir daí, exige que outras pessoas também suportem riscos especiais”.

³⁷⁰ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 396-397.

O ponto de equilíbrio sugerido pelo autor seria o seguinte: quando o risco for inadmissível em relação à sua dimensão (“dimensão” é conceito normativo), e quando extrapolar o limite do que é aceitável em razão das experiências individuais do agente (e o “aceitável” também é normativo). Assim, diz ele, quem excede a velocidade em limites moderados, ou não guarda a distância regulamentar entre veículos, lida com uma periculosidade ainda abstrata, insuficiente para o dolo. Digamos que essa é a tônica do dia a dia da maioria dos condutores, então é uma “justificação” aceitável, do ponto de vista social, para a não representação adequada do perigo. Quando, no entanto, o agente conduz “às cegas”, em ultrapassagens sem visibilidade ou “furando” sinais vermelhos sem qualquer cuidado, o perigo é inadmissível. Por sua explicação, conclui-se que ninguém pode adotar tais comportamentos como habituais sem comunicar um desrespeito consciente às normas.

5.6. GABRIEL PÉREZ BARBERÁ E O FATOR DO “MERCIMENTO DE PENA”.

Gabriel Pérez Barberá é, possivelmente, o dono da mais ousada proposta de normatização do dolo. A premissa que embasa seu raciocínio está bastante clara: o dolo e a culpa não são fatos psíquicos, mas construtos normativos que caracterizam certos tipos de casos conforme o **merecimento de pena**. O dolo é, para o argentino, um elemento absolutamente despseudologizado e inteiramente à disposição do ordenamento para redefinições conceituais. Ele não é vontade, nem consciência, assim como a culpa não é propriamente a falta desses dois elementos. A culpa, desde há muito tempo, é majoritariamente considerada um elemento normativo de reprovação objetiva, e não se pode justificar que com o dolo, que pertence ao mesmo “âmbito categorial”, não se passe o mesmo. Tratar o dolo como conceito empírico e a culpa como conceito normativo seria um dos piores equívocos já cometidos em sede de Teoria do Delito.³⁷¹

Pela proposta em estudo, não se “identifica” o dolo ou a culpa. Apenas se atribui essa nomenclatura a fatos de acordo com a necessidade de classificá-los como mais graves ou menos graves “[...] a partir de un juicio objetivo respecto al posicionamiento epistémico del autor en relación con su hecho”. A classificação de uma conduta como dolosa ou como

³⁷¹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. *Revista Pensar en derecho*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, n. 1, dez. 2012, p. 171-172.

culposa é o resultado de um juízo de valor que obedece à necessidade de reprovação.³⁷² “Dolo equivale, entonces, a reproche grave (e imprudencia a reproche atenuado) *al hecho*. Y es claro que la gravedad de un hecho es una propiedad normativa (o valorativa o evaluativa) de ese hecho, no una propiedad fáctica.”³⁷³ Fato doloso é, simplesmente, fato grave, merecedor de punição (ou de punição mais severa, em comparação com o culposo, fato menos grave).

A afirmação de que a vontade não deve desempenhar nenhum papel na configuração do dolo é antiga (*vide* teorias da representação e da probabilidade). Ocorre que, para o autor em destaque, de igual modo, nenhuma importância há na consciência concreta ou efetiva do agente, situada no mesmo plano categorial (se trata, também, de um estado mental e, então, um dado fático).³⁷⁴ Por renunciar em absoluto a esses dados fáticos (empíricos) em função de um conceito de dolo completamente jurídico, Pérez Barberá declara que a sua formulação é a única verdadeiramente normativa.³⁷⁵ Não é que vontade e consciência não existam, e nem que sejam absolutamente irrelevantes para a **imputação do dolo**. É que elas não integram o conceito desse instituto,

Pues “dolo” no es un estado mental que se atribuye a una persona, como sí lo son el conocimiento, la intención etc. Ninguno de esos estados mentales *es* el dolo. La presencia o la ausencia de conocimiento, de voluntad o de cualquier otro dato empírico, psíquico o físico, no dice nada, *per se*, acerca de la presencia o ausencia de dolo.³⁷⁶

Para determinar como se nomear um fato como doloso, Pérez Barberá aponta fundamentos. O primeiro deles leva em consideração os fins do Direito Penal. Embora não diga abertamente, sua visão se aproxima significativamente da de Jakobs, e isso fica claro, inclusive, a partir de

³⁷² PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. **Revista Pensar en derecho**, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, n. 1, dez. 2012, p. 173. “[...] a partir de um juízo objetivo a respeito do posicionamiento epistêmico do autor em relação com seu fato”.

³⁷³ *Idem, ibidem*, p. 181. “Dolo equivale, então, a reprovação grave (e imprudência a reprovação atenuada) **do fato**. E é claro que a gravidade de um fato é uma propriedade normativa (ou valorativa) desse fato, não uma propriedade fáctica”. (Tradução nossa. Grifo do autor.)

³⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 174. Aqui se pode retomar a discussão sobre se elementos subjetivos podem ser “provados”. Pérez Barberá sustenta que sim, pois com amparo em vários autores (inclusive Wittgenstein), sua definição de “fato” abrange os estados mentais. Manifestamo-nos acerca disso no Capítulo 3, em que debatemos a possibilidade de provar juridicamente elementos subjetivos e a impossibilidade de provar empiricamente elementos objetivos.

³⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 177.

³⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 184. “Pois ‘dolo’ não é um estado mental que se atribui a uma pessoa, como são o conhecimento, a intenção etc. Nenhum desses estados mentais é o dolo. A presença ou a ausência de conhecimento, de vontade ou de qualquer outro dado empírico, psíquico ou físico, não diz nada, *per se*, acerca da presença ou ausência de dolo.” (Tradução nossa. Grifo do autor.)

suas referências (dentre as quais se incluem Luhmann e Habermas, com suas teorias sociais e suas construções sobre teorias comunicativas). A finalidade do Direito Penal é de estabilizar as expectativas normativas que surgem a partir das normas comunicadas pelos tipos penais. Tais expectativas são abaladas por comportamentos que, por sua vez, comunicam um distanciamento das regras intenso o bastante para provocar uma discussão sobre a necessidade da imposição de uma pena para uma re-estabilização normativa.³⁷⁷

Outra coisa a se levar em conta é a fundamentação do maior apenamento de alguns tipos de fatos em face de outros. Para o autor, no Direito, essa fundamentação está na “intensidade comunicativa” do fato contra as normas jurídico-penais. Essa intensidade comunicativa é maior nos casos em que – para evitar a rebuscada terminologia empregada pelo penalista – o agente está em condições ótimas de orientar-se e sua representação está epistêmica e ontologicamente³⁷⁸ adequada. Pode-se dizer, em síntese, que a representação é correta e o agente sabe o que faz. É igualmente elevada a intensidade comunicativa nos casos em que falte a representação e a orientação seja inadequada por motivos “irracionais” (injustificáveis, determinada por erros inaceitáveis e “cegueira diante dos fatos”, isto é, erros tão crassos que, se cometidos por pessoas imputáveis, somente podem ser interpretados como fruto de postura egoísta ou indiferente). A má orientação por motivos irracionais conduz à arbitrariedade (“desafio objetivo a regularidades empíricas óbvias ou a normas de conducta elementares”) e traduz uma postura insubmissa e objetivamente hostil às normas. Quando falta a representação e a orientação é inadequada, mas por motivos “racionais” (aceitáveis), a intensidade comunicativa é menor, pois a conduta é tida como defeituosa³⁷⁹. Evidentemente, a punição deve ser mais intensa para aqueles dois casos do que para esse último, pois desestabilizam de modo mais grave as expectativas normativas. Para Pérez Barberá, semelhantemente ao que encontramos em Jakobs, o infrator comunica a prevalência de sua máxima de conduta sobre a norma. Se essa comunicação não for negada, a norma pode ser desacreditada, tomando-se como modelo o ato comunicativo “vencedor” do infrator. A pena é a negação da validade dessa postura e, ao mesmo tempo, a demonstração da vigência da norma e da sua superioridade.

³⁷⁷ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. **Revista Pensar en derecho**, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, n. 1, dez. 2012, p. 187.

³⁷⁸ É muito questionável o emprego da expressão “ontologicamente”. Até pela predileção do autor pelas teorias comunicativas e construtivistas, alinhadas à filosofia da linguagem. Parece, a nós, que a melhor expressão seria “empiricamente”.

³⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 188.

Se tivermos que sintetizar o pensamento do penalista argentino em poucas palavras, diremos que a chave para a sua compreensão está no merecimento de pena. Um fato não é doloso ou culposo em função do estado mental do agente, mas “a partir de consideraciones de merecimiento de pena”.³⁸⁰ Dolo e culpa bem poderiam desaparecer, sem prejuízo algum. Bastaria que fossem substituídos por uma “cláusula geral de merecimento de pena”. Mais merecimento, menos merecimento.

“Que haya dolo o imprudencia no depende, por tanto, de que haya o no representación, sino del motivo de la presencia o ausencia de representación”.³⁸¹ No fim, o que importa é a **racionalidade** que fundamenta a existência ou a ausência, o acerto ou o desacerto da representação ³⁸², pois dela depende a intensidade comunicativa do comportamento e, conseqüentemente, o merecimento de pena. E ele define o que se deve entender por “racional”: “es aquello que se adecua a los rasgos trascendentales de una forma de vida que hacen que ella sea posible y que sea **esa** forma de vida y no otra.”³⁸³

Por isso não é necessário conhecer o real estado mental do agente: de acordo com a explanação, deve-se considerar descartável, por ser pragmaticamente impossível ou irrelevante, a explicação do fato por um autor que aja de modo irracional, isto é, que viole as “normas públicas de racionalidad, sin las cuales, como dice Putnam, no sería posible siquiera el lenguaje, ni tampoco el pensamiento”.³⁸⁴

A chave de interpretação não é psicológica, mas normativamente estabelecida no plano pragmático da linguagem. “El acento en el aspecto comunicativo deja en claro que lo que interesa no es el juicio individual del autor respecto a que lo hace, sino el juicio objetivo del derecho (por eso es que tanto dolo como imprudencia constituyen juicios **objetivos** de reproche)”.³⁸⁵

³⁸⁰ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. *Revista Pensar en derecho*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, n. 1, dez. 2012, p. 195.

³⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 198. “Que haja dolo ou imprudência não depende, portanto, de que haja ou não representação, senão do motivo da presença ou ausência de representação”. (Tradução nossa).

³⁸² *Idem, ibidem*, p. 198.

³⁸³ *Idem, ibidem*, p. 196. “é aquilo que se adqua às características transcendentais de uma forma de vida que fazem com que ela seja possível, e que seja **essa** forma de vida, e não outra”. (Tradução nossa. Grifo do autor).

³⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 196. “[...] normas públicas de racionalidade, sem as quais, como diz Putnam, não seria possível sequer a linguagem, tampouco o pensamento”. (Tradução nossa.)

³⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 197. “A ênfase no aspecto comunicativo deixa claro que o que interessa não é o juízo individual do autor a respeito do que faz, senão o juízo objetivo do direito (por isso é que tanto dolo como imprudência constituem juízos **objetivos** de reprovação)”. (Tradução nossa. Grifo do autor.).

Seu argumento é robusto: nenhum juiz aceitaria como explicação de alguém que matou uma pessoa com um tiro na cabeça a falta da representação da possibilidade do resultado fatal.

O conceito de “regularidades nômicas” desempenha um importante papel na teoria de Pérez Barberá. É por meio dele, por exemplo, que o autor se desincumbe, mantendo sua coerência interna, da ardilosa problemática referente à cegueira diante dos fatos. **Regularidades nômicas** são noções epistemológicas que se referem às leis causais da natureza. Essas “leis” não são mais do que o produto de uma generalização: a generalização das observações empíricas. A partir do momento em que são universalizadas as constatações empíricas, passa-se a falar em leis. Com a universalização, acopla-se a noção da necessariedade. Da observação “la fuente de calor F dilata al cuerpo C”, passamos para a lei “si un cuerpo recibe calor, entonces **necesariamente** ese cuerpo se dilata”.³⁸⁶ A regularidade nômica corresponde ao período de “vigência” dessas leis (bem sabemos, contemporaneamente, que os enunciados científicos são sempre precários e cambiantes).

As leis que aqui nos interessam são aquelas segundo as quais agimos cotidianamente, já sem a necessidade de grandes reflexões. Pela experiência e pelos conhecimentos causais mais rudimentares, há uma expectativa de que as coisas se passem de certo modo: um objeto, ao ser solto, cai; dois corpos não ocupam um mesmo lugar no espaço, e um corpo não pode estar em dois lugares ao mesmo tempo; o ser humano é mortal. Como diz o mestre argentino, se não ocorre alguma dessas situações, “queda falsada automáticamente alguna ley natural”.³⁸⁷ Quanto a essas leis mais básicas, incorporadas ao conhecimento e à experiência mais vulgares, sua quebra importa na reinvenção do mundo como o conhecemos. Tudo o que fazemos, o fazemos levando em conta a regular vigência de tais leis. O nosso mundo é regido por tais normas, e, se deixam de ser aplicáveis, somos acometidos de uma instabilidade sem precedentes. Não se sabe o que se pode esperar e, conseqüentemente, não é possível nenhum tipo de planejamento ou planificação. O próprio uso da razão queda momentaneamente prejudicado, eis que, desprovido de parâmetros operacionais, funciona mais com base na aleatoriedade.

³⁸⁶ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Infracción punible de deberes de tolerancia: el problema de causalidad. **Discusiones**, Buenos Aires: Universidad Nacional del Sur, n. 7, 2007, p. 92-93. “a fonte de calor F dilata o corpo C”; “se um corpo recebe calor, então **necesariamente** esse corpo se dilata”. (Tradução nossa. Grifo do autor).

³⁸⁷ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. **Revista Pensar en derecho**, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, n. 1, dez. 2012, p. 189. “resta automáticamente falseada alguna ley natural”. (Tradução nossa).

O desconhecimento desses dados e processos causais mais óbvios ou rudimentares é inaceitável para pessoas imputáveis. É interessante, aqui, o encaixe com a noção de “conhecimentos mínimos”, desenvolvida por Ramón Ragués i Vallès, e que abordaremos linhas adiante. Importa dizer, por ora, que para ambos os autores, o agente que desferir um tiro a queima-roupa na cabeça de uma pessoa definitivamente não poderá deixar de sofrer a imputação do homicídio doloso por afirmar o desconhecimento do potencial de sua conduta para a causação da morte (ou, em palavras mais simples, por alegar que não sabia que um tiro na cabeça pode matar).

Anote-se, porém, que a indiferença quanto à representação rendeu críticas a Pérez Barberá, formuladas pelo próprio Ramón Ragués i Vallès. Esse último penalista diz que, nas outras formulações teóricas em que se responde o problema da cegueira diante dos fatos com uma imputação dolosa, tal se dá porque a ausência de representação é compensada por alguma motivação reprovável ou outro elemento igualmente desvalioso (desinteresse, ou mesmo intenção de não saber para evitar complicações criminais). Essa ideia de responsabilizar a título de dolo o agente que não previu o óbvio por um erro grosseiro de sua parte (“un descuido gravísimo ante un riesgo muy elevado”) é inovação de Pérez Barberá, e é considerada bastante questionável.³⁸⁸ Mas o argentino respondeu com o tom contundente que lhe é peculiar: no caso da culpa, não interessa se o autor representou ou não a possibilidade do resultado. O agente sempre responde por culpa, seja ela consciente ou inconsciente. O dolo e a culpa estão no mesmo âmbito categorial, e a diferença entre eles existente não passa de grau, de modo que nada impede que ambos sejam caracterizados com ou a despeito de representação.³⁸⁹

É chegado, então, o momento em que o penalista em destaque expõe seu conceito singularíssimo, e desde logo aduzindo que se trata de formulação já adotada, implicitamente, pela doutrina e pela jurisprudência:

dolo es la especial clase de reproche que se efectúa al hecho que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento; por su parte, imprudencia es la especial clase de reproche que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídicopenal,

³⁸⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **De nuevo el dolo eventual**: un enfoque revolucionario para un tema clasico. Revista InDret, Barcelona, n. 3, jul. 2012, p. 9. “um descuido gravíssimo diante de um risco muito elevado”. (Tradução nossa).

³⁸⁹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. **Revista Pensar en derecho**, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, n. 1, dez. 2012, p. 197-198.

por mediar *ex ante* una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea ese apartamiento.

No fim das contas, o dolo não passa de uma “culpa qualificada”³⁹⁰.

Para encerrar, o autor classifica sua tese como uma versão atualizada da teoria da probabilidade, marcando bem a diferença: a probabilidade é vista em sentido objetivo, e não subjetivo, isto é, a partir da representação dessa probabilidade pelo autor da conduta. Para justificar-se, o autor invoca a célebre frase de Puppe, a que aludimos anteriormente: não é ao agente que compete decidir sobre a classificação de sua conduta, mas ao Direito.³⁹¹

5.7. O CONFRONTO DOS “NORMATIVISMOS TEMPERADOS” DE BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ E MARÍA DEL MAR DIAZ PITA.

Bernardo Feijóo Sánchez concorda *in totum* com a afirmação anterior. Mas, em termos de resultado, sua proposta recua um pouco em relação à de Pérez Barberá e Jakobs, por exemplo. O convicto normativista não anula a importância de um elemento volitivo, mas defende com vigor a primazia do aspecto cognitivo para a diferenciação entre o dolo e a culpa. Sua premissa inaugural é clara:

El dolo y la imprudencia no son conceptos ontológicos o psicológicos, sino conceptos normativos que deben ser determinados por la ciencia dogmática y por la jurisprudencia mediante la interpretación del derecho positivo. Dolo y imprudencia son, en definitivo, conceptos cuya determinación depende de las normas penales.³⁹²

Para Feijóo Sánchez, o conhecimento não se refere ao resultado, mas ao perigo gerado pela conduta (o que nos remete a Frisch). O resultado, como evento futuro, pode ser calculado ou esperado, mas não conhecido. A consciência do perigo traz consigo a previsão do resultado, já

³⁹⁰ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. *Revista Pensar en derecho*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, n. 1, dez. 2012, p. 201. “dolo é a categoria especial de reprovação que se impõe ao fato que se distancia de uma regra jurídico-penal, por identificar *ex ante* uma possibilidade objetivamente privilegiada de que seu autor preveja esse distanciamento; por sua parte, imprudência é a categoria especial de reprovação que se impõe à ação que se distancia de uma regra jurídico-penal, por identificar *ex ante* uma possibilidade objetivamente atenuada de que seu autor preveja esse distanciamento.” (Tradução nossa. Grifo do autor.)

³⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 205.

³⁹² FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 15-16. “O dolo e a imprudência não são conceitos ontológicos ou psicológicos, senão conceitos normativos que devem ser determinados pela ciência dogmática e pela jurisprudência mediante a interpretação do direito positivo. Dolo e imprudência são, em definitivo, conceitos cuja determinação depende das normas penais.” (Tradução nossa).

que o perigo é perigo “de algo” (não se admite um perigo genérico, sem objeto). O conhecimento não precisa ser detalhado, bastando que o agente saiba que, com seu comportamento, faz o suficiente para causar o resultado (também entendido como a realização do tipo).³⁹³

O penalista em destaque se vale do mesmo argumento usado por alguns autores cognitivistas em relação à lei alemã: o Código espanhol não define o dolo, e a única referência que se tem é o tratamento legal relativo ao erro de tipo (art. 14³⁹⁴). Lá, não consta menção ao aspecto volitivo, mas, tão-somente, ao cognitivo. O defeito cognitivo importa na exclusão ou na atenuação do crime; o defeito volitivo sequer é considerado. O que o sujeito quer, intenta ou persegue só tem relevância em determinados tipos penais específicos (enquanto elementos subjetivos do injusto). Quanto à assunção ou a aprovação do resultado, atitudes mais emocionais do que volitivas, são verdadeiros adornos da imputação. A menos que sejam lidas normativamente, como consequência evidente da colocação em marcha de uma conduta cujo resultado lesivo tenha sido representado por seu autor.³⁹⁵

Feijóo Sánchez, ao reforçar que o conhecimento é o que basta, diz que, quando ele se forma adequadamente (sem erros), é absurdo tentar justificar a conduta a partir da confiança ou da expectativa na não ocorrência do dano, já que isso é insustentável intersubjetivamente. “No es admisible la confianza irracional o no fundamentada en los datos de la realidad que el autor procesa correctamente en su cabeza”. A confiança só pode ser considerada pelo Direito quando o sujeito toma precauções para evitar o resultado ou quando ele não dispõe de informações suficientes para reconhecer o potencial lesivo de sua própria ação. Quem “tiene lo hecho típico ante los ojos” não pode exonerar-se em função da confiança na inocorrência

³⁹³ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 24-25.

³⁹⁴ “Artículo 14. 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.” ESPANHA. Lei Orgánica 10/95 (Código Penal), de 23 de novembro de 1995. <Disponível em http://www.ub.edu/dpenal/CP_vigente_2013_01_17.pdf.> Acesso em 20 fev. 2014. “Artigo 14. 1. O erro invencível sobre um fato constitutivo da infração penal exclui a responsabilidade criminal. Se o erro, atendidas as circunstâncias do fato e as pessoais do autor, fora vencível, a infração será castigada, em seu caso, como imprudente. 2. O erro sobre um fato que qualifique a infração ou sobre uma circunstância agravante, impedirá sua apreciação. 3. O erro invencível sobre a ilicitude do fato constitutivo da infração penal exclui a responsabilidade criminal. Se o erro fora vencível, se aplicará a pena inferior em um o dois graus.” (Tradução nossa).

³⁹⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 26-28.

do dano.³⁹⁶ Considerar essa confiança eventualmente presente na mente do agente pode significar, no dizer de Feijóo Sánchez, um benefício injusto concedido aos cidadãos otimistas ou temerários em detrimento dos sensatos e razoáveis.³⁹⁷ No fim, o requisito singular do dolo é a representação. O “não dolo”, punível ou não, é sempre um caso de erro de tipo (um defeito na representação das circunstâncias fáticas).³⁹⁸ Quanto mais o autor conhece, mais reprovável seu comportamento, e maior a evidência de que o sujeito precisa ser motivado a agir diferentemente (conforme a norma).³⁹⁹

Feijóo Sánchez toma emprestadas as palavras de Herzberg, no sentido de que o que importa não é que o agente leve a sério o perigo reconhecido, mas que reconheça o perigo que se deve levar a sério. Quem diz o que é “sério” não é o agente. São seus interlocutores no espaço social, por meio do Direito. Com isso, se supera uma visão psicologicista do dolo.⁴⁰⁰ Essa visão é a que pode dar lugar aos resultados mais arbitrários, na opinião do autor.⁴⁰¹

Quanto à extensão do conhecimento, digamos que deve contemplar todos os elementos do tipo penal; já com relação à profundidade, não se exige certeza, nem mesmo segurança. Basta o conhecimento inseguro, que se limita à consciência da possibilidade real de causação do dano. A dúvida situa-se no campo do dolo eventual (o penalista exemplifica com a alusão ao caso do professor que mantém relação sexual com sua aluna, sem saber sua real idade: age com dolo).⁴⁰² De modo algum se pode falar de dolo, todavia, tomando como base a representação de perigos abstratos ou estatísticos. O perigo deve ser **representado em concreto**, isto é, como uma realidade existente no exato caso concreto que se quer examinar. “De lo contrario, sólo nos encontramos ante un delito imprudente. Todo lo grave que se quiera, pero imprudente”.⁴⁰³

Mas o conhecimento é um pressuposto ou um requisito do dolo. Não é o fundamento de seu desvalor. O dolo não é conhecimento; ele depende do conhecimento. O dolo,

³⁹⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 30-32.

³⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 44.

³⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 54.

³⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 72.

⁴⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 33-34.

⁴⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 43.

⁴⁰² *Idem, ibidem*, p. 56-57.

⁴⁰³ *Idem, ibidem*, p. 124. “Do contrário, só nos encontramos diante de um delito imprudente. Tão grave quanto se queira, mas imprudente”. (Tradução nossa).

conceitualmente, “es una decisión consciente de realizar el hecho típico”. Dissemos no início da exposição que Feijóo Sánchez não anula o valor do elemento volitivo. E é aqui que ele se situa: na formação da **decisão**. O penalista avalia que, no embate entre as teorias volitivas e as cognitivas, não de prevalecer as segundas. Mas elas têm um defeito: não fornecem a necessária fundamentação para a imputação mais gravosa, a título de dolo. Esse fundamento não pode ser o conhecimento, pura e simplesmente. Em certa medida, estão corretas as teorias da vontade. Seu defeito está na consideração do elemento volitivo como um dado psicológico, natural, quando, na verdade, deveriam tomá-lo como um componente normativo que se esgota na **decisão de realização do tipo**. O dolo direto (de primeiro ou de segundo grau) nada mais é do que uma forma mais intensa mais reprovável de infringir a norma.⁴⁰⁴

Uma fala bastante próxima dessa exposta pelo autor espanhol, podemos encontrar em Juarez Tavares, que diz que “As formas dolosa e culposa de imputação devem ser tratadas, igualmente, como delimitadores da atuação estatal, segundo o grau de sua intensidade.” Com efeito, as lições do ilustre professor revelam uma forte inclinação pela versão normativa do dolo.

[...] o que se pretende é construir uma teoria do dolo que se afaste, primeiramente, de seu conteúdo ontológico e, ademais, que não deixe margens a interpretações puramente psicológicas. Para tanto, o dolo deve ser retratado de uma forma, antes de tudo, garantista, quer dizer, afora seus elementos reais, sua conformação depende da clareza e da precisão de sua configuração normativa, que lhe trace uma perfeita identificação de contornos e limites. Assim, por atividade dolosa não se deve compreender qualquer atividade volitiva, no sentido naturalístico ou puramente psicológico, senão somente aquela forma volitiva normativamente identificada. Sobre essa base é que se deve realizar, portanto, a distinção entre dolo eventual e culpa consciente.⁴⁰⁵

Vê-se que Juarez Tavares não abre mão do elemento volitivo, por ele considerado indispensável para a diferenciação entre o dolo e a culpa.⁴⁰⁶ A explicação de Tavares quanto ao conteúdo dessa vontade, no entanto, parece misturar elementos normativos e psicológicos; e, dentre esses últimos, identifica-se uma mescla de “atitudes internas” pertencentes a várias teorias diferentes. O mestre paranaense diz que, em qualquer das modalidades do dolo há uma vontade no sentido da realização do tipo; no dolo eventual, o agente “atua com indiferença”

⁴⁰⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 59-61.

⁴⁰⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 334.

⁴⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 346-350.

diante da “séria possibilidade” de lesão ao bem jurídico, “de modo a assumir o risco” de sua causação. Pouco adiante, fica dito que no dolo eventual, o agente deve atuar “com indiferença a essa possibilidade de lesão ou colocação de perigo que ele admitiu como séria” e que é preciso que “essa indiferença se traduza numa aceitação”.⁴⁰⁷ Vê-se que foram reunidas expressões típicas de várias das correntes que estudamos: indiferença, possibilidade, probabilidade, assunção do risco, levar a sério e aceitação. De forma alguma expomos a percepção em tom de demérito ao grande penalista. Fazemo-lo, apenas, para que seja ressaltada a grande proximidade entre as expressões e a inquietante instabilidade de que está acometida a tortuosa seção da Teoria do Delito incumbida do trato do dolo e da culpa.

Um último detalhe, antes de retornar a Feijóo Sánchez. Diferentemente do que pensa esse penalista, Tavares sustenta que a dúvida se situa no campo da culpa⁴⁰⁸, postura absolutamente consentânea com o Estado Democrático e Social de Direito e com as garantias que ele encerra.

Ao retomar a questão da decisão, Bernardo Feijóo Sánchez observa que ela mesma não será objeto de prova processual. “El problema de la prueba del dolo, en la práctica es siempre un problema de la prueba del elemento intelectual del dolo”. Pela sua explicação, a decisão, correspondente ao elemento volitivo, será deduzida da confrontação da atuação levada a efeito pelo agente com o conhecimento que ele possuía. Se sabia, e agiu, decidiu contra a norma.⁴⁰⁹

Na continuação, Feijóo Sánchez alude a uma série de doutrinas alemãs e espanholas que, à semelhança daquela por ele esposada, se apoiam na “decisão” do agente (contra a norma, contra o bem jurídico, a favor da possibilidade de lesão etc.). Para a maioria das “teorias da decisão”, se pode explicar razoavelmente bem a diferença de pena tipicamente existente entre os delitos dolosos e os culposos: nestes, falta a decisão contra o bem ou contra a norma que, naqueles, se faz presente. Feijóo Sánchez explica diferentemente: no agir culposo também há decisão contra a norma (no caso, dever de cuidado objetivamente esperado). A diferença está no grau de consciência quanto à realização do tipo. Quem tem “diante de seus olhos” o tipo,

⁴⁰⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 350.

⁴⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 351.

⁴⁰⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 61.

isto é, quem tem uma representação adequada da realidade, age com dolo; que, tem uma representação apenas parcial ou defeituosa, deve ser punido no máximo a título de culpa.⁴¹⁰

Normativistas como o penalista cuja obra presentemente se estuda não estão alheios a críticas de fundo político-criminal quanto à excessiva ampliação do âmbito de incidência do dolo, que passa a englobar, quase por inteiro, o espaço de caracterização da culpa consciente. O autor responde dizendo que o alcance do dolo pode ser restringido por qualquer teoria; tanto pela que exija um elemento volitivo ao lado do intelectual, quanto pela que imponha condições objetivas para o reconhecimento do aspecto cognitivo. Sua opção é por essa segunda alternativa, e ele constrói sua teoria adotando como parâmetro algumas regras aplicadas à **imputação objetiva**. Com isso, o tipo objetivo (visto sob as lentes da imputação objetiva) se torna o principal critério de atribuição do dolo.⁴¹¹ Há uma diferença, aqui, entre a teoria pensada por Feijóo Sánchez (“teoría intelectual moderna del dolo”) e as clássicas teorias da probabilidade e da representação. O tipo de conhecimento que se espera do autor não é referente, exclusivamente, ao processo causal a ser desencadeado por sua conduta. Não basta uma representação mental, apenas. É preciso que ele realize um “prognóstico” da realização do tipo objetivo, com todas as suas elementares. O espanhol parece crer que a associação dos critérios de imputação objetiva, associados a essa nova forma de pensar sobre o dolo, seria capaz de impedir esse exagerado avanço da dolosidade. “Sólo mediante una correcta determinación previa del alcance del tipo correspondiente es posible imputar un hecho a título de dolo. El tipo objetivo es el sustrato u objeto de referencia del tipo subjetivo”.⁴¹²

A defesa de Feijóo Sánchez contra a acusação dos volitivistas (acerca do avanço da dolosidade) não é convincente. O espanhol procura justificar sua afirmação a partir do recurso a uma das mais difundidas cláusulas da imputação objetiva, que é a “criação de um risco juridicamente desaprovado”. Segundo ele, se o resultado lesivo decorre de uma conduta criadora de risco juridicamente permitido, mesmo que seja querido, não pode ser subjetivamente imputado ao agente. E ele se serve do exemplo de Roxin, a respeito. Se um cirurgião realiza procedimento cirúrgico absolutamente impecável, não importa se queria a morte do paciente. De fato. Mas a concordância com essa conclusão não deve conduzir a uma

⁴¹⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 62-68.

⁴¹¹ *Idem, ibidem*, p. 83-87.

⁴¹² *Idem, ibidem*, p. 89-93. “Só mediante uma correta determinação prévia do alcance do tipo correspondente é possível imputar um fato a título de dolo. O tipo objetivo é o substrato ou objeto de referência do tipo subjetivo”. (Tradução nossa).

abstenção da crítica a que faz jus o raciocínio de Feijóo Sánchez. Ora, a imputação objetiva sempre precede à subjetiva. Então, é claro que, se o risco não é proibido, não poderá ter seu desfecho imputado ao autor, e, com isso, acaba por tornar-se irrelevante o âmbito subjetivo de sua ação. Assim como em um homicídio cometido em legítima defesa não se perquire a potencial consciência da ilicitude ou a exigibilidade de conduta diversa (pertencentes à culpabilidade e, por isso, apreciadas em momento posterior ao da análise do injusto penal), nos casos em que falte um requisito objetivo para a imputação (como no crime impossível, por exemplo), simplesmente não se investiga o elemento subjetivo. E o mais grave: quem disse que a imputação objetiva é incompatível com a imputação subjetiva sugerida pelas correntes volitivas? Feijóo Sánchez fala do assunto como se o intérprete (julgador) tivesse que optar por uma linha ou outra. Não é verdade. Ele pode usar os critérios da imputação objetiva para uma primeira fase e, apenas se superado esse filtro inicial, apurar os elementos subjetivos, incluindo, para o dolo, o aspecto da vontade como requisito. Duplo filtro, então.

Assim, não é preciso que se guarde apego à solução finalista dada para casos cuja periculosidade não seja juridicamente desaprovada (aconselhar pessoa a caminhar em dia de tempestade na esperança de que seja fulminada por um raio, ou comprar passagens aéreas para que alguém viaje e morra em desastre aeronáutico). Pode-se, sim, fazer uso das regras de imputação objetiva, em um primeiro estágio, e exigir o conteúdo volitivo, na fase seguinte, apenas e tão somente nos casos em que a primeira etapa tenha sido adequadamente superada. Não é oportuno, se considerados os critérios de imputação objetiva, discutir se há dolo no crime impossível, ou na cirurgia realizada por um médico plantonista sobre seu inimigo mortal, que chega baleado a um pronto-socorro. Tampouco o será no conhecido caso do passeio durante uma tempestade de raios. Isso resolve, igualmente, o caso do atirador inexperiente, que quer matar a vítima mediante disparo realizado a uma distância capaz de tornar o resultado perseguido virtualmente impossível (embora a ênfase não deva estar na qualidade do risco, que de fato é proibido, mas na sua quantidade, que é irrelevante). A explicação finalista quanto à inexistência do dolo nesses casos é inaceitável, pois, de fato, se ele é um dado natural composto pela consciência e pela vontade, e se ambas estão presentes em tais hipóteses, não há como ignorar sua configuração. Mas a correção operada pelas teorias da imputação objetiva corrige essa falha argumentativa, ao dizer que sequer é preciso perquirir o aspecto subjetivo, ficando obstada a acusação já no plano objetivo.

Sim, há o dolo. Qual é o problema em se dizer isso, se a punição fica impedida por outras razões? A verdadeira concepção do dolo natural permite a qualquer pessoa afirmar que há dolo acerca de qualquer comportamento penal ou socialmente irrelevante. Há dolo de beber água, dolo de tomar banho ou dolo de dormir. Dizer que há dolo homicida na conduta do sujeito que dispara uma pistola d'água com a firme intenção de tirar a vida de um desafeto não é nenhuma heresia. Sua conduta, embora subjetivamente típica, será objetivamente atípica, e ficará impune. Sequer era preciso verificar se havia dolo ou culpa. Mas se essa verificação ocorrer, sem que se altere o desfecho jurídico dado ao caso (atipicidade objetiva), que mal há nisso? Não se compreende, assim, o receio quanto a dizer que há dolo em tais casos, e muito menos a preocupação dos cognitivistas com o desenvolvimento de teorias que o venham a limitar em hipóteses dessa estirpe, se já há a imputação objetiva a impedir eventual punição vista como injusta.

Os resultados práticos da teoria de Feijóo Sánchez são próximos daqueles que seriam obtidos mediante uma teoria cognitiva clássica que exigisse a representação do **perigo concreto** (isto é, quase todas). Mas tem a vantagem da sutil correção de casos que extrapolam o cotidiano forense pela imputação objetiva. Após uma matemática final, no entanto, pelo degrado do elemento volitivo, observa-se o favorecimento do avanço da dolosidade sobre o espaço da culpa e o recurso mais frequente à imputação dolosa, típico dos posicionamentos punitivistas contemporâneos.

Muito interessante, no entanto, é a sugestão *de lege ferenda* de Feijóo Sánchez, no sentido da criação de uma figura intermediária entre o dolo e a culpa. O autor lembra que, não raras vezes, os julgadores se encontram em “situações diabólicas” de casos-limites, em que têm que proferir decisões com alta probabilidade de se mostrarem injustas. Haveria dúvida quanto ao dolo eventual, mas a punição por crime culposo pareceria inaceitavelmente branda. Cogita-se, assim, a criação de uma terceira categoria, que poderia ser chamada de “culpa temerária”, “grosseria” ou “desconsideração”.⁴¹³

Enquanto isso não ocorre, o professor espanhol propõe alguns critérios interpretativos para tornar mais objetiva a imputação do dolo, baseados em “provas indiciárias”, mas, desde logo, alertando que o fundamento material do dolo e sua prova são coisas bastante distintas (o que

⁴¹³ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 129-130.

pode ser entendido como crítica a formulações teóricas sobre o dolo que têm feições processuais, como as de Kaufmann e de Prittwitz, por exemplo).

O primeiro dos indícios sugeridos por Feijóo Sánchez diz respeito à *poena naturalis*.⁴¹⁴ Segundo sua visão, nos casos em que seja grande a chance de que o agente colha consideráveis prejuízos com sua própria ação, fica enfraquecida a possibilidade da imputação do dolo. Mas ele adverte: esse é um critério relativo. Nos casos de “condutores homicidas-suicidas” (que dirigem com desprezo pela vida alheia) e dos terroristas suicidas (homens-bomba, por exemplo), o enorme prejuízo pessoal não desconstitui o dolo (em caso de sobrevivência, por óbvio).

Outro critério reputado importante refere-se à habitualidade do risco para o agente. Trata-se de um critério bastante próximo daquele pensado por Jakobs (e, pelas referências, inclusive nele diretamente inspirado). Certos riscos, por serem vivenciados com muita frequência sem que tragam prejuízos concretos, acabam sendo menosprezados pela experiência pessoal. Dá-se, assim, uma “pérdida del miedo”, seguida de um sentimento de falsa segurança ou mesmo de uma percepção equivocada quanto à permissão do risco. De uma forma ou de outra, o risco não é adequadamente representado em toda a sua extensão, é dizer, não se configura como um perigo concreto aos olhos do agente.⁴¹⁵

Relevante, ainda, são a iminência da lesão e a magnitude do risco. “Cuanto más evidente se muestre el hecho de que la conducta del autor no teria más alternativa que la lesión, menos admisible será el refugio en la ignorancia”.⁴¹⁶ Toma-se, aqui, um parâmetro objetivo, isto é, que não depende de o perigo haver sido representado como iminente e gravíssimo pelo próprio agente ao tempo da ação. Embora geralmente, nesses casos, se costume remeter a uma suposta noção socialmente compartilhada de perigo, bem sabemos que o que vale, no fim, é a opinião do julgador a respeito, já que quem julga não é a sociedade, mas um ou alguns de seus membros.

É importante verificar, também, se o autor tomou precauções ou ativou contrafatores que possam impedir a concretização do dano, mais ou menos na linha do que propuseram

⁴¹⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 134 e seguintes.

⁴¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 138-139.

⁴¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 139-140.

Kaufmann, com sua teoria da não evitação, e Herzberg, com sua fórmula do perigo a descoberto. Finalmente, Feijóo Sánchez coloca em pauta a relação volitiva ou emotiva do autor com o resultado. Frise-se, não como um elemento componente do dolo ou um requisito para sua configuração, mas como um indício para o reconhecimento do elemento cognitivo.⁴¹⁷

Os critérios objetivos que foram sugeridos por Feijóo Sánchez, se tomados em conta paralelamente com sua afirmação da necessidade de uma representação concreta do risco, dão margem a dúvidas quanto à natureza normativista de sua teoria. Embora assim a entendamos, encontramos posições divergentes. Tal é o caso de Maria del Mar Díaz Pita. Em seu dizer, Feijóo Sánchez, ao relacionar o conhecimento com o risco concreto não abre mão de uma perspectiva psicológica, tendo em vista que lida, ainda, com um processo mental que deverá ser provado dentro de um processo. “A adoção do risco como objeto do conhecimento não transforma a natureza desse elemento de psicológica a normativa; só reduz a sua extensão”.⁴¹⁸

As críticas continuam. Para começar, Díaz Pita diz que é contraditório empregar na definição um termo que, ao final, não desempenha papel algum, como ocorre com a inclusão, por Feijóo Sánchez, da “decisão” no âmbito do dolo. Para ele, o dolo é conhecimento, e a diferença do dolo para a culpa está no grau desse conhecimento. A alusão à decisão é supérflua. Não se trata, como seria de se supor, de um componente volitivo, de modo que, no conceito de Feijóo Sánchez, sua aparição é até inusitada. “Sustentar que o dolo é só conhecimento implica não poder propor, como sua definição, uma que contenha o termo ‘decisão’”.⁴¹⁹

A autora debita aquilo que ela considera como uma falha de Feijóo Sánchez à confusão ou à ausência de distinção entre voluntariedade e intencionalidade. A primeira é, de modo uníssono na doutrina e na jurisprudência da grande maioria dos países do hemisfério ocidental, um requisito indispensável da conduta. Não há conduta humana sem voluntariedade (sem que seja posta em curso pelas próprias forças do agente). Voluntariedade, aqui, deve ser entendida, apenas, como o oposto de involuntariedade, circunstância que fatalmente exclui a ação (por exemplo, em casos de epilepsia, espasmos musculares, atos reflexos etc.). Ela não se confunde com a intencionalidade, esta, sim, considerada por muitos como um elemento

⁴¹⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 140-142.

⁴¹⁸ DÍAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, Paulo César. **Modernas tendências sobre o dolo em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18-19.

⁴¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 12.

componente do dolo. A confusão operada por Feijóo Sánchez fica clara por sua afirmação de que a vontade se refere unicamente à configuração da ação, mas não tem relevância alguma para configurar o dolo.⁴²⁰

Díaz Pita discorda: o dolo possui um componente volitivo. Só que ele, necessariamente, deve ser compreendido sob perspectiva normativa. Enquanto dado psicológico, ele é inacessível. Mas podemos usar “uma valoração normativa realizada sobre um segmento da realidade (neste caso, da psicologia do sujeito) que nos permita explicar e legitimar” o tratamento mais severo conferido aos crimes dolosos. O fato de serem inalcançáveis os elementos psicológicos é o que motiva, declaradamente, a perspectiva normativista da autora. Essa opção, todavia, não a faz ignorar que há uma diferença jurídica, social e culturalmente consolidada entre o agir culposo e o agir doloso, e que essa diferença se esteia no âmbito volitivo. Um soco no rosto – diz ela – pode causar o mesmo prejuízo que um forte esbarrão. Ocorre, contudo, que não só a própria vítima, como a maioria dos membros da sociedade, tenderia a considerar a primeira conduta muito mais grave.⁴²¹

A penalista chega a discutir se a palavra “intencionalidade” seria a mais indicada para designar o dolo. Sua conclusão é de que não, pois, embora seja adequada para identificar o dolo direto de primeiro grau, fracassa enquanto critério capaz de conduzir a uma noção unitária de dolo.⁴²² Esse não é, em nossa opinião, um problema se pensarmos em termos de **reformulação teórica**. Por óbvio, no caso do Brasil, seria necessário que a legislação se alterasse, acompanhando a alteração dogmática operada no plano da doutrina. Mas a intenção, como veremos adiante, é, sim, a melhor palavra para designar o dolo.

Alguns intérpretes afirmam que a posição de Díaz Pita quanto à “decisão contra o bem jurídico” revela sua opção por um dolo apenas cognitivo, já que a decisão é desprovida de conteúdo autônomo e decore da própria atitude de levar adiante a ação a despeito dos riscos identificados.⁴²³ A autora, no entanto, rechaça expressamente a redução do dolo ao elemento cognitivo. Em sua visão, essa providência corresponde a uma dogmática penal em

⁴²⁰ DÍAZ PITA, Maria del Mar. **A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização**. In: BUSATO, Paulo César. *Modernas tendências sobre o dolo em Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 12-13.

⁴²¹ *Idem, ibidem*, p. 23-25.

⁴²² *Idem, ibidem*, p. 14.

⁴²³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 118-119.

descompasso com a racionalidade cotidiana, segundo a qual a vontade desempenha papel relevante na interpretação do sentido da ação e de sua gravidade. O dado volitivo é “[...] um elemento que se dá na realidade e que se detecta por qualquer cidadão alheio aos meandros do Direito penal [...]”. Diz a autora, e com ela estamos de acordo, que somente se pode explicar essa opção pela eliminação da vontade como fruto de uma tendência de expansão do Direito Penal, por meio da redução das barreiras de imputação subjetiva.⁴²⁴

O comedimento das posições de María del Mar Díaz Pita nos autoriza a classificar sua proposta de normatização como “moderada” ou temperada”, tendo em vista a preocupação com a desenfreada expansão do âmbito de incidência do dolo a partir da adoção de conceitos normativos que se contraponham aos conhecimentos e percepções que compõem uma “racionalidade jurídica” já assimilada pelas pessoas e arraigada no ambiente social.

5.8. RAMÓN RAGUÉS I VALLÈS E A NORMATIVIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE DETERMINAÇÃO PROCESSUAL DO DOLO

Impossível concluir o presente capítulo sem abordar a obra de Ramon Ragués i Vallès. A extensão e a profundidade da pesquisa empreendida pelo catedrático espanhol certamente colocam seu trabalho entre os mais importantes estudos já realizados sobre o dolo. Ragués i Vallès dedicou-se a um minucioso estudo das teorias sobre o dolo, cuidando da exposição dos prós e contras de cada uma das muitas posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes na Espanha e na Alemanha até o momento da publicação de seu livro, o que torna sua pesquisa uma fonte de consulta obrigatória sobre o tema.

A exposição de Ragués i Vallès é inaugurada por uma relevante observação. Há uma notória falta de comunicação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Talvez pela pretensão de criação de um conceito teoricamente impecável, ou mesmo pela desconsideração da importância prática que todo conceito jurídico deve ter, o fato é que as definições propostas pelos penalistas nem sempre são úteis ou aplicáveis tendo em vista os fins a que supostamente deveriam se destinar – os casos concretos e os processos. O exemplo do dolo é emblemático: o **conceito de dolo**, tal qual elaborado pelas correntes tradicionais, não deixa entrever

⁴²⁴ DÍAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, Paulo César. **Modernas tendências sobre o dolo em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 32-33.

qualquer preocupação com a **prova do dolo**, tratada, “apenas”, como matéria processual. Isso faz com que a aspecto da aplicabilidade se torne “terra de ninguém”.⁴²⁵

Na sequência, o professor espanhol ressalta, como faz a maioria dos estudiosos, nesse tema, que a distinção entre o dolo e a culpa é tida como um dos pontos mais difíceis da Teoria do Delito, e reduto de algumas das mais antigas e mais profundas divergências dogmáticas do Direito Penal. Apesar disso, no entanto, o autor expõe uma intrigante constatação: a maior parte das controvérsias pode ser resumida a “questões terminológicas”. Apesar das posições aparentemente mui discrepantes, grande parte dos autores acaba sugerindo soluções idênticas para a maioria dos casos propostos, o que pode indiciar a existência de um “acordo inconsciente” sobre o âmago da questão.⁴²⁶

De modo bastante sintético, entendemos que o autor quis dizer que há grande acordo quanto aos casos em que se deve reconhecer o dolo (v.g. no caso Thomas, no *Lederriemenfall*, na hipótese do atirador de Lacmann etc.), embora definitivamente esse acordo não exista quanto ao próprio conceito do instituto. Isso nos permite indagar – e aqui, já somos nós, falando – se, no fundo, toda a celeuma acerca da dicotomia dolo-culpa não se restringiria à questão do “merecimento de pena”. O autor em voga, diferentemente do que fez Pérez Barberá, como vimos, não toma o merecimento de pena diretamente como suporte para sua construção teórica. Mas, definitivamente, não passa despercebida a importância que a questão tem para a formação de sua visão, que é, por diversas vezes, amparada em casos concretos ou hipotéticos e na potencial injustiça da sua não consideração como dolosos.

Após uma detida análise das posições teóricas, Ragués i Vallès conclui que há pontos de convergência dignos de nota, pelo menos entre as correntes clássicas. Ele os chama de “chaves do consenso divergente”. Primeiramente, é pacífico o fato de referir-se o dolo a fenômenos psíquicos, que se passam no plano mental, no íntimo do sujeito, e são inacessíveis por meios diretos. Em segundo lugar, há consenso quanto à exigência de um dado intelectual ou cognitivo: a representação da (possível ou provável) realização do tipo. Em terceiro, é um traço comum a todas as posições a necessidade de que essa representação não se refira a uma possibilidade abstrata de causar o dano, mas, sim, à chance concreta de produzi-lo a partir da

⁴²⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 17.

⁴²⁶ *Idem, ibidem*, p. 25.

específica conduta considerada pelo agente. Por fim, tradicionalmente, esse elemento da representação é considerado sob perspectiva psicológica, isto é, trata-se de um dado que deve ocorrer na mente do agente e que deve ser demonstrado processualmente. É a partir desse ponto que surgem as diferenças. Para os que preferem um corte cognitivo, o que até aqui se expôs é plenamente suficiente para caracterizar o dolo; já os volitivistas são irreduzíveis quanto à necessária presença de uma forma de vontade a unir o agente à realização do tipo ou à causação do dano.⁴²⁷

Antes de passar a analisar a proposta de normatização de Ramon Ragués i Vallès, é preciso levar em conta um alerta deixado pelo próprio autor em sua obra. Ele atenta para uma suposta diferença existente entre **concepção normativa do conceito de dolo** e **concepção normativa da determinação processual do dolo**.

[...] es necesario distinguir entre **una concepción normativa sobre el concepto de dolo**, en los casos en que se niega la conveniencia de construir un concepto de dolo “psicológicamente adecuado”, y una **concepción normativa sobre la “determinación del dolo”**, para los casos en que se rechaza que la correcta aplicación de esta figura dependa de la averiguación de fenómenos psíquicos.⁴²⁸

Em seu dizer, uma coisa é normativizar o dolo; outra coisa é normativizar o procedimento através do qual ele será reconhecido dentro de um processo. Quem adere à primeira forma, por força da lógica, acaba endossando a segunda. O contrário, porém, não é necessariamente verdadeiro.

No plano teórico, e com boa dose de esforço, até se pode separar a normatização que se refere ao conceito da normatização relativa ao procedimento de determinação processual do dolo. Em termos práticos, porém, os resultados – para não dizer, taxativamente, “idênticos” – são muito próximos.

Quando a normatização recai sobre o conceito de dolo, ela opera uma reconstrução dos significados de seus componentes. A normatização redefine o que é conhecimento e/ou o

⁴²⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 121-125.

⁴²⁸ *Idem, ibidem*, p. 287. “[...] é necessário distinguir entre **uma concepção normativa sobre o conceito de dolo**, nos casos em que se nega a conveniência de construir um conceito de dolo “psicologicamente adequado”, e uma **concepção normativa sobre a “determinação do dolo”**, para os casos em que se rechaça que a correta aplicação desta figura dependa da averiguação de fenômenos psíquicos.” (Tradução nossa. Grifo do autor).

que é vontade com base em critérios jurídicos, e sem qualquer necessidade de que sejam mantidos vínculos com os sentidos empíricos que tais expressões possam ter no mundo extrajurídico. Não importa o que o conhecimento e a vontade sejam para as ciências que lidam com a mente e o comportamento humano ou para a filosofia, e nem mesmo interessam diretamente os eventuais sentidos compartilhados a seu respeito no plano pragmático da linguagem pelos diversos membros da sociedade. Vale o que o Direito definir como conhecimento e o que ele disser que é vontade. A partir dessa definição, o objeto da prova processual passa a ser não mais a representação e a vontade, tal qual as conhecemos, mas aquilo que o Direito “resolveu” denominar de tais formas. Não é relevante perscrutar se houve representação efetiva, ou se de fato existiu vontade. Basta dizer que, pelas características do caso, é possível afirmar **uma representação e/ou uma vontade “em sentido jurídico”**, por mais que seus conceitos nada tenham a ver com as concepções mais arraigadas e culturalmente consagradas a respeito de tais elementos. É um imperativo lógico, para quem é normativista quanto ao conceito, sê-lo quanto ao processo de determinação processual.

Se a normativização se refere apenas ao aspecto da determinação processual do dolo, os conceitos dos elementos que compõem esse instituto não são de imediato redesenhados pelo Direito. Representação e/ou vontade são fenômenos reais ocorridos na mente do agente. Deve-se constatar sua existência, ao tempo do fato, como dados pertencentes ao âmbito interno da ação. A questão é: como demonstrá-los dentro de um processo? Como não podem ser empiricamente demonstrados, devem ser criados critérios que permitam sua imputação com níveis de segurança aceitáveis. Daí surgem as regras objetivas e as presunções absolutas, que, aos olhos dos normativistas, asseguram segurança jurídica ao subtrair do próprio agente e do juiz da causa a competência para dizer, com base em opiniões e concepções pessoais, se houve dolo em cada caso.

O trabalho de Ragués i Vallès é estruturado em três grandes blocos. Em “Sobre el concepto de dolo”, ele examina as teorias sobre o dolo e afasta a importância do elemento volitivo. Quando fala “Sobre la ‘determinación del dolo’”, discute os métodos que podem ser empregados para a imputação do dolo. Ali, expõe que há uma concepção psicológica e outra normativa quanto ao específico procedimento de determinação do dolo dentro de um processo. Naquele momento, o penalista adverte:

Con la denominación genérica de “concepciones normativas” se hace referencia en este trabajo a todos aquellos planteamientos sobre la “determinación del dolo” que, por diversos motivos, **rechazan** el pilar teórico fundamental en que se sustenta la concepción psicológica, esto es, **la idea de que la afirmación del dolo en un caso concreto depende de la averiguación de ciertos fenómenos psicológicos**.⁴²⁹

Definitivamente, Ragués i Vallès é adepto da **concepção normativa da determinação do dolo**. Se com o Direito Penal se pretende alcançar algum tipo de efeito prático, sua aplicação não pode estar condicionada à averiguação de estados mentais inacessíveis e inverificáveis, diz o penalista.⁴³⁰

Deixaremos a análise crítica dessa forma de normativização para momento adequado (Capítulo 9), como, aliás, vimos fazendo em relação às propostas dos demais autores.

Quanto ao conceito de dolo, propriamente dito, o espanhol não é tão claro. Devemos lembrar, no entanto, que ele, ao comentar a obra de Gabriel Pérez Barberá, afirmou que a proposta do argentino é a primeira que abre mão, *in totum*, de todo e qualquer referencial psicológico para o conceito de dolo. Diante disso, somos forçados a concluir que nem mesmo o modelo do próprio Ragués i Vallès é completamente despsicologizado.

A redefinição do processo de imputação do dolo proposta por Ragués i Vallès, tendo em vista sua pretensão de aplicabilidade prática, está centrada em dois pontos, e pode ser resumida assim:

1) No plano conceitual, combate ao elemento volitivo: o dolo é composto apenas por um dado cognitivo, dispensando a demonstração de qualquer aspecto volitivo para sua imputação dentro de um processo. Não importa o que quis o sujeito, “el saldo final de representación con que actúa dicho sujeto es el criterio que en realidad permite afirmar si en un supuesto concurre o no dolo”.⁴³¹

⁴²⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 275. “Com a denominação genérica de ‘concepções normativas’ se faz referência neste trabalho a todas aquelas aproximações sobre a ‘determinação do dolo’ que, por diversos motivos, **rechaçam** o pilar teórico fundamental em que se sustenta a concepção psicológica, isto é, **a ideia de que a afirmação do dolo em um caso concreto depende da averiguação de certos fenômenos psicológicos**.” (Tradução nossa. Grifo do autor).

⁴³⁰ *Idem, ibidem*, p. 290-291.

⁴³¹ *Idem, ibidem*, p. 161-162. “o saldo final de representação com que atua tal sujeito é o critério que em realidade permite afirmar se em um evento concorre ou não o dolo”. (Tradução nossa).

2) No plano da determinação processual, combate à concepção psicológica: o elemento cognitivo deve ser provado processualmente, mas não com a pretensão do alcance de um estado mental ou fenômeno psicológico que tenha concretamente se passado no íntimo do agente, e sim com o amparo em critérios objetivos normativamente estabelecidos. Ragués i Vallès, ao fazer um balanço das posições teóricas mais prestigiadas, anota que todas (mesmo as cognitivistas) se baseiam em fenômenos psicológicos de existência duvidosa e virtual impossibilidade de prova. E aduz, na sequência, que “la cuestión del dolo sólo se puede solucionarse renunciando al psicologismo y acogiendo con firmeza una opción valorativa”.⁴³²

Para alcançar o primeiro propósito, Ragués i Vallès demonstra, no desenvolver de sua extensa obra, que, embora nem sempre seja expressamente posta, é visível a maior relevância que se tem conferido ao elemento cognitivo em face do volitivo. Dão-se, paralelamente, o aumento da estima pelo aspecto da consciência e o desprestígio das considerações que se referem à vontade. Na prática, diz o espanhol, doutrina e jurisprudência já abandonaram a concepção volitiva do dolo há tempos. Embora julgados e lições doutrinárias eventualmente tragam menção a um suposto âmbito da volição, e em que pese alguns autores ainda defendam sua inexorabilidade, o fazem por meio de expressões “vazias de sentido”, que não guardam a menor correspondência com um autêntico conteúdo de vontade, ou mesmo não têm substância alguma.⁴³³

Assentir, consentir, aprovar, aceitar, levar a sério, contar com, assumir e, especialmente, adotar qualquer dessas posturas “em sentido jurídico”, não são apenas atitudes mentais inverificáveis; é grande a suspeita de que nenhuma carga verdadeiramente volitiva ou emotiva elas possuam. Parecem, na verdade, tratar-se apenas de extensões e distorções tão acentuadas do conceito de vontade que chegam a descaracterizá-la.⁴³⁴ No fim, invoca-se um dado volitivo, mas fundamenta-se a configuração ou circunscreve-se o reconhecimento do dolo ao elemento cognitivo. Os que insistem em uma concepção volitiva do dolo provavelmente o fazem por apego às fórmulas primitivas do instituto (que remontam à figura ancestral do *dolus*

⁴³² RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 151; 153. “só se pode solucionar a questão do dolo renunciando ao psicologismo e acolhendo com firmeza uma opção valorativa”. (Tradução nossa).

⁴³³ *Idem, ibidem*, p. 88-89; 162.

⁴³⁴ *Idem, ibidem*, p. 60-62; 104-105.

malus) ou às análises etimológicas (isso, no caso da Alemanha, em que o dolo é representado pelo vocábulo *Vorsatz*, cuja tradução imediata seria “intenção”).⁴³⁵

Obviamente, a fundamentação para a dispensa do elemento volitivo extrapola a pragmática e deita raízes em solos mais profundos. Ragués i Vallès discute a *ratio* da típica diferença de punição entre delitos dolosos e culposos, e conclui, semelhantemente ao que fez Jakobs, que ela se apoia nas diferenças existentes entre defeitos cognitivos e defeitos volitivos. Comportamento é linguagem; quem age se comunica. A transgressão comunica a negação da norma. Assim, “quien actúa manifestando un defecto volitivo expresa con su acción un sentido social de negación de una norma penal, mientras que quien lo hace inmerso en un defecto cognitivo actúa negando únicamente las inmutables reglas de la naturaleza”. Assim, no defeito volitivo, a norma diz “não mate”, e o sujeito comunica “mato, sim”. De outro lado, no caso de defeito cognitivo, a norma diz “não mate”, e o sujeito comunica “não estou matando”, mas está.⁴³⁶

Como um “cognitivista divergente” (em seu dizer, um cognitivista não psicologicista), o mestre espanhol aclara o raciocínio que ele próprio emprega para alcançar sua conclusão, muito mais simples do que parece. As teorias volitivas são “dedutivas”. Dizem que onde há dolo, tem que haver vontade. As cognitivas são “indutivas”. Se o caso é grave e merece punição mais intensa, é doloso.⁴³⁷ Trabalhando a partir da irrelevância do aspecto da vontade para a configuração do dolo em casos como o da roleta russa, do atirador de Lacmann, do cinto de couro e do caso Thomas, entre outros acerca dos quais se pode dizer que paira consenso quanto à dolosidade, Ragués i Vallès afirma que “[...] concurre una realización dolosa cuando un sujeto actúa pese atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal”.⁴³⁸

Ao adotar essa postura, Ragués i Vallès abre mão da clássica tripartição do dolo. Ele observa que ninguém duvida que os fatos intencionais sejam dolosos, mas indaga: será que têm razão de ser as outras classificações do dolo? Ele próprio entende que não, pois não há qualquer

⁴³⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 97.

⁴³⁶ *Idem, ibidem*, p. 166-167. “[...] quem atua manifestando um defeito volitivo expressa com sua ação um sentido social de negação de uma norma penal, enquanto quem o faz imerso em um defeito cognitivo atua negando unicamente as regras imutáveis da natureza”. (Tradução nossa).

⁴³⁷ *Idem, ibidem*, p. 66.

⁴³⁸ *Idem, ibidem*, p. 175. “[...] concorre uma realização dolosa quando um sujeito atua a pesar de atribuir à sua conduta a concreta capacidade de realizar um tipo penal”. (Tradução nossa).

diferença, em termos de graduação de desvalor, entre o dolo direto de primeiro grau (forma “principal”) e o dolo eventual (tido como uma forma derivada do dolo). Talvez isso até pudesse se sustentar com apoio nas teorias volitivas, mas certamente não com base nas cognitivas. Aliás, segundo defende, a própria noção de “intenção” não corresponde ao dolo por excelência, já que não desempenha papel algum da fundamentação da imputação mais rigorosa. Deve-se partir do dolo eventual como o modelo básico de dolosidade. “La intención no aporta absolutamente nada: si desaparece la intención pero la representación subsiste, el dolo se mantiene; por contra, si falta la representación, el dolo decae, por mucha intención que haya puesto el sujeto de su parte”.⁴³⁹

Estabelecida a consciência como o único arrimo do dolo, o penalista fixa a distinção entre esse elemento e a culpa com base na representação do perigo. Ele não se desfaz da culpa consciente, como seria intuitivo imaginar. A representação do perigo concreto conduz ao dolo; a representação do perigo apenas abstrato, a representação defeituosa e a falta da representação levam ao reconhecimento da culpa.

O segundo objetivo de Ramon Ragués i Vallès tem uma consecução mais tormentosa. Não é fácil abrir mão do esteio psicológico do elemento cognitivo do dolo, mantendo um discurso de respeito à condição humana e de rechaço às tendências punitivistas de expansão do Direito Penal. De modo inteligente, Ragués i Vallès cuida, inicialmente, da fundamentação da despseudologização do dolo, para, em um momento seguinte, estabelecer os critérios normativos que ele considera que sejam úteis para a uma imputação subjetiva mais segura. Em sede de fundamentação, o penalista espanhol afirma que, qualquer proposta teórica, para que seja válida, tem que ser escrutinizada sob dois prismas: o da **legitimidade** e o da **aplicabilidade**. Uma proposta ilegítima, isto é, ofensiva a direitos fundamentais e a normas constitucionais em geral, é inaceitável em si. De outro lado, de nada adianta um construto teórico hígido e impecável que não goze de utilidade prática alguma.⁴⁴⁰ De fato, se o Direito Penal não pode perseguir seus objetivos a todo custo, também não pode alimentar quimeras.

⁴³⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 179-185. “A intenção não contribui com absolutamente nada: se desaparece a intenção, mas a representação subsiste, o dolo se mantém; do contrário, se falta a representação, o dolo decai, por mais intenção que tenha tido o sujeito, de sua parte”. (Tradução nossa).

⁴⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 192 e seguintes.

De um modo geral, deixaremos o exame da legitimidade das propostas de normatização que aqui expusemos para o Capítulo 9. Concedamos, por ora, que não parece haver grandes dúvidas sobre o aspecto da aplicabilidade. Se os modelos normativizados de dolo não são plenamente aplicáveis, no mínimo, são dotados de aplicabilidade prática muito superior àquela que se faz presente nas versões psicologizadas. O que se pode dizer, com certa segurança, então, é que psicologismo e normativismo estão em diametral oposição: enquanto o primeiro parece legítimo, mas inaplicável, o segundo soa como ilegítimo e mais facilmente aplicável.

A conclusão de Ragués i Vallès se dá nesse exato sentido. Mencionando autores que sustentam que o dolo psicológico é o mais respeitoso para com as características humanas (nossa posição), ele conclui: a concepção psicológica do processo de determinação do dolo não apresenta qualquer problema de legitimidade,

[...] en la medida en que se asienta sobre la individualidad del sujeto es totalmente respetuosa con la dignidad de éste y, desde tal punto de vista, si lo que se pretende con la imposición de la pena es generar determinados efectos sobre la colectividad, ello no se llevará nunca a cabo a costa de emplear a dicho sujeto como instrumento, sino sólo en aquellos casos en que se haya acreditado de forma fehaciente que aquél realmente se represento las características y posibles consecuencias de su conducta. Desde planteamientos preventivo-especiales a corrección de esta perspectiva parece también incontestable.⁴⁴¹

No que tange à aplicabilidade, porém, tal versão falha de modo retumbante aos olhos de Ragués i Vallès. Ela dependeria de uma demonstração a partir de métodos empíricos, e os que estão a nosso dispor, pelo menos até o momento, são incapazes de conferir doses de segurança aceitáveis. Basicamente, pode um juiz se valer da prova pericial, da confissão e da prova indiciária. Quanto à primeira, há dois problemas. De um lado, não se consegue verdadeiro acesso direto à mente do sujeito, de modo que essa seria, na melhor das hipóteses, uma perícia indireta e tardia (pois deve “verificar” o estado mental pretérito, ao tempo da conduta). De outro, as ciências envolvidas – psicologia, psiquiatria, psicanálise etc. – não mantêm quaisquer consensos acerca dos conceitos de conhecimento, consciência, representação, vontade, propósito, motivo e tantos outros que se referem a emoções, estados mentais e

⁴⁴¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 211-212. “[...] na medida em que se assenta sobre a individualidade do sujeito é totalmente respeitosa com a dignidade deste e, desde tal ponto de vista, se o que se pretende com a imposição da pena é gerar determinados efeitos sobre a coletividade, isso nunca se levará a cabo à custa de empregar tal sujeito como instrumento, senão somente naqueles casos em que se haja acreditado de forma confiável que aquele realmente representou as características e possíveis consequências de sua conduta. Desde aproximações preventivo-especiais a correção desta perspectiva parece também incontestável.” (Tradução nossa).

disposições anímicas. O juiz teria que “escolher” uma das muitas correntes à disposição, e isso aniquilaria qualquer pretensão de segurança.⁴⁴² Quanto à confissão, além de rara, não é cem por cento confiável. Há muitos motivos para que queira um réu mentir em seu processo.⁴⁴³

Fica claro que o julgador apenas poderá contar, como regra, com a prova indiciária, isto é, com a que se produz a partir do exame das circunstâncias fáticas e da parte externa – física, aparente – da conduta para determinar o elemento subjetivo que lhe possa estar subjacente. Aqui, no, entanto, são despiciendas muitas considerações no sentido de assentar que, no máximo, se pode alcançar **probabilidade**. Certeza, propriamente dita, jamais. Por isso, é como um machado que pende à nuca do psicologismo a ácida crítica de Ragués i Vallès: se as correntes defensoras da concepção psicológica do dolo reprovam a versão normativa porque ela parte de presunções ou de construções que se colocam à margem de uma realidade psicológica, somente a certeza poderia justificar sua posição.⁴⁴⁴ Para dizer de outra forma, se o dolo normativizado pode atropelar a realidade empírica em favor de uma normativa, e esse é o seu defeito, que garantam precisão e certeza os que advogam um dolo psicológico, para que não padeçam da mesma falha. E isso, sabemos, pelo menos por enquanto, não é possível.

Com várias das premissas que compõem o arrimo teórico de Ragués i Vallès, somos, mais uma vez, forçados a concordar. O conhecimento totalmente seguro é impossível aos seres humanos. Já vimos, dentre outros, o posicionamento de Kant, para quem podemos, no máximo, observar a aparência da coisa a partir do fenômeno pelo qual se manifesta, sem jamais chegar a conhecer a “coisa em si” (frise-se, especialmente em se tratando de fatos pretéritos e subjetivos). Por isso, de fato, a busca da alegada “verdade real”, posta como objetivo dos processos penais, é uma tarefa lúdica. Há, na melhor das hipóteses, uma “verdade processual”. Para fundamentar uma condenação criminal, se certeza não pode haver, exige-se alto grau de convicção por parte do julgador. Convicção essa que, somente se devidamente expressa sob a forma de argumentos coesos, pode ser aceitável como válida.

Ragués i Vallès afirma que um Tribunal, em uma decisão que imponha condenação por fato doloso, definitivamente não terá capturado a real experiência psicológica do réu, é dizer, não

⁴⁴²RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 212 e seguintes.

⁴⁴³ *Idem, ibidem*, p. 232 e seguintes.

⁴⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. p. 220-221.

terá sido capaz de acessar a realidade empírica reclusa em sua mente para afirmar categoricamente que “ele sabia” ou “ele representou o perigo em toda a sua extensão”. A condenação se impõe porque tudo indica que o réu sabia o que fazia, ou porque uma “pessoa normal” (imputável e culturalmente situada, para simplificar), pelas regras de experiência socialmente compartilhadas, “deve ter previsto”. Ou mesmo, “é inadmissível que não tenha previsto”. O exemplo de que se serve, tomado emprestado de Hruschka, é imponente. Imagine-se que uma testemunha idônea tenha presenciado o momento em que um vendedor de armas atira com um fuzil na direção de seu desafeto, livre de qualquer obstáculo, e atinge-lhe o coração, causando sua morte. Certamente, nenhum Tribunal absolveria tal agente por ter alegado que não sabia o que é um fuzil, qual o poder lesivo de sua bala, ou que a vítima era mortal ou vulnerável. Mas a condenação não se daria porque o Tribunal acessou o íntimo do agente e contemplou seu real estado psicológico, mas, sim, porque um homem adulto europeu, mentalmente são, e ainda mais se dono de uma loja de armas, deve conhecer as consequências do disparo para a vítima.⁴⁴⁵

O raciocínio de Ragués i Vallès é irretocável, e sua argumentação é poderosa. Caminhamos com o autor até a conclusão, mas, dali, seguimos por trajetos apartados. Ele conclui que as teorias do dolo falham na busca de um conceito unitário; que a tripartição do dolo deve ser abandonada; e que a certeza quanto aos estados mentais jamais poderá ser alcançada. Concordamos inteiramente. A diferença está na atitude tomada diante de tais constatações.

O professor espanhol opta pelo desenvolvimento de um dolo normativo (ou, pelo menos, de um procedimento de determinação processual do dolo que é normativo), e passa a expor uma inteligente e complexa série de critérios interpretativos que devem servir de base à imputação do dolo, um elemento puramente jurídico cujo sentido deve ser determinado pelo Direito, com base na comunicação intersubjetivamente mantida no ambiente social. Nós, todavia, preferimos sustentar que o conceito unitário de dolo é quimérico; que a presunção e a imputação arbitrária de estados mentais para o fim da responsabilização penal mais gravosa ferem a dignidade da pessoa humana; e que o instituto do dolo deve sofrer total extinção (fundamentação nos Capítulos 9 e 10).

⁴⁴⁵RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 298-299.

Enquanto isso não ocorre, somos forçados a lidar com os três tipos de dolo, e devemos decidir se o faremos sob perspectiva psicológica ou normativa. Vale ressaltar, como fez o próprio Ragués i Vallès, que manter-se fiel a uma concepção psicológica significa arcar com uma drástica diminuição dos casos em que se pode proceder a uma imputação a título de dolo. O penalista espanhol não parece disposto a isso, e, por isso, exclui tal possibilidade. A nós, ela não incomoda tanto, considerando que o grande problema não está, como procuraremos demonstrar, na nomenclatura jurídica que se confere à conduta – “dolosa” ou “culposa” – mas na diferença de gravidade que se expressa por meio da desigualdade das penas. Uma correção no âmbito das penas dedicadas à punição de determinados fatos atualmente classificados como culposos pode representar um importante avanço na solução da multacentenária celeuma.

A normatização sugerida por Ragués i Vallès tem em sua fundação diversos elementos pelos quais já passamos ao longo do presente capítulo. Isso se deve ao fato de o espanhol engrossar as fileiras dos que optam por desenvolver suas ideias sobre bases que provêm da filosofia da linguagem, do construtivismo e das teorias comunicativas. Não será difícil encontrar vários pontos de conexão com os escritos de Jakobs, por exemplo. Semelhantemente ao que entende o alemão, Ragués i Vallès enxerga o comportamento como linguagem. A transgressão comunica a negação da norma. A pena, também linguagem, nega a negação, e comunica a vigência da norma. Isso estabiliza o sistema e mantém em dia as expectativas normativas.

No âmago da construção de Ragués i Vallès se encontra o “**sentido social**”, chave por meio da qual se devem interpretar os comportamentos para fins de atribuição do conhecimento que é exigido para a configuração do dolo.

El recurso al sentido social implica que la consideración de una conducta como dolosa ya no dependa de determinados datos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible, tanto para el juez como para los ciudadanos, sino que dicha conducta, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal.⁴⁴⁶

⁴⁴⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 324. “O recurso ao sentido social implica que a consideração de uma conduta como dolosa já não dependa de determinados dados psíquicos cuja apreensão resulta impossível, tanto para o juiz como para os cidadãos, senão que dita conduta, de acordo com suas características externas e perceptíveis, se valore socialmente como negação consciente de uma concreta norma penal.” (Tradução nossa).

Na visão do catedrático espanhol, o simples fato de se fazer parte de uma sociedade implica a renúncia a certas doses de individualidade. Isso se aplica ao plano da linguagem, em que se encontram insertas as condutas. Como membro de uma sociedade, não pode o indivíduo esperar que suas ações sejam interpretadas de acordo com seus critérios individuais, mas sempre em conformidade com o sentido social que elas encerram. A adoção desse critério de valoração é essencial para que seja possível a convivência social, pois corresponde à linguagem compartilhada que torna possível a vida em comunidade. Se todos os comportamentos fossem valorados com base em critérios individuais, a vida em sociedade seria impossível, “[...] pues no existirían mecanismos que hicieran factible una comunicación fluida entre quienes la componen. Resulta indiscutible, por tanto, que **la convivencia supone una renuncia a la individualidad**”⁴⁴⁷.

Ragués i Vallès está plenamente ciente das fragilidades iniciais de sua tese. Sabe da constante possibilidade de que acabe sendo condenado como autor doloso um indivíduo que, de fato, jamais chegou a representar o adequadamente a aptidão de sua conduta para a realização do tipo. Não é possível impedir algumas “instrumentalizações” da pessoa, pois não há como garantir que os parâmetros sociais empregados coincidam com a realidade psíquica que de fato se instaurou na mente do indivíduo: “una condena por delito doloso basada en el sentido social del hecho implica siempre un cierto margen de error, que se traduce en el riesgo de que con la sanción penal se pueda estar instrumentalizando al sujeto condenado.” E ele reconhece, também, que “sentido social” é um critério muito vago, e que somente pode ser aceitável se estratificado em muitas regras específicas que sejam mais objetivamente controláveis.⁴⁴⁸

A chance de divergência entre o que se afirma processualmente e o que se passou na mente do agente ineliminável. Mas Ragués i Vallès afirma que nem toda divergência resulta em uma “instrumentalização” da pessoa (a nosso ver, a palavra mais adequada, aqui, seria “**coisificação**”, mas ambas encontram suporte nos escritos kantianos sobre a dignidade). O que representa uma instrumentalização (coisificação) é a divergência que jamais tenha sido prevista pelo sujeito como possível para seu caso.

⁴⁴⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 325-326. “[...] pois não existiriam mecanismos que viabilizassem uma comunicação fluida entre os que a compõem. Resulta indiscutível, portanto, que **a convivência supõe uma renúncia à individualidade**”. (Tradução nossa. Grifo do autor).

⁴⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 327-328. “uma condenação por delito doloso baseada no sentido social do fato implica sempre uma certa margen de erro, que se traduz no risco de que com a sanção penal se possa estar instrumentalizando o sujeito condenado.” (Tradução nossa).

En los casos en que el reo haya contado con la posibilidad de ser condenado (erróneamente) por delito doloso a causa del sentido social de su conducta y, pese a ello, la haya llevado a cabo, no puede afirmarse que, si finalmente es castigado, se le esté instrumentalizando.⁴⁴⁹

Essa é uma afirmação altamente questionável. Seu fundamento está na pressuposição de que uma pessoa, enquanto pertencente a uma sociedade, como regra geral conhece os critérios segundo os quais são valoradas as condutas, e já pode esperar que sobre elas se façam certos tipos de juízos. Seguem-se dois exemplos. No primeiro, alguém que passa tempos ameaçando uma pessoa de morte, decide, certo dia, dar-lhe um susto. Dispara o revólver sem a intenção de acertar a vítima, que, de fato, fica ilesa. Se tal agente vier a ser condenado por homicídio tentado – diz Ragués i Vallès –, não há instrumentalização, pois já sabia da possibilidade de que sua conduta fosse interpretada dessa forma. O mesmo se diga a respeito do funcionário de um laboratório que decide levar para sua casa um microscópio, com a intenção de devolvê-lo, mas é descoberto antes de trazê-lo de volta. Nenhuma instrumentalização se opera em sua condenação por furto, por tratar-se de solução judicial já tida como possível *ex ante* a partir do “sentido social” da conduta.

O raciocínio é, no mínimo, estranho. Parece que Ragués i Vallès desloca a verificação do conhecimento (ou da sua presunção) do âmbito interno da ação para situá-lo em lugar mais distante e ainda mais inacessível. Não é preciso saber se o agente “assumiu o risco”, “aceitou”, “aprovou” o resultado; mas, para impedir a instrumentalização e manter válida a condenação, será necessário saber se ele assumiu, aceitou – ou, como disse o próprio autor – **contou com a possibilidade de ser julgado injustamente**. Para uma condenação válida a título de dolo, não é preciso saber se o agente representou adequadamente o resultado, mas, sim, se ele representou adequadamente a possibilidade de ser julgado de modo equivocado. A contradição é visível. Ou essa “meta-verificação” não se dá por uma perspectiva psicológica, e é inócua, tratando-se de uma presunção sobre outra presunção (“meta-presunção?”), ou é mesmo psicológica e todo o esforço do autor terá sido em vão: no fim, a determinação do dolo não prescinde do recurso às investigações da psique. O que significa isso, afinal? Que o agente teve o dolo eventual em relação à condenação injusta?

⁴⁴⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 329. “Nos casos em que o réu haja contado com a possibilidade de ser condenado (erroneamente) por delito doloso por conta do sentido social de sua conduta e, a pesar disso, a tenha levado a cabo, não se pode afirmar que, se finalmente é castigado, se lhe esteja instrumentalizando”. (Tradução nossa).

Ragués i Vallès se ocupa da redução desses riscos de instrumentalização. Ele diz que, do ponto de vista social, haverá casos em que o conhecimento do agente será afirmado como algo apenas possível, diante das circunstâncias, ou como algo provável, muito provável e até mesmo inequívoco à luz do fato concreto. Sua solução: só se devem “atribuir determinados conocimientos a un sujeto cuando, de acuerdo con el sentido social indiscutible de su conducta y de las circunstancias que la acompañan, resulte inequívoco que tal realización ha sido llevada a cabo con dichos conocimientos.” Quando as circunstâncias externas não permitirem a afirmação inequívoca do conhecimento, o correto é não atribuí-lo, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*.⁴⁵⁰

Aqui, cabe adiantar uma crítica, por se tratar, na verdade, de uma repetição do que já foi oposto às teorias da probabilidade tradicionais. Lá, como vimos, sempre se questionou a impossibilidade de contar com cifras matemáticas e números percentuais para determinar o que é “provável”. Aqui se passa o mesmo. Em vez de falar em números, Ragués i Vallès criou categorias: possível, provável, muito provável e inequívoco. Mas qual é o exato limite que as separa? Quando se passa do altamente provável para o inequívoco? No fundo, o defeito é exatamente o mesmo. Ao possível, ao provável, ao muito provável e ao inequívoco corresponderiam percentuais de adesão dos membros da sociedade com relação ao “sentido social”. O inequívoco coincidiria com cem por cento, é dizer, toda e qualquer pessoa chegaria à mesma conclusão quanto à presença do conhecimento. Isso não é apenas ousado; é terminantemente irreal, e o autor, como conhecedor dos postulados da filosofia da linguagem, sabe disso. No mundo da linguagem, **absolutamente nada é inequívoco**. Toda palavra (todo signo) tem seu significado em aberto. Nenhum signo tem um sentido “em si”, ou um significado inerente.

Por saber que, mesmo após a redução dos riscos a partir do estreitamento do sentido social ao “inequívoco”, persiste a possibilidade da instrumentalização, Ragués i Vallès sugere providências auxiliares ou complementares, ainda no mesmo sentido. Uma delas é o recurso

⁴⁵⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 333. “atribuir determinados conocimientos a un sujeto quando, de acordo com o sentido social indiscutível de sua conduta e das circunstâncias que acompanham, resulte inequívoco que tal realização tenha sido levada adiante com tais conhecimentos.” (Tradução nossa).

às ciências empíricas, em especial, à psicologia e à psiquiatria, saberes que podem fornecer importantes contribuições para a eventual afirmação da presença do conhecimento.⁴⁵¹

A renitência dos riscos de instrumentalização, mesmo após a tomada de tantas precauções, desperta em Ragués i Vallès a necessidade de examinar a legitimidade de sua proposta, assim como fez em relação à concepção psicológica. Nesse afã, um dos argumentos de que se serve é o de que, conforme anotou Andreas Hoyer, todo cidadão tem uma “dupla pretensão”. Ele tem, simultaneamente, a pretensão de não ser condenado injustamente pelo Estado, e de ver seus bens e direitos protegidos por esse mesmo Estado. Nenhuma das pretensões pode ser mantida em tom absoluto. Se a chance de erro dever ser reduzida a zero, ficará obstada por completo a intervenção penal, eis que é ineliminável a possibilidade de uma condenação que se considere injusta. E, sem intervenção penal, o Estado não desempenhará adequadamente a tutela dos bens jurídicos. Para que gozem da proteção do Estado, então, os indivíduos têm que estar “[...] dispuestos a pagar el precio que implica aceptar el riesgo de poder ser condenados alguna vez como culpables de un delito sin haber cumplido de forma efectiva com todas las circunstancias que la ley exige para tal condena”.⁴⁵²

Argumenta o autor que, a menos que estejamos dispostos a abolir os tipos dolosos arcando com todas as consequências negativas que daí podem advir, sempre existirá o risco em questão. A legitimidade estaria no fato de ser essa opção – a da manutenção dos tipos dolosos – a menos lesiva, especialmente se pensarmos que uma instrumentalização propriamente dita somente ocorre após uma condenação injusta definitiva. Para a maioria das pessoas, a abstrata e remota possibilidade de que venham a ser condenadas em definitivo ao final de um processo que ainda nem existe não justifica o abandono das imputações dolosas, com os prejuízos daí decorrentes para a tutela penal dos bens jurídicos.

Após concluir que o atendimento à exigência de plena sintonia entre o real estado mental do sujeito e os dados psíquicos que lhe são imputados na condenação faz com que se torne impossível qualquer condenação a título de dolo, o penalista encerra a sua visão sobre a determinação processual do instituto:

⁴⁵¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 333 e seguintes.

⁴⁵² *Idem, ibidem*, p. 342. “[...] dispuestos a pagar o preço que implica aceitar o risco de poder ser condenados alguma vez como culpáveis de um delito sem haver cumprido de forma efetiva com todas as circunstâncias que a lei exige para tal condenação”. (Tradução nossa).

Existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal.⁴⁵³

A última parte do livro é dedicada aos específicos critérios empregados para a atribuição do conhecimento. O primeiro deles se refere aos “**conhecimentos mínimos**”, que “[...] se imputan por principio a toda persona imputable con independencia de la situación en que haya actuado ésta o de trás características personales distintas a aquéllas en que se fundamentan las causas de inimputabilidad”⁴⁵⁴.

Há certos conhecimentos que nenhum cidadão adulto e mentalmente são pode deixar de ter. De fato, parece pouco plausível supor uma pessoa imputável que desconheça o poder lesivo de uma facada ou um tiro; que não saiba que a queda livre do décimo andar de um prédio é suficiente para causar a morte; que o combustível é inflamável e que o fogo se alastra; que nenhum ser humano respira sob a água; que nenhuma pessoa pode ficar sem respirar por horas; que a colisão automobilística ou o atropelamento em alta velocidade pode ser letal; que a ingestão de certas substâncias tóxicas reduz a lucidez, a atenção e a habilidade; que a cabeça de um bebê recém-nascido é mais frágil do que a de uma pessoa adulta; etc. É praticamente impossível que a pessoa tenha alcançado a idade adulta sem ter contato direto com a maioria dos conhecimentos que formariam esse “mínimo”, ou sem contato indireto com quase todos eles (toda pessoa adulta já sofreu algum tipo de contusão e já deixou cair um objeto de suas mãos, razão suficiente para que conheça diretamente a lei da gravidade e a vulnerabilidade do corpo humano; de outro lado, mesmo que nunca tenha sido baleada ou tenha dirigido um automóvel, certamente ouviu inúmeros casos e notícias sobre mortes que tenham sido assim causadas).

A noção é, de fato, muito útil. Entendemos que tais conhecimentos incorporam aquilo a que podemos nos referir, com apoio em Pérez Barberá, como as “regularidades nômicas” mais elementares, com que contamos, mesmo que irrefletidamente, em nosso dia a dia.

⁴⁵³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 352-353. “Existe dolo quando, a partir do sentido social de um fato e das circunstâncias que o acompanham, pode-se afirmar de modo inequívoco que o sujeito haja levado a efeito um comportamento objetivamente típico atribuindo-lhe a concreta capacidade de realizar um tipo penal.” (Tradução nossa).

⁴⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 383.

Se os conhecimentos são mínimos (e os dados que formam esse grupo são poucos), toda pessoa imputável, por presunção, os tem. Não são mínimos, todavia, os conhecimentos, se pessoas reconhecidamente imputáveis não os possuem. Para esses conhecimentos que não são mínimos, são necessários outros critérios, que Ragués i Vallès exporá mais adiante. Ainda acerca dos conhecimentos mínimos, o penalista expõe que a “socialização exótica” produz uma mitigação do nível de exigência.

Resolvem-se, aqui, com relativa simplicidade, os inquietantes casos da “cegueira diante dos fatos” e da “confiança irracional”, que tanto incomodam os doutrinadores. A verdadeira cegueira diante dos fatos ou a legítima confiança irracional ocorre exatamente quando o agente alega não possuir conhecimentos que sejam classificados como mínimos, ou lhes nega todo peso em função de uma confiança supersticiosa, por exemplo. Assim, jamais escaparia de sua condenação o agente que houvesse detonado uma bomba que matou várias pessoas apenas por alegar desconhecimento quanto a seu poder lesivo ou por dizer que lhe foi garantido por uma feiticeira que ninguém morreria, a menos que seja inimputável ou seja pertencente a uma sociedade em que as palavras das feiticeiras sejam cridas incondicionalmente (socialização exótica), sem jamais haver mantido contato com a “cultura racionalista” da civilização ocidental.⁴⁵⁵

Se não se trata de conhecimentos que sejam mínimos, entram em cena outros critérios. Um deles é o da “transmissão prévia de conhecimentos”.⁴⁵⁶ Segundo o autor, quando se consegue demonstrar que o autor, antes de executar a ação, foi informado ou alertado por alguém sobre determinada circunstância, presume-se que tal dado tenha sido levado em consideração ao tempo da realização da conduta. Assim, se um médico lhe deu o diagnóstico da infecção pelo vírus HIV, se um mecânico lhe disse que os freios do automóvel estavam em péssimas condições, ou, de um modo geral, se alguém lhe informou que a arma estava carregada, que a substância era venenosa, que o sinal estava vermelho (fechado), que o local em que estava a bomba era habitado, que a vítima estava enferma, era muito jovem ou muito idosa, ou estava grávida, tais dados necessariamente têm que ter sido levados em conta pelo agente quando da execução. Ragués i Vallès não ignora a possibilidade de um esquecimento ao tempo da ação, mas, apesar disso, adverte que certos dados são simplesmente inolvidáveis (ninguém

⁴⁵⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 390 e seguintes.

⁴⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 407-409.

esqueceria sua diagnose referente ao HIV, por exemplo). Nesses casos, ainda é possível continuar lidando com um “sentido social inequívoco” para o comportamento. E também é importante considerar a distância temporal entre a transmissão do conhecimento e o fato em si. Quanto menor for o lapso temporal, menos crível será o alegado esquecimento.

Em seguida, Ragués i Vallès alude à “exteriorização do conhecimento” (simultânea ou posterior) pelo próprio agente, correspondente, em suma, à prova indiciária, isto é, à prova que se refere aos indicadores externos da presença do conhecimento na mente do agente.⁴⁵⁷ Valem, aqui, quase todas as regras sugeridas pelos normativistas em geral (e o caso-modelo é o do cinto de couro, em que os agentes manifestaram o conhecimento da potencial letalidade da asfixia ao confeccionar os sacos de areia).

Obviamente, não é possível reproduzir aqui cada um dos critérios pensados por Ragués i Vallès, por falta de espaço e pelo risco uma indevida simplificação. Faremos uma última menção, destarte, às “características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos”. Assim as sintetiza o próprio espanhol:

La circunstancia de que en un sujeto concurren determinadas **características personales** o de que éste ocupe determinadas **posiciones sociales** lleva a imputarle todos aquellos conocimientos cuya ausencia haría impensable, desde un punto de vista social.⁴⁵⁸

De um modo geral, é impensável – para usar as palavras do autor – que, de acordo com a posição social, a experiência de vida e a profissão do agente, por exemplo, não tenha ele contado com certos conhecimentos ao tempo da realização da conduta. O exterminador de insetos conhece as propriedades do veneno. O médico sabe os perigos da doença e os efeitos dos remédios que prescreve. Inacreditável, por essa lógica, que um auditor fiscal não saiba o que é sonegação, que um policial não conheça armas de fogo, que um pai não esteja ciente da menoridade de seu filho, que um bombeiro não conheça as propriedades inflamáveis da gasolina, por exemplo. Igualmente inaceitável a alegação do desconhecimento do perigo por quem já o vivenciou de perto, como no caso do condutor que sobreviveu a um desastre em

⁴⁵⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 411-423.

⁴⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 522. “características pessoais do sujeito como fonte de atribuição de conhecimentos”; “A circunstância de que em um sujeito concorram determinadas **características pessoais** ou de que este ocupe determinadas **posições sociais** leva-nos a imputar-lhe todos aqueles conhecimentos cuja ausência se faria impensável, desde um ponto de vista social.” (Tradução nossa. Grifo do autor).

que morreram os passageiros que trazia consigo, mas voltou a se envolver em colisão fatal por excesso de velocidade.

A teoria de Ramon Ragués i Vallès é inteligente e se ampara em critérios observacionais coerentes. Diríamos, inclusive, que para a imputação do conhecimento, é a melhor proposta até então já elaborada. Seria, assim, a melhor opção normativa **caso o dolo, de fato, fosse entendido como “conhecimento da possibilidade concreta de realização do tipo”**. Para usar outras palavras, se o dolo se limitasse ao elemento cognitivo, a teoria em questão talvez fosse a mais adequada para a sua determinação. Ocorre, todavia, que para nós essa possibilidade é plenamente afastada. Não se pode, por razões que passaremos a demonstrar nos próximos capítulos, desprezar o conteúdo da vontade para fins de responsabilização penal do agente. Essa é uma exigência do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado em nível constitucional pela grande maioria dos países que se proclamam democráticos ou que manifestam preocupação com a asseguuração de um espaço de existência e desenvolvimento individual respeitoso para com as características mais elementares dos seres humanos.

Como um balanço, o que vimos no presente capítulo é que muitos autores de renome vêm sugerindo o abandono de uma concepção psicológica sobre os elementos do dolo, basicamente, em razão da impossibilidade prática afeta à sua prova processual. Em seu dizer, em nome da segurança e da previsibilidade, devem ser criados parâmetros objetivos de imputação do dolo. Por meio de tais parâmetros, estabelecidos em consonância com sentidos e valores socialmente compartilhados, seria possível afirmar a presença do conhecimento (e da vontade, conforme o teórico) que justifica a imputação mais grave e a pena mais intensa que ela recebe.

Um traço comum a todas as propostas é o depósito de excessiva confiança no papel desempenhado pela **razão** na determinação comportamental do ser humano. O conhecimento é importante e justifica o tratamento mais severo porque significa controle racional. A vontade, se é que desempenha alguma função, não é considerada como uma faculdade mental típica do ser humano ou como um processo emocional ou psicológico, mas como o resultado de uma perscrutação do **sentido social** do comportamento sob análise. É, então, esse sentido social, enquanto fiel da balança, o segundo ponto em comum das teorias normativas. Não importa o que o agente efetivamente quis, ou qual era sua real intenção. Valem o significado que sua ação tem para a sociedade e seu nível de merecimento de pena, conforme os valores

sociais. O significado do signo (comportamento) para o próprio falante (sujeito ativo) carece inteiramente de relevo no processo de interpretação, sendo suficiente o exame das características externas de seu agir para a determinação de um sentido que, reconhecidamente, pode ser arbitrário por não coincidir em definitivo com a realidade empírica (estados e processos mentais do agente).

De fato, as teorias tradicionais sobre o dolo falham duplamente: primeiro, ainda no plano teórico, no projeto de criação de um conceito unitário que seja capaz de contemplar todas as suas espécies; depois, na prática, pela inverificabilidade dos estados e processos mentais considerados necessários para a configuração do instituto em um caso concreto. A constatação de tais falhas e o reconhecimento de sua irremediabilidade são as molas propulsoras do movimento de normatização do dolo, que, de um modo geral, se esteia em premissas coesas e convincentes, mas que conduz a soluções que reputamos inaceitáveis. Se não se pode criar um dolo unitário; se a tripartição do dolo é fonte de perenes instabilidades e inseguranças; se a demonstração processual dos elementos do dolo é impossível, a melhor saída não é normativizá-lo, tornando-o um construto absolutamente artificial e pernicioso, mas extingui-lo em definitivo.

6. FUNÇÃO E CONCEITO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO

Sumário: 6.1. Escorço histórico da afirmação dos direitos fundamentais: da conquista à hipertrofia. 6.2. A importância do aprimoramento conceitual e argumentativo da dignidade da pessoa humana para sua consolidação enquanto princípio constitucional. 6.3. A duplicidade de feições da dignidade da pessoa humana: o princípio e o valor. 6.4. A delimitação conceitual e os contornos do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana.

6.1. ESCORÇO HISTÓRICO DA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA CONQUISTA À HIPERTROFIA

O presente capítulo se faz guiar por três objetivos centrais: **conceituar** a dignidade da pessoa humana; **delinear** seu âmbito de proteção; e **explicitar** a relevância desse conceito na estruturação do ordenamento constitucional de um Estado Democrático de Direito.

Antes de dar-nos à perseguição de tais metas, para um resultado mais compreensivo, entendemos por bem abordar, sucintamente, alguns aspectos históricos da afirmação dos direitos fundamentais. Pela mesma razão, optamos por expor a situação crítica induzida pela abertura semântica, ou seja, pela vagueza, pela porosidade e pela ambiguidade que marcam a expressão em tela, problematizando as dificuldades e dilemas gerados pela grande insegurança conceitual.

A primeira providência que se deve adotar quando da exposição de qualquer apanhado histórico é a de esclarecer que tipo de perspectiva se lança sobre a própria História, para que o leitor adapte sua interpretação a partir da lente sugerida por quem escreve.

Nesse sentido, é oportuno afirmar que nossa visão sobre os eventos históricos definitivamente não é escatológica. A História não é linear, mas, sim, como o resultado de bilhões de eventos concomitantes e sucessivos, algo repleto de discontinuidades e saltos, como diz Anthony Giddens. Esse autor, aliás, já nos alertou no sentido de que a modernidade trouxe consigo a

consciência de que “A ‘história’ não está do nosso lado, não tem teleologia, e não nos proporciona garantias”.⁴⁵⁹

Feito o primeiro esclarecimento, cumpre-nos, agora – embora isso já pareça óbvio, pelo local em que se desenvolve o assunto e pelo título dado a este subitem – lembrar ao leitor que não constitui nosso objetivo expor as minúcias do longo e tortuoso caminho percorrido pelo homem até o ponto em que nos encontramos – o da positivação e da atribuição de força normativa aos direitos humanos por grande parte dos ordenamentos do mundo ocidental.

É certo que qualquer apanhado histórico que se realize sobre as origens e a aparente evolução dos direitos fundamentais terá que passar pelo exame dos processos de reconhecimento e afirmação da dignidade da pessoa humana. É que ela, como veremos adiante, constitui seu fundamento.⁴⁶⁰

Atualmente, qualquer sociedade que prestigie os postulados humanistas e tenha pretensões democráticas tenderá a fazer da dignidade da pessoa humana seu valor fundamental.⁴⁶¹ Mas os capítulos da História que marcam a trajetória do homem até este ponto foram escritos com sangue. E o livro de que fazem parte está longe de chegar ao fim.

Difícil descrever as agruras vivenciadas pelo homem até o momento em que ganhou efetivo prestígio a afirmação da dignidade como um atributo de todo e qualquer ser humano, e, a partir daí, da existência de direitos humanos irrecusáveis. Como mui argutamente registrou Fábio Konder Comparato⁴⁶², as conquistas são frutos, principalmente, “da dor física e do sofrimento moral”. “A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos”. E é a partir daí que se ocupam de criar regras que prestigiem a dignidade.

⁴⁵⁹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 14 e 154.

⁴⁶⁰ Assim enxergam, dentre outros, PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 70; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 546-547; SILVEIRA, Vladmir Oliveira; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104-105; 219-224.

⁴⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2.ed.ampl.rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 278.

⁴⁶² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

O horror dos castigos e a visão aterradora de um imperador com poderes ilimitados sobre a vida e a morte levaram Sêneca a uma apologia da clemência e a concitar Nero ao seu exercício como uma prática das mais virtuosas. O mesmo Sêneca que compara o imperador a um deus, dono do destino das nações, “árbitro da vida e da morte”, autor da fortuna de todos e de cada um, censura a sevícia e a crueldade, advertindo que “Farejando o rastro desse tipo de monstro” – o rei cruel -, “rastejam a aversão, o ódio, o veneno e o punhal”. Por suas ênfase e clareza, a exortação não pode deixar de ser transcrita:

Ó deuses! Que maldade é essa de matar, de ser cruel, de deleitar-se com o ranger das algemas, de decapitar cidadãos, de derramar sangue à beça, de aterrorizar e pôr o povo em fuga? Como tudo isso seria diferente se os leões e os ursos reinassem, se as serpentes ou qualquer outro animal nocivo exercessem poder sobre nós? Os animais, embora privados de razão, nós os condenamos pela ferocidade, no entanto eles se abstêm de causar dano a seus iguais e mesmo entre as feras a semelhança é garantia de proteção. Ao invés, o ódio dos tiranos não tem controle nem em relação aos parentes porquanto maltratam por igual a estranhos e a amigos, sendo que a incidência mesma no crime torna-os mais excitados.⁴⁶³

Apenas fazer menção ao longo período de terror a que se submeteu o homem em sua perigosa aventura nessa Terra, ou aludir genericamente a massacres, inquisições, ordálias, suplícios, e holocaustos, não são providências que deem conta da tarefa de ilustrar o percurso do homem, que, contrariando o mito, não parece haver escapado do requintado castigo infligido a Prometeu. Antes, tudo indica que bocados de seu fígado estejam sendo frequentemente arrancados por déspotas, tiranos e ditadores desde tempos imemoriais. Mais eficaz, para uma digna desincumbência dessa tarefa, é a reprodução de alguns relatos históricos. Assim procedemos em aberta imitação de Montesquieu, que a todo tempo fez alusão às práticas cruéis e a aos episódios de desmandos de que tomara conhecimento para caracterizar os governos despóticos. Neles “[...] o déspota não segue regra alguma, e seus caprichos destroem todos os demais. [...] Não se pode falar, sem tremer, desses governos monstruosos”⁴⁶⁴.

Nesse sentido, é oportuno recorrer ao esquatejamento por tração animal, a que faz referência Michel Foucault⁴⁶⁵ em seu “Vigiar e Punir”. Eis, sem a transcrição das partes mais sórdidas, o castigo do condenado Demiens:

⁴⁶³ SÊNECA. *De Clementia*. Livro I. Cap XXVI. Disponível em <http://www.filosofia.com.br/figuras/livros_inteiros/73.txt>. Acesso em 10 mar. 2014.

⁴⁶⁴ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 40-41.

⁴⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhe. 21.ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 9-10.

[...] será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

Os suplícios eram demonstrações de criatividade sanguinária. Alguns condenados podiam ser amarrados em sacos, juntamente com animais, geralmente, cobras e ratazanas; outros tinham que ingerir líquidos ferventes ou mesmo engolir pedaços de metal incandescente; às vezes, eram colocados em caixas que tinham o fundo composto por pontas de lança e cujo fechamento implicava perfurações. Cláudio Brandão⁴⁶⁶ nos conta sobre as penas infligidas a homossexuais e mulheres adúlteras ou licenciosas (“sepultamento com vida nos pântanos”); ou, ainda, ao profanador de templos, que sofria mutilações e castração. E muitos outros castigos da Roma antiga e do medievo se tornaram de conhecimento coloquial.

Infinitos exemplos podem ser trazidos à baila para que se construa uma visão panorâmica do grau de violência das intervenções operadas pelo “Poder” nas vidas dos indivíduos. Esse “Poder”, que nos primórdios foi exercido pelos líderes tribais e sacerdotes, passou muitos séculos nas mãos de monarcas, imperadores e clérigos, passando a ser conhecido, desde o declínio do feudalismo, pelo nome de “Estado”.

É muito comum que se atribua a autoria da maior parte das desgraças que se abateram sobre o homem ao Estado. Isso é compreensível, na medida em que o Estado se agigantou e concentrou poderes capazes de esmagar o indivíduo como a um inseto. Isso deu margem à criação de dois polos (em nossa visão, ao longo da maior parte da história). De um lado se reúnem todas as pessoas que são ou podem vir a ser objeto da ação estatal, e, no outro, está o Estado, que de tempos em tempos, tal qual um monstro, deixa sua ilha, atravessa as águas que separam essas duas porções de terra e captura alguns dos habitantes do continente. É preciso lembrar, no entanto, que o Estado é uma ficção, um ente incorpóreo, que nunca poderá existir ou atuar senão pelas mãos dos homens. Não é a máquina, então, a responsável pelas dores que ela causa, mas, sim, seus criadores e operadores.

O ser humano certamente sofreu com a fúria da natureza e com as doenças. Mas não se trata de algo comparável à dor infligida pelo homem ao homem. Não cuidamos, aqui, apenas das

⁴⁶⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 26.

violências praticadas entre os indivíduos, isto é, dos crimes e das guerras. Havemos de considerar as violências das penas, que não são mais do que a sujeição do homem, pelo próprio homem, enquanto controlador do Estado, a castigos e aflições por ele mesmo pensados e instituídos. A intervenção Estatal é, destarte, a intervenção do homem na vida do homem; de um homem em condição privilegiada, ou de um grupo de homens detentores do poder, nas vidas de homens desfavorecidos circunstancialmente. No fim, “[...] o homem é uma criatura que obedece a outra criatura que manda”.⁴⁶⁷

É mais cômodo, porém, continuar a atribuir ao Estado (ou, antes dele, ao “Poder”) o peso das barbáries e injustiças que se estendem ao longo da História. É, de fato, difícil reconhecer que por trás cada uma delas não se encontra o Estado, aquele inimigo tido em comum por todos os indivíduos, mas pessoas, de carne e osso, que, aparentemente, em nada diferem daquelas que são atingidas. Em última análise, todas as perseguições, massacres e crueldades são obras conscientes decorrentes de atos de vontade de um ou de vários indivíduos investidos no poder.

É claro que a prática das barbáries pelo Estado ganha contornos de maior gravidade, porque sua existência pressupõe engenho, aparelho, isto é, cuida-se de uma instituição elaborada pensada, e dotada de uma força irresistível capaz de subjugar qualquer pessoa.⁴⁶⁸ Friamente analisando, contudo, o que há é um conflito de interesses entre homens estruturalmente idênticos, situados em posições diversas (governantes e governados; detentores e destinatários do poder). Isso será relevante, um pouco mais adiante, para a compreensão da empreitada iluminista no sentido da instituição do primado da igualdade.

Como já pudemos salientar, não figura entre nossas pretensões um exame aprofundado do percurso histórico da afirmação dos direitos fundamentais. Devemos aqui nos valer dos conselhos de Canotilho⁴⁶⁹, que recomenda que ninguém se improvise historiador sob uma equivocada impressão de simplicidade da história.

Côncios da arbitrariedade, faremos um corte para a breve análise da evolução dos direitos humanos tomando como referência dois grandes eventos: o Iluminismo e a Segunda Guerra

⁴⁶⁷ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 42.

⁴⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 4.ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000, p. 385-386.

⁴⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008, p. 7.

Mundial. É evidente que uma análise histórica que se comprometa com a profundidade deve não apenas partir de épocas bem mais remotas, como permitir-se uma estratificação muito maior. Fábio Konder Comparato⁴⁷⁰, embora teça relevantes considerações sobre períodos anteriores, enfatiza uma evolução histórica a partir do período “axial” (por volta do século VII a.C.), caracterizado por mudanças em quase todas as concepções religiosas, pelo aparecimento concomitante de vários pensadores da Antiguidade e pela substituição do saber mitológico pelo filosófico.

Em suma, é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão [...] Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.

É como dissemos: dali em diante, muitos eventos e movimentos adicionaram elementos favoráveis ao desenvolvimento da ideia de valor da pessoa humana, com destaque para a evolução do pensamento filosófico reflexivo e o surgimento do cristianismo. Mas, uma vez que não há espaço para o devido desenvolvimento desse longo percurso, fatalmente teremos que realizar cortes. E optamos por fazer a primeira incisão no período do Iluminismo.

O Iluminismo, tal como o concebemos – um período de florescimento de ideias, de conscientização do papel do homem no mundo e de valorização das faculdades humanas –, traduz um grito no escuro. Um coro das muitas vozes que se ergueram contra as forças asfixiantes da Igreja e dos déspotas.

O homem⁴⁷¹, embora cada vez mais consciente de seu valor individual, continuava a ser oprimido, intelectual e fisicamente, pelo controle total mantido sobre sua vida e sua propriedade. Tradições, dogmas e desmandos constringiam sua liberdade, afrontavam sua inteligência e o transformavam em objeto posto à mercê das vontades e caprichos dos poderosos.

Tenha ou não se inteirado de seu valor a partir do discurso dos filósofos ou intelectuais da época, o fato é que o homem parece haver acumulado indignação em proporções suficientes

⁴⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

⁴⁷¹ À alusão ao homem, aqui, se deve fazer acompanhar uma ressalva. Trata-se do homem europeu, submetido à cultura continental e às específicas tradições greco-romana e judaico-cristã.

para deflagrar Revoluções e para bater-se com o Poder instituído. A dificuldade e o grau de sofrimento envolvidos no processo de superação não apenas recomendavam, mas exigiam, providências capazes de evitar retrocessos, recaídas ou retomadas do poder. Era preciso assegurar aquilo que, a tão duras penas, havia sido conquistado.

Nessa altura da história, à custa de suor e sangue, surgiram documentos que expressavam os sentimentos que efervesciam nos corações e nas mentes dos que viveram em tais tempos. Foram ali positivados, com o intuito de sacralização, direitos considerados indispensáveis àquilo que, hodiernamente, podemos denominar **uma existência digna**.

Mesmo a escrituração de tais direitos, em si, parece ser um resultado demasiadamente tímido para todos os esforços empreendidos pelos filósofos, pensadores e cientistas, e também pelos que se deram a enfrentamento físico nesse processo revolucionário. Futuros governantes poderiam revogar ou modificar os documentos. Criar condições ou estabelecer obstáculos para o reconhecimento e a concretização de tais direitos. A verdade é que os direitos em questão deveriam ser postos **a salvo de quem quer que seja**, e deveriam valer independentemente de qualquer reconhecimento alheio. O homem estava traumatizado o bastante para não depositar em governantes, tendentes à corrupção e ao abuso, a expectativa de reafirmação e proteção de algo tão precioso.

A única forma de blindar quanto a futuras interferências determinados direitos que se entendiam irrecusáveis e invioláveis era a de afirmá-los como ínsitos à natureza humana. Seriam direitos da pessoa como pessoa, existentes a despeito de reconhecimento alheio, independentemente de suas posses, de seus títulos, de eventual ocupação de cargos de autoridade etc. Dados perenes, imutáveis, pertencentes à essência do ser, imunes à ação do tempo e da cultura, e válidos em qualquer parte do planeta.

A identificação de quais são esses direitos é algo que podemos fazer a partir da leitura das Declarações do “Bom Povo da Virgínia” (1776) e da Independência dos Estados Unidos (1776), bem como daquela referente aos Direitos do Homem e do Cidadão, na França (1789). Mas a *fundamentação* desses direitos, ou seja, os fundamentos filosóficos que levaram os pensadores a afirmar a existência de direitos inatos, invioláveis, de titularidade de todo e qualquer ser humano, independentemente de quaisquer condições, não é tão simples. Temos aqui uma empresa que requer dos artífices da razão o maior dos desvelos.

A análise dos registros históricos referentes a períodos pré-iluministas pode nos suscitar a impressão de que havia um consenso, à época, acerca da descartabilidade do ser humano, da sua pequenez individual ou, pelo menos, da hiperacessoriedade do indivíduo em relação ao mundo. Não se pode duvidar que muito mudou com o giro antropocêntrico ocorrido (predominantemente) no período da Ilustração. Mas não cremos que essa noção de falta de valor, ou mesmo de desvalor, seja expressão geral de uma mentalidade “vigente à época”.

Não é possível apontar com exatidão o momento histórico em que o primeiro homem tomou consciência de seu valor como indivíduo. Tampouco é possível identificar quando se deu, pela primeira vez, o reconhecimento do valor **do outro**. Talvez a psicanálise possa, em termos de existência individual, estimar a fase da vida em que tais eventos se processam. Que o Iluminismo (com as respectivas revoluções e declarações que ele estimulou) constitui um salto para a consolidação e a proclamação da ideia de um valor intrínseco de cada homem, porém, parece ser algo indene de dúvidas. Mas ocorre que, na verdade, o grande esforço dos pensadores iluministas foi empregado mais para estender a todos e a cada um dos homens o reconhecimento do valor individual do que para afirmar sua existência, que reputamos, mesmo naquela época, ser bastante óbvia. À exceção da entrega à religiosidade, que tende a impelir o homem a apequenar-se e a colocar-se à inteira disposição da divindade, dando à sua existência um sentido de servidão constante para o alcance de fins incompreensíveis (e esta é uma realidade inteiramente atual para muitos fiéis), não temos motivos para supor que o indivíduo de mil ou dois mil anos atrás não reconhecesse, em sua existência individual, um valor próprio.

Aliás, o reconhecimento de um valor da existência individual é muito mais facilmente demonstrável se considerarmos que os processos de sujeição do homem pela Igreja e pelo suserano possuem, naturalmente, duas extremidades. Em uma das pontas temos o homem comum, ordinário, cujo valor, pelo menos para as instituições, somente poderia ser medido a partir da sua utilidade. Uma utilidade que, em um primeiro momento, estava restrita aos interesses específicos da própria Igreja ou do suserano. Trata-se de uma utilidade que não pode ser considerada propriamente pública, na medida em que não necessariamente aproveitava ao público, mas, sim, privada, eis que referente aos interesses particulares de determinadas pessoas – exatamente as que corporificavam o “Poder”. Do mesmo modo que esse “Poder” (na maioria dos povos ocidentais) se transformou em Estado, a noção de utilidade do indivíduo migrou da esfera particular para a pública. O homem, de **coisa** posta à

disposição dos interesses da Igreja ou do monarca ou imperador, passa a objeto manuseável conforme o “interesse público” (expressão que representa fonte de inesgotáveis preocupações até a presente data). Tanto lá, quanto aqui, não se reconhece ao homem a identidade e não se lhe respeita a individualidade. Na medida em que o que importa é a vontade do suserano, em primeiro momento, e o “bem comum” ou os “interesses coletivos”, em segundo instante, o valor do homem, enquanto pessoa, é alvo de grande depreciação.

Na outra extremidade, porém, uma vez que Estado, Império e Igreja não existem como entes autônomos, se situam, como visto, **pessoas**. Pessoas que dão corpo ao “Poder”. Que possivelmente nunca duvidaram de seu próprio valor enquanto indivíduos. Que reconhecem o peso e a relevância da **vontade individual** – pelo menos, **da sua vontade**, cuja satisfação se deveria alcançar a qualquer custo. Talvez aquele que detém o poder não enxergue o valor do indivíduo que vê defronte de si, mas, com certeza, enxerga **seu próprio valor individual**. Disso fazem prova – lastimavelmente – as arrogâncias e megalomanias dos poderosos. Na expressão de Montesquieu⁴⁷², “[...] no governo despótico, um só indivíduo, sem obedecer a leis e regras, submete tudo à sua vontade e caprichos.” Trata-se, em seu dizer, de “Um homem a quem os seus cinco sentidos dizem incessantemente que ele é tudo, e que os outros nada são [...]”.

Não se afigura correto supor, destarte, que o valor do indivíduo tenha sido “descoberto” a partir do pensamento iluminista.⁴⁷³ Essa é uma noção muito antiga, que, na verdade, supomos, a despeito da sua negativa pelas conjecturas externas, sempre haver encontrado morada no coração do homem. Tão somente a existência dos papas, monarcas e nobres e de suas regalias põe acima de dúvidas a ideia de um valor individual. O que ocorre é que esse valor andou sempre atrelado a critérios obscuros como os da hereditariedade, da vocação, da escolha divina ou da benevolência das autoridades. É no sentido da ruptura com esses critérios que se erigiram as vozes dos pensadores iluministas.

Uma das mais relevantes contribuições do Iluminismo à sedimentação da noção de valor individual veio da afirmação da **igualdade**. Embora a tenhamos como algo óbvio, trata-se, na

⁴⁷² MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 23; 32.

⁴⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

percepção de Eduardo Rabenhorst⁴⁷⁴ de uma “conquista tardia do mundo ocidental”. Esse autor traz ponderações no sentido de demonstrar que, ao longo da história, a tal igualdade não era um sentimento natural. Pelo contrário: sempre existiram pessoas que, por suas características e condições, precisavam empreender grande esforço para provar sua pertinência à espécie humana. Ou, nas palavras de Alain Frankiekraut, por ele citadas, um homem “[...] deveria preencher determinadas condições draconianas para não ser excluído, inapelavelmente, do mundo humano”. Voltaire, um dos mais célebres “hóspedes” da Bastilha, nunca se mostrou muito esperançoso quanto à sedimentação da igualdade. “Impossível, neste mundo miserável, que a sociedade humana não seja dividida em duas classes, uma de opressores, outra de oprimidos”. É exatamente essa sua visão que o levou a afirmar, em outra ocasião: “Temo que neste mundo estejamos reduzidos a um triste dilema: ser bigorna ou martelo”.⁴⁷⁵

É bem certo que hoje, um dos mais prestigiados fundamentos da dignidade da pessoa humana repousa no que já se chamou de “igualdade radical entre os seres humanos”.⁴⁷⁶ Se os homens são essencialmente iguais, seu valor necessariamente não pode provir de cargos, títulos ou feitos quaisquer. Mas de onde proviria ele, então? Que elemento possuem todos os homens, em comum e em igual proporção, que justifique o reconhecimento desse valor irrecusável? Esse é um assunto para daqui a pouco.

Depois de uma era de submissão à força compressora da Igreja e às veleidades atroztes de déspotas, o homem **iluminado** decidiu depor a onipotência dos governantes em favor da *lei*.⁴⁷⁷

Ansiando por níveis de segurança que superassem o humor do governante e o livrasse da crueldade ou da aleatoriedade da vontade injustificada do tirano, nada lhe seria tão útil quanto uma lei **inquestionável**. Embora não se concebesse a oportunidade de discutir sua justiça ou

⁴⁷⁴ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 13.

⁴⁷⁵ VOLTAIRE. **Dicionário Filosófico**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 296 e 474, respectivamente.

⁴⁷⁶ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

⁴⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.

proporcionalidade⁴⁷⁸, submetendo fatal e automaticamente às suas cominações todos os transgressores, as leis trariam a vantagem de clarificar e estabilizar as regras do jogo. Se limitavam a liberdade dos seus destinatários, de um lado, é certo que limitavam o poder do Estado, de outro.

Confiante na segurança que o “império das leis” lhe propiciaria, o homem participou da construção daquele que seria o Estado de Direito. É claro que, em sua versão mais rudimentar, o princípio da legalidade, alma do Estado de Direito, não possuía o condão de efetivamente blindar o indivíduo contra as extravagâncias dos detentores do poder. Basicamente, das cinco vertentes essenciais que compõem o princípio em seu estágio atual de evolução, podia valer-se o indivíduo da primeira e mais simples delas: a anterioridade (ou irretroatividade das leis penais). Não se discute o avanço, mas a crescente complexidade em que mergulham as sociedades logo revelou profundas deficiências. As vertentes a que aludimos são: *nullum crimen, nulla poena sine lege: a) praevia; b) scripta; c) stricta; d) certa; e) necessariae*. Respectivamente, se prestam a garantir a exigência da anterioridade da lei; a vedação da analogia; a formalidade do processo legislativo; a exigência da máxima clareza possível e da precisão do texto legal; a exigência da necessidade da lei para a proteção de um bem jurídico essencial.

Em sua concepção ideal, o Estado de Direito tomaria por princípio básico “a inalienabilidade dos direitos fundamentais reconhecidos ao homem”; promoveria a “conciliação do direito com os direitos”; e traduziria a máxima iluminista de que “é preciso **proteger as liberdades individuais contra qualquer forma de arbitrariedade estatal e represar todo apelo à ‘razão de Estado’**”⁴⁷⁹.

Passados alguns séculos, todavia, o império das leis parece – como qualquer outro império “absoluto” – ter entrado em franco declínio. Os homens passaram a temer que as leis injustas acabassem por substituir, com o mesmo potencial de arbitrariedade descomedida, os déspotas

⁴⁷⁸ Embora essa seja uma preocupação corriqueira nos dias em que vivemos, à época da “fundação” do Estado de Direito sequer se concebia a ideia de uma “lei injusta”. A expectativa depositada na lei enquanto *tábua de salvação* era tamanha que “[...] não se admitia houvesse lei – digna desse nome – que não fosse expressão da justiça, do Direito”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 107.

⁴⁷⁹ GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direto Político Moderno**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 319; 321-322. Grifo da autora.

de outras épocas opressoras. Leis continuariam a ser imprescindíveis. Só não seriam mais **suficientes**.

O homem testemunhou, com desgosto, o uso de sua criação contra si próprio. Governantes mal intencionados se valeram, exatamente, das leis para exercer todo tipo de dominação e empreender as mais implacáveis perseguições dentro do Estado de Direito. Escudados sob um manto de **legalidade formal**, ditadores instauraram épocas de terror e intervenção lancinantes. É nesse sentido que Fábio Konder Comparato⁴⁸⁰ afirmou que a Segunda Guerra, que coincidiu com o auge do totalitarismo iniciado nos anos 30, fez a humanidade enxergar, da forma mais clara possível, a necessária supremacia do valor da dignidade humana. Em sua opinião, o sofrimento é uma das principais matrizes de compreensão do mundo e da história; como sugere a sabedoria grega, é diante dele que os homens evoluem e a partir daí se consolida a afirmação dos direitos fundamentais.

Especialmente após a experiência do nazismo, levada a efeito com amparo legal, cresceu a desconfiança em relação à lei enquanto veículo de consagração da vontade popular e instrumento de promoção da liberdade, da igualdade e da justiça. Hitler ascendeu ao poder legalmente, institucionalizou, também com amparo legal, a crueldade, e governou impulsionado por grande apoio político e popular. A constatação dos horrores da Segunda Guerra e da legitimação que lhes era conferida pelas instituições jurídicas fez ruir uma série de convicções que até então se tinham por pacíficas ou mesmo “universais”. É como entende Ana Paula de Barcellos⁴⁸¹, que considera chocante “A terrível facilidade com que milhares de pessoas – não apenas alemãs, mas de diversas nacionalidades européias – abraçaram a idéia de que o extermínio puro e simples de seres humanos podia consistir em uma política de governo válida”.

Como veremos mais adiante, não parece certo – embora seja esse o discurso que prevalece na esfera do Direito – afirmar que a dignidade da pessoa humana seja um valor propriamente **universal**. E mais: ainda que a existência do valor, em si, fosse unanimemente reconhecida, seu conteúdo muito dificilmente seria capaz de suscitar consensos tão abrangentes. Mais correto é afirmar nossa própria **pretensão de universalização**. Uma pretensão que se move sobre a tênue linha divisória entre a arrogância e o otimismo das sociedades ocidentais,

⁴⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68-69.

⁴⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2.ed.ampl.rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 125.

crentes na magnificência de suas concepções e em seus poderes terapêuticos para os conflitos que eclodem ao redor do globo. Apesar dessa necessária ressalva, porém, é difícil negar que o sabor amargo dos primeiros cinquenta anos do século XX se tenha feito sentir por grande parte dos povos, e que os desgostos da época tenham proporcionado uma maior afinidade entre os discursos. É somente isso o que tornou possível a mais abrangente declaração de direitos da história. A versão final da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada em 10 de Dezembro de 1948. Sua universalidade já é desmentida pelo fato de que havia, à época, em torno de cinquenta países membros, e, embora nenhum de seus representantes tenha votado contra, oito deles se abstiveram de se pronunciar. Apesar disso, havemos de reconhecer o prestígio da declaração e a tendência de valorização dos direitos humanos pelo comportamento posteriormente observado: atualmente, cada um dos quase duzentos países membros da Organização das Nações Unidas assinou pelo menos um dos nove tratados nucleares sobre direitos humanos (geralmente, ratificadores dos direitos trazidos pela Declaração de 1948), e oitenta por cento assinaram quatro ou mais pactos internacionais dessa natureza.⁴⁸²

Em seus respectivos âmbitos internos, as sociedades europeias passaram, após 1945, a buscar novas ferramentas de asseguarção dos direitos fundamentais. E isso culminou com algumas relevantes alterações paradigmáticas. Concluiu-se que algumas conquistas emancipatórias deveriam ser salvaguardadas de todos os governantes, e até mesmo da própria lei.⁴⁸³ Fortificou-se, também, a ideia de que a participação efetiva no governo é importante para o reconhecimento e a promoção dos direitos fundamentais⁴⁸⁴, razão pela qual se adotou, como novo projeto, o Estado Democrático de Direito⁴⁸⁵. Nele, a Constituição ocupa o mais alto posto, e possui disposições insuprimíveis destinadas a perpetuar os valores humanitários e as conquistas emancipatórias. Delineia-se um movimento ou tendência que se pode denominar **constitucionalismo**.

⁴⁸² Segundo informação fornecida pela Organização das Nações Unidas. ONU. **The Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em 10 mar. 2014.

⁴⁸³ Afinal, se “[...] ‘nenhuma autoridade sobre a terra é ilimitada’: nem a dos reis, nem a do povo, nem a dos seus representantes; a própria autoridade da lei necessita ser limitada”, não há matéria que careça de maior proteção do que a que se refira aos direitos ínsitos ao homem. GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direto Político Moderno**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 325.

⁴⁸⁴ “Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação – ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha.” DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 73-74.

⁴⁸⁵ “[...] quando os cidadãos veem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica.” CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes. IN: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 39.

A partir daqui, o valor e o papel atribuídos à Constituição se alteram de modo profundo.⁴⁸⁶ Não se trata mais, apenas, da principal referência legislativa de um ordenamento, ou do fundamento de validade de outras normas. Especialmente por seu conteúdo (seja por sintetizar e proclamar os valores predominantemente compartilhados por um povo em dado momento histórico⁴⁸⁷, seja por traduzir-se em carta de garantias intransponíveis⁴⁸⁸) a Constituição é posta em um pedestal, subtraída do alcance não somente dos representantes políticos mal intencionados, mas das oscilações de vontade do próprio povo⁴⁸⁹⁻⁴⁹⁰⁻⁴⁹¹.

Na maioria dos ordenamentos, a Constituição é o documento responsável pela consagração da maior parte dos direitos fundamentais, razão pela qual se torna a fonte de todas as esperanças e expectativas de um povo apegado às promessas de liberdade, igualdade e justiça que se renovam a cada revolução ou reforma política. Passa a ser vista como um “divisor de águas”: os contextos **pré** e **pós-constitucionais** seriam completamente distintos, como se a promulgação, por si, tivesse os poderes necessários para alterar a realidade de imediato.

A satisfação de ver proclamados os direitos fundamentais se confunde com a fé de que venham a ser efetivamente respeitados e promovidos. Cultiva-se a crença na **normatividade autônoma da Constituição**⁴⁹², isto é, nos seus poderes quase mágicos de alterar a realidade

⁴⁸⁶ Como diz Peter Häberle (*apud* CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. **Teoria Constitucional e Exceção Permanente**: uma categoria para a Teoria Constitucional no Século XXI. Curitiba: Juruá, 2009, p. 42), ela “[...] no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural e fundamento de esperanzas y deseos”. (“[...] não se limita a ser um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, senão a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de autorrepresentação próprio de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de esperanças e desejos”. Tradução nossa).

⁴⁸⁷ Posição de Konrad Hesse, bem sintetizada por Paulo Roberto dos Santos Corval: “A *Constituição*, nessa linha de entendimento, condensa e conecta os valores compartilhados em uma determinada comunidade.” CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. **Teoria Constitucional e Exceção Permanente**: uma categoria para a Teoria Constitucional no Século XXI. Curitiba: Juruá, 2009, p. 25.

⁴⁸⁸ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2.ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 282 e seguintes.

⁴⁸⁹ Pois “[...] para que un sistema sea democrático se requiere al menos que a la mayoría le sea sustraído el poder de suprimir las minorías”. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 4.ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000, p. 36. (“[...] para que um sistema seja democrático se requer pelo menos que da maioria seja subtraído o poder se suprimir as minorias”. Tradução nossa.).

⁴⁹⁰ “A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca”. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 38.

⁴⁹¹ “Para que uma norma (ou um projeto) seja admitida como pertencente à estrutura jurídica, necessária se faz a prova de compatibilidade entre aquilo que emana da soberania popular e o seu produto, a Constituição”. MOREIRA, Luiz. **A Constituição como Simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 90-91.

⁴⁹² Segundo Corval, a **normatividade autônoma** da Constituição corresponderia à sua “‘espetacular’ capacidade de regulação das vicissitudes do mundo”. E vale menção a sua visão crítica: “Tudo aponta, então, no sentido da insuficiência da teoria pós-1945 que, atada à normatividade autônoma da Constituição, mantém uma indesejável

tão-somente por meio de suas enunciações, como se fossem desnecessárias atitudes políticas que as efetivassem no plano da realidade.

O fato é que, muito a contragosto, constatamos, diariamente, que entre prever e concretizar os direitos fundamentais há indesejáveis hiatos. É claro que é importante afirmar a normatividade das disposições constitucionais, sob pena de as transformarmos em engodo ou palavras ao vento. É, aliás, um imperativo compromisso teórico fazê-lo.

Ingo Sarlet⁴⁹³ defende a aplicabilidade imediata e a plena eficácia das normas que definem direitos fundamentais (e não somente aqueles insculpidos no art. 5º de nossa Constituição). Partindo do pressuposto de que todas as normas constitucionais possuem algum grau de eficácia, sustenta que não há como levar a sério os direitos fundamentais se se subestimar sua aplicabilidade direta. Aliás, pensar diferentemente equipararia as normas relativas a direitos fundamentais a outras quaisquer. Na pior das hipóteses, caberia ao Poder Judiciário, em cada caso concreto, um poder-dever de aplicar de imediato as normas definidoras de direito fundamentais, removendo obstáculos e preenchendo lacunas no sentido de assegurar-lhes plena eficácia. O autor alerta, porém, que não se deve pensar em uma aplicação irrestrita e sem limites pelo Judiciário, especialmente quando se tratar de garantias positivas (prestações), sob pena de se criar um direito absoluto ou a qualquer coisa. Significa dizer, nesse sentido, que “a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto”. O autor, com razão, diferencia as obrigações de concreção das garantias negativas das positivas, atribuindo uma carga de exigibilidade muito maior ao primeiro grupo de direitos fundamentais, e criando para o Estado um **ônus argumentativo** muito mais pesado em caso de descumprimento.⁴⁹⁴

Mas o fato é que nenhum emaranhado teórico exclui o choque de realidade que se sucede quando verificamos que, na prática, determinado direito fundamental está assegurado e, seja por “a” ou por “b”, não se concretiza. E – permitindo-nos um tom coloquial mais ilustrativo –

ficção que dificulta a abertura do pensamento constitucional às influências do poder, à complexidade das relações humanas e à incorporação do processo histórico e da política [...]”. CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. **Teoria Constitucional e Exceção Permanente**: uma categoria para a Teoria Constitucional no Século XXI. Curitiba: Juruá, 2009, p. 36 e 55.

⁴⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais a perspectiva constitucional. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 p. 267-272.

⁴⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 274 e seguintes.

“fica por isso”. Tome-se, aqui, brevemente, o exemplo do gritante caos do sistema prisional, que será adiante retomado em maiores minúcias.

Tem razão Ana Paula de Barcellos⁴⁹⁵, quando diz que a sociedade contemporânea, principalmente nos países menos desenvolvidos, não escapa a um paradoxo: há um verdadeiro arsenal de direitos e garantias fundamentais, mas um enorme contingente de pessoas que não podem colher esses “frutos da civilização”.

De outro lado, se a elevação do prestígio da Constituição é algo que temos como produtivo e verdadeiramente necessário, devemos tomar cuidado para que não se opere uma **sacralização**⁴⁹⁶, o que, por si só, seria motivo para que se deflagassem muitas crises.⁴⁹⁷

A fé que se costuma depositar na Constituição parece haver elevado o constitucionalismo a outro nível. Pode-se nomear o atual movimento ou tendência **pós-positivismo** ou **neoconstitucionalismo**⁴⁹⁸ (não faltando, inclusive, quem entenda que os trabalhos de alguns de seus principais ícones não passam de uma versão mais sofisticada do positivismo⁴⁹⁹). Mas

⁴⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2.ed.ampl.rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 133.

⁴⁹⁶ Sacralizar ou mistificar a Constituição tem uma série de vantagens. Mark Tushnet nos lembra que “Thomas Jefferson cautioned against “look[ing] at constitutions with sanctimonious reverence”. TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 177. (“Thomas Jefferson advertiu contra ‘olhar para as constituições com reverência santimonial’”. Tradução nossa.)

⁴⁹⁷ Aquilo que é sagrado não é racionalmente internalizado, mas dogmaticamente imposto e acriticamente incorporado. O sagrado não é passível de críticas, e a dormência da crítica é um largo passo em direção à estagnação.

⁴⁹⁸ Prieto Sanchís faz acurada leitura das nuances do movimento: “[...] mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços extensos em favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e por último coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditória, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas.” SANCHÍS, Prieto *apud* MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina *et al* (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 11. Embora o próprio autor não se auto-intitule neoconstitucionalista, há quem assim o considere. *Vide* STRECK STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 380-381.

⁴⁹⁹ Na visão de Streck, da qual discordamos, os trabalhos de Alexy não são propriamente “pós-positivistas”. Seriam uma sofisticação do positivismo, mas com os mesmos defeitos de contaminação solipsista, aposta na razão teórica e abertura a decisionismos. *Idem, ibidem*, p. 380-386. Em outra obra, esse autor chegou a afirmar que “a ponderação repristina a velha discricionariedade positivista”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 86.

o certo é que, no âmbito jurídico, passamos por uma fase da “constitucionalização de tudo”⁵⁰⁰ ou da transformação da Constituição em “metonímia do Direito”.⁵⁰¹

Fala-se, hoje, em uma crise de inflação dos direitos fundamentais. A abertura textual e o inerente grau de indeterminação da maioria dos dispositivos referentes aos direitos fundamentais suscitam frequentes dúvidas sobre suas áreas de incidência, seus limites e seus alcances. Não é à toa que encontramos páginas e páginas de elaboradas construções teóricas sobre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, e acaloradas discussões acerca de um eventual “núcleo essencial” ou “mínimo existencial”. Não há espaço aqui, para que exploremos essas divergências e exponhamos nosso ponto de vista. Mas a lembrança é válida para ilustrar que *entre os juristas* não há nada próximo de um consenso sobre a abrangência e o alcance dos direitos fundamentais, o que nos permite supor um grau ainda maior de indecisão entre os destinatários leigos. Além disso, a afirmação desenfreada de direitos fundamentais faz-nos questionar a própria fundamentalidade de muitos deles. “Direitos fundamentais **a tudo**” parece ser uma contradição em termos. Já se disse que

Os direitos fundamentais do homem não podem se multiplicar indefinidamente, nem que fosse pelo fato de que a coexistência impõe a compatibilidade das liberdades de ação e a reciprocidade no exercício e no uso dos direitos. Mesmo num Estado de direito a organização dos direitos é, por natureza, restritiva de direitos.⁵⁰²

Em conclusão, “a proliferação dos ‘direitos’ provoca sua desvalorização, de sorte que, se tudo é direito, nada mais é direito”.⁵⁰³

Vemos que, por mais que sejam indispensáveis à estruturação do ordenamento constitucional, os direitos fundamentais, bem como os princípios que os consagram, demandam estudos aprofundados para o estabelecimento de um acordo semântico mínimo, pelo menos, quanto a

⁵⁰⁰ Na expressão de Paolo Comanducci, um direito constitucionalizado “[...] se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos”. COMANDUCCI, Paolo *apud* CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. **Teoria Constitucional e Exceção Permanente**: uma categoria para a Teoria Constitucional no Século XXI. Curitiba: Juruá, 2009, p. 23. (“[...] se caracteriza por uma Constituição invasiva, que condiciona a legislação, a jurisprudência, a doutrina e os comportamentos dos atores políticos”. Tradução nossa.)

⁵⁰¹ CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. **Teoria Constitucional e Exceção Permanente**: uma categoria para a Teoria Constitucional no Século XXI. Curitiba: Juruá, 2009, p. 50-55.

⁵⁰² MOURGEON *apud* GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direto Político Moderno**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 337.

⁵⁰³ GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direto Político Moderno**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 337.

seu conceito e seu âmbito de proteção. Exigência da expectativa de segurança jurídica, caríssima ao Estado de Direito (a despeito de ser, mas especialmente se for, **democrático**).

6.2. A IMPORTÂNCIA DO APRIMORAMENTO CONCEITUAL E ARGUMENTATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PARA SUA CONSOLIDAÇÃO ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

É difícil identificar, no repertório que compõe o discurso jurídico atual, uma expressão mais porosa, vaga e ambígua do que “dignidade humana”.⁵⁰⁴ Não é à toa que já se observou que “Se não há consenso a respeito da definição de **dignidade da pessoa humana**, pode-se afirmar que há consenso acerca da dificuldade em defini-la”.⁵⁰⁵

A especial volubilidade da expressão e a dificuldade de manuseá-la deveriam conduzir o utente ao máximo de cuidado possível. Mas não é o que se pode constatar pela observação da práxis forense.

Apesar de ser tão prestigiada no discurso jurídico, a dignidade humana parece ainda não haver sido consolidada como princípio constitucional. Talvez tal se dê por carências que se situam nos planos semântico e pragmático da linguagem jurídica.

Primeiramente, “[...] a prática judiciária brasileira recepcionou apenas parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-positivista, e, aqui, a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões”. É o que constatou Daniel Sarmento, que registra preocupação com a transformação do recurso à principiologia em verdadeiro “oba-oba”: menções genéricas a princípios vagos e até mesmo desnecessários, não raramente invocados mesmo diante de casos em que existam regras claras a cuidar da hipótese. Uma **superficialização** geral da fundamentação tem ocorrido nas decisões que se esteiam em princípios. Mas o autor lembra que um dos grandes campeões em menções tem sido, exatamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, “empregado para

⁵⁰⁴ Como diz Ingo Sarlet, “[...] se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ‘ambiguidade e porosidade’, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 50.

⁵⁰⁵ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 98.

dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta”.

João Cláudio Carneiro Carvalho, em sua tese doutoral, constatou que a expressão “dignidade da pessoa humana” é empregada não apenas em sentidos diferentes pelos tribunais, mas que, em um mesmo tribunal, a são-lhe dadas significações absolutamente contraditórias, quando não meramente figurativas e vazias de conteúdo. O pesquisador observou que, nos casos em que se faz menção à dignidade, ela aparece como a “cereja do bolo”: depois de pronta a argumentação, e de referidas as fontes do Direito, cita-se a dignidade da pessoa humana para legitimar a decisão.⁵⁰⁶

É evidente que a mera repetição da dignidade humana, como um mantra ou um jargão, é nociva. Trata-se de um primeiro passo rumo à sua banalização e, com, isso, ao esvaziamento de seu sentido. Já não é absurdo classificar a alusão ao princípio como uma **moda**. Talvez pela boa aceitação que encontra no discurso jurídico, se tenha formado a ideia de que a pura menção à dignidade humana, por sua imponência, legitime automaticamente a decisão e dispense maiores fundamentações. Na verdade, o pensamento deveria ser o inverso. Por sua grande abertura e indefinição, e justamente por causa da frequência com que é invocado, o uso da dignidade humana como *ratio decidendi* demanda esforço argumentativo ainda mais intenso.⁵⁰⁷

A frequência das alusões ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja na literatura jurídica especializada, seja nas decisões judiciais, parece militar contra nossa afirmação de que não se deu ainda sua consolidação. Mas o que ocorre é que grande parte das menções é vaga ou superficial, o que muito mais atrapalha do que ajuda sua própria solidificação como norma constitucional eficaz e imediatamente aplicável. A “consolidação” a que nos referimos passa, destarte, por um uso responsável e criterioso do princípio.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ CARVALHO, João Cláudio Carneiro de. **Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade**: análise pitanêutica da construção metafórica de signos jurídicos. 2012. 295 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, dezembro de 2012, p. 277.

⁵⁰⁷ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. IN: QUARESMA, Regina *et al.* **Neoconstitucionalismo(s)**. Coord. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 295-296.

⁵⁰⁸ Seguindo o raciocínio de Lawrence Tribe, Ingo Sarlet alerta que “a dignidade (assim como a Constituição) não deve ser tratada como um espelho no qual todos veem o que desejam ver, pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correr o risco de ser banalizada e esvaziada”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 121.

Esse uso responsável, porém, não se fará possível enquanto o princípio for usado em ambiente acadêmico apenas “para arrancar aplausos entusiasmados das plateias nos seminários estudantis”.⁵⁰⁹ Em outras palavras, enquanto a doutrina especializada não enfrentar as questões mais espinhentas e os aspectos mais áridos que o princípio da dignidade da pessoa humana encerra, não se poderá falar em “consolidação”. Ora, no plano doutrinário, pouco se discute sobre o que a dignidade humana realmente é (dato inato, adquirido ou fruto de reconhecimento), sobre seu fundamento (condição humana biológica, descendência divina, acordo cultural, complexidade intelectual), sobre seu papel no ordenamento jurídico (valor, princípio ou *status*), e mesmo sobre seu grau de flexibilidade (até que ponto podem avançar as restrições, isto é, se há um núcleo intransponível, o que estaria a salvo das intervenções do Poder Público?). Que noção de dignidade humana podem ter os sujeitos constitucionais leigos se os que se dedicam a estudá-la parecem não haver chegado a posições minimamente seguras? E de que critérios de aplicação disporão os operadores do direito se a doutrina não lhes fornecer substratos teóricos (científica ou filosoficamente amparados)?

Note-se bem: não se sugere, aqui, que o princípio só se possa considerar consolidado a partir do momento em que se instaurar a unanimidade ou se destacarem as posições majoritárias. Seria muita ingenuidade esperar qualquer univocidade em termos de dignidade da pessoa humana. Aliás, um fechamento conceitual e uma demarcação estanque de seu âmbito de proteção significam sua própria morte. Mas não é porque as concordâncias teóricas não serão alcançadas que não se devam buscar **pontos de convergência ou conexão entre as muitas concepções de dignidade humana existentes**. O que está aqui em causa não é, destarte, uma busca quimérica por um *consenso*, até porque, como alerta Chaim Perelman⁵¹⁰,

[...] ante as divergências sobre a própria ideia de pessoa humana e sobre as obrigações impostas pelo respeito à sua dignidade é não somente utópico, mas mesmo perigoso, crer que existe uma verdade nessa questão, pois essa tese autorizaria os detentores do poder a impor suas visões e a suprimir toda opinião contrária, que supostamente expressa um erro intolerável.

Nossa percepção, destarte, é a de que a doutrina deve se dedicar com afinco aos estudos que induzam à máxima problematização da dignidade humana, mas também ao seu delineamento conceitual mínimo e a uma delimitação – ainda que sabidamente precária – de seu âmbito de

⁵⁰⁹ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. IN: QUARESMA, Regina *et al.* **Neoconstitucionalismo(s)**. Coord. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 302.

⁵¹⁰ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 403.

proteção. Isso, frise-se, com o objetivo de alcançar níveis de acordo semântico ou de **tolerância**, no sentido que dá ao termo João Maurício Adeodato⁵¹¹, que permitam **alguma comunicação** entre as várias concepções e a muitas correntes jusfilosóficas. Dizendo do modo mais claro e direto possível, o problema é que, também na doutrina, a dignidade humana costuma receber tratamento superficial. Muitas vezes, aliás, verdadeiramente **panfletário**, restrito a chavões e lugares-comuns pretensamente seguros por sua “correção política” ou seu “apelo humanístico”.

Os primeiros óbices que apontamos para a consolidação da dignidade humana como princípio fundamental se situam no plano semântico da linguagem jurídica. A menção à “dignidade humana”, desacompanhada da necessária fundamentação, a torna um elemento vazio. Não se sabe o que o utente pretende expressar. E, de um modo geral, também na doutrina não há dados coincidentes que permitam estabelecer um acordo, ainda que precário, que seja minimamente seguro sobre o significado da expressão “dignidade humana”. Resta-nos, por fim, tratar do obstáculo que se situa no campo pragmático.

Como já pudemos sinalizar, não conferir a máxima eficácia e a aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais é esvaziá-los de sentido. Na pior das hipóteses, se as normas que os preveem dependem de uma série de providências políticas (legislativas ou executivas) para que surtam efeitos, não se distinguem das outras normas quaisquer. Para não fazer da Constituição uma carta de promessas vazias, é preciso que se tenha em mente que os direitos fundamentais deverão ser **sempre** efetivados, e na maior medida possível (ainda que não o sejam em seu **grau máximo**, pela existência de limitações factuais ou jurídicas – as colisões).

Nossa posição se aproxima da de Alexy⁵¹², que define os princípios como “mandados de otimização”. Como veremos adiante, esse entendimento suscita críticas; há quem entenda que, do modo como são vistos por Alexy, os princípios careceriam de normatividade, figurando no sistema apenas como referenciais axiológicos. Discordamos. Além de o próprio Alexy⁵¹³ fazer expressa opção por uma “teoria dos princípios” em detrimento de uma “teoria dos valores”, a sua visão apenas conforma a deontologia à realidade. Princípios importam em comandos que

⁵¹¹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45.

⁵¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

⁵¹³ *Idem, ibidem*, p.153.

devem ser atendidos, sempre na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas. Essa última parte, visivelmente **condicionante** da normatividade dos princípios, é a causa do desconforto dos detratores da teoria alexyana. Mas não seria muita ingenuidade formular uma teoria que determine a aplicação de princípios “independentemente de qualquer impossibilidade material ou jurídica”? Das duas uma: quem assim sustentar, ou crê em um mundo perfeito, harmônico, provedor das condições necessárias à ótima incidência das normas jurídicas; ou tem fé nos poderes mágicos das normas para suprimir obstáculos e transformar milagrosamente a realidade. A defesa da posição de Alexy passa por um argumento bastante simples: em sua fórmula, o autor fez questão de incluir a expressão “na maior medida possível”, de modo que fica clara sua resignação com a não aplicação de um princípio apenas em casos literalmente impossíveis. Razoável, a nosso ver.

Ocorre, então, que, não bastassem os obstáculos semânticos à consolidação da dignidade humana como princípio fundamental, há, também, o entrave pragmático: é extremamente problemática e entrecortada a comunicação entre o sujeito constitucional (titular da dignidade) e o Poder Público. É comum que não se aplique o princípio mesmo diante de casos de clara violação da dignidade humana, isto é, que ele simplesmente não surta seus esperáveis efeitos de fazer cessar o ultraje da dignidade, ou, pelo menos, de coibir de imediato os excessos nas restrições.

Enquanto se discute “se há violação”, ou “se o âmbito de proteção foi invadido”, até se pode deixar de aplicar o princípio sem que ele se torne absolutamente desacreditado (ao argumento da sua inaplicabilidade “àquele caso específico”). Mas uma vez que se reconheça a violação da dignidade humana, a não incidência do princípio para a sua cessação (ou até atenuação a padrões justificadamente toleráveis) corresponde à própria negativa de sua vigência. Esta deliberada recusa de normatividade ao princípio da dignidade da pessoa humana é uma afronta ao nosso sistema de direitos fundamentais e, em última análise, ao nosso ordenamento constitucional. A não aplicação a casos claros – e eles existem, às fartas – só pode passar duas mensagens: ou a dignidade da pessoa humana não constitui um princípio fundamental, ou o indivíduo vitimado pela violação não é um ser humano digno. Qualquer das duas impressões é catastrófica para a formação da identidade do sujeito constitucional. Ele pode tornar-se descrente ou sentir-se inferiorizado ou desamparado, entregue à própria sorte. Ou pode ser tomado por revolta, caso em que não apenas passará a não levar a sério o princípio, mas a não

tomar parte nos assuntos jurídicos e políticos e até a atuar em sentido diametralmente oposto àquele que dele se espera enquanto sujeito constitucional.

Há provas irrecusáveis de que o princípio em questão, embora seja alvo de tantos festejos, não conta com a normatividade que dele se espera.

Nossa Constituição proclama o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III); taxativamente veda as penas cruéis e degradantes (art. 5º, XLVII); e assegura aos presos o respeito à inviolabilidade física e moral. (art. 5º, XLIX).⁵¹⁴ Alguém duvida da crueldade da maioria dos violentos, precários e superlotados estabelecimentos prisionais em que se amontoam os mais de quinhentos mil brasileiros encarcerados? Note-se a crise: a própria Lei de Execução Penal, anterior à Constituição (Lei 7.210/84), estabelece a regra da cela individual de no mínimo seis metros quadrados (com dormitório, aparelho sanitário e lavabo – art. 88).⁵¹⁵ Se invocarem a lei, ou mesmo a Constituição, serão os prisioneiros imediatamente postos em liberdade? Ou serão construídas de plano as milhares de celas individuais a que têm direito?

A questão é: se a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, não pode haver desculpa para sua não efetivação **na maior medida possível**.⁵¹⁶ É fato que muito se poderia discutir acerca de “qual a maior medida possível, nesse caso”. Seria a imediata remoção para outros presídios com vagas? À absoluta falta de vagas, o livramento total do condenado? Ou a sua progressão para regime mais benéfico? A prisão domiciliar? Muitas vezes se assomariam a favor de cada uma dessas opções. O problema é que o Estado não adota **nenhuma delas**. O preso continua onde está, sofrendo a mesma escandalosa violação de sua dignidade – uma violação tão intensa e gritante que torna completamente dispensáveis discussões acerca de “âmbito de proteção” ou “núcleo essencial”. E o Estado permanece inerte. De algum dos dois, o Poder Público faz pouco caso: do princípio, em si, ou do indivíduo que tem comprometida sua dignidade. As duas opções são plausíveis, mas, ao ver o empresário ou político ser posto

⁵¹⁴ Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵¹⁵ BRASIL. **Lei Federal n. 7.210**, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵¹⁶ Gilmar Ferreira Mendes e outros, com apoio em Alexy, entendem que “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana comporta graus de realização, e o fato de que, sob determinadas condições, com um alto grau de certeza, preceda a todos os outros princípios, isso não lhe confere caráter absoluto, significando apenas que quase não existem razões jurídico-constitucionais que não se deixem comover por uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa humana [...]”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 151.

sob regime de prisão domiciliar “por fragilidade de sua condição de saúde”, o condenado tende a se afeiçoar mais à segunda. E que dignidade é esta, sem igualdade?⁵¹⁷ Uma dignidade que varia de acordo com classe social ou condição econômica? De que ela serviria? Ou melhor: a quem ela serviria? Por fim: qual seria sua função na formação da identidade do sujeito constitucional, a não ser a de confundi-lo e desintegrá-lo enquanto titular de direitos fundamentais e membro de uma sociedade democrática?

A consolidação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental reclama algumas providências. Maior densidade argumentativa e conceitual, respectivamente, nas decisões judiciais e nas produções acadêmicas. Eficácia e inexorável aplicabilidade imediata, na maior medida possível, em todos os casos de violações identificadas com segurança.

Esta consolidação, como vimos, traz consigo a possibilidade de que o indivíduo compreenda melhor seu papel na sociedade em que vive, direcionando seus planos e expectativas com maior grau de consciência acerca de seu valor enquanto ser humano digno e titular de direitos fundamentais **reais**, e não puramente simbólicos.

Oportunas são, destarte, as empresas voltadas à conceituação e à delimitação do âmbito de proteção daquela que deve ser a **pedra inaugural** da fundação de um Estado Democrático e Social de Direito: a dignidade da pessoa humana.

6.3. A DUPLICIDADE DE FEIÇÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O PRINCÍPIO E O VALOR

Pelo que expusemos no tópico anterior, deve estar bastante claro que “o sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro”.⁵¹⁸ Incumbe-nos, doravante, examinar mais de perto a figura da dignidade da pessoa humana, em torno da qual gravitam todos os direitos fundamentais, e a partir da qual se estruturam as bases principiológicas de um Estado Democrático e Social de Direito.

⁵¹⁷ “Esse igualitarismo, sonhado pelo Homem como o da mítica Idade do Ouro – vem embalando a humanidade – e a destroçará, se não for, um dia, conseguido”. HOUAISS, Antonio; AMARAL, Roberto. **A modernidade no Brasil: conciliação ou ruptura?** Petrópolis: Vozes, 1995, p. 82.

⁵¹⁸ CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes*. IN: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 25.

É impossível a verticalização da análise sem tornar saliente, em primeiro lugar, a magnitude do nosso objeto de investigação.

Béatrice Maurer⁵¹⁹ anota que

A noção de dignidade da pessoa humana estabelece um consenso teórico universal. Ela une de modo notável os juristas, os cientistas, os pensadores de todas as famílias filosóficas e religiosas. Quem, na aurora do terceiro milênio, contestaria o direito de a pessoa humana viver e morrer de maneira digna?⁵²⁰

Não é difícil perceber, a partir de um primeiro e raso contato com estas que são apenas algumas amostras dos posicionamentos que formam o sonoro coro entoante do valor da dignidade da pessoa humana, que há uma sintonia dos discursos quanto à sua relevância para um ordenamento constitucional. Uma relevância tão óbvia que já se chegou a afirmar que “[...] toda sociedade que não reconhece e não garante a dignidade da pessoa humana não possui uma Constituição”.⁵²¹

O acordo que se refere à importância, porém, definitivamente não alcança os aspectos da função (ou “natureza”), da conceituação e da fundamentação da dignidade da pessoa humana.

⁵¹⁹ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet *et alii*. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61.

⁵²⁰ Muitos autores se posicionam em sentido semelhante, isto é, não apenas no sentido da grande relevância da dignidade da pessoa humana, mas na sua importância e reconhecimento “universal”. Para evidenciar as semelhanças, nos permitiremos algumas transcrições em sequência. “Um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano. Ainda que tal consenso se restrinja muitas vezes apenas ao discurso ou que essa expressão, por demais genérica, seja capaz de agasalhar concepções as mais diversas – eventualmente contraditórias –, o fato é que a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente.” BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2.ed.ampl.rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 121. “[...] a dignidade humana não só constitui uma das mais importantes conquistas da modernidade, resultante da experiência e da luta contra injustiças, como constitui, ao mesmo tempo, o próprio *ethos* jurídico-político de liberdade que caracteriza o moderno [...]”. WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 22-23. “A dignidade humana parece ser o único conceito reconhecido de maneira universal e incontroversa como fundamento dos direitos humanos nos textos jurídicos internacionais. [...] A dignidade é, em síntese, um bem jurídico universalmente prometido à pessoa, em âmbito doméstico ou internacional, a ponto de sua simples pronúncia evocar em todos uma ideia de força e respeitabilidade”. SILVEIRA, Vladimir Oliveira; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104-105.

⁵²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 92.

Tal qual Perseu recebeu de Minerva seu escudo, toma o homem contemporâneo posse de um sofisticado aparelho de defesa contra as mais dilacerantes investidas contra sua liberdade e sua autonomia. Mas assim como o herói grego, é preciso que saiba usá-la nas mais adversas situações. Eis a questão: de que adianta ao indivíduo ser o titular desse magnífico escudo que é o princípio da dignidade humana sem saber como manuseá-lo de modo eficiente?

As alusões à dignidade humana se alternam quanto à sua classificação. Alguns autores a definem como um valor; outros, a ela se referem como um princípio. Existiriam diferenças teóricas ou práticas significativas?

Há quem muito se incomode com uma “invasão” dos valores no campo do Direito. As críticas partem de preocupações diversas. Ora dizem com a indeterminação conceitual e a insegurança que seu emprego supostamente encerra, ora com um alegado apelo a um subjetivismo de difícil controle externo. Em outras vezes, aferradas à ideia de que o Direito se ocupa do deontológico, e não do axiológico, têm por objeto uma possível falta de normatividade de que estariam acometidos.

Para expor mais adequadamente a questão, tomaremos as posições de Ingeborg Maus e Jürgen Habermas. A primeira, em ácida censura à “jurisprudência dos valores” do Tribunal Constitucional Alemão, escreveu:

A transformação da Constituição em uma ‘ordem de valores’ confere às determinações constitucionais individuais (por meio da ‘abertura’ de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de [suprimir] e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados.⁵²²

A autora deixa entrever que sua preocupação, mais do que com o ingresso de valores no ordenamento jurídico, em si, é com insegurança decorrente da ausência de limites e da latente possibilidade de abusos por parte dos magistrados. Por fazer uma leitura diferente da tônica da hermenêutica adotada durante o período nazista, Maus tem motivos de sobra para temer a abertura semântica exagerada e, principalmente, a “supralegalidade”, isto é, o reconhecimento de normas de valor diferenciado que pairam acima das normas positivadas (que, pelo menos na teoria, passaram pelo crivo popular por meio do procedimento legislativo democrático).

⁵²² MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos**, n. 58. São Paulo: CEBRAB. Nov. 2000, p 199.

Pode até ser intuitivo associar ao período nazista uma visão formal-legalista extremada por parte das autoridades. Primeiro, porque isso parece condizer com a imagem de que a evocação da letra fria da lei era subterfúgio dos que se davam às atrocidades. Segundo, porque nossa visão de “superação da legalidade” advém, exatamente, das péssimas experiências com leis opressoras, dentre as quais se podem destacar as vigentes no período em questão. Mas Ingeborg Maus⁵²³, fazendo alusão a documentos resgatados da época, demonstra em que os magistrados eram concitados a “libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo” e de “não utilizar-se servilmente das muletas da lei”. No lugar da lei, ou pelo menos para interpretá-la, se podia fazer uso dos valores “compartilhados” pelo povo alemão, então inflamado pelos discursos sediciosos do Führer – que, aliás, pode até ser considerado um jusnaturalista.⁵²⁴ O fato, na verdade, é que funciona melhor como designação das práticas nazistas o **decisionismo**.

Passemos, agora, a Jürgen Habermas. Nas palavras de Alexy⁵²⁵, “A primeira objeção de Habermas é que o modelo de ponderação toma dos direitos fundamentais sua força normativa. Ele acha que, pelo ponderar, direitos seriam reduzidos de grau ao plano dos objetivos, programas e valores”. E haveria ainda uma segunda objeção: “A esse perigo de um amolecimento dos direitos fundamentais é adicionado ‘o perigo de sentenças irracionais’. Segundo Habermas, não existem ‘critérios racionais’ para ponderar”. Embora, nas duas críticas, haja menção ao procedimento de ponderação, é possível enxergar que na base das objeções do filósofo de Frankfurt está a reserva mantida quanto a uma perda de normatividade e um “decisionismo” que seriam ocasionados, exatamente, pela indevida invasão da axiologia numa seara que deve ser deontológica. Valores não são cogentes, como o seriam princípios; e, nas situações de colisão, não há uma sistemática de resolução minimamente segura, pois a decisão, calcada em valores – que são dados subjetivos – acabaria coincidindo com uma simples “escolha”.⁵²⁶ A nosso ver, Alexy⁵²⁷ responde bem as

⁵²³ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos**, n. 58. São Paulo: CEBRAB. Nov. 2000, p. 197.

⁵²⁴ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

⁵²⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck (Org.). 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 108-109.

⁵²⁶ Críticas quanto a esse suposto “decisionismo” oportunizado pela teoria de Alexy também podem ser vistas em STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 380-386; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 86.

críticas. Mas, pelo que entendemos, isso nem seria necessário, posto que a própria preocupação que as motiva parece não ter muita razão de ser.

Em termos bastante diretos, não vemos o porquê da celeuma causada por conta de uma alegada confusão entre valores e normas. Sua desimportância já é denunciada pelas considerações de Alexy.⁵²⁸ Ali, apesar de o autor claramente expressar sua preferência pelo modelo dos princípios, deixa bastante claro que a diferença que se supõe existir entre esses e os valores não é tão significativa quanto parece.

Aquilo que, no modelo de valores é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente melhor, é, no modelo de princípios, definitivamente devido. [...] não há nenhuma dificuldade em se passar da constatação de que determinada solução é a melhor do ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que ela é constitucionalmente devida. Se se pressupõe a possibilidade dessa transição, então, é perfeitamente possível, na argumentação jurídica, partir de um modelo de valores em vez de um modelo de princípios.

Ressalte-se que os valores a que Alexy se refere, como analisaremos em maiores detalhes, na sequência, são aqueles **juridificados**. A solução não é melhor **porque é**, ou porque digo ou quero que seja. É “melhor **do ponto de vista do direito constitucional**”. A palavra “melhor”, aqui, poderia fazer-se substituir por “adequada” sem grandes prejuízos.

Que o Direito opera em um plano deontológico, não se discute. E que somente desse plano decorrem normatividade e cogência, tampouco. Mas o fato é que isso de forma alguma se presta a negar a indissolúvel relação mantida entre o Direito e os valores.^{529 - 530}

Os valores existem, na esfera individual ou coletiva, e não surtem efeitos vinculantes ou coercitivos quaisquer. Mas de onde provêm as normas jurídicas – essas, sim, imperativas e

⁵²⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck (Org.). 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 108-116.

⁵²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 153.

⁵²⁹ “A compreensão da realidade axiológica transformou, como não poderia deixar de ser, toda a teoria jurídica. Os direitos humanos foram identificados como os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo de irreversível desagregação.” COMPARATO, p. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, p. 38.

⁵³⁰ “[...] se, por um lado, compreender a Constituição apenas como uma ordem de valores, com abstração da sua função deontológica, parece incorreto, por outro, não há dúvidas de que a Constituição, como norma superior de uma comunidade política, consagra e juridiciza os valores mais relevantes desta comunidade”. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 152.

cogentes? Está bem claro, para nós, que os valores alimentam o Direito.⁵³¹ Normas não são criadas *ex nihilo*. Se não são imposições causais da natureza, mas obras da engenhosidade humana, têm um porquê. Prestam-se a satisfazer alguma necessidade ou atender a algum interesse, e a identificação dessa necessidade ou desse interesse, bem como a idealização dos métodos necessários para satisfazê-los, não se dá sem o recurso a valores (positivos ou negativos; individuais ou coletivos; declarados ou escusos). Normas que não se originam de valores são, como obras do acaso e da aleatoriedade, pura irracionalidade. Ora, seríamos nós como deuses que criam corpos sem almas?

Os valores, situados no plano axiológico, são selecionados e juridificados. Isso quer dizer que os valores ingressam no ordenamento jurídico sob as formas de regras ou de princípios. Enquanto não passam pelo procedimento de juridificação, são referenciais que, além de não possuir poder de coerção formal, não deveriam integrar fundamentos e argumentações nem influir em decisões no espaço do Direito. Mas bem sabemos que absolutamente toda decisão (especialmente se partirmos do pressuposto de que a decisão é uma atitude consciente) parte de algum referencial axiológico.

Em resumo, tudo o que hoje é jurídico, ontem foi valor. Mas nem tudo o que é valor chegará a ser jurídico. Esta talvez seja a suma da preocupação de Habermas e Maus: o receio de que valores ingressem espuriamente no campo do Direito.

Uma vez juridificados (leia-se: absorvidos pelo Direito, **ainda que não escritos**), os valores ganham o *status* de normas. Ou, melhor dizendo, as normas que sobre eles versem terão poder vinculante e força coercitiva formal. Mas a pergunta é: será que, por ter se tornado uma norma, o valor deixa de existir como tal?

Definitivamente, não. A juridificação do valor, isto é, a sua inserção no ordenamento como uma norma, só pode aumentar seu prestígio. Afinal, a criação da norma é a reafirmação da importância do valor; e mais, sua afirmação enquanto **valor compartilhado**. Isso só pode fortalecê-lo.

⁵³¹ “Se existe uma regra jurídica em dada sociedade, qualquer que seja o seu teor, é porque o conteúdo valorativo dessa regra é querido pelos poderes constituídos daquela sociedade”. ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 234.

O que seria a dignidade da pessoa humana, então? Um valor ou um princípio? Os dois. É um valor que ingressou no ordenamento jurídico sob a forma de um princípio.

A reação à barbárie do nazismo e dos fascismos em geral levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como **valor** máximo dos ordenamentos jurídicos e **princípio** orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais.⁵³²

A dignidade da pessoa humana é, inegavelmente, um valor. É compartilhada e cultuada como algo positivo independentemente de qualquer previsão normativa, por povos e culturas diferentes, em épocas e contextos diversos. É proclamada, aliás, não apenas a despeito de leis, mas em própria oposição a algumas leis. Isso demonstra que a dignidade da pessoa humana é um objeto cuja existência não se atrela à do Direito⁵³³. O Direito pode criar a nomenclatura e definir-lhe consequências, mas não cria o sentimento que ela traduz. Se abstrairmos o nome ou mesmo as palavras “dignidade humana”, possivelmente seremos levados a forjar novos signos para expressar o sentimento ou a convicção, atualmente compartilhada, de que o ser humano merece ser tratado com respeito condizente com sua condição existencial e seus atributos.

Se o Direito não agasalhar esse sentimento; se não se apropriar dessa convicção e se não transformá-la em norma, possivelmente estará sendo arbitrário. O desprezo dos valores sedimentados e compartilhados só pode conduzir a um Direito que se afasta dos interesses de seus criadores-destinatários. Da sua negação fatalmente decorrerão normas que aprisionam e oprimem, isto é, que vão exatamente na contramão daquilo que delas se espera: a oportunização da segurança com a manutenção da máxima liberdade possível para o ser humano. A negação, pelo Direito, dificilmente faria desaparecer o sentimento do coração dos homens, mas lhes frustraria uma série de pretensões. Sem a juridificação, a dignidade da pessoa humana – ou qualquer que seja a expressão que se queira usar para representar o sentimento que ela envolve – é um grito abafado, um sonho obscurecido, um desejo sufocado que só pode vir à luz da realidade cotidiana se houver uma revolução que deponha o poder instituído que a recusou. Com a juridificação (repita-se: com ou sem positivação), o valor ganha o condão de mudar o mundo **por meio do Direito**.

⁵³² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2.ed.ampl.rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 126. Grifo nosso.

⁵³³ O que, como veremos no item seguinte, não significa afirmar seu caráter ontológico ou dizer que sua existência não depende da **cultura** e das influências do **tempo** e do **espaço**.

Essa discussão parece ser tão estéril quanto a que fundamenta uma das mais frequentes críticas opostas à visão de Hans Welzel quanto à missão do Direito Penal. Para o jusfilósofo de Bonn, a missão primária do Direito Penal é a sedimentação de valores ético-sociais.⁵³⁴ A maioria de seus opositores parte da ideia de que a função do Direito Penal é, na verdade, a de proteger bens jurídicos. Essa visão, embora esteja correta, não desmente ou conflita com a de Welzel. Ora, os bens jurídicos são selecionados como objeto de tutela, exatamente, por conta do valor que se lhes atribui. O reconhecimento de um valor precede à sua colocação como objeto da proteção penal.

Ao proibir o homicídio, o Estado afirma o valor da vida, ou seja, o reconhecimento do valor da vida é o que levou à sua seleção como bem jurídico-penal, e esta seleção conduziu à redação do tipo penal do homicídio. O que intentamos dizer é que, na base de cada bem jurídico se assenta um valor, que precede e conduz à sua própria consideração como bem jurídico. Se a missão do Direito Penal é a de proteger esse valor ou esse bem, parece ser questão de perspectiva. Poderíamos, tranquilamente, afirmar que a missão é a de proteger e sedimentar os valores **por meio da proteção dos bens** (até porque o Direito Penal, que sempre chega “atrasado”, não protege o específico bem atingido; ele, com a punição da conduta ofensiva, afirma seu valor – prevenção geral positiva – e/ou desestimula a prática de tal violação pelos demais membros da sociedade – prevenção geral negativa).

Mas a crítica a que aludimos⁵³⁵ consiste, exatamente, nessa ideia de “sedimentação de valores”, como se ela traduzisse uma pretensão do Direito de modificar a ética do indivíduo, de invadir seu espírito e formatar seus valores pessoais, o que o aproximaria mais da metodologia religiosa do que da jurídica. Esse seria um Direito Penal arbitrário na medida em que se propõe a moldar a maneira de ser e de pensar das pessoas, passando o foco de seu comportamento externo para o âmbito subjetivo, traduzindo-se em uma espécie de dominação ideológica ou lavagem cerebral. Além disso, a pluralidade impede a identificação de uma “ordem de valores”, de modo que seu arrolamento seria arbitrário e antidemocrático. E mais: o Direito Penal não pode agir com base em valores, sempre cambiantes, imprecisos, indefiníveis, impalpáveis, mas apenas diante de lesões a **bens jurídicos**, que se traduziriam em um objeto mais concreto e controlável.

⁵³⁴ WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. Trad. J. Bustos Ramírez *et al.* 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 2.

⁵³⁵ *Vide*, por todos, MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Montevideo: B de F, 2006, p. 56-58 e 63.

Há, nessas percepções, grandes equívocos. Primeiro, a ideia não é a de inculcar o valor **no indivíduo**, em específico, porque Welzel não é um dos que afirmam a prevenção especial positiva como um fim da pena. A sedimentação, assim, é social, isto é, diz com a elevação do prestígio do valor e com seu respeito no ambiente social. Segundo, o “bem jurídico” é algo tão abstrato e conceitual quanto o valor, em si. Concreto é o **objeto material**. Bens jurídicos como “dignidade sexual”, “honra” e “intimidade” são tão indefinidos *a priori* quanto os valores de que eles defluem. Terceiro, a seleção dos bens jurídicos é tão ideológica quanto a dos valores. Por que se pune a prática do aborto? Porque se reconhece o valor da vida intrauterina a ponto de merecer a tutela penal. O que seria isso senão ideologia? Quarto, a seleção de bens jurídicos não é tão democrática quanto se pensa (pelo menos, não sob a ótica da democracia majoritária). Em um país em que grassam corrupção e desperdício, qual seria o nível de anuência popular às leis tributárias e penais tributárias? Quinto, a missão do Direito Penal não é a de sedimentar “valores quaisquer” ou “os valores do magistrado”, ou ainda “os valores da maioria”. Welzel jamais insinuou que os valores ético-sociais possam, por si sós, gerar condenações e impor penas. A missão seria a de sedimentar valores ético-sociais **juridificados**, obviamente. Assim, do mesmo modo que a missão do Direito Penal, para a maioria dos autores contemporâneos, não é a de proteger bens, mas bens jurídicos (leia-se: juridificados), para Welzel, não é a de sedimentar valores ético-sociais, mas valores ético-sociais que ingressaram no campo jurídico por meio da legislação (dizer o contrário seria afirmar que esse penalista simplesmente nega a força do princípio da legalidade penal).

A dignidade da pessoa humana é nitidamente um desses valores captados pelo sistema e insertos no ordenamento jurídico. Ao ser juridificada – como visivelmente foi, pelo discurso científico, pela posituação e pela práxis forense –, transformou-se em norma e adquiriu os poderes de vinculação e coerção. Mas não deixou de ser um valor. Aliás, como já dissemos, tornou-se um valor imensamente fortalecido.

Mas há utilidade nessa duplicidade? Nossa resposta é afirmativa.

Exatamente porque foi juridificada, a dignidade humana é um valor que pode e deve ser levado em conta quando da interpretação de normas jurídicas. Deixar-se inspirar e conduzir por esse valor pelas estradas do Direito nada tem de escuso ou obscuro. Pelo contrário: o Direito construiu esse farol ou acendeu essa tocha exatamente para que o homem se guie. Ver o mundo (interpretar fatos e normas) através das lentes da dignidade é, mais do que lícito,

verdadeiramente obrigatório hodiernamente. Enquanto valor, que pela positivação não deixa de ser valor, mas que ingressa como instrumento legítimo para a leitura do mundo jurídico, norteia todos os juízos jurídicos. A “[...] a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como o valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal”⁵³⁶, isto é, é a medida de todas as normas e regras constitucionais. Em última análise, é o critério geral de interpretação e aplicação de tudo o que pertence ao ordenamento jurídico.

De outro lado, essa feição não interfere, é claro, em seu papel enquanto norma (no caso, como princípio⁵³⁷). Afinal, a juridificação é, exatamente, a providência que se adota quando se quer que um valor seja cogente e surta efeitos jurídicos. A dignidade da pessoa humana, incorporada pela maioria dos ordenamentos, transformou-se em norma e, com isso, adquiriu sua força coercitiva. Inscrita em um princípio constitucional, deve ser realizada na maior medida possível.⁵³⁸

Essa ligação entre valor e princípio fica bastante clara em posições de doutrinadores que consideram a dignidade da pessoa humana como o “princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa”.⁵³⁹ Ou, ainda, que afirmam tratar-se de um princípio “desde logo considerado de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional”.⁵⁴⁰

Em nossa visão, do mesmo modo que a dignidade da pessoa humana é fundamento dos direitos fundamentais, os valores são os fundamentos das normas.

Partindo dessa concepção dúplice, aliás, se torna ainda mais simples compreender a “dupla dimensão” dos direitos fundamentais que dela decorrem. Há uma **dimensão subjetiva** e uma **dimensão objetiva**.

⁵³⁶ CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes. IN: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 26.

⁵³⁷ Poderíamos ingressar no acalorado debate sobre os critérios de distinção entre normas-regras e normas-princípios. Mas isso parece ser desnecessário diante da virtual univocidade de opiniões no sentido de que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional. Por conta da pacificidade dos entendimentos, nos absteremos de justificar a classificação que fizemos.

⁵³⁸ Nossa filiação à visão alexyana e a defesa desse ponto de vista figuram linhas acima.

⁵³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 31 e 85.

⁵⁴⁰ MENDES, Gilmar Fereira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150.

A dimensão subjetiva é a que firma os direitos fundamentais como **direitos subjetivos**, isto é, como direitos da pessoa (ou da coletividade, mais recentemente), consistentes, basicamente, na manutenção de um espaço de liberdade resguardado de intervenções e na exigibilidade de certas prestações por parte do Estado. De outro lado, a dimensão objetiva indica que a afirmação e a promoção dos direitos fundamentais, “[...] além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, ‘as bases da ordem jurídica da coletividade’”.⁵⁴¹

Relacionamos a dimensão subjetiva com a feição de princípio da dignidade da pessoa humana, que é a que mune o indivíduo com o “poder de oposição”, isto é, com o poder de invocar a norma para fazer cessar violações contra sua dignidade. O princípio é o responsável pelo atributo da **exigibilidade** por parte da pessoa, e cria para o Estado duas obrigações: uma de **omissão** – a de se abster de agir, nos casos em que sua atuação esteja violando ou vá violar a dignidade da pessoa humana; e uma de **ação** – a de fazer cessar ou impedir violações que estejam em curso ou em estado de iminência.

De outro lado, a dimensão objetiva está claramente ligada à feição de valor da dignidade humana. É por ser um valor que ela possui o denominado “efeito irradiante” (da dignidade e/ou dos direitos fundamentais), festejado na doutrina alemã e bem sintetizado por André Tavares⁵⁴²: “A eficácia irradiante obriga que todo o ordenamento jurídico estatal seja condicionado pelo respeito e pela vivência dos direitos fundamentais”. Tudo o que for interpretado pelo viés jurídico deve ser iluminado pelos feixes de luz que emanam do valor da dignidade da pessoa humana. Os valores representam filtros hermenêuticos e diretrizes de legitimação e de execução, além de servirem de parâmetro constante para a aferição da inconstitucionalidade de preceitos legais.

Em conclusão, a dignidade humana, segundo entendemos, tem caráter dúplice: é valor (enquanto fundamento e critério de interpretação e ação) e norma (enquanto princípio que tem força normativa para mudar o mundo, brecando interferências e lesões, e obrigando a

⁵⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 134.

⁵⁴² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 462.

prestações).⁵⁴³ É perfeitamente cabível uma producente analogia com as considerações de Daniel Sarmento⁵⁴⁴. Para o autor “o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais [no nosso caso, da feição axiológica da dignidade] não significa desprezo à sua dimensão subjetiva [aqui, dignidade enquanto princípio, em sentido deontológico], mas reforço a ela”. “A dimensão objetiva [valor] complementa a subjetiva [princípio], e agrega a ela uma ‘mais-valia’”.

Mais importante, porém, independentemente de considerarmos a dignidade da pessoa humana como um princípio ou como um valor, é não perder jamais de vista que, em suma, sua proclamação posiciona a pessoa como “fundamento e fim da sociedade e do Estado”.⁵⁴⁵

6.4. A DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E OS CONTORNOS DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não se pode cair na armadilha positivista típica da busca de respostas que antecedem às perguntas, criando conceitos pré-moldados a serem aplicados a casos concretos vindouros.⁵⁴⁶ Mas também não se deve ceder puramente aos radicais discursos “anti-conceituais” dos “fracassos da razão teórica no Direito”⁵⁴⁷ ou da “indissociabilidade entre *interpretatio* e *applicatio*”⁵⁴⁸ para fugir-se à responsabilidade de criar parâmetros que confirmem ao immanentemente aberto princípio da dignidade humana algum nível de segurança e

⁵⁴³ Algo próximo disso já foi sustentado por Michael Kloepfer: “A dignidade da pessoa humana figura na Constituição alemã como “valor supremo de uma democracia livre”. E para esse mesmo autor, sua afirmação, realizada pelo art. 1º da Lei Fundamental, traduz “uma proposição jurídica vinculativa” de caráter dúplice, por meio da qual “o poder estatal fica obrigado a respeitar a dignidade da pessoa humana e a protegê-la” KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: Ensaio de Filosofia do Direito e de Direito Constitucional. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet *et alii*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 166 e 164), respectivamente.

⁵⁴⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 136.

⁵⁴⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000 p. 180.

⁵⁴⁶ Vide críticas aos “conceitos sem coisas” em STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37.

⁵⁴⁷ “Apostar na razão teórica é acreditar na possibilidade de **respostas antes das perguntas**. Isso talvez explique o sucesso das definições lexicográficas no campo jurídico, bastando, para tanto, examinar os ementários e súmulas, que representa, *mutatis, mutandi*, a busca de um paraíso de conceitos que ‘carreguem’ consigo as múltiplas possibilidades aplicativas”. *Idem, ibidem*, p. 64. Essa é uma crítica que, honestamente, temos certa dificuldade em compreender. Esse ilustre autor dedica-se ao ardoroso combate daquilo que denomina “decisionismo”, cuja representação máxima, em seu dizer, é o “ato de vontade” da doutrina kelseniana. Mas se a razão teórica não deve prevalecer, e se a razão prática (vontade) também é indesejável, teria o Direito que partir para um abandono geral “da razão”?

⁵⁴⁸ “[...] interpretar é compreender. E compreender é aplicar”. *Idem, ibidem*, p. 73.

previsibilidade, relegando sua apreciação ao cômodo método do “caso a caso”.⁵⁴⁹ A possibilidade da lógica do “caso concreto” virar pretexto para decisões extravagantes é tão pulsante quanto a de um “conceito dogmático” traduzir arbitrariedade. Em ambas as hipóteses, as armadilhas só serão evitadas pela compreensão das suas respectivas vantagens e desvantagens.

É fato que todo conceito é eivado de reducionismo e simplismo. Mas será que isso deve servir de justificativa a uma absoluta recusa às pretensões conceituais? Ou será que, ao contrário, deve estimulá-las (sempre à luz da ciência de que nenhum conceito será perfeito ou perpétuo), para que a soma dos esforços conceituais fomente novas reflexões e problematizações, abra novas visões e possibilidades e permita algum nível de acordo semântico? Vale repetir: a meta não é estancar, engessar, aprisionar, congelar a noção inerentemente fluida de “dignidade humana” por meio de um conceito ilusoriamente seguro. É a de **contribuir**, por meio de conceituações e delimitações do âmbito de proteção sabidamente precárias e cambiantes, para a formação de um quadro de referências mais completo, capaz, a um só tempo, de fornecer ao aplicador material teórico mais denso, bem como de propiciar a identificação de pontos de convergência dos discursos por parte de todos os sujeitos constitucionais, leigos ou não. É a ideia da **permanente repactuação**.⁵⁵⁰

O homem, do âmago de sua complexidade, é uma fonte inesgotável de necessidades e interesses. As necessidades vão muito além daquelas biológicas, e os interesses superam em muito os que se ligam à subsistência. A grande luta do homem não se dá pela mera sobrevivência, mas por uma **existência digna**, capaz de propiciar-lhe as condições necessárias para que seja tudo aquilo que ele pode ser; para que exerça suas potencialidades, se realize individualmente e contribua para o desenvolvimento de seus semelhantes e da sociedade; e, principalmente, para que possa usufruir, na maior medida possível, daquela que é a sua eterna

⁵⁴⁹ A “[...] tentação de se identificar apenas em cada caso concreto (e em face de cada possível violação) seu conteúdo, pode de fato resultar em uma aplicação arbitrária e voluntarista da noção de dignidade”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 52.

⁵⁵⁰ “[...] a dignidade da pessoa humana, como símbolo linguístico que também é (e com tal tem sido utilizada), não tendo, como já frisado, um conteúdo universal e fixo, no sentido de representar uma determinada e imutável visão de mundo e concepção moral, dificilmente poderá ser traduzida por uma fórmula que tenha a pretensão de ser a ‘verdadeira’ noção de dignidade da pessoa humana, mas acaba, pelo menos em parte, sendo permanente objeto de reconstrução e repactuação quanto ao seu conteúdo e significado” *Idem, ibidem*, p. 57-58.

e incorrigível paixão: a liberdade, “[...] essa palavra que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda [...]”.⁵⁵¹

De plano, deve ficar bastante clara a nossa posição no sentido de que **a dignidade da pessoa humana não é apenas um direito fundamental**.⁵⁵²⁻⁵⁵³ Ela é um **atributo** que confere ao indivíduo a titularidade de uma série de bens que perfazem uma condição existencial qualificada, isto é, marcada pela presença de direitos e liberdades considerados imprescindíveis à sobrevivência e ao desenvolvimento de um ser humano em níveis de qualidade compatíveis com sua complexidade e seu valor. Sua proclamação como princípio decorre do reconhecimento de um valor individual imanente e irrecusável, e sua realização pressupõe a preservação de interesses e a satisfação de necessidades ínsitas à condição humana.

É oportuno clarificar sucintamente a diversidade de expressões empregadas como **predicativos** da dignidade da pessoa humana, já que a ela já nos referimos como valor, princípio e, por último, atributo. A percepção ou o sentimento de que o ser humano possui algo de especial, que o faz merecedor de respeito incondicional, é o que leva a se reconhecer, no homem, o **atributo** da “dignidade” (que bem poderia ser denominado por outro signo, a exemplo de “respeitabilidade”). Só se afirma esse tal atributo porque o olhar lançado pelo homem sobre o homem (sobre o indivíduo da espécie humana) é acompanhado da decisão de **valorizá-lo** (isto é, de valorá-lo positivamente, de prestigiá-lo, cultuá-lo, enaltecê-lo). Esse valor, por meio da juridificação, transformou-se em um princípio constitucional, que o reafirma e lhe confere normatividade, ou seja, coercitividade por meio do Direito. A dignidade (ou respeitabilidade) é uma característica logicamente atribuída a toda pessoa, é

⁵⁵¹ MEIRELLES, Cecília. **Antologia poética**. [?] Editora do autor, 1963, p. 125.

⁵⁵² A respeito, veja-se a análise de André Tavares: “A Constituição de 1.998 optou por não incluir a dignidade da pessoa humana entre os direitos fundamentais, inseridos no extenso rol do art. 5º. Como se sabe, a opção constitucional brasileira, quanto à dignidade da pessoa humana, foi por considerá-la, expressamente, um dos fundamentos da República federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do art. 1º. Parece que o objetivo principal da inserção do princípio em tela na Constituição foi fazer com que a pessoa seja, como bem anota Jorge Miranda, ‘fundamento e fim da sociedade’, porque não pode sê-lo o Estado, que nas palavras de Ataliba Nogueira é ‘um meio e não um fim’, e um meio que deve ter como finalidade, dentre outras, a preservação da dignidade do Homem.” TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 536.

⁵⁵³ “É importante observar que, filosoficamente, a dignidade é uma característica inerente ao homem, que a norma não concede mas apenas reconhece; daí por que muitos autores registram que não há um ‘direito’ à dignidade mas sim o direito ao respeito à dignidade e à sua promoção. A importância dessa observação está em que o indivíduo continua a ser digno nada obstante a violação das normas que pretendem assegurar condições de dignidade”. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2.ed.ampl.rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 126.

dizer, um predicado associado ao próprio conceito de **humano** por força da lógica, como demonstraremos mais tarde. A construção axiológica (valor) impõe o reconhecimento do atributo; a formulação deontológica (princípio) o posiciona como objeto de afirmação e tutela jurídica. É por isso que, na conceituação, usamos a expressão “atributo” (aqui, pretendemos definir o conceito do objeto, em si), mas, linhas acima, quando falávamos das feições da dignidade e de suas funções no ordenamento, empregamos as expressões “valor” e “princípio” (representações **axiológica** e **deontológica** do atributo).

Nesse sentido, os direitos fundamentais **decorrem** da dignidade da pessoa humana, que é, na verdade, seu **fundamento** (sua razão de existir) É exatamente porque a pessoa goza do **atributo** de dignidade que se lhe afirma a titularidade de direitos fundamentais.

O reconhecimento da dignidade se faz acompanhar da exigência de condições existenciais favoráveis ao desenvolvimento e à realização do indivíduo na maior medida possível. Condições que sejam capazes de proporcionar uma vida em níveis de qualidade condizentes com suas prerrogativas enquanto **ser digno**.

Os direitos fundamentais são as especificidades cuja reunião forma a dignidade humana. Cada uma dessas especificidades atende a um interesse primário ou satisfaz uma necessidade básica defluente da natureza humana. A salvaguarda e a implementação das partes é *conditio sine qua non* da configuração do todo desejado: um espaço individual de existência qualificada. Dizendo de outro modo, a cada direito fundamental corresponde um bem jurídico.⁵⁵⁴ O direito fundamental é, exatamente, o direito à preservação de um dado bem jurídico considerado fundamental, isto é, situado entre aqueles mais básicos ou elementares, tidos por essenciais à experiência da existência digna.

É tradicional que se dividam os direitos fundamentais em “gerações” ou “dimensões”. É sabido que toda compartimentagem pode trazer resultados indesejáveis. Desde que se tenha em mente, no entanto, que sua função precípua é didática, e que é incorreta a noção de

⁵⁵⁴ Valores juridificados criam direitos; direitos protegem bens; bens suscitam valores... Temos aqui um movimento espiráleo contínuo. A estreita relação que mantemos entre bens jurídicos, direitos fundamentais e valores denuncia a nossa opção por um “sistema teórico-jurídico de direitos fundamentais” – a expressão é de MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000 p. 48 – que não é puro, mas que concilia a *Teoria Liberal* e a *Teoria dos Valores* para afirmar que os direitos fundamentais são extraídos a partir de valores compartilhados, mas que dentre esses valores, os mais relevantes são os que se referem às liberdades individuais. Para maior aprofundamento, *vide*, no Brasil, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27.ed. São Pulo: Malheiros, 2012, p. 644-673.

superação, não supomos que grandes riscos se escondam nessa classificação. De um modo geral, costuma-se dividir os direitos fundamentais em três dimensões⁵⁵⁵.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão fincam profundas raízes no pensamento liberal e expressam a grande preocupação com a evitação das intervenções arbitrárias do Estado nas vidas das pessoas. Em suma, traduzem direitos individuais existenciais, tais como os direitos à vida, às várias formas de liberdade (de locomoção, de expressão, de autodeterminação da personalidade, sexual etc.), à integridade física e à saúde, à propriedade, à honra e à imagem, à intimidade etc. Os direitos fundamentais individuais correspondem, em síntese, às chamadas “liberdades públicas” ou “liberdades fundamentais”. Seu propósito é o de assegurar um espaço inviolável de liberdade individual por meio da limitação dos poderes do Estado. Também se designam pelas expressões “liberdades negativas” ou “direitos de *status negativus*”, justificando-se a frequente alusão à sua feição *negativa* porque tudo o que tais direitos asseguram ao indivíduo é uma **abstenção** por parte do Estado. Por isso, não sem razão há quem os chame de “direitos de defesa” ou “direitos de resistência”.⁵⁵⁶⁻⁵⁵⁷ Inserem-se nesse primeiro grupo, também (embora tenham características diferentes dos restantes), os direitos de participação política.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais é composta pelos direitos sociais (evidentemente, derivados da maneira de pensar mais afeta aos Estados Sociais). Falamos de direitos que têm por nítido escopo a asseguarção de condições materiais para que as liberdades anteriormente proclamadas possam ser usufruídas em concreto, e em condição de igualdade. Esses são direitos **prestacionais**, ou seja, referem-se à expectativa de que o Estado atue **positivamente** no sentido de fornecer determinados bens e serviços sem os quais as próprias liberdades sofrem uma detração ou mesmo um completo esvaziamento. Direitos trabalhistas, acesso aos serviços de saúde, educação e cultura, segurança pública, saneamento,

⁵⁵⁵ Alguns autores utilizam quatro ou até mesmo cinco dimensões, como é o caso de BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração dos Direitos Fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**. Porto Alegre, ano 2, n. 3, HS Editora Ano. Abr./Jun. 2008, p. 85.

⁵⁵⁶ Por exemplo, DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49-50.

⁵⁵⁷ Embora na visão liberal clássica as limitações se dirigissem exclusivamente ao Estado, a visão contemporânea admite a oposição das liberdades públicas contra particulares para impor-lhes deveres de abstenção. Esse é o tema central da já referida obra de Daniel Sarmento (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004), e uma sustentação bastante parecida com a que fizemos foi realizada por Michael Kloepfer, cuja citação se fez linhas acima.

moradia e outros itens se unem com o intuito de diminuir as distâncias e desigualdades deixadas pela ação corrosiva dos excessos capitalistas.

A terceira dimensão é composta pelos **direitos coletivos**. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁵⁵⁸ os dividem em **direitos coletivos tradicionais** e **novos direitos coletivos**. O primeiro grupo é composto por direitos eminentemente individuais que são exercidos coletivamente (como alguns direitos políticos, ou de associação, de resistência propriamente dita etc.). O segundo, por sua vez, lida com direitos de titularidade efetivamente coletiva (direitos dos consumidores, direito ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento econômico etc.).

Que nenhum direito fundamental é absoluto⁵⁵⁹ parece ser algo dificilmente questionável. Isso não significa, porém, que seja inviável afirmar a existência de uma **hierarquia** entre os direitos fundamentais.

A estruturação de uma escala hierárquica de direitos fundamentais (ou de bens jurídicos, ou de valores, caso se prefira) não é apenas possível, mas algo necessário se se pretende manter sobre o Direito uma visão funcionalista. Ora, para que o Direito atenda à sua função (proteção dos bens e direitos essenciais para o usufruto da máxima liberdade possível), é preciso que estabeleça, a todo tempo, prioridades. Embora jamais defendamos uma ordem hierárquica rígida, inalterável, vemos como imprescindível o escalonamento dos direitos fundamentais de modo a deixar clara a soberania *a priori* de determinados bens jurídicos e valores sobre outros, norteando todas as células do corpo social e o Estado a promoverem as ponderações com a máxima observância possível das prioridades estabelecidas. É evidente que a luz do caso concreto poderá desfazer o posicionamento hierárquico inicial e subverter a ordem de importância dos bens e valores, mas o certo é que, quando isso ocorrer, deverá ser exigido do

⁵⁵⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 55.

⁵⁵⁹ Já expusemos, e citando Alexy, que a dignidade humana não é um princípio absoluto. Para este autor, aliás, definitivamente, não há princípios absolutos. Discordamos por conceber uma única exceção: o princípio da legalidade penal, pedra fundacional da estrutura de qualquer Estado de Direito (FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Princípio da legalidade penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à maximização da violência punitiva. In: IN: ADEODATO, João Maurício (Coord.); BRANDÃO, Cláudio (Coord.); CAVALCANTE, Francisco (Coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 349-362), sem o qual o colapso irracional é certo (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 4.ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000, p. 101-102). Quanto a direitos fundamentais (ou bens jurídicos), concordamos que não existam os que sejam de natureza absoluta. A existência de regras como as da legítima defesa e do estado de necessidade, consolidadas na maior parte dos ordenamentos jurídicos codificados, é um robusto indício a militar nesse sentido.

tomador da decisão um esforço argumentativo muito mais intenso. Se se identifica uma escala **inicial** de valores ou bens, tem-se um ponto de partida previsível e, pelo menos na teoria, majoritariamente aceito. O abandono desse ponto de partida para a adoção de posição desprovida do mesmo alicerce comunicativo prévio e compartilhado somente será aceitável mediante a apresentação de uma fundamentação imensamente mais sofisticada.

A possibilidade⁵⁶⁰, a produtividade⁵⁶¹ e até a necessidade⁵⁶² de uma estruturação hierárquica já foram mencionadas por muitos. Não há sugestões, porém, acerca de **como proceder à hierarquização propriamente dita**. Qual critério seria empregável para a determinação da preponderância **inicial** de um direito (ou valor, ou bem) bem sobre outro? Seguramente, a sua relevância para a realização da dignidade da pessoa humana.

Se a dignidade, em si, como vimos, não é um direito, mas o predicado que confere à pessoa a titularidade de direitos, nada mais natural do que se estabelecer entre esses uma ordem de preferência – para parafrasear Alexy, *prima facie* – para que os operadores do Direito sejam orientados no sentido de resolver conflitos e colisões de modo a respeitar aquela primeira na maior medida possível. Quanto mais importante o direito (ou bem) para a concretização da dignidade da pessoa humana, maior deverá ser seu valor, e mais alto seu posto na escala hierárquica. Mas como definir quais bens são mais importantes para a realização da dignidade humana? Ou, como fundamentar a decisão de considerar mais relevante para a realização da dignidade humana (algo tão volúvel e incerto) um determinado direito em detrimento de outro? Deve-se partir da ideia de **violação**.

Eis a regra: quanto **mais danosa** à dignidade humana a lesão ao direito (ou bem) se mostrar, **maior será a relevância** deste último para a realização daquela, e, portanto, em mais alta conta deverá ser tido na escala hierárquica de valores.

⁵⁶⁰ Alexy menciona a possibilidade de estabelecimento de “preferências *prima facie*”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 158-164.

⁵⁶¹ Ana Paula de Barcellos advoga a tese das ponderações abstratas ou preventivas. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 147.

⁵⁶² Ingo Sarlet, com apoio em Juarez Freitas, menciona expressamente a indispensabilidade da hierarquização. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 99-100.

Tais considerações são importantes porque o âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana é formado – principalmente, embora não exclusivamente, como veremos a seguir – pelos direitos fundamentais posicionados como condições para realizá-la.

A asseguaração do direito fundamental à vida, destarte, é a primeira e mais óbvia das muitas providências que um Estado Democrático e Social de Direito deve adotar para promover a dignidade da pessoa humana. A vida, como pressuposto da dignidade e condição de possibilidade para a fruição de todos os demais direitos fundamentais, é o bem mais valioso. Por força da lógica, tem que se situar (sem absolutismo e com abertura para exceções, desde que eximamente justificadas) no topo da escala hierárquica. Logo abaixo, podemos situar **outras exigências biológicas** da dignidade. Integridade física e saúde são *standards* biológicos, isto é, são padrões desejáveis para toda existência biológica. A partir daí, deve seguir-se um rol composto por “liberdades negativas” e “prestações” pertencentes a todas as dimensões de direitos fundamentais. Por meio de sua proclamação e efetivação, o Estado garante ao indivíduo as condições necessárias para que a vida seja vivida em condições de qualidade compatíveis com o nível de valor que se confere a todo indivíduo enquanto ser humano digno.

Falar do âmbito de proteção da dignidade humana é uma tarefa que, na mesma linha da conceituação, em si, é irremediavelmente espinhenta. O fato de enxergarmos a dignidade humana não como um direito fundamental, mas como um atributo ou mesmo um *status*, só faz dificultar a empresa. Ora, delinear o âmbito de proteção da dignidade, se dela defluem os direitos fundamentais – e se a afetação desses tende a comprometer a realização daquela – significa delinear os âmbitos de proteção desses mesmos direitos fundamentais. Pois é a partir da sua promoção conjunta que se pode obter o **estado de coisas** necessário à existência em condições dignas. Esta é uma pretensão evidentemente inviável, por diversas razões. A primeira dificuldade seria a de estabelecer um rol dos direitos fundamentais afetos à dignidade. Ainda que executada a proeza, faltaria bem mais do que apenas uma dúzia de trabalhos hercúleos. A respeito do âmbito de proteção de cada um dos direitos fundamentais se pode escrever um livro espesso. E, se por hipótese “de laboratório”, conseguíssemos chegar a tanto, não teríamos mais do que um imenso mosaico de cores e formas não raramente sobrepostas.

Pela abertura semântica, pelo pluralismo e o dinamismo da sociedade, e pela riqueza de elementos que se podem agregar a um conceito de dignidade compatível com a complexidade humana, parece ser mais proveitoso que sejam empreendidos esforços no sentido de delimitar um **conceito negativo** ou uma fórmula baseada na ideia de **violação**. Na verdade, de **tipos ideais de lesão**, como veremos mais adiante.

Como comentou Ingo Sarlet, pode ser que não se saiba com exatidão o que a dignidade humana é, ou mesmo o que ela abrange, ou seja, qual seu âmbito de proteção. Mas o fato é que “não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida”.⁵⁶³ É mais fácil dizer onde a dignidade **não está** do que onde ela está; é mais seguro dizer quando ela está sendo violada do que quando ela está sendo preservada. Ou, na formulação mais direta de André Malraux⁵⁶⁴, “Não sei ao certo o que é a dignidade humana. Conheço bem, muito bem, o que é a humilhação...”.

Continuamos com Ingo Sarlet⁵⁶⁵ para abordar uma proposta bastante interessante nesse sentido, denominada “fórmula-objeto”. A “fórmula-objeto” parte da premissa kantiana de que a mais clara violação da dignidade humana corresponde à **coisificação**, isto é, à deposição do homem enquanto “fim em si mesmo” para a ocupação do papel subserviente de meio para a mera satisfação dos arbítrios de outrem. Todas as ações que transformem o homem em objeto seriam violadoras da dignidade.

Intuitivamente ou por recomendação da história, é natural que pensemos assim. Será difícil, para os que creem na dignidade da pessoa humana como um atributo igualmente presente em todos os homens, encontrar exemplos mais gritantes de violação do que os da tortura, da escravidão e das experiências científicas nazistas. Em todos eles, uma pessoa tem anulada sua liberdade e cassada uma lista de direitos fundamentais por força da vontade opressora de outrem, que dela faz uso arbitrário, transformando em **meio** um ser que se concebe destinado a ser um **fim**.

⁵⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 50-51.

⁵⁶⁴ MAULRAUX, André *apud* RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 5.

⁵⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 63; 153; 166.

Casos dessa estirpe, considerados verdadeiros modelos de violação da dignidade humana, podem e devem ser adotados como **tipos ideais de lesão** (violações da dignidade humana “por excelência”). Para fazer uso de expressão idiomática anglo-saxônica um tanto quanto ilustrativa, *textbook cases* nos permitem extrair os elementos necessários para a construção de um parâmetro que, embora não resolva diretamente os casos “intermediários”, representa um grande avanço na solução daqueles que se situam nas extremidades. Tudo o que se aproximar dos parâmetros de tratamento dispensados ao ser humano nos casos de escravidão, por exemplo, certamente se deverá considerar violador da dignidade.

Por tudo o que foi dito, chegamos a um esboço do âmbito de proteção para a dignidade humana que se constrói a partir da confluência de dois critérios perfeitamente compatíveis. Os dois tomam como parâmetro **a lesão**. Talvez não seja possível definir por antecipação o que a proteção da dignidade da pessoa humana compreende, até onde se estende essa proteção ou, mais concretamente falando, estabelecer de antemão a que tipos de casos e situações ele se aplica. Mas é plausível, fazendo um percurso, identificar casos patentes de violação para construir parâmetros e referências balizadoras da aplicação do princípio que a preconiza.⁵⁶⁶

De um lado, como regra, a afirmação da lesão da dignidade da pessoa humana se torna uma decorrência automática da constatação da violação de algum dos direitos fundamentais que a ela se subordinam e dela extraem seu fundamento existencial. Sob esse prisma, a dignidade da pessoa humana não conta com um âmbito de proteção próprio, e sua violação depende da ofensa concreta a um direito fundamental em particular.

Essa visão talvez até se coadune com a posição segundo a qual a dignidade da pessoa humana exerce o papel exclusivo de valor-reitor de um sistema jurídico. Ela não tem um conteúdo próprio, mas um corpo necessariamente formado pela junção de uma série de partes menores específicas – os conteúdos de cada um dos direitos fundamentais.

⁵⁶⁶ Interessante registrar a opinião de Ana Paula de Barcellos, que leva ao extremo a ideia da utilidade da lesão como parâmetro para a delimitação de um âmbito de proteção para a dignidade da pessoa humana: “[...] se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, isto é, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia, um signo sem significado correspondente. [...] Em um quadro com essa aparência, pouco poderá fazer o Direito por uma sociedade que tenha deixado de acreditar na igualdade de todo ser humano e em sua dignidade essencial. Não há remédio para esse mal na farmacologia jurídica”. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2.ed.ampl.rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 229.

Por esse raciocínio, a dignidade da pessoa humana, conquanto goze de prestígio por fundamentar filosoficamente todos os direitos fundamentais, não tem um significado autônomo. Isso nos leva a questionar até mesmo a importância efetiva da dignidade humana como um elemento jurídico. Afinal, nos casos em que estejam sendo ofendidos direitos fundamentais específicos, a menção da dignidade humana se torna dispensável. Aliás, é recomendável, em tais casos, para efeito de uma maior robustez argumentativa em situações de colisão e de intervenção, que se adote como fundamento principal a lesão ao direito específico, que por sua maior concretude, tende a ser mais facilmente demonstrável.

Segundo entendemos, negar à dignidade humana um âmbito de proteção exclusivo é subestimar sua importância e relegá-la a um posto que, na melhor das hipóteses, é secundário. Ela acaba permanecendo à sombra de algum direito fundamental que, em tese, deveria render-lhe homenagens e que existe para a sua satisfação. Acaba por poder ser invocada justamente quando desnecessária. Que se mantenha a via da identificação do dano à dignidade como uma consequência lógica da lesão de um dos direitos fundamentais de primeira grandeza que dela decorrem. Mas que se adicione outra, afirmadora de um conteúdo próprio e de uma autonomia que condizem com sua magnitude e que lhe conferem a devida utilidade jurídica: a de assegurar que a pessoa seja respeitada enquanto ser necessariamente digno. Por essa vertente, a dignidade humana pode tornar-se “um princípio prudencial”, uma “cláusula aberta”, isto é, um comando “sem conteúdo pré-fixado”, mas que “assegure a todos os indivíduos o direito à mesma consideração e respeito”.⁵⁶⁷

O critério que sugerimos para a delimitação inicial de um tal âmbito de proteção é o do **tratamento**. Viola a dignidade humana o tratamento coisificante, que recusa à pessoa o respeito que lhe é devido enquanto ser digno; que despreza o seu valor individual típico; que desconsidera sua autonomia e sua condição de fim para convertê-la em instrumento a serviço de desígnios alheios. Em suma, que reduz ou apequena o homem, destronando-o da condição de proprietário de sua vida e sua liberdade, privando-o das escolhas e submetendo-o a um controle tal que ele seja impedido de comportar-se como um ser humano. Aqui, podemos e devemos nos apropriar das palavras de Dworkin⁵⁶⁸:

A expressão “direito à dignidade” é usada de muitas formas e em muitos sentidos na filosofia moral e política. Às vezes, por exemplo, significa o direito a viver em condições, quaisquer que sejam, nas quais o amor-próprio é possível ou pertinente.

⁵⁶⁷ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 48.

⁵⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 333-334. Grifo do autor.

Aqui, porém, devemos examinar uma idéia mais limitada: a de que as pessoas têm o direito de não ser vítimas da **indignidade**, de não ser tratadas de um modo que, em sua cultura ou comunidade, se entende como demonstração de desrespeito. Toda sociedade civilizada tem padrões e convenções que definem essas indignidades, que diferem conforme o lugar e a época em que se manifestam.

O âmbito de proteção exclusivo da dignidade da pessoa humana se desvincula daquele dos direitos fundamentais para assegurar ao homem a mencionada prerrogativa de tratamento. Independentemente da constatação da lesão a algum direito fundamental, viola a dignidade da pessoa humana o tratamento do indivíduo incompatível com as características que ostenta enquanto ser humano.

Após tantas considerações, e no limitado espaço de que dispomos, chegamos a uma sintética conclusão provisória: **dignidade humana é o atributo que confere à pessoa a prerrogativa de ser respeitada enquanto ser humano**. Se esta definição diz pouco, é porque pouco sabemos sobre o que é ser humano. O mais provável, é claro, é que nunca venhamos a saber o suficiente. Os níveis de complexidade presentes em todos os aspectos físicos e psíquicos ser humano asseguram que ele seja verdadeiramente indecifrável. Nem por isso, nos devemos permitir o arrefecimento da curiosidade ou o esmaecer dessa busca perpétua por autocompreensão. Ainda que, como Sísifo, de quando em quando tenhamos que viver de sucessivos e alternantes progressos e retrocessos.

Nossa proposta, com o capítulo seguinte, é exatamente a de oferecer uma modesta contribuição nesse sentido, a partir de reflexões acerca de duas das mais elementares faculdades humanas: a razão e a vontade.

7. A FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sumário: 7.1. Os pontos frágeis de uma concepção ontológica clássica dos valores. 7.2. A afirmação do valor da dignidade da pessoa humana sem o recurso à ontologia. 7.3. As faculdades mentais como fontes do valor humano.

7.1. OS PONTOS FRÁGEIS DE UMA CONCEPÇÃO ONTOLÓGICA CLÁSSICA DOS VALORES

Constitui a tônica do paradigma atual declarar a dignidade da pessoa humana como um princípio constitucional e como um valor que norteia a interpretação e a aplicação das normas jurídicas.

No capítulo anterior, fizemos um apanhado sobre o percurso histórico que marca a afirmação dos direitos fundamentais, e constatamos que, em grande medida, eles são o resultado de uma indignação sentida em relação aos abusos de governantes inescrupulosos e aos episódios e fases de terror em que se viu envolta a humanidade. Vimos, também, que a conceituação e o aprofundamento dos estudos sobre a dignidade da pessoa humana são de vital importância para que ela seja, como princípio e como valor, consolidada no âmbito jurídico nacional, mas que, frequentemente, as práticas acadêmicas e judiciárias se movem na contramão, banalizando-a e desprestigiando-a pela invocação simbólica e desprovida de fundamentação. Finalmente, conceituamos a dignidade da pessoa humana e procuramos estabelecer um esboço para seu âmbito de proteção, que coincide com a área correspondente aos respectivos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais que dela decorrem, mas se estende mais além, abarcando um perímetro mais amplo que se identifica com o direito de ser tratado com o respeito condizente com as faculdades e características humanas.

Nada mais natural, então, que retomar o curso da discussão, no presente capítulo, a partir da exposição das referidas faculdades e características humanas – algumas delas, obviamente; aquelas que consideramos as mais básicas e principais. Antes disso, porém, precisamos expor as perguntas para cujas respostas pretendemos oferecer contribuições.

Afirmamos a dignidade da pessoa – à semelhança do que faz a doutrina majoritária – como um valor típico e irrecusável da condição humana. Equivaleria isso a dizer que a concepção adequada para a análise da dignidade da pessoa humana é a ontológica? Seria ela um dado **inato**? Em que se baseia essa dita **irrecusabilidade**? E mais: em que se funda a ideia de que o ser humano merece ser tratado com respeito? Na sua condição biológica? Dizendo de outro modo: o que a pessoa humana tem que nos faz considerá-la digna de um tratamento respeitoso?

É grande a aceitação, especialmente em ambiente acadêmico contemporâneo, das posições que enxergam na dignidade da pessoa um dado que é inerente ao ser humano e que independe de reconhecimento político ou positividade. Isso, por si só, indicia a prevalência de uma concepção, se não abertamente jusnaturalista, pelo menos “pós-positivista”.

Seria correto afirmar, partindo da concepção exposta, que a dignidade é um dado ontológico do ser humano, isto é, é uma característica que sempre o acompanhou e acompanhará, em qualquer tempo e em qualquer lugar, independentemente de reconhecimento? Ou seria ela um atributo convencionado por força de um acordo comunicativo que decorre de uma série de experiências e discussões? Nesse caso, o que impede que seja suprimido a qualquer momento? De que adianta enaltecer uma característica que confere ao ser humano uma série de prerrogativas, mas que pode ser-lhe retirada ou recusada a qualquer tempo?

Podemos adotar uma visão ontológica ou uma visão radicalmente cética a respeito dos valores. A primeira possibilidade conduz à aceitação da existência de condutas e eventos que sejam necessariamente bons ou maus, positivos ou negativos, independentemente de onde e de quando ocorram. Valor ou desvalor serão atributos ínsitos aos fenômenos e objetos. Isso é básico. Precisamos aprofundar um pouco mais. Quando se adota uma postura ontológica a respeito dos valores, o que se está a afirmar: (a) que certas coisas serão inexoravelmente reconhecidas como boas por toda e qualquer pessoa, ou (b) que, mesmo não sendo reconhecidas como boas, ou sendo expressamente declaradas como más, encerrarão, no fundo, uma valoração positiva, a despeito de qualquer opinião ou argumentação?

A primeira alternativa definitivamente não é favorecida pela experiência e pela história.⁵⁶⁹ A diversidade e os antagonismos entre as religiões, as tradições, os costumes, as legislações e, de um modo geral, entre as culturas, é uma robusta evidência no sentido de que as pessoas (ou grupos) não enxergam os fenômenos da mesma maneira. Sobre eles se lançam, com enorme frequência, juízos de valor diametralmente opostos. As profundas divergências acerca do aborto, da eutanásia, das relações homoafetivas, do adultério, da prostituição e da poligamia, dentre outras, são uma mostra da fragilidade da ideia unívoca de valor. O suicídio é um dos exemplos mais relevantes, por dizer respeito a um bem inicialmente valioso em qualquer lugar e época. Pode ser visto como um ato de desespero, de fraqueza ou covardia, ou mesmo como sintoma de uma doença psíquica. No caso do suicídio cerimonioso, no Japão, esteve, por séculos, diretamente associado à honra e à coragem. Os suicidas de Dante, punidos no sétimo círculo do Inferno, transformam-se em árvores esqueléticas e têm suas folhas constantemente dilaceradas pelas Harpias. Os de Maomé, se tombam pela guerra santa, são presenteados com dezenas de virgens no Paraíso.

Ao desenvolver sua minuciosa análise sobre o ontologismo radical de Nicolai Hartmann (escolhido justamente por representar o ícone dessa forma de pensamento), João Maurício Adeodato⁵⁷⁰ lembra que, para aquele filósofo, defensor de uma concepção denominada “platonismo axiológico”, os valores existem em si mesmos, são imutáveis e podem ser intuídos por qualquer ser dotado da aparelhagem psíquica e emocional adequada. Nesse sentido, qualquer criatura suficientemente aparelhada para captar valores, nos mais distantes recônditos do universo, enxergaria que o racismo é inelutavelmente um mal. Como teremos oportunidade de enfatizar mais à frente, porém, a escravidão é, atualmente, considerada uma das mais desvaliosas práticas imagináveis para os seres humanos. Mas hebreus foram escravizados no Egito; negros e índios, na Europa e, especialmente, nas Américas. Judeus foram submetidos ao definhamento por trabalhos forçados em campos de concentração alemães. Grécia e Roma conviveram muito tempo com a separação entre escravos e cidadãos. Partamos da premissa de uma injustiça ontológica para a escravidão. Se entendermos que essa injustiça, por ser ontológica, é necessariamente identificada por toda e qualquer pessoa, independentemente de quaisquer variáveis espaciais, temporais e culturais, estaremos a afirmar que absolutamente todos os egípcios, europeus, americanos, alemães, gregos e

⁵⁶⁹ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 261 e 279.

⁵⁷⁰ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 223.

romanos que ordenaram, praticaram ou se beneficiaram da escravidão o fizeram com total consciência acerca de sua maldade. Algo dificilmente sustentável. O mais provável é que tenhamos muitas pessoas a compor cada um dos grupos – o dos que agiram sabendo e o dos que o fizeram na mais resoluta crença de que nenhum mal havia nisso.

Ainda na esteira das análises de João Maurício Adeodato⁵⁷¹, constatamos que Nicolai Hartmann sustentaria que a discrepância de entendimentos e condutas se dá por uma falha no processo de intuição dos valores. Rigorosamente falando, os valores, que são sempre os mesmos e existem a despeito de apreensão e realização pelo homem, só são divergentes porque alguém incorreu em erro. Atualizando a visão platônica, aliás, o filósofo deixa entrever sua visão de que todo mal seria fruto de um erro.⁵⁷² “Pessoas sensatas”, se conduzirem apropriadamente seus processos gnoseológicos acerca dos valores, não dissentirão quanto à sua positividade ou negatividade. Em nosso exemplo, a escravidão seria um mal em si, e os que a praticaram somente o fizeram porque se “equivocaram” no percurso da intuição axiológica.

De qualquer forma, consideremos que as pessoas intuem os valores diferentemente de modo consciente ou por equívoco, seremos levados a acreditar, admitindo ainda a ontologia, que a segunda alternativa acima cogitada é a mais plausível. A eventual existência de valores ínsitos e imutáveis nos fenômenos não impede que sejam realizados juízos humanos, e nem que os resultados de tais juízos contrariem frontalmente o dito caráter essencialmente positivo ou negativo do objeto sobre o qual recaem. Daí surgem outras questões importantes. Primeiramente, **quem** está autorizado a declarar o “valor imanente”? Ora, na primeira hipótese, já afastada, existiria um consenso universal sobre o bom, ainda que o bom não fosse o que se levou adiante. O juízo seria uníssono, ainda que as atitudes não o fossem. Mas, agora, se, a despeito de um eventual valor intrínseco, os juízos realizados poderão apresentar resultados tão distintos, como saber qual é o correto, isto é, aquele que se identifica com o valor imanente? Alguns expressarão a opinião de um valor positivo; outros, de um valor negativo. Quem está com a razão e por quê?

⁵⁷¹ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 219-238.

⁵⁷² Cabe, aqui, a crítica lançada por Aristóteles sobre a tese socrática de que “ninguém age contra a noção que tem do que é o melhor de tudo, mas, quando assim age, fá-lo por ignorância”. Aristóteles toma posição: “Ora, esta teoria está manifestamente em contradição com os fatos da vida”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 149. Impressiona que a objeção tenha sido feita há mais de dois mil anos, antes das Guerras Mundiais e dos níveis de complexidade e diversidade dissolverem grande parte dos paradigmas morais e religiosos com os quais conviveram os homens desde o início do registro da história.

Essas indagações nos fazem chegar a outras, ainda mais desalentadoras para os defensores de uma ancoragem teórica ontológica para os valores. **De que adianta o dito valor imanente** se, na prática, ele pode ser ignorado ou mesmo negado? E qual a sua utilidade se não há critério seguro para determinar se o juízo que o afirma é o correto? É também esta a indagação de João Maurício Adeodato⁵⁷³:

Concedendo que o mundo dos valores é assim aprumado, se o defeito está na apreensão que os homens dele fazem, de que adianta a tese dos valores existentes em si? Como intuir e realizar essa ordem diante das divergências em sua percepção, qual o critério, só Hartmann pode estabelecê-lo?

Em apertada síntese, o que intentamos demonstrar, até aqui, é que, **mesmo se se adotar uma visão ontológica**, não haverá critérios ou métodos capazes de destacar com segurança a positividade ou a negatividade imanente de um fenômeno qualquer. O ser humano sempre pode realizar um juízo, e esse juízo, tanto pode realizar-se no sentido da identificação e da afirmação do valor, quanto (pelas mais diversas razões) em sentido diametralmente oposto. No fim, se o valor existe, em si, atrelado ao fenômeno, ali permanecerá, em muitas situações, sem surtir efeitos quaisquer no mundo, podendo passar despercebido ou mesmo sofrer duro rechaço por parte das pessoas e dos grupos.

Milita contra a concepção ontológica de valores uma suspeita que decorre de algumas interrogações simples. Os valores existiriam se os homens não existissem? De que serviriam, ou quem os poderia reconhecer? Se a humanidade desaparecer, digamos, engolida por uma catástrofe nuclear, os valores permanecerão? Georg Simmel⁵⁷⁴, ao sintetizar o pensamento de Schopenhauer, diz que não, pois “todo valor é relativo, ou seja, só pode existir para alguém”. Hartmann, mais uma vez, responderia afirmativamente⁵⁷⁵. Mas, aí, tudo indica, em tom puramente especulativo, talvez até renitente, não apenas porque lhe faltam em absoluto dados empíricos e as observações fenomenológicas conduzem a direção oposta, mas porque a utilidade de tal forma de pensar se esvai diante do fato que todas as reflexões nesse sentido foram feitas por humanos para humanos, sem nenhuma garantia de que seres que porventura

⁵⁷³ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 265.

⁵⁷⁴ SIMMEL, Georg. **Schopenhauer & Nietzsche**. Trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 144.

⁵⁷⁵ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 125.

nos venham a suceder ou substituir retomem a filosofia dos valores do exato ponto em que a deixamos.

Parece que mais próxima da razão está a perspectiva cética⁵⁷⁶. Segundo ela, valores não existem em si, e, uma vez declarados, tampouco são imutáveis. São, sempre, obras da mente humana, invariavelmente influenciada por uma série de contingências, conjeturas e experiências, o que assegura sua suscetibilidade e consequente provisoriedade. O positivo e o negativo operam em função de critérios e são determinados por contextos. Significa dizer que algo não é essencialmente bom, mas **bom segundo certos critérios de análise**. Nada é intrinsecamente justo, mas **justo à luz de um dado parâmetro**. E esses critérios e parâmetros variam imensamente de acordo com a situação. Veja-se o que é o beijo no rosto: um gesto de carinho, de mãe para filho; um cumprimento educado entre pessoas conhecidas; um desrespeito entre desafetos; o meio usado para uma das mais célebres traições da história.

Comportamentos e eventos são como palavras. São objetos de interpretação e comportam diversas acepções. São porosos, vagos. Tudo influi na determinação de seu sentido e na composição do juízo de valor a que podem ver-se submetidos. Dificilmente alguém será capaz de negar que textos e palavras suscitarão diferentes ideias e impressões conforme a cultura e a vivência do intérprete e de acordo com o contexto em que se inserirem. Diferente não se passa com absolutamente nenhum fato. Do mesmo modo que não há palavras inequívocas ou cem por cento auto-explicativas, não há fatos (humanos ou não) que somente admitam uma interpretação. É bem certo que as culturas sugerem *standards*. Mas *standards* são pontos de partida, nada mais. Tempo e lugar, com seus respectivos costumes, tradições e ciências, mudam as lentes sob cujo foco serão analisados quaisquer fatos. Experiências e concepções pessoais entram em cena para dar o golpe de misericórdia em eventual expectativa de univocidade.

Se recusarmos por completo qualquer referencial ontológico, partiremos do pressuposto de que todo fenômeno é neutro, de modo que eventual valor ou desvalor somente surge *a posteriori*, após a incidência do juízo humano (seja no campo da individualidade ou no plano da comunicação intersubjetiva). Absolutamente nenhum objeto, desde que apreensível pela

⁵⁷⁶ É elementar, aqui, que não se permita espaço às confusões grosseiras entre ceticismo, niilismo, pessimismo, anti-eticidade, imoralidade ou a-moralidade. O ceticismo referido apenas se opõe ontologia, isto é, desacredita a possibilidade de que exista uma única visão correta a respeito da bondade e da maldade, da justiça e da injustiça das condutas e dos eventos.

razão humana, estaria fora do alcance desse juízo. Nesse sentido, vimos que mesmo a suposta existência de um valor imanente não obsta à incidência do juízo humano, bem como não impede que este se forme de modo a ignorá-lo ou até negá-lo.

Valor não é algo que se acople ao objeto ou fenômeno e preexista ao juízo. Ele é **atribuído**, e não **identificado** ou **descoberto** pelo juízo. Valor e desvalor dependem, em primeiro lugar, da determinação de um sentido, de um significado, e isso ocorre ao final de um processo interpretativo cujas possibilidades, em termos de resultados, são geralmente muitas. É após se estabelecer um sentido (significado) para o fenômeno (signo) que se lhe imputa a positividade ou a negatividade. Essa imputação, por seu turno, é sempre guiada por critérios. Só se é positivo ou negativo, bom ou mau, justo ou injusto desde um ponto de vista específico, a partir de referenciais determinados. Referenciais móveis, precários e mutantes.

É fato, porém, que é difícil abrir mão em definitivo dos apoios ontológicos. Não só porque o ser humano está em busca de segurança, e a ontologia lhe permite esta sensação, mas porque, à míngua de exemplos concretos ou hipotéticos, certas coisas parecem possuir uma essência imutável. São muito convincentes os argumentos de Zaffaroni⁵⁷⁷ no sentido da inexistência do delito natural, isto é, de uma concepção ontológica de crime. Mas isso não impede que tenhamos a impressão de que, criminalizadas ou não, certas condutas sejam essencialmente más. Por exemplo: o valor que geralmente se dá à vida dos recém-nascidos faz com que, aos olhos da maioria, matá-los seja algo grave. Apesar disso, tem-se conhecimento de culturas indígenas em que os que nascem com deformações e deficiências são eliminados de plano. E essa é uma prática bastante conhecida da antiga cultura espartana. Isso nos leva a refletir: será que tais procederem, em seus locais de origem e nas épocas em que constituíam um costume, eram enxergados como malévolos e cruéis? Será que se essa fosse a cultura dos conquistadores e dos impérios que houvesse se espalhado pelo mundo, nós mesmos a entenderíamos hedionda?

Está em curso – no Brasil, em especial – uma verdadeira cruzada contra a “pedofilia”. Embora poucos saibam o que de fato é a pedofilia, é grande o alarde que se faz diante de casos em que esteja envolvido algum tipo de contato de natureza sexual entre adultos e crianças. A pedofilia é um transtorno de preferência sexual ou uma preferência sexual distorcida classificada como

⁵⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 134.

doença mental (código CID-10 F 65.4). Embora seja usada para demonizar os acusados de crimes sexuais contra menores, seu reconhecimento, na realidade, poderia reduzir a pena do acusado, nos termos do art. 26, § único, do Código Penal, ou, em casos extremos (de difícil ocorrência, é verdade), até mesmo afastar sua responsabilidade penal por inimputabilidade, como indica o *caput* do dispositivo citado. Confunde-se – na maioria das vezes, maliciosamente, como parte de projetos de politicagem sensacionalistas e espalhafatosos – pedofilia (a doença mental) com estupro de vulnerável (o crime). Ora, nem todo pedófilo cometeu ou virá a cometer estupro de vulnerável; e nem todo indivíduo que cometa um estupro de vulnerável será um pedófilo. Mas o que mais importa é que o estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal Brasileiro, é considerado um crime hediondo (art. 1º, VI, da Lei 8.072/90), isto é, se vê incluído entre os mais reprováveis delitos do nosso ordenamento jurídico. Seria a conduta que o configura um mal em si? A tradição da iniciação sexual de adolescentes por adultos mais experientes, na Grécia antiga, põe sob suspeita eventual resposta positiva. Além disso, o limite etário usado para delimitar a tipicidade da conduta é altamente questionável. Talvez, em 1940, a idade de 14 anos fosse um ponto de referência seguro para a separação das relações sexuais lícitas das ilícitas. Naquela época, supõe-se (e não sem fortes dúvidas), a pessoa menor de 14 anos não gozava de desenvolvimento físico, psicológico e emocional para consentir validamente para a prática de atos sexuais, configurando, portanto, ofensivos e presumidamente violentos quaisquer contatos libidinosos consigo mantidos. Seria esse um raciocínio aplicável em 2013? Já expusemos nossa opinião em sentido negativo⁵⁷⁸, e as Cortes Superiores, com suas divergências, mostram que o tema é polêmico.

É certo, de outro lado, que certas ações ganham ares de negatividade ontológica por conta da virtual impossibilidade de justificação. Nesse sentido, quanto mais específica for a consideração, mais fácil será a construção de uma ideia de reprovabilidade intrínseca. Por exemplo: matar alguém intencionalmente (homicídio doloso) parece ser uma conduta essencialmente má. Mas existem muitas justificativas capazes de afastar por completo essa impressão inicial. Voltaire⁵⁷⁹, com seu engenhoso sarcasmo, dedicou algumas linhas ao tema. Disse ele: “é proibido matar. Qualquer assassino é punido, a menos que tenha matado em companhia de muitos e ao som de trombetas”.

⁵⁷⁸ Vide mais comentários no item 3.2.

⁵⁷⁹ VOLTAIRE. **Dicionário Filosófico**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 161.

É certo que determinados motivos e contextos (apenas para citar, legítima defesa e estado de necessidade) podem retirar da conduta homicida o rótulo de “criminosa” para por em seu lugar até mesmo etiquetas honrosas. Quanto mais específicos formos em nossa consideração, porém, mais aumentaremos as chances de chegar a condutas essencialmente más. Matar o próprio pai para haver-lhe os bens por herança; queimar vivo um credor para por fim a uma dívida; torturar uma criança para vingar-se de seu pai. São condutas sobre quais é muito difícil afastar a impressão de uma censurabilidade imanente. Ainda assim, tê-las por ontologicamente más significa afastar em definitivo qualquer possibilidade de que venham, por circunstâncias fáticas que não podem ser todas antecipadas e pré-julgadas por ser humano algum, a ser consideradas boas ou positivas. Não se podem subestimar as configurações fáticas verdadeiramente intermináveis que o futuro reserva. Sempre podem surgir elementos que ponham à prova a dita maldade natural da conduta. A questão, por isso mesmo, parece centrar-se nos debates deflagrados pelo caso concreto.

Se incomoda a perspectiva delineada, pela insegurança quanto às reais chances de que comportamentos que consideramos desumanos venham a ser positivamente valorados, ou vice-versa, devemos buscar algum consolo no fato de que, como regra, o esforço argumentativo para tanto exigido chegará a níveis praticamente inalcançáveis. Se aparentemente desumana é a conduta, “desumano” tende a ser o padrão de qualidade da argumentação necessária para justificá-la. Podemos conceber incontáveis argumentos para afastar a negatividade de eventual relação sexual mantida por uma pessoa adulta com uma adolescente de 13 anos de idade. Não havemos de afastar a possibilidade de neutralização do aspecto reprovável mesmo para casos inicialmente mais alarmantes, envolvendo “vítimas” ainda mais jovens. Mas, por mais que nos esforcemos à exaustão, não conseguimos cogitar qualquer justificativa para a conduta de se sodomizar um bebê de seis meses. Ontologicamente negativa, ou não, essa conduta conta com um nível de reprovabilidade condizente com a diametral oposição aos valores majoritariamente compartilhados pela maioria das sociedades – aparentemente, pela inexistência de registros de precedentes e exceções, em todos os tempos e lugares. Daí advém a segurança quanto ao seu desvalor. Se ele não chega a ser intrínseco, a conduta tem praticamente as mesmas chances de sofrer censura como se o fosse.

A questão, então, não é negar em definitivo a ontologia – até porque isso não é possível⁵⁸⁰ –, mas estabelecer sua dispensabilidade como método primário para a consideração e o manuseio dos valores.

7.2. A FUNDAMENTAÇÃO DO VALOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SEM O RECURSO À ONTOLOGIA

É evidente que a perspectiva ontológica, amplamente dominante no cenário jurídico, com suas adjetivações como “inerente” e “inata”, fornece formidável suporte para a afirmação da dignidade da pessoa como um dado irrecusável da condição humana. Preferimos, no entanto, sem rechaçar a ontologia e o jusnaturalismo – mas reconhecendo sua provável insuficiência à luz da perene ausência de consenso acerca das questões mais triviais, fruto da dissidência de valores e da complexidade das sociedades contemporâneas⁵⁸¹ – fundamentar nossa posição por uma outra via. Nosso alicerce para a afirmação é argumentativo. Mais precisamente, de índole **lógica**.

A dignidade, de fato, se deve considerar um atributo de toda pessoa, em qualquer lugar do planeta, independentemente de reconhecimento estatal ou positivação. Por isso, pode-se afirmar que cada ser humano possui, sim, um valor **irrecusável**. Mas isso não significa que esse valor “nasça” com ele ou que exista no mundo à espera de sua captura. Não é, propriamente, um valor “inato”. É fruto de um juízo, de uma decisão de reconhecimento, mas que, por força da lógica, não está submetida a condições e nem atrelada a contingências quaisquer. Ela é verdadeiramente **obrigatória sob a ótica da lógica**. Digamos que a afirmação da dignidade como algo necessariamente presente em cada pessoa é uma conclusão a que devem chegar todos os discursos, se tiverem pretensão de ser lógicos. O que essa dignidade é, porém, não se pode dizer de antemão, à revelia do tempo, do lugar e da cultura.

A construção de um conceito de dignidade não faz sentido algum se não restar afirmado o aspecto da **irrecusabilidade**. Por razões de ordem prática, o conceito de dignidade só atinge seus fins se a puser como uma característica inegável. E as apropriações jurídicas desse valor só servem se estenderem a toda e qualquer pessoa as prerrogativas da dignidade. Simples:

⁵⁸⁰ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 305.

⁵⁸¹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32.

condicionar a dignidade a qualquer tipo de evento, realização, mérito, conquista ou reconhecimento estatal é confiar o maior tesouro emancipatório da contemporaneidade às mãos de quem já o dilapidou e vilipendiou. Uma noção de dignidade é prestável se esta for uma característica de todos, se valer para todos em face de todos, sem qualquer vínculo com privilégios ou com ações que dependam de terceiros. A ideia de dignidade irrecusável é a de situar um valor no **grau zero**, de fixar um ponto de partida que coloca todos em condições de igualdade e oferece a todos uma proteção básica quanto a seu valor individual. Podemos nos referir a esse grau zero como a **existência nua** – o simples fato de existir como ser humano, independentemente de qualquer atributo particular.

A sucessiva ruptura de paradigmas científicos, éticos e morais nos leva a crer que é uma atitude precipitada fazer qualquer afirmação que tenha tom de absolutismo e definitividade. As mais inabaláveis convicções e os mais seguros conhecimentos foram e continuam sendo levados ao chão. O “reposicionamento” da Terra e sua esfericidade; o átomo e sua fissura; as viagens espaciais; o transplante de órgãos; a genética e a clonagem; os *quanta*; o universo digital e virtual... Obstáculos e barreiras outrora intransponíveis não são mais do que lombadas desgastadas na estrada da evolução científica humana.

Concepções pretéritas sobre o ser humano caíram. E, pelas mudanças que já vivenciamos, assim como pelas que estão por vir, devemos estar prontos a rever nossos conceitos. Como definir o ser humano? Se os bebês de proveta já suscitariam dúvidas nos antigos, o que pensaremos nós dos clones que eventualmente surjam? Não serão humanos? Muitos dos critérios tradicionais – como os da concepção e do número de cromossomos, por exemplo – já foram desacreditados. Alguns dos mais atuais, provavelmente, também o serão. Características e limitações vistas como intrínsecas podem ser superadas. E o que faremos diante dessa superação?

Hoje, todo homem é mortal. Todo homem envelhece. Todo homem depende de nutrientes em sua corrente sanguínea para sobreviver. Se alguma dessas características mudar, estaremos diante de um ser que não será humano? Há alguns séculos trocar um coração de corpo certamente soaria risível. Hoje, suprimir o gene do envelhecimento é uma meta a se perseguir.

Seria descomedida pretensão de nossa parte definir o que é ser humano. É claro que intentamos contribuir nesse sentido, a partir da consideração de algumas de suas faculdades

mentais típicas. Mas, por ora, apenas queremos dizer que são muitas as possibilidades, e que as que hoje vigoram são precárias, provisórias, mutáveis. Por isso, antes mesmo de buscar parâmetros definitivos e estáticos, característicos da ontologia, propomos recorrer à argumentação para fundamentar a dignidade como um atributo irrecusável do ser humano.

Já dissemos que todo fenômeno apreensível pela razão humana pode ser objeto de um juízo de valor. Pois a existência humana individual é um fenômeno. O juízo de valor que se faz sobre a existência do indivíduo, como vimos anteriormente, poderia ser inicialmente positivo ou negativo. Não parece ser discutível que, atualmente, há um grande consenso (embora não unânime) no sentido de enxergar como positiva a existência individual **qualificada** (leia-se: digna). A jornada do homem na Terra, principalmente a partir de suas agruras e desventuras, nos levou a acreditar e afirmar que cada ser humano possui seu valor. Nossas experiências indicaram que esse valor deve ser visto como incondicional, irrecusável e insuprimível. É esse valor, culturalmente desenvolvido, que conduz à afirmação da dignidade da pessoa humana. Afirmer a dignidade da pessoa humana é dizer que todo e qualquer ser humano possui um valor, e que esse valor, além de impor a obrigatoriedade do respeito pelo indivíduo, importa na exigência de certas condições de qualidade para sua existência.

Ficamos tranquilos porque esse pensamento corporifica o robusto entendimento presentemente vigente. Mas a imprevisibilidade do futuro reserva algumas inquietações. Como garantir que ele não seja abandonado ou substituído em prol de outro que, sob a perspectiva atual, representaria catastrófico retrocesso? Ou, pelo menos, como afirmar a invalidade de uma forma de pensar que deponha o homem do posto de ser necessariamente digno, com as implicações e prerrogativas daí decorrentes?

Dworkin⁵⁸² fez uma afirmação contundente, que, se puder ser refutada, o será à custa de grande esforço.

Alguém que comprometa sua dignidade está negando, seja qual for a linguagem usada por sua comunidade, o sentido de si mesmo como alguém que tem interesses críticos e cuja vida é importante em si. O que temos, aí, é uma traição de si mesmo. [...] uma pessoa que aceita a indignidade aceita a classificação nela implícita, e é uma grande e lamentável derrota aceitar que a própria vida não tem a importância crítica de outras vidas [...]

⁵⁸² DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 339.

Apesar de ser fácil assentir quanto ao teor da asserção, ela se baseia em um determinado ponto de vista que pode não ser compartilhado por um grande número de pessoas. O que se passa, aqui, é algo parecido com o que o próprio Dworkin observou em seu livro: a maior parte das pessoas reconhece o valor da vida humana. A maioria concorda, destarte, quanto à premissa, mas seus desdobramentos percorrem caminhos ideológicos bastante diferentes. É por isso que, em sua visão, tanto os que são favoráveis à legalização da eutanásia, quanto os que a combatem com veemência, dão valor à vida, cada um a seu modo, e só se lançam ao caloroso debate exatamente por conta disso. Embora concordemos que se deva reconhecer na vida um valor positivo, em primeiro lugar, e que a maioria das pessoas faz ou tende a fazer isso, em segundo, Dworkin parte de uma visão que, se não abraça a ontologia, com ela flerta visivelmente. Para ele, a vida humana tem uma “importância intrínseca”; “é sagrada”. Em sua opinião, “O maior insulto à santidade da vida é a indiferença ou a preguiça diante de sua complexidade”.⁵⁸³

A perspectiva de Dworkin busca a segurança do absoluto, do imutável, exatamente para que se posicionem barricadas e trincheiras intransponíveis pelos poderes constituídos, constituintes ou reformadores que ousem desprezar as dolorosas conquistas humanitárias do passado. Os valores da vida e da dignidade estão acima da lei (da constituição e até do Poder constituinte originário) porque estão acima do próprio homem, pairando sobre sua cabeça como seres viventes que precisam, apenas, ser identificados e catalogados pelo ser humano, mas que continuam a existir se isso nunca vier a ocorrer. Essa é, sem dúvida, uma visão empolgante e otimista, mas, como vimos em linhas anteriores, desprovida de suporte histórico e empírico, limitada por pontos fracos que ficam constantemente expostos às críticas de todos os que optem por uma postura pluralista em detrimento de uma monista. Dizer que o ser humano “é digno porque é”, assim como afirmar que a vida possui uma santidade intrínseca, é cômodo, confortável, seguro. Mas essa afirmação tautológica não pode ser justificada; pode, unicamente, ser **crida**. Essa crença não é fruto de uma legítima **persuasão**, mas de um ato de fé. O convencimento demanda a exposição de algum tipo de argumento; exige a apresentação de motivos e razões que possam sofrer escrutínio e de indícios que devam ser levados em conta para a formação de um juízo.

⁵⁸³ As expressões são encontradas, respectivamente, em DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 337; 340; 343.

Em suma, se a ontologia está equivocada, ou se não conta com uma adesão unânime, precisamos de outra via para a fundamentação da dignidade da pessoa humana. Se ela está com a razão e a dignidade é um dado inerente à condição humana, melhor para todos nós. A sugestão que daremos funciona, nesse caso, pelo menos, como reforço argumentativo no sentido de sua afirmação e da persuasão mais abrangente possível.

Para estabelecer irrecusabilidade do valor positivo da própria existência individual, em um primeiro instante, e para afirmar igualmente irrecusável o valor da existência individual do outro, em segundo momento, nós recorremos **à argumentação**. Vale frisar, desde já, que se trata de uma **irrecusabilidade lógica**. Não se afirma a dignidade como um dado inato; não se pode garantir que venha a ser universalmente aceita; não há como impedir que seja espezinhada ou mesmo negada no futuro. Aliás, nem a própria ontologia pode fornecer tais garantias. Seja um valor inato ou não, a dignidade sofrerá iguais lacerações quando ascender ao Poder uma mente tirânica protegida por muitos fuzis ou espadas. Se a ontologia está com a razão, o fato é que ela não convenceu Hitler e não sustou a mão de Tsé Tung. Só o que se pode fazer, então, a partir da proposta que formulamos, é afirmar que a postura da negação do valor da dignidade da pessoa humana padece de um vício lógico, e que, como a lógica é um instrumento compartilhado e respeitado por grande parte dos seres humanos, esse defeito fragilizará sobremaneira uma posição dessa estirpe. Em poucas palavras, por sua recusa se pagará alto preço.

De fato, do mesmo modo que é impossível eliminar a ambiguidade e a porosidade das palavras, parece ser difícil cerrar em definitivo as possibilidades de admissão de certos argumentos. Dizer que o valor da escravidão jamais poderia ser sustentado significa, a um só tempo, fechar o conceito de escravidão, estabelecer ontologicamente o desvalor desse objeto e, então, banir em definitivo esse argumento do espaço de discussão. Mas será que os argumentos, assim como o sentido das palavras, estão à inteira disposição do utente? Cada um pode dar às palavras o sentido que preferir e fundamentar suas posições a partir do argumento que lhe aprouver? **Possíveis**, essas condutas até são. Mas não serão praticadas impunemente.

A sanção para a adoção de uma orientação solipsista para a composição da linguagem e a estruturação dos argumentos pode ser, de certa forma, a segregação eventualmente proveniente do descrédito. Quem não fizer questão de ser compreendido, ou não tiver a intenção persuadir ninguém, pode criar sua linguagem exclusiva, autopoietica, autorreferente.

Isso, porém, tende a ter um preço: o falante (agente) estará sujeito às objeções e reproches que a maioria, por divergir ou mesmo por não compreender, lhe pode dirigir. Afinal, embora estejamos com os que sustentam que a relação da linguagem com as coisas “[...] reduz-se a uma convenção que os seres humanos estabelecem arbitrariamente”, é preciso advertir que “Tal arbitrariedade não implica que cada ser humano determine subjetivamente a relação entre a língua e o mundo exterior, pois o uso corrente das palavras diante das coisas apresenta uma objetividade **convencional**, embora não **essencial**”.⁵⁸⁴

Há argumentos fortes e argumentos fracos. Tal adjetivação, arbitrária, somente pode ser feita – e sem perder esse teor de arbitrariedade – à luz de um contexto. *Ethos*, *pathos*, *logos* e *kairós* e uma vasta gama de variáveis hão de exercer influência. Diante disso, não é arriscado dizer que sempre será possível que existam argumentos que acabarão por cair em ridículo e por serem tomados por risíveis. É o preço que se paga pela absoluta insubmissão a determinados **constrangimentos** que se impõem mesmo ao mais retórico dos oradores e, quiçá, até mesmo ao niilista, se não duvidar de sua pertinência à espécie humana (seja lá qual for a definição que se dê a isso).

Certamente, há constrangimentos de linguagem. Quem disser “livro”, pensando em “pessoa”, certamente construirá sentenças bem desconexas para muitos interlocutores. A lei ou a teoria jurídica que se referir a “pessoa” como “coisa alheia móvel”, “semovente” ou “coisa fungível” será considerada potencialmente lesiva, degradante ou injusta por grande parte das pessoas. Também há constrangimentos científicos: negar por completo os paradigmas científicos atuais é assumir um ônus argumentativo de difícil desincumbência. Sustentar o *homo sapiens* como pertencente à família dos pássaros ou alegar sua capacidade de sobreviver a uma decapitação são atitudes de baixíssima probabilidade de sucesso. Se sustentá-las é fisicamente possível, as chances de persuasão por meio de seu emprego são praticamente desprezíveis em certos ambientes (na verdade, quase todos aqueles em que as premissas mais rudimentares da ciência houverem logrado êxito em alcançar). Importa mais, a nós, o **constrangimento lógico**. Como dito, pelo fato de ser a lógica um instrumento tipicamente respeitado pela maior parte dos interlocutores, seu desprezo ou ultraje fará sobrevir ao argumentador uma considerável dose de descrédito. Não que seja propriamente impossível superá-lo. É que vencê-lo demanda um **esforço argumentativo heróico**. Essa expressão será

⁵⁸⁴ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 298. Grifo do autor.

novamente invocada quando falarmos das invariantes axiológicas, pouco mais adiante. Até aqui, o que se pretendeu expor é a convicção de que, embora a dignidade da pessoa humana possa ser negada e seu valor possa ser desconstruído, essa não será uma tarefa fácil. Soa, na verdade, como algo extremamente implausível, efêmero, que se desfaz no ar ao som de poucas palavras opositoras.

O ser humano, aparentemente o único ser capaz de refletir sobre sua própria existência, ao efetivamente tomá-la como objeto de análise, depara-se com a encruzilhada do juízo de valor. Pelos parâmetros que atualmente concebemos, em situações dessa estirpe, teoricamente, pode ser que opte por atribuir um valor positivo ou um valor negativo. Embora constitua a regra, o raciocínio não se aplica aqui. É algo não apenas antinatural ou contraproducente que o homem lance sobre sua própria existência um juízo de valor negativo. É verdadeiramente ilógico que o ser que pensa a própria existência a tenha como algo desvalioso. Se não reconhece como positiva a própria existência, que é condição de possibilidade de tudo, o que poderia considerar bom? Se nem a própria existência é um valor positivo, o que eventualmente decorrente dessa existência poderá sê-lo? Para respeitar qualquer coisa, é preciso que, primeiramente, respeite a sua própria existência, que é o que lhe permite experimentar ou mentalizar tudo o que pode haver de “bom” e “valioso”. Reconhecer como valiosa a existência humana individual é um imperativo lógico, se se quiser reconhecer como boa ou positiva qualquer outra coisa. Se há na vida e nas ações humanas algo que se queira reputar positivo, não se pode fazê-lo sem reconhecer a positividade da existência.

Na verdade, é bastante intuitivo considerar, por força da influência marcante dos instintos de autoconservação e sobrevivência, geneticamente inscritos em grande parte animais, que todo ser vivo, se pudesse valorar sua própria existência, seria levado a tomá-la como algo positivo. À exceção da hipótese do suicida convicto acerca da malignidade que representa a presença do homem nesse planeta, parece razoável supor que a regra seja a da valoração positiva da própria existência. Não se nega que seja plausível, em função do mal possível, e das potenciais decepções e amarguras, entende-ser preferível o “não existir” ao invés do “existir”. Não sentir absolutamente nada seria melhor do que correr os riscos de poder sentir muito prazer e muita dor, sob essa ótica. Esse é um modo de pensar que conduz ao crepúsculo da existência humana na Terra, e não é fácil encontrar ciências e filosofias que o endossem na literalidade.

Partiremos, então, de uma premissa: se o juízo de valor sobre a própria existência não for positivo, dificilmente algum outro poderá sê-lo. É que a existência é pressuposto de todo tipo de experiência e de pensamento. A existência é condição de possibilidade do próprio juízo de valor existencial. Não só este não seria possível, como nenhum outro. Nada poderia ser entendido como bom, justo ou positivo, pois nada existiria “para o ser em questão”. Sua existência precede às experiências e às hipóteses representadas mentalmente como boas, justas ou positivas.

Tudo o que eu possa considerar bom só existiu (experiência) ou poderá vir a existir (hipótese) para mim por causa da minha existência (e o que importa não é a existência das coisas, em si, mas suas existências **para mim**; não fosse assim, nenhum juízo de valor seria possível, pois não posso ocupar-me daquilo que não existe nem mesmo de modo exclusivamente ideal ou hipotético para mim). Toda ação bondosa, todo sentimento positivo, toda sensação prazerosa, todo ato heróico, que me engrandeça ou contribua para a elevação de outra pessoa, tem na **minha existência** seu pressuposto. Sem existir, eu não os praticaria ou não os “conheceria”. Portanto, isso vale para minhas ações, mas também para as ações de terceiros e mesmo para as conjecturas, eis que delas me inteiro ou formulo somente porque existo como um ser pensante.

Um homem doa todo o seu patrimônio às causas humanitárias. Se não considera bom o ato de **existir**, como poderá considerar bom o ato de **fazer** qualquer coisa ou de contribuir para as existências dos outros? Uma pessoa enfrenta voluntariamente o perigo para salvar outra. Como valorar positivamente a ação e negar valor positivo às existências do salvador e do que foi salvo? Significa dizer que o ideal é que nenhum dos dois existisse. Com isso, a ação não existiria, e seu sentido, agora hipotético, necessariamente se tornaria negativo – já que o parâmetro para o valioso passaria a ser não mais a existência, mas a inexistência, e a conduta se deu no sentido da primeira.

É um contrassenso concluir que é bom sentir prazer, mas não é bom existir. É como afirmar o valor da integridade física ou da saúde, mas negar o valor da vida. Saúde e integridade existem por causa da vida; **por ela e para ela**. Se a vida é condição de possibilidade de qualquer outro bem, dom ou prazer, nenhum deles poderá ser reconhecido como valioso se a vida não o for.

Não se trata de uma visão causalista e simplista do tipo “tudo o que decorre do bem é bom” ou “tudo que se origina no mal é mau”. É óbvio que fenômenos negativos podem surtir efeitos eventualmente positivos para terceiros e vice-versa. A questão é outra. Se a existência do indivíduo é positiva, ele deve existir. Ele errará, terá percalços, sofrerá e fará sofrer, mas o juízo positivo que se faz sobre sua existência indica que ele deve continuar a existir. A existência, apesar dos reveses, vale a pena. Se existência é negativa, caso encerrado. O correto ou bom é que deixe de existir. Não importa o que faça de bem, seria melhor que não existisse. Negar valor à existência é recusar o princípio, é refutar o início, impedir o começo de tudo. Afirmar seu valor é abrir o mundo de possibilidades diante do ser.

Pode ser que eu reconheça algumas ações do ser humano como negativas, apesar de ter como positiva a existência desse ser. As ações que julgarei negativas são exatamente aquelas que se apartam do sentido positivo da existência, isto é, que se dirijam no sentido de suprimi-la ou comprometê-la. Se partir da premissa de que a existência do indivíduo é um desvalor (e isso, obviamente, inclui minha existência individual), nada que se passe no sentido de conservá-la será positivo. Isso parece ser uma subversão total do sentido mais comumente atribuído ao valor. Ora, a própria noção de valor parece ter sido cunhada para designar coisas boas, tomando como base referenciais positivos. Basta ver que, há muito, na ética de Aristóteles, o tema dos valores é tratado sob a denominação de “virtudes”. Até hoje, somente conhecemos a acepção da palavra valioso que a relaciona com o que é bom ou justo. A menos que queiramos passar a definir o que é valioso como mau, injusto, destrutivo, teremos que partir da premissa de que tudo o que é bom se passa no sentido de conservar e melhorar o objeto que lhe serve de parâmetro valorativo. Uma escala de valores se compõe a partir desse mesmo raciocínio: quanto “melhor”, mais valioso.

Sabemos que tudo o que é bom ou mau o é **segundo alguns critérios ou de acordo com um parâmetro de análise**. O bom é **bom para o ser humano**, que é o ser capaz de realizar os juízos de valor. Bom para que ele exista e se desenvolva ou para que sofra e desapareça? Então, é como dito: a menos que invertamos em cento e oitenta graus os sentidos de palavras como “bom” e “justo”, seremos forçados a reconhecer que elas designam objetos e fenômenos que **beneficiam** (conforme Houaiss⁵⁸⁵, de *bene*, “bem”, *-fícium*, “fazer”) o ser, estão a seu

⁵⁸⁵ HOUAISS, Antonio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**, versão 1.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

serviço, lhe aproveitam, enriquecem, acrescentam. Como disse Robles⁵⁸⁶, “[...] no podremos defender determinados valores a menos que esteamos profundamente convencidos de su bondad”.

Assim, se existência humana não é positiva, se não representa um valor positivo, o que será valioso? O que o ser humano poderá considerar bom, dali em diante, se o bom é exatamente aquilo que lhe faz bem, isto é, que contribui para sua existência e seu aprimoramento? A menos que se queira adotar uma postura radicalmente pessimista, em que se chegue ao extremo de considerar que simplesmente não há nada que possa ser positivamente valorado – ou seja, de que absolutamente tudo é negativo, e deveria deixar de existir –, reconhecer o valor da existência da pessoa humana é uma atitude lógica cogente.

Embora seja óbvio, é importante frisar que esse valor a que tanto referimos é o da existência **do indivíduo**. Não falamos do valor “da humanidade”, mas **do humano**. Primeiro, porque a humanidade não existe sem o humano. A individualidade é condição de possibilidade da coletividade. Mais uma vez, a questão é de lógica. É ilógico afirmar o valor da humanidade e negar o valor da pessoa. É somente porque há um valor das partes (pessoas) que o todo (humanidade) é valioso. Segundo, porque esse juízo de atribuição do valor somente pode ser realizado pelo indivíduo. A coletividade, o grupo, o amálgama formado pela junção dos espíritos pessoais não tem consciência⁵⁸⁷ e não é capaz de reflexão.

Afirmada a imperatividade lógica de se reconhecer o valor positivo da pessoa, chegamos ao aspecto da irrecusabilidade. Esse reconhecimento que o indivíduo humano faz sobre o valor de sua “existência nua”, isto é, acerca da positividade do simples fato de existir, **necessariamente** tem que conduzir a um acordo no plano comunitário ou coletivo. Ora, na medida em que **cada pessoa** reconhece seu próprio valor individual, o reconhecimento desse valor individual é um valor presente em cada membro da comunidade. O valor individual é, por isso, **um valor compartilhado**. Referindo-se esse valor ao que chamamos de “existência nua” (considerada como o simples ato de existir, independentemente de quaisquer atributos pessoais ou realizações), e, em se tratando a **existência nua** justamente do elemento que iguala absolutamente todo e qualquer ser humano (forma mais simples de se representar a

⁵⁸⁶ ROBLES, C. *apud* WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

⁵⁸⁷ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191-92.

existência), não é possível escapar, sem pagar o preço da ilogicidade, ao forçoso reconhecimento do valor do outro. Pois aquilo eu valoro positivamente em mim é exatamente o que se faz presente no outro. Qualquer critério distintivo (nobreza, titulação, etnia, constituição genética ou fenotípica, religião, nacionalidade, sexo, idade etc.) poderia autorizar a decisão de valorar arbitrariamente algumas pessoas. Se o valor se apoia na **existência nua**, os critérios não existem e todos são iguados, pois todos **existem inicialmente nus**. O outro tem exatamente as mesmas razões que eu para ser considerado valioso. Dizer o contrário é, literalmente, afirmar que “A = B” e “B = não A”.

O elemento **Eu (A)** suscita **valor positivo (X)**. (**A implica X**)

O elemento **Eu (A)**, em sua formulação mais simples, significa **existência individual nua (Y)**. (**A = Y**)

Existência individual nua (Y) suscita **valor positivo (X)**. (**Y implica X**)

O elemento **Ele (B)**, em sua formulação mais simples, significa **existência individual nua (Y)**. (**B = Y**)

Se B = Y; Y = A; B = A

Se A implica X; B implica X.

Na origem, todos suscitam, igualmente, valor positivo.

Mesmo no campo das valorações, em que parece predominar certa arbitrariedade em termos de “preferência”, não se pode desprezar o constrangimento que provém da lógica. “Toda valoração pressupõe uma estrutura lógica (donde o termo axio//lógico)”.⁵⁸⁸

É válido lembrar que um importante **reforço argumentativo** da irrecusabilidade do valor da dignidade da pessoa humana é proporcionado pelas considerações de Miguel Reale sobre “a pessoa como valor fonte” e sobre “invariantes axiológicas”.

Reale⁵⁸⁹ parte da observação de que, embora sejam muitos os postulados e as concepções de Direito Natural existentes, e, apesar dos conflitos em termos de significados e objetivos, é possível observar uma constante. Há, sempre, algo entendido como positivo, para cuja preservação se espera que se voltem as legislações, e algo visto como negativo, que se pretende que seja reprovado e combatido pelas normas jurídicas. Os valores positivos

⁵⁸⁸ REALE, Miguel. **Direito natural / direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 7.

⁵⁸⁹ REALE, Miguel. **Direito natural / direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 4-5.

traduzem conquistas axiológicas registradas no curso da história, que, atualmente, são aclamadas mundialmente. Os “direitos da pessoa humana”, em seu dizer, são os principais exemplos disso. Mesmo que cada povo entenda essas palavras a seu modo, é possível constatar um quê de consenso na afirmação de direitos que são “representativos do patrimônio ético da civilização”.

Reale usa a expressão “universalidade” e comenta que os direitos da pessoa são afirmados, “no Oeste e no Leste”, e “entre Gregos e Troianos”, como patrimônio irrenunciável da humanidade. Embora, a nosso ver, a universalidade propriamente dita esteja ainda um pouco longe de ocorrer, pois ela pressupõe um nível de acordo semântico mais profundo, é bem verdade que a maioria das constituições proclama valores humanitários. E outro dado importante, trazendo de volta informação exposta no capítulo anterior, é a de que todos os quase duzentos países que integram a ONU são signatários de pactos internacionais que afirmam direitos humanos invioláveis. E oitenta por cento dos países-membros assinaram quatro ou mais desses tratados. Isso mostra que o valor da pessoa conta, sim, com uma apreciação em escala mundial.

Dispensamos, anteriormente, o suporte ontológico, e por isso optamos por uma concepção teórica sobre os valores que se aproxima da realeza. A afirmação dos valores não decorre do descobrimento de objetos eternos e imutáveis, mas de uma construção, em que se empregam elementos da história e da cultura. Alguns desses processos de valoração geram frutos que, na visão de Reale⁵⁹⁰, se consolidam de tal forma que passam a gozar de uma estabilidade semelhante àquela que sói decorrer das posições ontológicas.

Se geneticamente os valores correspondem a valorações distribuídas no tempo, eles transcendem tais momentos genéticos para adquirirem uma **objetividade** marcada pela sua persistência histórica no mundo do **dever-ser**. Assim como Monod fala em “**invariáveis biológicas**”, emergentes na biosfera, mas tão constantes e presentes que parecem inatas, também podemos falar de “**invariáveis axiológicas**”, de que é exemplo por excelência o valor da pessoa humana.

Reale⁵⁹¹ escreveu que determinados valores, uma vez que se ponham como objetos da consciência humana, passam a constituir uma “exigência ética” ou um “imperativo ético” que ultrapassa todas as experiências de onde eles provieram. “Atuam eles ‘como se’ (*als ob*) existissem em si e por si”. Desde aí, “[...] se tornam fontes permanentes de legitimação da

⁵⁹⁰ REALE, Miguel. **Direito natural / direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 11.

⁵⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 18-19.

conduta humana, ao mesmo tempo em que traçam limites impostergáveis à interferência do poder do Estado”. Ou, como disse, em outra oportunidade,

“[...] uma vez elevados à consciência coletiva, tornam-se como que entidades ontológicas, adquirindo caráter permanente e definitivo. São o que denominamos **invariantes axiológicas** ou **constantes axiológicas**, como os valores da pessoa humana, o direito à vida, a intangibilidade da subjetividade, a igualdade perante a lei (isonomia), a liberdade individual etc., que constituem o fundamento da vida ética. A eles correspondem os chamados direitos fundamentais do homem”.⁵⁹²

Linhas acima, dissemos que não há “delito natural”, isto é, um comportamento considerado necessariamente reprovável, em si, independentemente do contexto em que seja praticado, mas frisamos que determinadas condutas vêm sendo execradas há tanto tempo, por tantos povos e com tanta veemência que possuem uma negatividade estável, próxima daquela que seria observada se adotássemos uma ótica ontológica. Pois o mesmo se passa aqui: se não há valores absolutamente bons que existam *a priori* e estejam desvinculados do tempo, do espaço e das circunstâncias, há aqueles que, pela força com que vêm sendo proclamados pela maioria dos povos, adquirem esse *status* de positividade constante “como se” fossem ontologicamente concebidos.

É há, para finalizar, outro argumento, de cunho mais pragmático, a fundamentar o aspecto da irrecusabilidade do valor individual independentemente de afirmações estatais, políticas ou jurídicas. Se os seres humanos, no plano coletivo, puderem estabelecer consenso a respeito de qualquer valor, necessariamente devem pactuar, em primeiro lugar, acerca do valor individual. Ora, se a respeito desse valor, chave que abre as portas do plano axiológico, não existir consenso, **nenhum tipo de acordo social sobre valores será possível**. Então, a menos que se queira negar por completo a ideia de valores compartilhados ou culturalmente estabelecidos no plano coletivo, não se pode recusar a obrigatoriedade lógica do reconhecimento do valor da existência individual – não a apenas a minha, mas de todo indivíduo.

⁵⁹² REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 3.ed.atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 162. Grifo do autor. Note-se que, posteriormente, ao transformar a obra de que extraímos o trecho transcrito no clássico “Filosofia do Direito”, Miguel Reale realizou algumas modificações no texto. Transcrevemo-nas, igualmente, para demonstrar que não houve alteração de sentido: “[...] a pessoa, como autoconsciência espiritual, é o valor que dá sentido a todo o evoluir histórico, ou seja, o valor a cuja atualização tendem os renovados esforços do homem em sua faina civilizadora. Como expomos mais longamente em **Experiência e Cultura**, se surgem sempre novos valores, não é menos certo que certos valores – como o da vida e, mais recentemente, o da ecologia –, uma vez revelados à consciência humana, tornam-se **invariantes axiológicas**, atuando universalmente ‘como se’ fossem inatos.” REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 210. Grifo do autor.

Note-se que o raciocínio trilhado nos leva ao reconhecimento de um valor irrecusável, que tanto pode ser chamado de **dignidade**, como pode receber outro nome qualquer. Nada se disse sobre seu conteúdo ou “âmbito de proteção”.

Na cultura jurídica, esse valor positivo logicamente presente em toda existência humana pessoal é o que nos leva a afirmar sua respeitabilidade. O que é valioso merece ser tratado como tal. Mas o que pode ser considerado como um tratamento condizente com o valor? O que se deve entender por **tratamento respeitoso**? Quais são as exigências que o reconhecimento da dignidade impõe? Aqui, entramos em uma seara em que a lógica já não contribui da mesma forma. São perguntas que somente podem ser respondidas com apoio no contexto, isto é, a partir das referências culturais, dos costumes, das tradições e, principalmente, dos acordos semânticos estabelecidos sobre o sentido das expressões **dignidade** e **pessoa humana**. Sobre a dignidade já pudemos nos manifestar. A pauta, agora, é a **pessoa humana**.

7.3. AS FACULDADES MENTAIS COMO FONTES DO VALOR HUMANO

Há quem considere inúteis e até mesmo contraproducentes as discussões acerca da fundamentação da dignidade da pessoa humana. Inúteis, pois seguramente jamais levariam a consenso, diante de divergências culturais e morais tão acentuadas. Contraproducentes, porque até mesmo os eventuais acordos parciais conseguidos se desfariam caso a fundamentação fosse posta em discussão. Partidários de ideologias opostas concordam com algumas propostas de consagração dos direitos humanos, **desde que não se lhes pergunte o porquê**.⁵⁹³ É por isso que muitos autores optam por aprovar uma abordagem eminentemente pragmática do assunto, sob a alegação de que o mais importante é que os direitos fundamentais sejam protegidos, e não justificados, como faz, por exemplo, Norberto Bobbio⁵⁹⁴, para quem uma fundamentação definitiva ou absoluta é inalcançável. Mas o fato é que, “[...] se estamos realmente persuadidos de que todos os seres humanos são constituídos de uma mesma dignidade, devemos ser capazes de justificar essa ideia, e não simplesmente apresentá-la como uma petição de princípio”.⁵⁹⁵

⁵⁹³ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101.

⁵⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, p. 43.

⁵⁹⁵ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 11.

A fundamentação (ainda que não absoluta) é essencial para que todas as interpretações realizadas sobre a dignidade da pessoa humana, seja em abstrato ou diante de casos concretos, se permitam nortear pelos seus fundamentos filosóficos. Bruno Weyne⁵⁹⁶, com apoio em Gregorio Robles, explica que a fundamentação da dignidade não só traz reflexos materiais, em termos de conteúdo, mas traduz uma condição lógica para qualquer acordo verdadeiro. Pois, para que se concorde com alguma coisa, o primeiro passo é concordar quanto aos “porquês”. Caso contrário, o que subsistirá é apenas a “[...] ilusão de um suposto acordo sobre palavras cujo significado desconhecemos”.

Há vários caminhos para se fundamentar a dignidade da pessoa humana. Podemos partir de uma divisão inicial que separa os que entendem a dignidade como um dado inato e os que a pensam como algo adquirido, fruto de um reconhecimento ou de uma concessão.

O primeiro grupo é basicamente formado pelos que, na filosofia, buscam apoio ontológico, e, no Direito, são jusnaturalistas. É claro que a classificação é taxativa, devendo comportar exceções (há, por exemplo, matizes pós-positivistas intermediárias). A dignidade é algo que “nasce” com a pessoa e a acompanha por toda a vida. Independentemente de reconhecimento, afirmação ou proteção, a dignidade “está lá” – na verdade, sempre esteve, embora durante algum tempo não houvesse ainda sido percebida. A posição jusnaturalista (ainda que “atenuada”) se revela atualmente majoritária, no Direito, assim como a ontologia tem sido predominante no campo da Filosofia ocidental.

De outro lado, diz-se que a dignidade não é um atributo real, ou um valor existente no mundo. Trata-se de uma construção cultural incentivada por uma série de experiências e eventos históricos. Ela não existe em si, não tem um conteúdo próprio e não é insuprimível, podendo ser redesenhada ou até refutada conforme novos processos históricos e culturais se desenvolvam nesse sentido. Esta posição é defendida por autores que se podem considerar retóricos, de um modo geral, embora optem por ênfases diferentes em suas justificações (linguagem, cultura, reconhecimento etc.).

⁵⁹⁶ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 118-119.

O que nos importa, aqui, mais do que distinguir e classificar as várias correntes de pensamento existentes, é considerar alguns dos motivos que levaram partidários de ambos os lados a defender com veemência o valor da dignidade da pessoa humana. Em um apanhado bastante sintético, podemos reunir – sem qualquer pretensão de inventariar todas as posições e de aprofundar-nos em suas bases teóricas – as fundamentações da seguinte forma: são três correntes principais.

Uma delas, atualmente em franco descrédito, enxerga a dignidade da pessoa humana como uma **prestação** ou **produto** concedido pelo Estado (ou, durante muito tempo, pela Igreja) ao indivíduo. Ninguém nasce digno. Ou, se nasce, pode perder a dignidade por comportar-se indignamente. A dignidade pode vir a ser conquistada por ações meritórias que prestigiem os dogmas morais ou religiosos ou por concessão do Estado àqueles que apresentem valor ou utilidade para a persecução de seus fins.

Como teremos oportunidade de constatar mais adiante, esta é uma perspectiva exatamente oposta àquela que é majoritariamente aceita, de inspiração kantiana, que posiciona o homem como um fim em si mesmo. As coisas podem ter preço, e o preço acompanha a sua utilidade. Pessoas não têm preço, mas, unicamente, **valor**. E um valor que independe de qualquer atitude ou modo de vida, e que não precisa ser declarado por nenhum Poder instituído.

Trata-se de uma visão de dignidade alijada de igualdade. Uma dignidade que aproveita a poucos e que não é da pessoa humana, mas da posição social, política, militar, eclesiástica ou econômica por ela ocupada. Essa dignidade fragmentária levou a guilhotina a funcionar à exaustão no século XVIII. O diálogo idealizado por Hilary Mantel⁵⁹⁷ em seu romance redesenha o escárnio que já se fez da igualdade:

- Chances iguais? Isso me parece ir contra a natureza.
- Outras nações se conduzem de forma diferente. Veja o exemplo da Inglaterra. Não se pode dizer que é uma característica humana ser oprimido.
- Oprimido? É o que vocês pensam que são?
- Eu me sinto assim, e se me sinto oprimido, como o senhor acha que os pobres se sentem?
- Os pobres não sentem nada – disse o príncipe. Não seja sentimental.

Se entrarem em cena os parâmetros religiosos, o quadro não se tornará mais belo. Criminoso algum se pode considerar digno. Sua perversão moral o leva quebrar as leis de Deus e dos

⁵⁹⁷ MANTEL, Hilary. **A sombra da guilhotina**. Trad. Vera Whately. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 56.

homens e a cair em desgraça. O mais interessante é observar que, se essa parece ser uma concepção arcaica e paulatinamente exposta ao ridículo, não destoa muito dos projetos do *Feindstrafrecht* de Jakobs para um combate “eficiente” de certas formas de criminalidade, como o terrorismo. O terrorista, considerado inimigo, torna-se *Unperson* e não mais precisa ter respeitadas suas prerrogativas enquanto ser humano. Já passamos por isso no primeiro capítulo.

Outra linha de pensamento propõe que a dignidade da pessoa humana seja vista como fruto de um processo de reconhecimento intersubjetivo impulsionado por fatores históricos e culturais. As experiências humanas – principalmente as mais dolorosas – deixaram cicatrizes que a todo tempo nos lembram dos períodos de abuso e terror. E nos fazem buscar meios de evitar sua repetição. Também enfatizamos esse aspecto quando fizemos o apanhado histórico da afirmação dos direitos fundamentais.

A concepção histórico-cultural, se obviamente não propicia a segurança e a estabilidade trazidas pela ontológica, tem a vantagem de conformar-se melhor à realidade. O recurso à ontologia vem acompanhado do apelo às características da universalidade, inalienabilidade, vedação de retrocesso e outras concebidas para conferir tom de imutabilidade e indiscutibilidade aos direitos fundamentais. Mas para cada uma dessas características são formuláveis diversos questionamentos no sentido de pô-las à prova. As profundas diferenças culturais e as frequentes modificações nos referenciais éticos e morais tornam a universalidade algo pouco provável e, eventualmente, bastante perigoso. No fundo, a universalidade pode ser traduzida por imposição. O mais fraco, obviamente, sempre é o que está em erro e precisa mudar. Inalienabilidade, por vezes, se confunde com irrenunciabilidade, irrecusabilidade ou outras expressões que foram forjadas para assegurar uma inexorabilidade para os direitos fundamentais. Se levadas ao extremo, essas características podem conduzir à proteção da dignidade em diametral oposição aos interesses do próprio titular. A vedação do retrocesso é ainda mais discutível. Não se trata apenas, como de costume, de questionar “o governo dos vivos pelos mortos”. A questão é estabelecer **o que é um retrocesso**. Em matéria de valores, evolução e involução sempre dependem de perspectiva e referência, e ambas são móveis e cambiantes nas sociedades modernas.

A dignidade da pessoa humana, como resultado de idas e vindas, altos e baixos, se estabelece no campo do diálogo. Não é um valor dado, preexistente, apenas descoberto. É algo

construído, objeto de algum nível de consenso. Seu sentido é contextualizado, no tempo e no espaço, e ela somente pode existir como fruto das relações humanas. Traduz, no fundo, uma decisão, um compromisso de reconhecimento e respeito recíprocos.⁵⁹⁸ E, como tal, possui **termos** que podem ser (a experiência indica que **serão**) revistos a qualquer tempo.

A terceira corrente possui bases ontológicas e é bastante distanciada das duas outras. Define a dignidade como uma **dádiva**, isto é, como algo inato que todo ser humano possui independentemente de qualquer reconhecimento ou conquista. Na verdade, todo ser humano sempre foi digno, embora esse valor não houvesse ainda sido descoberto e apregoadado em algumas sociedades de épocas remotas.

Muitos pensadores, desde a Antiguidade, deram-se às reflexões sobre a essência humana. Buscando os elementos básicos que fazem do ser humano o que ele é, tentaram identificar os traços comuns, que unem todos os homens enquanto seres superiores a todas as demais criaturas, estando essa superioridade eventualmente ligada à sua descendência da divindade, à sua liberdade, à exclusividade de sua personalidade, à singularidade das identidades, à sua racionalidade, à sua capacidade comunicativa etc. Parte das reflexões culminou com a declaração de um valor inerente a cada indivíduo, em qualquer lugar, a qualquer tempo, e independentemente de qualquer reconhecimento formal. O âmago da formulação ontológica da dignidade da pessoa humana repousa no aspecto da universalidade.

Talvez se possa enxergar como arrogância essa perspectiva absolutista da dignidade.⁵⁹⁹ Quem afirma a dignidade como um dado ontológico e um valor universal parece crer-se dono da verdade absoluta. Procuramos lançar sobre essa postura um olhar mais compreensivo e otimista. Esse apelo à ontologia decorre das inquietações causadas pela vida real, dos traumas históricos, das ânsias por segurança e estabilidade, típicas do ser humano. De fato, como vimos pouco antes, a afirmação da dignidade da pessoa humana só atinge seus propósitos no plano jurídico se atrelada à noção de **irrecusabilidade** (veja-se que o que é irrecusável não se

⁵⁹⁸ Habermas ensina que “[...] la ‘dignidad humana’ en estricto sentido moral y legal está ligada a esta simetria de las relaciones. No es una propiedad que se ‘posea’ por naturaleza como la inteligencia o los ojos azules, sino que, más bien, destaca aquella ‘inviolabilidad’ que únicamente tiene algún significado en las relaciones interpersonales de reconocimiento recíproco, en el trato que las personas mantienen entre ellas.” HABERMAS, Jürgen. **El futuro de la naturaleza humana: hacia una eugenesia liberal?** Trad. R. S. carbó. Barcelona / Buenos: Paidós, 2002, p. 50.

⁵⁹⁹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42.

confunde com o que é inato⁶⁰⁰). Só assim se torna algo de todos, com o que todos podem contar a qualquer tempo, oponível a qualquer pessoa ou Poder. Essa é a finalidade **jurídica** da afirmação. Filosoficamente, porém, a visão ontológica é de difícil justificação. Por isso buscamos amparo na argumentação e na lógica. Mas lembremos que, se ela “faz as vezes” da ontologia quanto ao aspecto da “universalidade”, seguramente nada diz sobre seu conteúdo. Este continua à disposição da cultura e da linguagem, embora com algumas limitações, também lógicas, quanto ao sentido de preservação e aprimoramento do ser a que se refere.

A história fez o homem buscar modos de se resguardar das arbitrariedades e opressões. Seguramente, o ele sentiu essa necessidade porque, por vezes, apercebeu-se **injustiçado**. Leia-se: tratado com injustiça. Tratado de modo que não é compatível com as características que ele mais costuma prezar em si. Mas por que o ser humano se enxerga de modo especial? Por qual motivo não admite ser submetido aos arbítrios alheios? Em que se funda sua convicção acerca do fato de ser digno de deferência? Ou, ainda, por que se revolta contra certos tipos de tratamento?

Podemos começar por uma fundamentação religiosa. A Bíblia cristã preconiza, no Velho Testamento (Livro de Gênesis, capítulo 1, versículo 26), que o homem foi criado à imagem e à semelhança de Deus, que é o ser perfeito. E, de Cristo em diante, propalou-se a ideia da solidariedade, do amor ao próximo, da igualdade diante de um Deus que ama e se importa com cada ser humano como seu filho, sem fazer acepção de pessoas (Carta aos Romanos, 2:11). Mas é claro que, embora constitua um referencial histórico e cultural muito importante para a afirmação e a compreensão da dignidade da pessoa humana, nenhuma religião pode ser seu fundamento. Pela simples razão de que elas, as religiões, são protagonistas das mais profundas discórdias da humanidade. Vale menção, aqui, a ácida crítica de Voltaire⁶⁰¹. O fanatismo é muito mais perigoso que o ateísmo. Já vimos guerras matarem muita gente em nome de algum deus; mas, pelo que sabemos, nunca em nome de não-deus.

É por isso que se deu a busca de fundamentos científicos para a dignidade humana. Parece que o critério biológico, por igualar todas as pessoas enquanto membros de uma mesma

⁶⁰⁰ Miguel Reale, aliás, denuncia o equívoco de se confundir até mesmo a “naturalidade” dos direitos com seu “inatismo”. A própria naturalidade, em sua visão – semelhantemente à irrecusabilidade, para nós –, decorre de processos históricos e culturais. REALE, Miguel. **Direito natural / direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 10.

⁶⁰¹ VOLTAIRE. **Dicionário Filosófico**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 47: “O fanatismo é certamente mil vezes mais funesto, porquanto o ateísmo não inspira, como ele, paixão sanguínea”.

espécie do reino animal, seria um bom fundamento para a dignidade da pessoa humana. A explicação de fundo é, grosso modo, uma **classificação científica**. Pertencer à espécie humana é fazer parte de um seletivo grupo de seres cujas habilidades e cujas velocidade e intensidade evolutivas denunciam uma superioridade frente aos demais animais. Como lembra Fábio K. Comparato⁶⁰², o ser humano evoluiu fisiológica, intelectual e culturalmente em proporções ímpares na natureza. Seu cérebro triplicou de tamanho em alguns milhões de anos; as habilidades comunicativas da fala e da escrita também atingiram, em curto espaço de tempo, níveis impensáveis para qualquer outra espécie. Além disso, o ser humano passou a criar e desenvolver tecnologias cada vez mais complexas, que interferem no meio ambiente de modo determinante, sendo capaz, atualmente, de influir em sua própria evolução biológica, assim como nas evoluções das demais espécies.

É preciso advertir, porém, que a rigidez quanto às características biológicas ditas humanas não é lá muito prudente. Os paradigmas se rompem incessantemente e muito há a se desvendar, repensar e reformular, especialmente se tivermos em mente o campo da genética. Muitos conceitos e convicções podem mudar. Já até passamos por isso: em tempos pretéritos, não seria humano um ser que vivesse com órgãos transplantados; ou que tivesse partes de seu corpo que fossem biônicas; ou até mesmo que apenas nascesse com certas síndromes cromossômicas de indesejáveis efeitos fenotípicos e alienantes.

A fundamentação biológica é bastante aceita, embora, geralmente, com a recomendação de que não se constitua no único critério de apoio da dignidade. Não devem ser apenas os aspectos fisiológicos ou simplesmente a classificação científica da espécie humana os fundamentos da irrecusabilidade da dignidade e das prerrogativas dela decorrentes. É possivelmente por isso que, mesmo alguns dos que sustentam uma titularidade inata, falam de um “caráter multidimensional” da dignidade da pessoa humana, em que o aspecto ontológico (que não se resume ao biológico, embora o possa contemplar, já que não há incompatibilidade) se une à dimensão histórico-cultural para a formação de uma concepção mais abrangente, mais realista e contextualizada de dignidade.⁶⁰³

⁶⁰² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

⁶⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 72.

Além disso, do ponto de vista estritamente biológico, não cremos que existam razões suficientes para afirmar o homem como um ser “simplesmente superior” aos demais seres vivos do planeta e, só por isso, digno em si. Se pensarmos no reino animal, cada espécie possui habilidades únicas. Desde insetos a mamíferos, são surpreendentes – frequentemente, quase inacreditáveis – as proezas que a luta por sobrevivência e a necessidade de adaptação desencadeiam. Em termos de força, agilidade, mobilidade, capacidades sensoriais (visão, audição, olfato etc.) resistência a doenças, parasitas, microorganismos e adversidades climáticas, o homem certamente não figura entre os mais aptos. Na verdade, com razão, já se observou que o homem é um animal frágil, de improvável sobrevivência nesse mundo, que somente existe na natureza por suas habilidades intelectuais e comunicativas.⁶⁰⁴

Desnecessário enfatizar as proezas do ser humano. Pensemos na espécie ou no indivíduo, isto é, na história da humanidade ou no tempo de vida de um único homem, veremos que suas realizações dificilmente podem ser comparadas com as de qualquer ser por nós conhecido. Inventamos a escrita, as matemáticas, as biológicas, as físicas, as artes, as filosofias; voamos, saímos do planeta, alongamos e reproduzimos a vida, criamos um mundo virtual. Não precisamos de Alighieri ou Kafka, Arquimedes ou Euler, Darwin ou Dawkins, Newton ou Einstein, Michelangelo ou Bach, Aristóteles ou Hegel para nos maravilhar. A mera complexidade das atividades diárias da imensa maioria das pessoas é suficiente para nos conduzir à impressão de uma supremacia absoluta sobre todos os demais seres vivos da terra. Mas não nos daremos a advogar essa aparente superioridade, por duas razões.

Primeiro, porque seu reconhecimento pressupõe critérios. E, sob as luzes de alguns deles, o ser humano talvez se situe consideravelmente abaixo até de parasitas. Nosso poder destrutivo é incomparável. Com nossa cupidez, matamo-nos em guerras estúpidas, escravizamos os outros seres e arruinamos o ambiente de que todos dependemos para sobreviver.

Em segundo lugar, afirmar a dignidade da pessoa humana definitivamente **não depende** de eventual demonstração da posição faraônica do *homo sapiens* perante os demais animais. Seja o homem o senhor absoluto do planeta Terra, ou apenas mais um de seus transitórios habitantes, podemos discutir, de igual maneira, a necessidade da imposição de uma exigência inarredável de respeito para cada pessoa. O ser humano não é digno porque é o animal mais

⁶⁰⁴ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 304.

importante, ou simplesmente porque é especialmente evoluído. Sua dignidade não se assenta na relação mantida com os demais animais, nem pode tomá-los como referência. Pouco importa a eventual posição hierárquica do ser humano em qualquer quadro evolutivo. Trata-se de um assunto interno, de um pacto nosso. Sejam os mais desenvolvidos ou os mais desprezíveis seres, continuaremos a esperar um tratamento digno por parte de nossos semelhantes. Se os macacos não nos têm por dignos, isso nada importa. Independentemente do que pensem ou sintam sobre nós, continuaremos, nós mesmos, nos considerando dignos. Deles nada poderemos exigir, até o presente instante, e pelos próximos momentos vindouros, de cunho ético ou jurídico. Preocupamo-nos, isso sim, com o reconhecimento por parte do vizinho, do estranho e até do adversário.

Em suma, a **dignidade humana** não depende da indignidade⁶⁰⁵ ou da inferioridade de outros animais. Afinal, não é perante eles que nos pretendemos afirmar dignos, senão diante de nós mesmos. A dignidade não pode decorrer do fato de a espécie humana ser, genericamente, “melhor” ou “mais importante” que as demais, ou mesmo do fato de possuir algo que as outras espécies não têm, pois não é delas que esperamos receber ou tencionamos exigir respeito. A dignidade da pessoa humana somente pode se assentar em algo que ela possui, em relação a que, de um modo geral, ela própria se sensibiliza e tende a valorizar.

É bastante interessante a visão que destaca o valor do ser humano a partir de suas primorosas habilidades relacionadas à linguagem e à comunicação. O homem, a partir da comunicação e da linguagem, criou um mundo inteiramente novo, em que absolutamente tudo é permeado por uma infinidade de sentidos que se estabelecem no plano das relações intersubjetivas. Nesse mundo conceitual e convencional, lembrando Wittgenstein, os limites do ser humano são os limites da sua linguagem. O homem não descreve propriamente o mundo e se conforma com sua inserção nele, como um elemento qualquer pertencente a um conjunto. Ele constitui o mundo, posicionando-se como protagonista. Como colocou João Maurício Adeodato⁶⁰⁶,

A linguagem, inclusive a linguagem consigo mesmo – o pensamento –, o descarrega [o homem] da imediatidade (*Unmittelbarkeit*) do contexto (ambiental) a que os demais animais estão presos, pois o ser humano não vive a partir de reflexos

⁶⁰⁵ Aqui se inicia a discussão sobre se a dignidade é um atributo exclusivo dos seres humanos ou se dela podem ser titulares outros animais. Trataremos de abordá-la pouco adiante.

⁶⁰⁶ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 301. Grifo do autor.

condicionados, mas sim envolto em símbolos lingüísticos, por meio dos quais *cria e domina* o ambiente.

A nossa posição é a de que a dignidade da pessoa humana encontra-se profundamente arraigada nas **faculdades mentais** do ser humano. Elas são o *logos* e o *pathos* da dignidade. Queremos dizer que são elas que constituem as características mais admiráveis e mais valorizadas pelo próprio homem, tidas, por ele, como seu traço distintivo dos demais animais e como elementos que fazem dele o que ele é. É por causa de suas faculdades mentais que o ser humano se afirma merecedor de um tratamento respeitoso. E é por meio delas, exatamente, que ele concebe a noção de dignidade e desenvolve os pactos de linguagem no sentido de defini-la e promovê-la.

Pelo intelecto, o homem apreendeu a conhecer e, na medida do possível, prever e controlar a natureza. Embora não se possa olvidar um frequente mau uso, o fato é que seus instrumentos intelectuais o permitiram reconstruir o mundo e a realidade circundante. O grau de modificação que as ciências e tecnologias imprimiram é tão elevado nos últimos séculos que faz parecer que o ser humano deu mais um salto evolutivo, para além do *homo sapiens*. Assim como nossos filmes e livros idealizam formas de vida mais desenvolvidas espaço afora, homens do passado, se pudessem contemplar as maravilhas da inventividade humana contemporânea, possivelmente se presumiriam na presença de alienígenas ou mesmo deuses.

O intelecto humano é o que o torna o homem capaz de perceber e problematizar sua própria existência. É ele, também, que o impele a compreender e a modificar o mundo a seu modo, ativando seus magníficos poderes de criação e de comunicação. É por meio dele que a pessoa reconhece sua individualidade e traça planos que excedem a sobrevivência imediata para mirar um futuro distante. Assim se fixam objetivos existenciais, metas a alcançar, projetos pessoais e comunitários.

É, também, somente por meio do intelecto que o homem acessa ao plano dos valores. Bom, mau, justo, injusto, positivo, negativo, decente, indecente, honrado, desonrado. Isso lhe permite estabelecer estilos de vida, preferências, padrões éticos e morais, códigos posturais e comportamentais próprios e coletivos.

A estrutura do intelecto humano propicia ao homem a tomada de consciência de si, de seu papel como sujeito **da e na** história, enquanto ser autônomo, precário, mutante e perecível,

esgarçado entre passado, presente e futuro, e é o que o faz perceber suas tragédias e desventuras; amargar as perdas que sofre e as injustiças de que é alvo. A junção da autoconsciência com capacidade de valorar possibilita que o ser humano realize juízos sobre si, sobre sua condição, sobre suas experiências. Por isso se sente injustiçado, traído, menosprezado, rebaixado. Por isso, **sofre**. Daí surgem todas as necessidades não biológicas do homem, que sente frustrações e angústias que não se resumem à sobrevivência e à procriação. É pelas faculdades mentais (aqui, ainda que digamos conscientes e inconscientes) que o homem organiza e processa seus sentimentos e emoções, que não se resumem à dor e ao prazer, ao medo e ao afeto, mas se desenlaçam em noções altamente complexas como as de ansiedade, fé, admiração, decepção e, singularmente, **esperança**, a mais deslumbrante invenção da mente humana, sobre a qual voltaremos a nos pronunciar mais tarde.

Nosso intelecto proporciona as condições necessárias para a **reflexividade**. Desde sempre, o homem se indaga sobre sua origem, seus propósitos, sua natureza, sua “essência”, suas potências. Esse tipo de pensamento reflexivo é característico da espécie humana. Não estamos a afirmar que nenhum outro ser vivo seja capaz de reflexão. Mas parece pouco provável que seu intelecto tenha sofisticação não apenas a ponto de ter reflexão, mas de refletir sobre a reflexão; não apenas a ponto de ter ideias, mas de pensar sobre as ideias.

Em suma, ser humano é contar com certas faculdades mentais ampliadoras das possibilidades existenciais do ser, que se estendem muito além das biológicas.

A nossa visão é a de que as faculdades mentais a que aludimos são governadas por dois elementos principais: a **razão** e a **vontade**. Por sua causa o homem possui dons como os de compreender a realidade que o circunda e de modificá-la **segundo suas intenções**. Delas advém sua magnífica criatividade. São elas o substrato da sua linguagem. Por elas é capaz de desenvolver e de expressar valores próprios que tornam sua experiência existencial algo absolutamente singular; de fazer escolhas e de mover-se no sentido de sua execução, trilhando seu caminho e gerindo as liberdades de que dispõe – que servem, basicamente, à busca de novas liberdades, novas conquistas e novas realizações.

Despindo-nos de qualquer pretensão de eruditismo, recorreremos à simplicidade do coloquial para tomar emprestada sua clareza. O homem merece o respeito que suas faculdades mentais **demandam**. Ele entende o que se passa consigo (razão). E tem dentro de si uma força

pulsante que impele à ação ou à omissão, influenciando ou mesmo condicionando sua maneira de ser e de agir (vontade). Antes de examinar cada uma dessas faculdades, porém, há uma questão difícil, mas de cujo confronto não podemos nos esquivar.

Ao erigir o instituto da dignidade sobre as faculdades mentais, devemos estar preparados para responder duas perguntas. E se determinado indivíduo não dispuser ou não souber empregar suas faculdades mentais, estará desprovido de dignidade? E se outros animais desenvolverem faculdades congêneres, hão de ser considerados dignos?

A primeira pergunta é relevante porque nos faz refletir sobre a situação das pessoas portadoras de doenças mentais ou em coma, de bebês recém nascidos e até de fetos e embriões. Pode-se responder à indagação a partir da noção de potencialidade, ou seja, por meio da afirmação de que razão e vontade se fazem presentes sob a forma de uma potência, de uma força latente que pode vir a se manifestar de dado momento em diante. Preferimos, no entanto, dizer que tais pessoas foram conscientemente abrangidas pelo pacto de linguagem estabelecido em torno da dignidade, por constituírem alvos da afeição do homem, independentemente da possibilidade de que venham a manifestar razão e vontade. Tudo depende do grau de afeto e, conseqüentemente, do nível de interesse existente em relação a sua preservação. É por isso que vemos, de cultura para cultura, posturas tão distintas. Vemos os maus tratos contra idosos cometidos por seus cuidadores e nos indignamos profundamente, mas na cultura esquimó os velhos são abandonados e morrem sós. Se, para alguns, desligar aparelhos que mantêm viva uma pessoa inconsciente pode representar um ato de covardia contra alguém indefeso, para outros, é só o que pode restituir um pouco da dignidade a pessoas que sobrevivem como vegetais. A discussão do aborto, na crua definição de Dworkin⁶⁰⁷, pode ser resumida na oposição dos que questionam se os bebês podem ser assassinados ou se as mulheres devem ser submetidas a superstições religiosas das quais não compartilham. No Brasil, pelo menos no papel, submetemos os que cometem aborto ao Tribunal do Júri; no Canadá, as despesas com a interrupção da gravidez podem ser custeadas pelo Estado. Em suma, voltamos a frisar que é por causa das suas faculdades mentais que o homem se enxerga merecedor de respeito, e é por meio delas que ele constrói o conceito de dignidade e as normas no sentido de salvaguardá-la. Depende apenas de uma **decisão** a extensão da dignidade a pessoas – e mesmo a fetos e até a embriões, que sequer se encaixam

⁶⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 340.

no conceito usual de **pessoa** – que não têm e talvez nunca venham a possuir condições de expressar inteligência e volição. Quanto ao portador de doenças mentais ou ao comatoso, vemos o claro encaixe no papel do *outro*, que tem em comum com o *eu* o valor cogente da existência nua, e que ele só não reconhece – atualmente ou desde sempre, conforme o caso – por uma limitação contingencial, mas que nós, por força da lógica, somos obrigados a reconhecer.

A segunda interrogação é filosoficamente relevante porque, a depender do modo como seja respondida, poderão ser justificáveis, ou não, certos tratamentos dispensados pelo homem aos demais seres vivos. Conforme se reconheça dignidade aos animais, e, principalmente, conforme se estabeleçam os contornos dessa dignidade, serão irremediavelmente antiéticas práticas corriqueiras como o abate para consumo, o emprego em pesquisas científicas, o uso para montaria e trabalhos exaustivos ou mesmo a precificação e a comercialização.

Atualmente, já é difícil negar “alguma” dignidade aos animais. Pelas relações afetivas mantidas com os seres humanos, de um modo geral, e pelas pesquisas científicas que revelam que eles são dotados de fragmentos ou formas mais rudimentares das faculdades humanas que mais prezamos. Nossa legislação parece caminhar nesse sentido. O art. 32 da lei 9.605/98, ao estabelecer o crime de **maus tratos**, deixa transparecer que a preocupação não se restringe à depredação da natureza ou aos prejuízos que a exploração, o extermínio ou a extinção das espécies pode trazer para o ser humano. Ali, não se faz necessário que o ser humano experimente prejuízo qualquer. Punem-se, tão-somente, o tratamento cruel e a inflicção de sofrimento aos animais.

Imagine-se, agora, que o frango clamasse por sua vida, com a faca ao pescoço; que o cão implorasse para não ser mutilado para atender aos padrões estéticos que arbitrariamente lhe impusemos; que o boi argumentasse no sentido de não ser morto, fatiado, assado e ingerido; que as cobaias expressassem seu pavor das cirurgias e experimentos. Agora, consideremos que, na verdade, algo próximo disso é exatamente o que parece ocorrer. Embora seja desconfortável reconhecer, de algum modo – não em palavras concatenadas, mas de uma maneira que somos plenamente capazes de compreender, embora preferamos ignorar – a maior parte dos animais, em sua *via crucis*, implora pela vida, expressa medo e manifesta dor. Certamente, se falassem nossas línguas, seria pelo menos um pouco mais difícil desprezá-los.

O conteúdo e a abrangência da dignidade dos animais precisam ser cuidadosamente refletidos. Parece ser inviável, no presente momento da história, conferir aos animais uma dignidade tão ampla quanto a que concebemos para os seres humanos. Afinal, devemos estar dispostos, quando pouco, a parar de ingerir todo tipo de carne e de leite e derivados, a abrir mão de sua ajuda no labor dos campos e a testar em nós mesmos as medicações mais recentes. O fato é que **estamos jogados no mundo**. Como seres **da** e **na** natureza, disputaremos espaço e faremos prevalecer certos interesses e vontades, à moda da luta por sobrevivência e na inércia da evolução biológica. Como seres inteligentes, no entanto, podemos e devemos refrear nossos ímpetos e rever nossos projetos de modo a imolar e explorar na menor medida possível as demais espécies em nome de nossos propósitos. Compete ao homem, **exatamente** por suas capacidades intelectuais, que lhe permitem estabelecer leis, criar normas que expressem a compaixão, a piedade e o respeito que ele mesmo, como ser mais evoluído, deve ter pelos seres que se encontram em estágios evolutivos (teoricamente) inferiores. O modo de tratar os animais pode por em questão a superioridade e acabar maculando a respeitabilidade de seres inteligentes que

Tarvez por ignorança
Ou mardade das pior
Furaram os oio do assum preto
Pra ele assim cantá mior⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ GONZAGA, Luiz; TEIXEIRA, Humberto. Assum Preto. RCA Records, 2006. Disco Volta para Curtir (ao vivo).

8. O SER HUMANO ENQUANTO PENSAMENTO E VONTADE

Sumário: 8.1. A doutrina majoritária da fundamentação da dignidade da pessoa humana na faculdade da razão. 8.2. A afirmação filosófica da vontade como dado típico da condição humana. 8.2.1. A existência da vontade enquanto faculdade mental. 8.2.2. O valor autônomo da vontade em função de seu papel no processo ético.

8.1. A DOCTRINA MAJORITÁRIA DA FUNDAMENTAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ELEMENTO DA RAZÃO

A concepção de dignidade da pessoa humana mais prestigiada no âmbito do Direito se desenvolve sobre as bases da filosofia kantiana.⁶⁰⁹ A maioria dos autores vem construindo uma visão da dignidade que se apoia na razão, na autonomia da vontade ou na ideia da consideração do homem como “um fim em si mesmo”.⁶¹⁰ De fato, as formulações do mestre de Königsberg são de difícil refutação, e, a nosso ver, se posicionam, com justeza, como um dos pilares filosóficos da noção de dignidade. É com esteio em Kant que procuraremos estabelecer a razão como uma das faculdades mentais que constituem os fundamentos da dignidade da pessoa humana. Seu brilhantismo, no entanto, nos poderá conduzir até certo ponto – talvez, até a metade do caminho –, pois às sóbrias linhas que teceu sobre a razão haveremos de acrescentar outras, de filósofos provenientes das mais diferentes escolas, com o intuito de demonstrar a igual relevância da vontade como sustentáculo da dignidade.

O endosso da maioria das premissas kantianas acerca da razão e de seu papel, embora seguido pela crítica quanto à subestima da vontade, está a demandar explicações, já que expusemos algumas das aporias que atormentam a ontologia clássica, juntamente com as inconveniências

⁶⁰⁹ Trata-se de uma constatação que foi realizada, entre outros, por MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 25; WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 200; e SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 42, que menciona aceitação pela “maioria expressiva dos autores alemães”.

⁶¹⁰ Apenas a título de exemplo, alinham-se, pelo menos em parte, à construção kantiana, MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet *et alii*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 75 e segs; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 180 e segs; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 538-539; COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33 e segs.; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2.ed.ampl.rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 124; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. A dignidade da pessoa humana e o mínimo essencial. **Revista de Direito Administrativo**, n. 252. Rio de Janeiro: Renovar, p. 51. Set./Dez. 2009.

que elas suscitam no campo do Direito. Mas dissemos, também, que não é razoável supor que se possa descartar por completo e em definitivo todo e qualquer referencial ontológico. Em consequência, optamos por buscar um fundamento para a dignidade sem apelar à ontologia, mas também sem refutá-la. Um dos motivos repousa na simetria das impossibilidades: de um lado, a de **verificar** a exatidão das premissas ontológicas; de outro, de **provar** sua implausibilidade. As mesmas ferramentas limitadas que temos para acessar o ser e afirmar a essencialidade de algumas características são aquelas de que dispomos para negar sua imanência. Ficamos, assim, pelo menos por enquanto, com uma posição próxima da agnosia, equidistante do fanatismo e do ateísmo, na região do ceticismo moderado, classificado como **pirrônico** e dito “saudável”⁶¹¹. Seria coerente, dito isso, tomar apoio nas premissas de Kant, em que se podem encontrar, senão as marcas, pelo menos os vestígios de um embasamento ontológico?

Kant é um filósofo cuja posição acerca da gnoseologia é muito bem delimitada. Em sua visão, o conhecimento humano – ou a capacidade humana de conhecer – possui limitações estruturais insuprimíveis. Por mais que se desenvolvam as habilidades e as tecnologias, não seremos, jamais, capazes de apreender as propriedades reais da **coisa em si**, tal como existe, por detrás do fenômeno segundo o qual se apresenta aos nossos sentidos e à nossa razão. O que podemos é empregar as formas puras da sensibilidade para posicionar como objeto esse fenômeno – isto é, essa manifestação da coisa à nossa mente, a partir das aparências – e empregar as formas puras do entendimento para criar conceitos e classificações. Teremos, ao final de cada processo gnoseológico, uma ideia sobre o objeto (**ente**) que, por mais que se possa aproximar, certamente não coincidirá com seu **ser**.⁶¹²

Ao reconhecer nos ensinamentos kantianos o ceticismo gnoseológico, torna-se difícil atribuir-lhe uma postura de cunho ontológico quanto à ética. Do modo mais simples possível, é dizer que não parece razoável supor que Kant pudesse crer no bem absoluto, no único caminho correto, na moral universal. Não lhe seria viável, assim, afirmar determinado comportamento como necessariamente bom ou inelutavelmente mau; certa ação como invariavelmente justa

⁶¹¹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 407; ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45; ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 284-285.

⁶¹² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 83-84; KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 86.

ou inescapavelmente injusta. Ora, questão de lógica: se não posso conhecer as coisas em si, se não tenho acesso à sua essência, como poderei afirmar bondade ou maldade, justiça ou injustiça como caracteres essenciais seus? Ninguém há de duvidar que a submissão à escravidão, segundo o modelo kantiano de dignidade, é um dos comportamentos mais injustos e execráveis. Mas seria Kant capaz de afirmar a escravidão como **intrinsecamente má**? A julgar por suas convicções gnoseológicas, não. Principalmente, porque não se pode chegar a conhecer exatamente o que é a escravidão⁶¹³, de modo que não se pode afirmar a injustiça como um dado constitutivo de sua natureza.

Ocorre que, por um caminho que se distancia bastante daquele percorrido pela ontologia tradicional, ele certamente diria que a escravidão é um *malum in se*. Isso somente se justifica a partir da compreensão de que Kant desenvolveu um modelo de Ética que, apesar de ontológico, é formal: a partir do imperativo categórico se pode determinar o que seja o eticamente correto.

As convicções de Kant denunciam uma visão escatológica e uma aposta firme no bem supremo. Para ele, a razão deve governar porque esse é o “intuito” da natureza, que em tudo obrou corretamente na distribuição dos dons aos diversos seres. Na ideia de um governo pela razão pura está implícita a pressuposição de um “propósito mais nobre” para a existência humana do que a subsistência ou mesmo o alcance da felicidade. Fica, ademais, muito clara sua crença ao dizer que “o supremo destino prático” da razão é a “fundação de uma boa vontade”.⁶¹⁴ E mais: ele aventa que nem mesmo o pior dos facínoras, se fizer uso de sua razão, deixará de apreciar os exemplos de retidão, compaixão e benevolência. Na verdade, reconhecendo a existência de uma vontade inteiramente boa, mas percebendo a impureza de sua própria vontade pelas inclinações e apetites, desejará deixar de ter essas limitações para, então, passar a possuir tais virtudes.⁶¹⁵ Trata-se de uma crença, em síntese, de que todos objetivam se tornar pessoas melhores, e de que isso, por meio do emprego da razão, em sua forma mais pura, é algo que está ao alcance de todos. Apesar de saber que não há, e talvez nunca chegue a haver um só exemplo de um agir absolutamente racional, sua fé na razão é

⁶¹³ Um filósofo da linguagem argumentaria que a escravidão não existe, e que essa palavra é apenas um signo cunhado para designar um sem-número de objetos ou eventos, cujas características variam tanto que se torna impossível reuni-los harmonicamente sob uma mesma significação. Não há “uma escravidão”, mas eventos aos quais se decide atribuir tal nomenclatura, e não sem grande discordância.

⁶¹⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 23-24.

⁶¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 87.

tamanha a ponto de insinuar, ao cogitar tal possibilidade, que por seu intermédio o ser humano seria capaz de encontrar o único caminho verdadeiro.⁶¹⁶ Em síntese, valendo-nos da leitura de Joaquim Carlos Salgado, podemos dizer que, para Kant, “[...] a humanidade não procede como o mito de Sísifo (Mendelssohn) mas empreende um progresso moral constante”⁶¹⁷

Não se pode deixar de destacar, no entanto, que Kant, mesmo se tachado como ontólogo quanto à ética, certamente não se aproxima do já estudado “platonismo axiológico”. Muito diferentemente de conceber valores atemporais e imutáveis que pairam sobre os seres humanos ou são intuídos por espíritos elevados, deposita suas expectativas nas categorias formais da razão prática. Não como mecanismo mágico de apreensão de valores preexistentes, mas como instrumento prático de navegação. Por ela, é possível ao ser humano conduzir-se de modo a executar ações indiscutivelmente boas e universalmente corretas. Immanuel Kant desenvolveu uma concepção de ética absolutamente peculiar – exclusiva, pode-se dizer –, que permite o alcance da segurança típica da ontologia clássica a partir de uma construção puramente formal: o **imperativo categórico**. Kant bem conhece a impossibilidade da ética material (aliás, já denunciada por Aristóteles⁶¹⁸). Apesar disso, não se pode dizer que o imperativo categórico seja vazio. Ele possui um conteúdo: a lei (dever moral) e o respeito por essa lei. A própria lei, todavia, não possui um conteúdo predeterminado, de modo que a fórmula de Kant, sem aludir a uma ética verdadeiramente substancial (que seria, ela sim, escancaradamente ontológica em sentido clássico), conduz ao “necessariamente bom” ou “necessariamente justo” por meio da forma (chamemos de “procedimento” para fins didáticos). Bem se vê que é impossível falar da noção kantiana de dignidade sem examinar brevemente a ética desenvolvida por esse pensador.

Kant concebe a coexistência de dois mundos: um mundo sensível e outro inteligível. O mundo sensível é regido pelas leis da natureza; o inteligível, pelas leis morais.⁶¹⁹ O ser

⁶¹⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 68-72.

⁶¹⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 90.

⁶¹⁸ “As manifestações de nobreza e o sentido de justiça nas ações humanas, sentidos visados pela perícia política, envolvem uma grande diferença de opinião e muita margem para erro, tanto que parecem existir apenas por convenção e não por natureza”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caiero. São Paulo: Atlas, 2009, p. 19.

⁶¹⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 85-86.

humano toma parte nos dois mundos. Se se tratasse de um ser apenas do mundo sensível, estaria integralmente subordinado às leis da natureza. Agiria, fatalmente, no sentido de sua autoconservação e sua realização (felicidade), em busca da satisfação de suas necessidades biológicas e das inclinações e apetites que marcam sua individualidade.⁶²⁰ Kant sugere que, fossem assim as coisas, o ser humano estaria mais bem servido com os instintos, tendo em vista, inclusive, que a razão pode até mesmo dificultar ou obstar o alcance da realização pessoal e do prazer.⁶²¹

Caso o ser humano pertencesse somente ao plano inteligível, teria uma liberdade absoluta: seu agir estaria completamente desvinculado de quaisquer necessidades ou inclinações, sujeitando-se, única e exclusivamente, à sua razão. Sem ter de obedecer às leis naturais, estaria submetido unicamente às leis morais, que são concebidas pela razão (pura).⁶²² A **razão pura** é insubmissa a qualquer interferência empírica. Suas normas são cogentes exatamente porque não contingentes, isto é, porque são pensadas *a priori*. A razão humana costuma ser contaminada por experiências, inclinações e apetites, e, se essa fosse a razão governante, a necessidade não seria uma característica de suas prescrições. Quanto mais elementos empíricos (espúrios), maior o comprometimento da razão enquanto característica comum a todos os seres racionais.

O uso de uma razão pura, sem intromissões, conduz à formação de uma **vontade**, que, para Kant, é “uma faculdade de determinar-se a si mesmo agindo em conformidade com a representação de certas leis”.⁶²³ Trata-se de uma faculdade somente encontrada em seres racionais, e que, neles, funcionaria como uma extensão da própria razão (teria seu conteúdo ditado pela razão). Se a vontade é ditada por uma razão pura, trata-se de uma **vontade pura**, “desinfetada” de todo o empírico e livre das inclinações. Essa vontade pura é denominada

⁶²⁰ Karine Salgado diz que “o homem só pode ser pensado sob o pressuposto da dualidade de sua existência, fenômeno pertencente ao mundo sensível, e inteligência, enquanto participante do mundo inteligível. [...] O homem, pensado enquanto fenômeno, está necessariamente submetido às leis da natureza. Por outro lado, quando considerado como ser em si, não se submete a essa determinação”. SALGADO, Karine. **A paz perpétua de Kant**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 58.

⁶²¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 23-24. Em outro ponto, Kant observa que “[...] a lei moral, enquanto princípio de determinação da vontade, deve, por prejudicar todas as inclinações, produzir um sentimento ao qual podemos chamar dor [...]. KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 83.

⁶²² WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 272-273.

⁶²³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 57-58.

razão pura prática (isto é, uma razão pura “aplicada”) e tem a função precípua de **legislar**. É essencial, diz Kant, que seja pura, porque é inconcebível que ela, enquanto legisladora suprema, esteja submetida a um interesse qualquer.⁶²⁴

É aqui, no plano inteligível, que se relacionam dois dos mais importantes elementos da metafísica dos costumes de Kant: a liberdade e a autonomia da vontade.

A **liberdade** kantiana é a ausência de necessidades e a capacidade de determinar a própria vontade exclusivamente por meio do uso da razão pura, isto é, sem a intromissão das necessidades e dos elementos sensíveis que a maculam. A liberdade é uma *conditio sine qua non* dessa atividade legislativa⁶²⁵, pois é sabido que “ninguém delibera acerca daquilo que não pode ser de outra maneira”.⁶²⁶ Se o ser humano, aqui, não se submete às leis da natureza, apenas se subordina às leis que sua própria razão pura prática lhe dita.⁶²⁷ Diz-nos Kant que “A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade dessa vontade”. E ele prossegue: “Que outra coisa pode ser, pois, a liberdade da vontade senão a autonomia, isto é, a propriedade da vontade de ser lei para si mesma?”⁶²⁸ Essa capacidade de formular as leis para si mesmo a partir de uma vontade pura é denominada **autonomia da vontade** (de *auto* e *nomos*, “auto-normatização” ou “auto-legislação”).

As leis representadas a partir da vontade pura – que, desvinculadas de todo o empírico, são leis morais – constituem os **deveres** (ações necessárias). Os deveres, se o ser humano fosse puramente um ser inteligível, seriam adimplidos espontaneamente, sem qualquer relutância, posto que traduziriam o caminho único apontado pela razão pura à vontade do agente. Nesse ser puramente racional – assim como no protótipo do homem ideal de Aristóteles⁶²⁹ – vontade e dever coincidiriam por completo. E essa coincidência é a síntese da moralidade kantiana. Não basta que se cumpra o dever (lei moral). É preciso fazê-lo por exclusivo respeito a esse

⁶²⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 62.

⁶²⁵ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 12.

⁶²⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caiero. São Paulo: Atlas, 2009, p. 129.

⁶²⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 69.

⁶²⁸ *Idem, ibidem*, p. 79. Simplificadamente: “[...] vontade livre (autonomia da vontade) e vontade submetida a leis morais (imperativo categórico) ‘são uma e a mesma coisa’”. WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 267.

⁶²⁹ No íntimo do homem sensato e corajoso, de Aristóteles, tudo “ressoa em uníssono com a razão”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caiero. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38-39.

dever, isto é, sem que se esteja sendo guiado por qualquer móbil, inclinação ou apetite alheio ao dever em si.

É evidente que Kant sabia que uma razão e uma vontade absolutamente puras, a primeira, perfeita, e a segunda, incondicionalmente boa, somente podem habitar seres perfeitos. E esse não é o caso do ser humano, reconhecidamente sujeito a toda sorte de influências idiossincráticas e alheias. Pode-se dizer que a vontade humana está na encruzilhada entre os princípios formais do agir, *a priori*, determinados pela razão pura, e os princípios materiais, *a posteriori*, influenciados pela experiência sensível.⁶³⁰ A “fraqueza” do homem o faz ceder às inclinações, contaminando a vontade pura; uma vontade assim, “amalgamada”, só eventualmente pode conduzir ao bem.⁶³¹

O ser humano, enquanto ser racional, porém imperfeito, participa dos dois planos. No plano inteligível, representa as leis morais e as identifica como seus deveres; no plano sensível, sofre os conflitos dos constantes choques entre os deveres e sua vontade impura, orientada a partir das necessidades, inclinações e apetites. Kant diz que “[...] se a razão determinasse inteiramente a vontade, a ação ocorreria inevitavelmente conforme tal regra”.⁶³² Então, primeiro plano, o dever, coincidindo com a vontade pura, é seguido espontaneamente; no segundo, somente se cumpre por **obrigação**.⁶³³ A obrigação, um sentimento que jamais seria sentido por seres puramente racionais, exclusivamente pertencentes ao mundo inteligível, surge do **respeito** que o dever suscita, e, a contragosto da vontade impura, impele à obediência.

O **respeito** conduz à constrição ou contenção do sujeito, é dizer, ao constrangimento de sua vontade diante do objeto que o suscita (no caso, o dever). Na visão kantiana, o respeito é um sentimento intuído *a priori*, que se apresenta, mesmo que contra a vontade de quem o sente, e

⁶³⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 28. A existência de algo a “rivalizar” com a razão humana foi denunciada por Aristóteles. O mestre grego fala de uma dimensão da alma humana que é “incapacitante da razão”: “[...] se constitui naturalmente contra a capacidade de razão, isto é, que a combate e lhe oferece resistência.” Trata-se, exatamente, da faculdade desiderativa, responsável por processar os desejos que frequentemente levam o homem a agir contrariamente à sua razão. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caiero. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38-39.

⁶³¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 37; 42.

⁶³² KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 28.

⁶³³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 86. Digamos que para o homem, o dever tende a ser uma obrigação; para o ser dotado de vontade pura, o dever é uma “escolha” (necessária, determinada pela razão pura). *Idem, ibidem*, p. 44.

que traduz certa “humilhação”, que “ultrapassa e rebaixa a particularidade das inclinações da sensibilidade”.⁶³⁴

A adesão externa ou o cumprimento físico do dever não assegura a moralidade da conduta. A perspectiva segundo a qual a moralidade de uma ação se situa não em sua aparência física ou em seus resultados, mas nos elementos volitivos⁶³⁵ que a ela subjazem no íntimo do agente, goza de prestígio na maior parte dos sistemas éticos.⁶³⁶ Kant assimila a ideia, mas a reformula, conferindo-lhe um tom bem mais rigoroso.

A única coisa absoluta e incondicionalmente boa, para Kant, é uma **boa vontade**. O filósofo, por muitas vezes, expressou sua convicção no sentido de que o valor moral das ações está na intenção com que são praticadas. A boa vontade traduz o mérito de toda e qualquer ação. A vontade “[...] não é boa pelo que promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão-somente pelo querer, isto é, em si mesma”.⁶³⁷ Chamamos, aqui, a atenção do leitor: esse é um ponto crucial para o desenvolvimento do presente trabalho, e voltará a ser abordado, com maior profundidade, nos itens 8.2.3 e 9.1, em que trataremos da imediata relação entre a intenção e a atribuição do valor ou do desvalor ético.

Kant crê na possibilidade de que seja alcançado o bem supremo (a “vontade boa”). E o caminho, para tanto, fatalmente terá que ser um só. Kant refere a moral ao elemento constituinte mais básico compartilhado entre os homens: a razão. Para ele, trata-se de uma bússola infalível com que já vêm aparelhados os seres humanos e que lhes assegura a necessária orientação pelos caminhos da moral. Pela natureza imperfeita dos usuários, porém, é preciso que ocorra um processo de constante depuração. Até mesmo as ditas “virtudes” são contingenciais. O que é excelente, em determinados momentos e circunstâncias (até mesmo a

⁶³⁴ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 303-304. Citando as palavras de Olivier Dekens, o autor enfatiza: respeito “é a marca dolorosa da inscrição da lei no corpo sensível”.

⁶³⁵ Empregamos, por enquanto, essa expressão mais abrangente e menos precisa, uma vez que não abordamos ainda o aspecto da vontade, o que se fará no item seguinte (8.2). Dalí em diante, deverá restar claro que a forma mais determinada de vontade, ou a sua manifestação mais concreta, é a “intenção”. É com fulcro nela, então, que se processam os juízos por meio dos quais se atribui a uma conduta o valor ou o desvalor ético.

⁶³⁶ É o caso, por exemplo, de Aristóteles. O autor não trabalha diretamente com a ideia específica de “vontade”, mas usa, com frequência, palavras que nitidamente se relacionam com processos volitivos. Isso fica claro quando tece considerações sobre os “fins da conduta” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caiero. São Paulo: Atlas, 2009, p. 59) e quando fala da “*proairesis*” (WOLF, Ursula. **A Ética a Nicômaco de Aristóteles**. Trad. Enio Paulo Giachini. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 160), expressão que será interpretada no item 8.2.1.

⁶³⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 21-22.

paciência, a calma, a temperança) pode ser altamente prejudicial, em outros contextos (em que medidas urgentes e enérgicas devam ser tomadas). Por isso, Kant reconhece que “O essencialmente bom da ação reside na disposição que se nutre por ela, seja qual for o resultado”⁶³⁸, mas, em contrapartida, afirma que só é moral o comportamento de quem cumpre o dever pelo estrito respeito ao dever.⁶³⁹ Qualquer outra motivação, por mais louvável e digna de elogios que seja, retira a moralidade da ação (sempre que acrescentamos algo de empírico, subtraímos valor moral).⁶⁴⁰ Isso, bem se vê, é uma decorrência da proposta kantiana de moralidade. Uma proposta que tem pretensão de universalidade, e que, para tanto, passa por fomentar “[...] as puras disposições morais dos ânimos” para “implantá-las nos espíritos para o bem supremo do mundo”.⁶⁴¹

Se o objetivo de Kant é definir o que seja uma **ação necessariamente boa**, de fato, não pode a sua moralidade estar atrelada ao fim específico a que se propôs o agente, aos seus desejos, tampouco pode depender do valor do objeto concreto a que ele busca. Em suas palavras,

Os princípios empíricos jamais servem para que sobre eles sejam fundadas leis morais. Pois a universalidade com que elas devem valer indistintamente para todos os seres racionais, a necessidade prática incondicional que por isso lhes é imposta, desaparecem quando o seu fundamento deriva da peculiar constituição da natureza humana ou das circunstâncias contingentes em que ela está colocada.⁶⁴²

Kant deixa bastante claro que tudo o que os seres humanos possam almejar conquistar por meio de suas ações possui um **valor condicional**. O objeto perseguido não é “bom em si”, mas “bom para alguma coisa”; “segundo algum critério”; “conforme as circunstâncias concretas”.⁶⁴³ Tal noção de valor remete à utilidade, e essa, por sua vez, é sempre relativa, eis

⁶³⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 47.

⁶³⁹ “Pois ao que deve ser moralmente bom não basta que seja conforme à lei moral, mas, isto sim, tem de se cumprir pela lei moral; do contrário, essa conformidade será de grande contingência e incerteza, já que o fundamento imoral eventualmente produzirá ações conformes à lei moral, ainda que no mais das vezes as produza contrárias”. *Idem, ibidem*, p. 16.

⁶⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 42. Na explicação de Joaquim Carlos Salgado, “A rejeição da ética empírica funda-se na necessidade de uma ética cujos princípios sejam universais. E para serem universais, deve Kant demonstrar que são a priori, que estão no próprio sujeito e, ao mesmo tempo, não poertencem à ordem das sensações”. SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 77.

⁶⁴¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 43.

⁶⁴² *Idem, ibidem*, 72.

⁶⁴³ “[...] muitas coisas podem ser boas no mundo, mas são sempre boas em relação a alguma coisa, em relação a algum fim específico. Nenhuma delas é boa em si, ou seja, o adjetivo bom é acrescentado a algo em função da sua eficiência em relação a circunstância. Só há uma única coisa no mundo que pode ser considerada boa em si

que irremediavelmente dependente do contexto. A conduta necessariamente boa tem que possuir um **valor em si**, independentemente dos resultados a que vise ou dos fins que persiga; não pode ser boa “enquanto meio de se obter algo”, pois tudo o que por meio dela puder ser obtido terá apenas um valor relativo. É porque os fins e objetos são posicionados conforme as necessidades, inclinações e apetites. Em desaparecendo a necessidade ou modificando-se a inclinação que lhes dá causa, o seu valor se altera, ou mesmo desaparece. O único objeto que não possui valor relativo, isto é, que possui um valor absoluto, em si, é o ser humano. Eis, aqui, um outro importante ponto da filosofia kantiana: **a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, jamais como mero meio à consecução de algo.**⁶⁴⁴

Todas as coisas, no dizer kantiano, exatamente porque são meios para a consecução de algo (seja um fim nobre ou ignominioso), possuem um **preço**, que é determinado por sua utilidade. Uma utilidade que varia conforme o que se queira fazer, quando e onde se queira fazê-lo. Um diamante imenso certamente vale menos que um copo de água para um náufrago desidratado. As **pessoas**, de seu lado, possuem **dignidade**. Não possuem preço porque não devem ser consideradas como meio de se obter coisa alguma, não variando seu valor em função da utilidade ou do contexto. **A pessoa é um fim em si mesmo.** Mas essa assertiva, tão célebre quanto enigmática à primeira vista, requer aprofundamento.

Vimos que o ser humano, embora preso ao mundo sensível, participa do mundo inteligível. No mundo inteligível, segundo Kant, reside a **coisa em si**. No mundo sensível, registramos suas manifestações, suas aparências, é dizer, os fenômenos por detrás dos quais se ocultam, lá permanecendo inalcançáveis por nossos limitados aparelhos cognitivos (formas puras da sensibilidade). O ser humano, se pensado como coisa em si – **o ser humano em si** – se encontra no plano do inteligível. Por isso, pelas mesmas razões que obstam ao conhecimento das coisas em si, “Não é lícito ao homem pretender conhecer-se a si mesmo”.⁶⁴⁵ O homem se “conhece” a partir de seus sentidos, que captam, como já visto, apenas o fenômeno, as aparências do ser real, e conduzem à formação de ideias precárias. O homem do mundo sensível não é mais do que as impressões deixadas pelo fenômeno do homem em si na consciência da pessoa.

mesma, a boa vontade”. SALGADO, Karine. **A paz perpétua de Kant**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 58.

⁶⁴⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 58-59.

⁶⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 84. Embora não possa chegar a “conhecer” a si mesmo, pode pensar a si mesmo como ‘um fim em si’. SALGADO, Karine. **A paz perpétua de Kant**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 47.

O **verdadeiro** ser humano, quer dizer, **o ser humano em si**, habitante do mundo inteligível, goza de uma liberdade irrestrita e não se sujeita a leis quaisquer, exceto àquelas que ele próprio se impõe (autonomia da vontade). As leis que o ser humano cria para si, naquele mundo, são leis morais, apenas, posto que não há afetações empíricas, necessidades, desejos, inclinações e apetites que possam influenciar nessa autolegislação.⁶⁴⁶ Um ser sem necessidades, sem inclinações e apetites, não está em busca de nada, não coloca suas ações como meios para o alcance de objetos ou realização de fins quaisquer. Jamais se considera um instrumento. Ele legisla para si, não enquanto ser em busca de algo, mas enquanto ser racional, cuja única e exclusiva preocupação, afastadas as necessidades e as leis da natureza, é com a moral. Ele não legisla com um fim; ele é o próprio fim da sua legislação.

Daí Kant afirmar que o ser humano, por participar do “reino dos fins”, é um fim em si mesmo. O “reino dos fins” designa a “ligação sistemática de vários seres racionais por meio de leis comuns”.⁶⁴⁷ No reino dos fins, há fins objetivos e fins subjetivos. Os seres humanos, como fins em si mesmos, são os fins objetivos. Os fins a que se propõem cada um desses seres racionais são os fins subjetivos. Os fins objetivos condicionam e constroem os fins subjetivos. Se eliminarmos as subjetividades (os aspectos *a posteriori*, as experiências, as concepções e finalidades pessoais), sobrarão apenas o aspecto racional, que a todos governa mediante uma lei universalmente válida: a que determina que todos se tratem, a si mesmos e aos outros – enquanto membros do reino dos fins (como legisladores e destinatários das leis) –, como fins, nunca como meios. Eis aqui uma das formulações do imperativo categórico, que será examinado mais à frente: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.⁶⁴⁸

Como se vê, trata-se de uma norma universal que proíbe a **coisificação**, isto é, a sujeição de uma pessoa ao puro arbítrio de outra, que dela faz uso como meio para o alcance de fins. Essa fórmula é a base do conceito negativo de dignidade, calcado na ideia de lesão, que reputamos, no item 6.4, extremamente produtiva (mais fácil do que definir a dignidade é dizer quando ela

⁶⁴⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 90.

⁶⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 64.

⁶⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 58-61.

está sendo violada, tomando por parâmetro **tipos ideais de lesão**, tais como a escravidão e a tortura, por exemplo).

Mas voltemos à questão da “vontade boa” e de como sua busca conduz à formulação do imperativo categórico. Kant mira, justamente, essa vontade absolutamente boa, mas já sabendo que ela não será alcançada pelos seres humanos, que, pertencentes, também, ao mundo sensível, não conseguem isolar adequadamente a razão a ponto de torná-la pura. Não há uma vontade específica (vontade “de alguma coisa concreta” ou norteada por algum fim particular) que valha incondicionalmente e para todo e qualquer caso. A vontade deve estar “esvaziada” de qualquer conteúdo material empírico, pois, do contrário, se referirá a um objeto específico e, como vimos, acabará tendo seu valor relativizado. A boa vontade – boa para absolutamente qualquer caso – tem que ser uma **vontade formal**. “A vontade absolutamente boa, cujo princípio tem de ser um imperativo categórico, ficará, pois, indeterminada a respeito de todos os objetos, e conterá somente a forma do querer em geral.”⁶⁴⁹ Na explicação de Joaquim Carlos Salgado, “Só a vontade pura e, por isso, formal e autônoma (livre, não afetada por qualquer móvel ou inclinação), não empírica, pode constituir a ética e dar moralidade às ações dos racionais”.⁶⁵⁰

Trata-se de uma vontade cujo conteúdo é dado precisamente pela razão pura. Como a razão pura se situa no plano do inteligível e, por isso, tem por marca maior a liberdade de toda e qualquer influência natural ou empírica, ela preenche o conteúdo da vontade apenas e tão-somente com suas leis. E já vimos que as leis concebidas pela razão pura, que servem para determinar a vontade pura (razão pura prática) são os **deveres** (morais). Vimos, também, que se o ser humano permanecesse integralmente no mundo inteligível, vontade pura e dever seriam a mesma coisa, mas que, como participa do mundo sensível, com indesejável frequência as normas ditadas pela razão pura prática não serão bem recebidas pela vontade impura, que identificará “lesões” aos interesses e necessidades biológicas e às inclinações idiossincráticas. Por isso, as leis morais, para o sujeito do plano sensível, se tornam **obrigações**. Essas obrigações, se variassem conforme o contexto, não serviriam para a configuração de uma moral unívoca e voltariam a cair na subjetividade. O **imperativo categórico** foi pensado para designar uma fórmula segundo a qual a obrigação se impõe, da

⁶⁴⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 75.

⁶⁵⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 78.

mesma forma, para toda e qualquer pessoa, em toda e qualquer situação, e absolutamente *a priori*, é dizer, sem qualquer interferência empírica ou casuística. Se existe um imperativo categórico, ele deve estar ligado à vontade pura.⁶⁵¹

A grande interrogação da ética é: “o que é o correto?” Ou, melhor ainda: “o que faz de uma ação uma **boa ação**?” No caso de Kant, a pergunta é outra, mais audaciosa: “o que faz de uma ação uma **ação necessariamente boa**?” Como pode uma ação ser considerada, universalmente, como uma boa ação? A empresa de Kant o conduziu à confecção de uma **fórmula**. Mas uma fórmula que, para ser invariavelmente válida e eficaz, não pode ser elaborada sobre elementos materiais empíricos. Deve se tratar de uma **maneira de agir** que possa ser executada, em qualquer lugar, a qualquer tempo, em qualquer situação ou contexto, guiada por um paradigma inteiramente *a priori*, que assegure a positividade da ação. Devo agir de tal modo que possa desejar que minha máxima⁶⁵² pudesse se converter em lei universal.⁶⁵³ Esse é o “imperativo categórico”: um **imperativo**, isto é, um comando oriundo da razão, que é **categórico**, ou seja, incondicionado, necessário, que, diferentemente dos “imperativos hipotéticos” (de prudência ou sagacidade e de destreza ou habilidade), não estabelece o valor da conduta em face de um fim, mas um valor absoluto, *a priori*, desvinculado de qualquer finalidade ou contexto.⁶⁵⁴

Simplificando: **devo agir de modo que meu padrão possa ser transformado no padrão universal**. Se a conduta que eu pratico puder ser estabelecida como a conduta devida por todos em face de todos, trata-se de uma boa conduta. É bom – ou, é o melhor – que todos ajam dessa exata maneira? Seria bom se minha máxima se firmasse como uma verdadeira lei da natureza?

O imperativo categórico é uma fórmula “[...] para exprimir a relação entre as leis objetivas do querer e a imperfeição subjetiva da vontade desse ou daquele ser racional – o ser humano, por

⁶⁵¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 57.

⁶⁵² Máxima é o **princípio subjetivo** do querer. É a diretriz pela qual se guia o agente. O princípio objetivo, para Kant, é a lei (dever moral). KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 27.

⁶⁵³ Existem, ao longo da obra, várias formulações do imperativo categórico. Reputamos, todas, variações dessa fórmula inicial, razão pela qual optamos pela referência no singular.

⁶⁵⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 45 e segs.

exemplo”.⁶⁵⁵ Kant disse que a vontade (pura) é uma espécie de causalidade dos seres racionais. Como causa, liga-se a um efeito, a um objeto. A vontade é, sempre, “de algo”, “dirigida a alguma coisa”. Não se pode conceber vontade “de nada” (algo suscita a vontade, ainda que não seja identificado por seu portador). A ação é um processo (de criação, de destruição, de modificação, de manutenção) e se dirige a algo. Fazer é fazer “alguma coisa”. Ninguém “simplesmente faz”; somente se pode “fazer algo”. A estrutura da ação requer um objeto (a menos que se queira pensar a ação como fruto da loucura ou da aleatoriedade, casos, aliás, em que ela continuará a por um objeto diante de si, embora ele possa permanecer oculto ou incompreensível para os observadores e inclusive para seu autor). Mas como compatibilizar uma vontade, que, por ser vontade, se refere fatalmente “a algo”, com a formalidade necessária à pretensão universalizante de Kant? Deve-se encontrar “algo” a que se possa referir a vontade, mas que não seja constituído de elementos empíricos ou sensíveis (caso em que, como exaustivamente frisamos, somente se poderia falar de um valor relativo, à luz de determinado fim e de acordo com certas circunstâncias). Esse “algo” é o próprio dever (lei moral). Mas qual é o dever universalmente válido que pode se posicionar como a referência da ação necessariamente boa?

A ética kantiana recebe duras críticas por seu formalismo. Em suma, pode-se argumentar que Kant apregoa “o dever pelo dever” e exalta o “amor pelo dever”, distanciando-se da realidade circundante do seres humanos enquanto seres carentes, imperfeitos, repletos de necessidades e marcados e influenciados por experiências, gostos, valores e concepções dos mais singulares. Seria uma ética perfeita, para seres perfeitos.

Pode-se dizer, também, a ética kantiana se constrói sobre bases anti-hedonistas. É muito mais fácil agir moralmente quando se negam as inclinações e apetites, ou seja, quando se embarga a voz da vontade típica do ser humano (vontade impura). Até a filantropia, o amor-próprio e pelo próximo tiram da conduta a sua moralidade, se lhe servem de base anímica. Não é moral a conduta do bombeiro que, ao tomar conhecimento de que seu filho está preso em um prédio em chamas, enfrenta o risco de ser engolido pelo fogo para salvá-lo guiado pelo amor paterno. Apenas será moral se o fizer enquanto bombeiro, jamais se atuar como pai. Um massacre das idiosincrasias pode transformar o homem moral em um robô.

⁶⁵⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 45.

As exageradas expectativas depositadas na razão a deixam quimérica. Kant crê que a adoção incondicional do imperativo categórico desemboca no agir moral, independentemente de qualquer conhecimento empírico, científico etc.⁶⁵⁶ A superestima da razão e a concepção de deveres absolutos insuscetíveis às influências do contexto conduzem a situações de grande injustiça e tornam sua fórmula nada operacional. Tenha-se, por exemplo, o dever absoluto de dizer a verdade. Imaginemos que um assassino esteja à procura de sua vítima, e que esta se esconda na casa de alguém. O assassino bate à porta dessa casa e indaga ao morador acerca da presença da vítima. Para Kant, mesmo conhecendo plenamente a intenção do assassino, há o dever moral de dizer a verdade por parte do dono da casa. Kant não concebe “mentir por necessidade”, nem mesmo para salvar a própria vida ou a de outrem. Dizer a verdade é um dever absoluto. Um pai não pode mentir para livrar o próprio filho, ainda que seja um bebê, da mais clara e reconhecida injustiça.

Quanto a esse ponto, as explicações de Kant são vagas e nada convincentes. Parece que o ímpeto de livrar sua obra das críticas (especificamente nesse caso, do pensador francês Benjamin Constant) falou mais alto e conduziu à formulação de justificativas muito frágeis. “Se, por exemplo, impedires, por meio de uma mentira, um indivíduo que, agora mesmo, tomado de fúria assassina, estava para cometer um assassinato, és responsável, quanto ao aspecto jurídico, por todas as consequências que possam resultar daí”.⁶⁵⁷ A afirmação, em si, já é absurda: se um pai mente quanto à presença do filho, para livrá-lo da morte injusta, e o assassino, cegado pela fúria, mata dez pessoas que se encontravam na imediações, nenhuma culpa ou responsabilidade jurídica se pode atribuir ao pai mentiroso. E mais: não só pela imprevisibilidade desses eventos lesivos (como poderia o pai supor que a frustração do perseguidor se pudesse converter nesse surto homicida indiscriminado?). Mesmo que o pai soubesse que, se o filho não fosse morto, dez outras pessoas o seriam, está, pela grande maioria das legislações, devidamente protegido por normas permissivas (estado de necessidade justificante ou exculpante, por exemplo). E a continuação da fala de Kant é igualmente inaceitável: “Mas se te limitares a dizer a estrita verdade, a justiça pública em nada poderá te atingir, por imprevistas que sejam as consequências”. O dever de dizer a

⁶⁵⁶ Referindo-se à “razão vulgar”: “Seria fácil demonstrar como ela, com essa bússola na mão, sabe distinguir perfeitamente, em todos os casos que ocorrem, o que é bom ou o que é mau, o que é conforme ao dever ou o que é contrário a ele, quando, sem lhe ensinar nada de novo, faz-se lhe esperar tão somente, como fez Sócrates a seu próprio princípio, sem que se careça de ciência ou filosofia para que ela saiba o que se deve fazer para ser honrado e bom, e, mais ainda, para ser sábio e virtuoso.” KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 31.

⁶⁵⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 124.

verdade colide, aqui – e essa colisão talvez tenha passado despercebida pelo mestre de Königsberg – com o dever de cuidado para com os filhos incapazes. É dever do pai livrar o filho bebê da morte injusta. Na maioria das legislações penais modernas, (no Brasil, no art. 13, § 2º, CP), os pais desempenham em face dos filhos menores os papéis de “garantidores”, ou seja, de guardiões dos bens jurídicos dos seus descendentes incapazes. A eles incumbem os deveres de proteção e cuidado que, seguramente, estariam sendo violados no exemplo aventado. E a conduta de mentir para salvar o filho pequeno da morte injusta parece ser, à moda do imperativo categórico, facilmente universalizável, isto é, passível de ser transformada em padrão ou lei universal. O caso é que, a partir de certo ponto, as explicações kantianas ganham aspecto até pueril:

[...] é possível que, após teres honestamente respondido “sim” à pergunta do assassino quanto à presença em tua casa da pessoa odiada que ele persegue, tendo essa pessoa saído dali sem ser notada e não estando mais ao alcance do assassino, o crime não possa ser cometido; se porém tivesses mentido e dito que a pessoa perseguida não estava em casa, e ela de fato tivesse saído (embora sem teres conhecimento disso), e depois o assassino a encontrasse fugindo e executasse sua ação, com razão poderias ser acusado de autor de sua morte. Pois se tivesses dito a verdade tal como a conhecias, talvez o assassino, ao procurar a pessoa inimiga em tua casa, fosse preso pelos vizinhos que viessem acudir, e o crime teria sido impedido.⁶⁵⁸

É até difícil enumerar as falhas da argumentação. “Talvez” o assassino entrasse para procurar a vítima, que “talvez” dali já tivesse saído, e “talvez” os vizinhos nunca antes considerados viessem a acudir e, “talvez”, chegassem a prender o criminoso. E o pior está na conclusão: caso o dono da casa mentisse para salvar a vítima, e esta, sem seu conhecimento, de fato houvesse deixado o local, seria aquele responsável por sua morte se fosse alcançada pelo perseguidor mais adiante. Novo absurdo: no mínimo, o que o dono da casa fez foi postergar a morte – que, em vez de dar-se em sua residência, de imediato, ocorreu posteriormente – e aumentar as chances de fuga. Além disso, voltamos a ressaltar que, nas legislações modernas, além de ser rechaçada a responsabilidade objetiva (sem dolo e sem culpa, como seria o caso do exemplo discutido), é frequente a presença de normas que regulam as situações de erro (erro de tipo, principalmente), de modo que o desconhecimento do proprietário sobre a saída da vítima, ao invés de determinar sua responsabilidade, possivelmente garantiria seu afastamento.

⁶⁵⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 125.

O mais importante aspecto que se pode destacar do discurso kantiano sobre o absolutismo do dever de dizer a verdade, no entanto, está na exagerada simplificação do ser humano e dos problemas em que ele pode se envolver. A esperança de respostas cem por cento seguras, constituídas asceticamente *a priori*, com o isolamento das personalidades e a dispensa das particularidades contextuais, aparenta ser menoscabo da complexidade ínsita ao homem e às suas atividades e relações. Quase todo dilema moral trará em si a colisão de valores e deveres, e isso, que dificilmente teria meramente escapado à sagacidade de Kant, parece ter sido por ele posto de lado. Mais do que isso: toda ação humana, assim como toda palavra, é uma forma de expressão, e encerra, por isso, mais de um sentido.

Um médico que salva uma pessoa contra a própria vontade desta, que possui convicções religiosas que proíbem a transfusão sanguínea, demonstra respeito pela vida alheia, respeito pelas prescrições de sua profissão e respeito pelas normas jurídicas que determinam seu agir. Mas, certamente, para alguns, sua atuação traduz desrespeito à vontade do paciente e mesmo às convicções religiosas em geral. O pai que, em condição de extrema miséria, subtrai um pão para seu filho pequeno que mal chora pelo avançado estágio de desnutrição realiza uma ação universalizável? De um lado, parece bom que o pai se esforce ao máximo para salvar o filho; de outro, não parece correto universalizar a subtração como um recurso. O indivíduo que seja alvo da mais injusta extorsão, se der ao coator um cheque sem fundo para livrar-se momentaneamente das agressões e ameaças, age bem, porque atua no sentido de preservar a própria vida, ou atua mal, porque sua ação é de uma falsidade flagrante? O *samurai* que tira a própria vida a comando do *daimyo* revela o respeito máximo pelo dever de lealdade ou lesa o dever de autopreservação, tão importante para Kant?

Embora, de fato, a ética de Kant seja formal – e tenha que sê-lo, tendo em vista seu propósito de criar um sistema universalmente válido – não cremos que seja absolutamente desprovida de referenciais materiais, o que afastaria algumas das importantes críticas que lhe são dirigidas. O grande problema está na sua **descontextualização**. O absolutamente correto que prescinde do “onde”, do “quando” e das circunstâncias concretas é uma fantasia. Uma ética perfeita, apreensível e executável apenas por seres perfeitos, se é viável, não é útil aos seres humanos.

Mas o fato é que se pode extrair dessa ética uma diretriz muito importante, e, esta sim, útil, da qual vêm se apropriando muitos juristas para embasar suas concepções teóricas acerca da

dignidade da pessoa humana. O ser humano é um fim em si mesmo e, portanto, merece respeito. Se toda ação tem um objeto, o objeto da ação moral, cujo valor Kant quer que seja absoluto, é o ser humano. Como fim em si mesmo, seu valor não oscila e a ação que prestigie tal premissa será uma ação boa. A vontade pura, como já visto, se identifica com o cumprimento do dever. E esse dever é o **dever de respeito**. Respeito, mais uma vez, pelo ser humano, como fim em si mesmo, insuscetível de precificação e dotado, então, de **dignidade**.

Em poucas palavras: por que o ser humano é digno, para Kant? Porque, diferentemente dos seres irracionais e das coisas, nunca é meramente meio, mas sempre um fim. Porque, enquanto membro do mundo inteligível, é absolutamente livre, possui uma vontade inteiramente autônoma, somente permanecendo submetido às leis que impõe a si próprio. **Leis morais**, que não possuem fins, senão o de estabelecer seus criadores como fins em si mesmos. Sinteticamente: o ser humano é digno porque possui capacidade para a moral. Para reconhecer o justo e o injusto, e para escolher sua forma de atuação. E essa “capacidade para a moral” lhe é dada pela **razão** (razão pura, que determina o conteúdo da razão pura prática, isto é, da vontade pura).

Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro e legislador no reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade.⁶⁵⁹

Eis aqui, então, o motivo pela qual a razão, na visão dos muitos autores que prestigiam a ótica kantiana, é o fundamento da dignidade.⁶⁶⁰

Deve ficar bastante claro que, independentemente da classificação que dermos à visão kantiana sobre os conceitos de dignidade, autonomia e liberdade, não de nos serem úteis suas ideias. Se a razão é um dado ontológico, ou não, não importa aqui. Se o ser humano, de fato, está esgarçado entre o inteligível e o sensível, tampouco. Ao estabelecer a razão como uma característica **típica** e ao ressaltar a magnitude de seu papel para a compreensão do ser humano, teremos subsídio suficiente para situá-la como um dos principais fundamentos da

⁶⁵⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 65.

⁶⁶⁰ Um bom exemplo, pela forma direta pela qual se expressa, é o de Bruno Weyne: “[...] **por que** o ser humano tem uma dignidade? O ser humano tem dignidade porque possui **razão**”. WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 315. Grifo do autor.

dignidade da pessoa humana, ou seja, para afirmar que a preocupação quanto à existência e ao tratamento digno a que se entende que ela faça jus decorre, em grande parte, de seu reconhecimento como um ser pensante racional. Se o uso adequado da razão necessariamente conduz, como quer Kant, ao bem supremo e à justiça absoluta, pela postura cética inicialmente adotada, não nos é dado responder. Mas essa é uma pergunta cuja pendência não impede o desenvolvimento do tema, em absoluto. O indiscutível é que, dentre as mais densas e complexas linhas já escritas sobre a venerada razão humana, certamente se encontram as que provieram da genialidade de Immanuel Kant.

Seguramente, Immanuel Kant pode ser apontado como um dos mais importantes filósofos da razão. O mesmo provavelmente não se dirá acerca da vontade. Mas isso não quer dizer que o próprio Kant não haja reconhecido a existência e a relevância de uma faculdade denominada vontade. O modo como a aborda, porém, é um tanto questionável. A vontade a que mais alude Kant é insípida, passiva e até mesmo tediosa. Uma escrava da razão. “Kant’s Will is delegated by reason to be it’s executive organ in all matters of conduct”.⁶⁶¹ (Trazido do item 8.2)

O discurso kantiano é mantido, na maior parte do tempo, em um plano mais elevado, distante da realidade dos seres humanos, que, embora sejam racionais, não o são por completo. Assim, suas considerações, na grande maioria das vezes, não são sobre a razão, meramente, mas sobre a **razão pura**. Da mesma forma, raras vezes se pronuncia sobre a vontade; bem mais comum é referir-se à **vontade pura**. Acontece que a vontade pura, como vimos, não é mais do que uma derivação da razão pura. No ser puramente racional, desprovido de necessidades, dono de uma liberdade absoluta e desligado das inclinações e apetites, o conteúdo da vontade é inteiramente ditado pela razão pura. O ser racional quer apenas o que é racional. A integral subserviência da vontade à razão é denunciada do modo mais flagrante pela própria denominação dada à primeira nos escritos kantianos: “**razão prática**”.

Só um ser racional possui a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, por princípios, ou, só ele possui uma vontade. Como para derivar as ações das leis se exige a razão, a vontade outra coisa não é senão a razão prática. Se a razão determina infalivelmente a vontade, então as ações de tal ser, que são conhecidas como objetivamente necessárias, são também subjetivamente necessárias, ou seja, a vontade é a faculdade de não escolher nada mais que a razão, independentemente da inclinação [...].⁶⁶²

⁶⁶¹ ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 149.

⁶⁶² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 43.

Mas o fato é que o próprio Kant, logo na sequência, deixa bem claro que essa identidade entre razão e vontade não ocorre a não ser em seres racionais perfeitos. E esse não é o caso dos seres humanos. Fica evidente, destarte, que os seres humanos possuem uma vontade, mas que ela é heterônoma, em seu dizer, comprometida pela influência das experiências, das inclinações e dos apetites.

Mas se a razão por si só não determina suficientemente a vontade, se esta ainda está sujeita a condições subjetivas (a certos princípios) que nem sempre coincidem plenamente conforme a razão como realmente sucede entre os homens), então as ações, que objetivamente são reconhecidas como necessárias, são subjetivamente contingentes, e a determinação de tal vontade, em conformidade com as leis objetivas, chama-se **obrigação**.

Pode-se dizer que Kant fez um corte: reconheceu a “vontade impura” e seus efeitos sobre o homem, mas decidiu ater-se à análise da “vontade pura”, um verdadeiro apêndice da razão pura. A vontade sentida pelo homem, psicologicamente falando, é considerada pelo filósofo como “patológica”.⁶⁶³ Na verdade, para Kant, a heteronomia da vontade é a fonte de todos os princípios ilegítimos da moralidade. Essa conclusão, aliás, é exposta sob a forma de um subtítulo em seu livro. E, nesse trecho da obra, revela-se com grande clareza a ideia segundo a qual o ideal é que a vontade fosse purificada a ponto de ser unicamente a própria expressão da razão, o que significa dizer, em outras palavras, a ponto de perder sua relevância enquanto elemento diverso desta.⁶⁶⁴

A fusão entre razão e vontade na filosofia kantiana rendeu-lhe críticas. Algumas das mais autorizadas provieram de Hans Kelsen: “O conceito kantiano da razão prática é, assim, o resultado de uma inadmissível confusão de duas faculdades do homem, essencialmente diferentes uma da outra e também por Kant mesmo diferenciadas.”⁶⁶⁵

O perfeccionismo de Kant o impediu de levar em consideração a vontade em seu sentido genuíno: um processo psicológico absolutamente individual que pode nascer da razão ou não, e que pode com ela coincidir ou não. É contundente a crítica de João Maurício Adeodato:

⁶⁶³ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 27.

⁶⁶⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 71.

⁶⁶⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 101.

A vontade empírica é faculdade subjetiva, pessoal, relativamente arbitrária. Interpretar a vontade como uma forma objetiva de pensamento, racional e universal, embasada em critérios puramente formais de autocoerência, como no “querer” do jurista neokantiano Stammler, por exemplo, é retirar-lhe o sentido original e apelar a uma instância metafísica sem muito apoio nos fatos.⁶⁶⁶

A vontade pura, sobre a qual mais escreveu Kant, é despsicologizada, objetivada e, portanto, desumanizada. A vontade cuja existência ele apenas denunciou e cuja presença pretendemos firmar como faculdade típica do ser humano vem em sentido oposto, e o que propomos é uma colisão frontal. É difícil afirmar que entre razão e vontade exista uma separação estanque. Mas também é difícil negar que a segunda goze de algum grau de autonomia.

A razão é, de fato, uma das características mais marcantes do ser humano e um de seus traços distintivos mais fortes. Não a entendemos, porém, como “o” caractere humano, isto é, como o elemento constitutivo que governa absoluto – e solitário – o reino da humanidade. A nossa ideia é a de que o homem é mais que razão, e, embora esta seja um de seus dons mais magníficos, não resume o que é ser humano.

Já se disse que “[...] a razão humana é uma faculdade de conhecimento, a saber: uma faculdade de pensamento”.⁶⁶⁷ De fato, o ser humano é pensamento. A razão certamente é uma de suas características mais marcantes e um de seus traços distintivos mais fortes. Não a entendemos, porém, como “o” caractere humano, isto é, como o elemento constitutivo que governa absoluto – e solitário – o reino da humanidade. A nossa ideia é a de que o homem é mais que razão, e, embora esta seja um de seus dons mais magníficos, não resume o que é *ser humano*. Ser humano é bem mais do que pensar e conhecer. É querer. É poder valorar os objetos do conhecimento e escolher o que fazer, criar ou produzir diante das possibilidades desveladas pela razão. “Conhecimento é receptivo, querer é produtivo”.⁶⁶⁸

Ainda que se concorde com um governo da razão, há que se deplorar a tirania que ordene a supressão daquilo que o indivíduo tem **dele mesmo, de exclusivo, de pessoal, de único**. Se a razão pura é igual para todos os seres racionais, o que nos individualiza, mais do que o fenótipo, são as vontades e inclinações. O governo autoritário se desgasta mais rápido e, mais cedo ou mais tarde, a adesão desvanece. A tirania da razão, com a consequente escravização

⁶⁶⁶ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 78-79.

⁶⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 10.

⁶⁶⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 100.

da vontade, conduz à formação de uma legião de robôs altamente éticos. Se a razão é fator distintivo do humano, certas atitudes emocionais e volitivas dão o colorido da humanidade, e abrir mão delas é trocar toda a estética das cores pela segurança do monocromático.

“Depurar” sentimentos e emoções é uma atitude até mesmo anti-humana, empregada essa expressão no sentido da desconsideração daquilo que é típico do ser humano, e que, se por um lado, é causa dos males e das atrocidades, de outro, é também a fonte de onde provêm a inspiração que move e a beleza que marca o agir do homem.

8.2. A AFIRMAÇÃO FILOSÓFICA DA VONTADE COMO DADO TÍPICO DA CONDIÇÃO HUMANA

8.2.1. A existência da vontade enquanto faculdade mental

A observação e a experiência nos levam a pensar na vontade como um objeto consolidado nas culturas da maior parte dos povos ocidentais. Na literatura, nas ciências, na religião e, especialmente, no ideário comum e no discurso informal do cotidiano, a vontade aparece como um dado cuja existência parece ser indiscutível. Não é preciso recorrer às incontáveis vezes em que, diariamente, percebemos em nós mesmos algum tipo de processo psíquico que possa ser relacionado com a vontade. Basta pensar em quantas vezes, por dia, fazemos uso dessa palavra para designar um estado mental ou uma disposição anímica, própria ou alheia. Não há motivos para supor que o conceito de “razão” se faça mais presente nas vidas das pessoas em geral do que o de “vontade”.

Um inventário filosófico também favorece a impressão da sedimentação da vontade como caractere humano. A vontade desempenha um importante papel nas filosofias de Epiteto (135 d.C.), Agostinho (354-430 d.C.), Scotus (1265-1308), Descartes (1596-1650), Kant (1724-1804), Hegel (1770-1831), Schelling (1775-1854), Schopenhauer (1788-1860), Nietzsche (1844-1900), Sartre (1905-1980), entre outros.

Cada um desses filósofos, a seu modo, reconheceu a existência da vontade (ou de **um tipo de vontade**) e dedicou escritos no sentido da sua compreensão. Para alguns, a vontade é um apêndice da razão; para outros, uma força interna que move todos os seres em direção ao fim último. Há os que dão à vontade peso superior à própria razão, e há os que a reconhecem, mas

deploram o próprio fato de ela existir. Há, inclusive, os que dela trataram apenas incidentalmente, mas que não deixaram de reconhecer sua existência e sua constante influência no comportamento humano.

Certamente, o primeiro e maior dos empecilhos com os quais nos deparamos em um estudo sobre a vontade é a porosidade⁶⁶⁹ dessa palavra. Parece verdadeiramente impossível chegar a um consenso sobre o conceito de vontade, termo usado para designar quase todo tipo de intenção, desejo, propósito, emoção, inclinação, aspiração etc. É por isso que encontraremos fartura de escritos filosóficos sobre o objeto, ainda considerado em sentido bastante amplo.

É indubitável que não há espaço, nem tempo, no bojo desse estudo, para uma pesquisa minudente sobre o tema genérico da “presença da vontade na Filosofia”. É preciso, destarte, estabelecer um fio condutor, e eleger um autor de base para nos guiar nessa difícil empresa. Optamos por adotar como marco Hannah Arendt, que presenteou a civilização ocidental com uma importante obra sobre o tema, e Aristóteles, filósofo clássico em quem nitidamente se inspirou.

Deve ser pontuado desde já o que pretendemos com o presente item e suas subdivisões: demonstrar que a) o comportamento humano não é determinado apenas pela razão; b) a vontade é uma faculdade mental autônoma; c) vontade e liberdade são conceitos indissociáveis; d) a vontade é a chave de interpretação do comportamento em um processo ético.

Os dois traços mais marcantes da vontade, para Hannah Arendt, são justamente aqueles que mais polêmica geraram, e que mais críticas suscitaram: a) ela é um “órgão para o futuro”; b) sua existência pressupõe contingência e indeterminação, condições necessárias para a noção aparentemente indissociável de liberdade. As investigações da filósofa nos revelam os principais motivos pelos quais os pensadores que repudiam a vontade assim o fazem.

⁶⁶⁹ Por porosidade, entendemos a possibilidade de que uma determinada palavra assumam os mais diferentes sentidos, ou, para uma explicação mais gráfica, de que ela comporte um preenchimento a partir da atribuição de uma imensa gama de significações diversas, de acordo com o contexto. Toda palavra ostenta algum nível de porosidade, na medida em que não existem palavras com um significado unívoco ou que se refiram com exclusividade a algum objeto específico. No caso da vontade, esse nível é bastante elevado.

Arendt afirma que a vontade nem sempre existiu para a Filosofia do hemisfério oeste, e que os gregos simplesmente não a conheceram. Uma análise da Ética Aristotélica pode conduzir a conclusão diversa. Deveras, há dois pontos pacíficos: o idioma grego não continha a palavra “vontade”, e o seu equivalente, em Aristóteles, não corresponde exatamente à compreensão de vontade que se consolidou com o advento da modernidade. No item seguinte (8.2.2), no entanto, pretendemos demonstrar que a *proairesis* não é, como diz Arendt, “uma precursora da vontade”, mas uma própria forma de volição.

Para Hannah Arendt, a vontade é uma **invenção** que conta com menos de dois mil anos de idade e, nesse período, foi constantemente exposta a dúvidas e sofreu todo tipo de refutação por filósofos do mais elevado prestígio. Mais uma vez, somos forçados a creditar as mais fortes dissidências ao aspecto da excessiva porosidade da palavra.

Na opinião da pensadora, então, pode-se dizer que vontade foi “descoberta” pelo apóstolo Paulo⁶⁷⁰, e que passaria a desempenhar um relevante papel na constituição da noção de “livre arbítrio”, tão cara ao cristianismo. Tanto é que, de início, foram alguns dos “filósofos cristãos” os que mais esforços empreenderam no sentido de afirmá-la.

(A partir daqui, o texto foi “reorganizado” – tentei mesclar ao máximo as citações; eliminei o item 8.2, em que eu tratava de Kant, Schopenhauer e Nietzsche, evitando a repetição de Kant que você apontou)

Agostinho surgiu com uma ideia que, séculos depois, foi sustentada por Kelsen⁶⁷¹, e com a qual concordamos: “Memory and intellect are both contemplative and, as such, passive; it is the Will that makes them function and eventually ‘binds them together’”.⁶⁷²

Um dos principais opositores de Agostinho é Tomás de Aquino, para quem o intelecto tem primazia sobre a vontade. Também ele, então, embora diga que esta não se compara em nobreza com aquele (principalmente, porque conhecimento pode existir sem vontade, mas vontade nunca poderá existir sem conhecimento), reconhece a existência da faculdade mental.⁶⁷³

⁶⁷⁰ ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 18.

⁶⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 100.

⁶⁷² ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 99. “Memória e intelecto são contemplativos e, como tais, passivos; é a vontade que os faz funcionar e eventualmente os vincula um ao outro”. (Tradução nossa).

⁶⁷³ *Idem, ibidem*, p. 121.

Retomando a linha de pensamento de Agostinho, e fazendo frente a Tomás de Aquino, Duns Scotus é um dos poucos filósofos que sustentam abertamente a supremacia da vontade sobre a razão. A razão é uma serva da vontade. Sua função é alimentá-la com objetos.⁶⁷⁴ Se na visão de Aquino, o querer pode ser um desdobramento secundário do conhecer – atividade principal –, para Scotus, o conhecer é uma atividade preliminar do querer. É por isso que, sob sua ótica, não é a razão, puramente, que faz do homem um ser diferenciado dos demais animais. É a sua vontade livre, sem a qual ele seria “*an enlightened animal (bonum animal)*” ou “*an intellectual beast (bestia intellectualis)*”.⁶⁷⁵

Outros filósofos se pronunciaram com semelhante eloquência. Bem antes disso, Epiteto afirmou: não há nada mais soberano no homem do que a vontade (referindo-se à *proairesis* aristotélica, que é a possibilidade de “preferir” uma ação em detrimento de outra). Esta, nem Zeus pode conquistar pela força. A superioridade do querer sobre o próprio pensar fica clara em sua assertiva: realidade é o que a vontade consente que seja real para mim.⁶⁷⁶ Bastante convicto, também, é Schelling: “There is no other Being than Will. Will is primordial Being, and all predicates apply to it alone – groundlessness, eternity, independence of time, self-affirmation! All philosophy strives only to find this highest expression”.⁶⁷⁷

A frequente associação da vontade com a liberdade rendeu-lhe muitas críticas. Para Schopenhauer, essa última não passa de uma ilusão:

cada um julga-se *a priori* absolutamente livre, e isso em cada um dos seus atos, isto é, crê que pode a todo momento mudar o curso da sua vida, ou seja, tornar-se um outro. É apenas *a posteriori*, após a experiência, que ele constata, para grande espanto seu, que não é livre, mas está submetido à necessidade; que apesar dos seus projetos e suas reflexões, ele não modifica em nada o conjunto dos seus atos, e que, de uma ponta à outra da sua vida, ele deve revelar um caráter que não aprovou e continuar um papel já começado.⁶⁷⁸

Arendt nos conta que, durante muito tempo, a liberdade foi um fantasma. Spinoza – lembra a autora – afirmava que uma pedra que foi arremessada, se tivesse consciência, se sentiria

⁶⁷⁴ ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 126.

⁶⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 136.

⁶⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 78-79.

⁶⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 156. “Não há outro ser, senão a vontade. A vontade é o ser primordial, e todos os predicados a ele se aplicam – ausência de fundamento, eternidade, independência do tempo, auto-afirmação! Toda filosofia se esforça para encontrar sua expressão mais elevada.” (Tradução nossa).

⁶⁷⁸ SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Trad. M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, p. 122-123.

“livre”. Tenderia a crer que está em movimento “porque quer”. Assim, os homens se supõem livres unicamente porque estão conscientes de suas ações e seus movimentos, mas estão inconscientes das suas causas. Só por isso, ilusoriamente, se acreditam “no controle”. Ocorre que o homem, embora seja “subjetivamente livre” (se creia livre), é “objetivamente necessitado” (está fadado a ter necessidades que, se não determinarão, influirão em seu agir). Não são poucos, então, os autores que, embora reconheçam a existência de uma vontade “subjetivamente sentida”, refutam a hipótese de que ela seja objetivamente livre (Hobbes e o próprio Spinoza, por exemplo).⁶⁷⁹

Não apenas pela conexão com a liberdade, mas pelo seu papel na sedimentação da noção de livre arbítrio, a vontade atraiu furiosas críticas de Friedrich Nietzsche. Com sua “cruzada” pela desconstrução dos valores morais e da crença nas verdades religiosas e científicas, não tinha muitos motivos para enaltecer o elemento da vontade. A verdade é que ele a nega com veemência, ma apenas em certo sentido. Em seus escritos, encontramos a vontade como a mola propulsora de todos os seres vivos em nosso mundo. Não se trata, porém, do emprego da palavra vontade segundo suas acepções mais usuais, isto é, relacionada com atividades psicológicas específicas. Essa vontade, enquanto ato de “querer” um objeto determinado é expressamente negada por Nietzsche. “A vontade não existe”, diz o filósofo.⁶⁸⁰ É claro que é preciso contextualizar a afirmação de Nietzsche em sua própria densa filosofia. Nietzsche é um incansável guerreiro da demolição. Tudo o que se posicionasse como verdade; tudo o que fosse objeto de veneração e idolatria; tudo o que brecasse a aplicação dos juízos mais críticos, era alvo das mais corrosivas investidas por parte do polêmico pensador.

Diante de um “conjunto da obra”, é perfeitamente compreensível a refutação de Nietzsche em relação à vontade enquanto ato de “querer” determinado objeto. Em sua opinião, ela é um artifício largamente usado pelo cristianismo (de quem Nietzsche é um inimigo declarado) para a noção ilusória de “livre arbítrio” e para a indução à culpa. Livre arbítrio, para Nietzsche, é a mais traiçoeira das ficções teológicas. Ela entra em cena para formar a concepção do homem livre, mas, apenas, para poder responsabilizá-lo depois.

Whenever responsibility is assigned, it is usually so that judgment and punishment may follow. [...] the doctrine of the will has been invented essentially to justify

⁶⁷⁹ ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 23-24.

⁶⁸⁰ NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de potência**. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 353.

punishment through the pretext of assigning guilt. All primitive psychology, the psychology of will, arises from the fact that its interpreters, the priests at the head of ancient communities, wanted to create for themselves the right to punish — or wanted to create this right for their God. Men were considered "free" only so that they might be considered guilty — could be judged and punished: consequently, every act had to be considered as willed, and the origin of every act had to be considered as lying within the consciousness (and thus the most fundamental psychological deception was made the principle of psychology itself).⁶⁸¹

É óbvio, porém, que apesar de seu ataque à razão e à vontade, Nietzsche não supõe que todas as ações humanas sejam tomadas a esmo, nem que estejam livres de influências interiores, situadas no plano psicológico. Dizendo de outro modo, Nietzsche não ignora a existência de fenômenos que se processam na mente (talvez, para evitar as potenciais falácias decorrentes do emprego do termo metafísico “mente”, Nietzsche preferisse “cérebro”). Sua luta é travada contra as rotulações, os conceitos estáticos, as verdades prontas, e seus manuseios ideologicamente direcionados (no caso da religião). O filósofo fala de uma instância intelectual, uma “[...] junta diretora, onde os diferentes **apetites principais** fazem valer seus votos e seu poder”. E considera que o prazer e o desprazer “[...] são indicações vindas dessa esfera: também o **ato de vontade**, também as **ideias**.”⁶⁸²

Na filosofia de Nietzsche, visivelmente, há uma força que impele os seres vivos ao movimento contínuo. É ela, inclusive, uma das principais causas do dinamismo e da mutação constante do mundo. E essa força é representada pela **vontade**. Como dito, não uma vontade psicologizada, individualizada, que tem por alvo um objeto determinado ou um fim específico. Uma “**vontade de potência**”⁶⁸³ comum a todos os seres vivos.

⁶⁸¹ NIETZSCHE, Friedrich. **Twilight of the idols or how to philosophize with a hammer**. Trad. Walter Kaufmann and R.J. Hollingdale *E-book*. “The four great errors”, n. 7. Disponível em <http://www.inp.uw.edu.pl/mdsie/Political_Thought/twilight-of-the-idols-friedrich-neitzsche.pdf>. Acesso em 18 mar. 2014. “Sempre que a responsabilidade é atribuída, o julgamento e a punição podem seguir. [...] A doutrina da vontade foi inventada essencialmente para justificar a punição através do pretexto da atribuição da culpa. Toda psicologia primitiva, a psicologia da vontade, decorre do fato de que seus intérpretes, os sacerdotes à frente das comunidades antigas, queriam criar para si o direito de punir - ou queriam criar este direito para o seu Deus. Os homens foram considerados "livres" apenas para que eles pudessem ser considerados culpados - poderiam ser julgados e punidos: conseqüentemente, todo ato tinha de ser considerado como vontade, e a origem de cada ato teve que ser considerada como estando dentro da consciência (e, portanto, o engano psicológico mais fundamental foi tornado o princípio da própria psicologia).” (Tradução nossa).

⁶⁸² NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de potência**. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 344-345.

⁶⁸³ A tradução da expressão “Der Wille zur Macht” para o português como “A Vontade de Potência” não é uma escolha que resulta clara. O mesmo se dá com o italiano (“La volontà di potenza”) e o francês (“La volonté du puissance”). A palavra alemã típica para potência é *potenz*. As traduções mais comuns para o inglês e o espanhol (respectivamente, “The Will to Power” e “La Voluntad de Poder”) seguem esse raciocínio.

A “vontade de potência” é a “vontade de acumular forças”; “de tornar-se mais forte”; de se apropriar, de se tornar senhor, de aumentar, de se converter em mais forte”. “A vida, pode-se dizer, “[...] é especificamente vontade de acumular força: todos os processos da vida têm aí sua alavanca; nenhuma coisa quer conservar-se, tudo deve ser adicionado e acumulado”. Essa “vontade de acumular poder” rege todos os aspectos da vida (“nutrição, procriação, hereditariedade, sociedade, Estado, costumes, autoridade” etc.). A convicção de Nietzsche em seu recém-forjado conceito é tanta que ele se permitiu algumas “escorregadelas” ontológicas dignas de nota: “a essência íntima do ser é vontade de potência”.⁶⁸⁴

Para Nietzsche, todos os desejos e paixões não são mais do que derivações dessa vontade de poder. Ele entende “que toda a força é vontade de potência, que não há outra força física, dinâmica ou psíquica...”.⁶⁸⁵

Não a vontade “psicológica”, mas a “vontade de poder” é a causa das ações; é a mola-mestra do agir humano. Mais do que isso, é o próprio motor de todo e qualquer ser vivo. E Nietzsche chega a uma afirmação ainda mais intrigante: não se trata de uma vontade do indivíduo; não há nenhuma relação com a espécie (por exemplo, com a “humanidade”, termo que é ridicularizado pelo filósofo); na verdade, “o que a menor parcela de organismo vivo quer, é um *plus* de potência”.⁶⁸⁶ Nietzsche faz parecer que a “vontade de potência” é um comando geneticamente gravado na constituição biológica de todo e qualquer ser vivo. Cada parte de seu ser anseia pelo poder.

Não há dúvida que se trata de material apto a nos proporcionar frutíferas reflexões. Seja para interpretar o comportamento do indivíduo (que se expõe ao risco, que agride, destrói, toma, usurpa e eventualmente se associa), as questões sociais (luta de classes, política, Direito) ou o reino da natureza (luta pela sobrevivência, adaptação), Nietzsche nos fornece uma lente única.

De um modo geral, tudo o que seja colocado em um pedestal será alvejado. “Não há nem ‘espírito’, nem razão, nem pensamento, nem consciência, nem alma, nem vontade, nem

⁶⁸⁴ NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de potência**. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 381-382.

⁶⁸⁵ NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de potência**. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 386.

⁶⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 388.

verdade: estas são simplesmente ficções inutilizáveis”.⁶⁸⁷ Note-se que até mesmo quanto à tão festejada razão, quando Nietzsche chega a conceder a possibilidade de sua existência, não o faz sem um quê de menosprezo: “[...] é uma idiossincrasia de certas espécies de animais, tão somente uma idiossincrasia ao lado de outras”.⁶⁸⁸ Em outra parte, Nietzsche a ela se refere como “uma velha enganosa”.⁶⁸⁹ Com a vontade não poderia ser diferente. Embora Nietzsche refute as duas faculdades mencionadas, o faz com um propósito bastante claro: o de destroná-las ou demovê-las do ponto de deidades a que foram alçadas pelo homem moderno.

Sabe-se que Nietzsche é um crítico ferrenho da definição de vontade de Schopenhauer. Principalmente, por sua abstração, seu “esvaziamento de conteúdo”. Ocorre, no entanto, que a concepção nietzscheana dela não se distancia tanto assim. Não se diga isso porque é declarada a influência de Schopenhauer sobre Nietzsche, mas, sim, porque a construção desse último parece partir de onde aquele primeiro parou. Ambos lidam com uma vontade “geral”, “absoluta”, “subterrânea”. É óbvio que a semelhança se interrompe aqui. A vontade absoluta de Schopenhauer é uma construção metafísica, e, embora possa aparentar, certamente não é o que se pode dizer sobre a vontade de potência de Nietzsche. A leitura que fazemos é a de que essa vontade de potência não é uma força cósmica que une todos os seres, inclusive os inanimados, em uma comunicação muda. Trata-se de uma predisposição ou mesmo um comando geneticamente gravado em todos os seres vivos. A vontade de potência é melhor compreendida sob viés **biológico**: como uma programação genética no sentido da expansão, do acúmulo de força, do aumento da potência.

Dentre os maiores filósofos alemães, não apenas Kant nos legou uma noção “bifurcada” de vontade. Vimos que, em sua dicção, há uma vontade pura e uma “impura” (embora ele mesmo não empregue essa segunda nomenclatura). Pois para Schopenhauer, há uma “vontade absoluta” e uma “vontade imediata”.

As primeiras palavras de Schopenhauer sobre a vontade lhe dão a aparência de um verdadeiro entusiasta. O ser humano nunca seria capaz de conhecer aquilo que é a “essência íntima das

⁶⁸⁷ NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de potência**. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 346.

⁶⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 350.

⁶⁸⁹ NIETZSCHE, Friedrich. **Twilight of the idols or how to philosophize with a hammer**. Trad. Walter Kaufmann and R.J. Hollingdale *E-book*. “Reason in Philosophy”, n. 5. Disponível em <http://www.inp.uw.edu.pl/mdsie/Political_Thought/twilight-of-the-idols-friedrich-nietzsche.pdf>. Acesso em 20 mar. 2014.

manifestações e ações do seu corpo”; tal somente se poderá alcançar por meio da compreensão da vontade. “Isso, apenas isso, lhe dá a chave da sua própria existência fenomenal, lhe descobre a significação desta, lhe mostra a força interior que produz o seu ser, as suas ações, o seu movimento”.⁶⁹⁰

À medida que se avança na leitura de Schopenhauer, percebe-se que ele não fala apenas de uma vontade em sentido psicológico, mas de camadas ou níveis diferentes de vontade.

Para Schopenhauer, falar de vontade é falar de ação. Dissemos, linhas acima, que a formação da vontade requer o propósito de agir, ainda que ele seja revogável e nunca venha a ser executado. Schopenhauer entende diferentemente: “Todo ato real da nossa vontade é, ao mesmo tempo e infalivelmente, um movimento do nosso corpo; não podemos querer um ato sem constatar, no mesmo instante, que ele aparece como um movimento corporal”. Enquanto não entra em cena a prática, o que se tem é um “projeto de vontade” elaborado pela razão. Possivelmente, “sobre o que se quererá num momento dado”. Em suma, “É apenas a execução que prova a decisão; até lá ela [a vontade] é apenas um projeto que pode mudar”.⁶⁹¹

A existência de volições em plano psicológico é clara para Schopenhauer. Mas, para ele, essas vontades perceptíveis, que o próprio sujeito identifica, são fenômenos pelos quais se manifesta, pontual e momentaneamente, uma vontade mais ampla, oculta em sua maior parte e quase o tempo inteiro. Ela é a “coisa em si” kantiana, isto é, aquela que o homem não pode chegar a conhecer. Essa vontade submersa é a **vontade absoluta**; a vontade individualizada, mero fenômeno daquela outra, é a **imediate**. “Por vontade absoluta ele entende aquilo que está no fundo da satisfação da vontade imediata em cada um de nós”.⁶⁹² Os atos conscientes de volição – **que existem** – são, explicando mais graficamente, “a ponta do *iceberg*”.

O ato isolado de um indivíduo consciente (que é ele mesmo apenas um fenômeno da vontade, coisa em si) necessita de um motivo, e não se produziria sem isso. [...] Assim, o homem tem sempre uma finalidade e motivos que regulam as suas ações: pode sempre dar conta da sua conduta em cada caso. Mas perguntem-lhe por que é

⁶⁹⁰ SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Trad. M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, p. 109-110.

⁶⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 110. Vê-se, então, que não se encaixa na visão de Schopenhauer a relação necessária da vontade com o futuro, estabelecida em linhas anteriores. Ao contrário: o ato de vontade é um ato do presente, percebido concomitantemente com o exercício da ação.

⁶⁹² SIMMEL, Georg. **Schopenhauer & Nietzsche**. Trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 53.

que ele quer, ou por que é que ele quer ser, de uma maneira geral: não saberá o que responder, a questão lhe parecerá mesmo absurda.⁶⁹³

A vontade absoluta é a base de toda a existência. Ela é a dinâmica por trás de todas as forças da natureza, a renovação e a transformação de toda a matéria orgânica, o esforço contínuo, o eterno devir. Ela é o sentido da existência. Trata-se do princípio que rege o movimento e a continuidade do mundo.

Já dissemos, mas vale a ênfase: a existência da vontade pressupõe um objeto. Querer é “querer alguma coisa”. Schopenhauer concorda. Mas os objetos nos são dados apenas no caso da vontade imediata. A vontade absoluta, a coisa em si que é inapreensível pela razão, é pura voracidade insaciável. O alcance dos fins propostos não a faz arrefecer. Na leitura de Georg Simmel, é possível “[...] explicar psicologicamente por que quero essa ou aquela coisa, mas não por que quero em geral. Cada ato específico de vontade pode satisfazer-se, mas não a vontade geral que está nele e continua a existir depois dele”.⁶⁹⁴

Quanto à vontade absoluta, por ser vontade, também exige um objeto a ser posto diante de si, também demanda um alvo a que se dirija. Afinal, uma tal vontade seria “vontade de quê?” Uma vontade de ser, de continuar a existir, de mudar, de recomeçar. Nos seres vivos, é a própria vontade de viver.⁶⁹⁵

A vontade absoluta é disforme, cósmica, desumanizada. Ela é uma força que atua sobre todos os seres. Até mesmo sobre os inanimados. “A força que faz cair a pedra é, na sua essência, em si e fora de toda representação, a vontade [...]”.⁶⁹⁶ É uma energia oculta ou subterrânea que une todos os seres por meio de suas tramas, e que, sob a toada de suas vibrações, determina os processos causais fisicamente apreensíveis. Os motivos e os fins específicos, individuais, não correspondem à vontade; são indícios momentâneos de um querer “geral”, constante, que permanece ainda escondido em sua maior porção.⁶⁹⁷

⁶⁹³ SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Trad. M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001, p. 172.

⁶⁹⁴ SIMMEL, Georg. **Schopenhauer & Nietzsche**. Trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 43.

⁶⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 63.

⁶⁹⁶ SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Trad. M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001, p. 115.

⁶⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 115-116.

É notória a conexão da noção de vontade de Schopenhauer com sua conhecida visão pessimista do mundo. É a “tragédia da vida”:

como a vontade é a realidade absoluta da vida, seu apetite absoluto nunca pode se satisfazer plenamente com uma parte, mas somente com o todo; como esse todo é infinito, ela nunca pode se satisfazer. A vontade sempre aspira ultrapassar a si mesma, ultrapassar cada hora e cada lugar, sem sossegar, sem adquirir quietude.⁶⁹⁸

É pela ação opressora da vontade que o ser humano não será capaz de alcançar a paz. Alias, bem ao contrário disso: “[...] a luta íntima da vontade que se objetiva em todas estas ideias traduz-se na guerra até a morte – guerra sem tréguas – que os indivíduos dessas espécies fazem e no conflito eterno e recíproco dos fenômenos e das forças naturais [...]”.⁶⁹⁹

É natural, à luz de semelhante prisma, que a única forma de alcançar alguma paz ou harmonia, ou, ainda em tom pessimista, de diminuir a miserabilidade e o sofrimento inelutável da vida, seja pela supressão da vontade. A vontade absoluta é inatingível, inalcançável. A que pode ser tocada é apenas a vontade imediata. Menos vontade, considerando o desprazer e a frustração decorrentes do fracasso na consecução dos fins, significa menos dor e menos sofrimento.

Eis a explicação para as limitações da filosofia de Schopenhauer quanto à vontade em sentido psicológico. As volições individualmente consideradas só não receberam maior desenvolvimento porque são, na realidade, os frutos apodrecidos da árvore envenenada que é a vontade absoluta.

O fato é que, embora sob uma perspectiva estritamente ontológica, “Schopenhauer demoliu o dogma [também ontológico] de que a razão constitui a mais profunda essência do homem”; pois, no fundo, “[...] em todo homem deve existir um sentimento obscuro dessa vontade impulsiva que está situada além da esfera de nossa existência singular”.⁷⁰⁰

Mesmo se deixarmos de lado toda essa construção metafísica, haveremos de conceder a Schopenhauer o mérito de situar, ao lado da razão, a vontade como uma força indutora do

⁶⁹⁸ SIMMEL, Georg. **Schopenhauer & Nietzsche**. Trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 65.

⁶⁹⁹ SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Trad. M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, p. 170.

⁷⁰⁰ SIMMEL, Georg. **Schopenhauer & Nietzsche**. Trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 40-41.

facere que se situa, **talvez não necessariamente, mas, pelo menos, tipicamente**, nos processos psicológicos que subjazem às ações humanas.

A vontade é tratada por Hannah Arendt como “órgão humano para o futuro”; por isso, ela não pode lidar com “ob-jetos”, mas, apenas, com “pro-jetos”.⁷⁰¹ De alguma forma, essa percepção já se fazia presente na *Ética de Aristóteles*: “ninguém delibera acerca do que já aconteceu, mas sobre o futuro e o que é possível”.⁷⁰²

Vários são os filósofos modernos e contemporâneos que, ao tratar do ser humano como um ser “para o futuro”, contribuíram para a sedimentação da autonomia e a relevância da vontade. Arendt lembra que Heidegger fixou no futuro o foco das atenções do homem, e que sua noção de “cuidado” (*Sorge*) também significa “preocupar-se com o futuro”.⁷⁰³ E recorda, ainda, Hegel, para quem o homem produz o tempo somente pela vontade. Sem vontade, vive-se apenas o presente. Não se projeta, não se planeja. “That there exists such a thing as the **Life** of the mind is due to the mind’s organ for the future and its resulting ‘restlessness’”. Em última instância, o que difere o homem dos outros animais não é a racionalidade, mas o conhecimento da própria morte – um evento futuro. A morte, que é a última e definitiva negação da vontade e de seus planos, é “dominada” pelo homem justamente porque ele “não a ignora”, como os outros animais, que apenas têm um instinto de autoconservação. À imagem da morte, o ser humano antecipa mentalmente o futuro e o transforma em passado, tornando possível converter os projetos da vontade em objetos do pensamento.⁷⁰⁴ Somente por isso planeja, programa, projeta, deseja o que **não é** e que somente pode **vir a ser**. Para Hegel, um dos que adicionam à característica da vontade de voltar-se para o futuro o atributo da sua inteira liberdade, é por meio dela que “o homem se faz homem”, e é ela o “princípio fundamental da mente”.⁷⁰⁵

A vontade é um processo psíquico interno que se refere a representações, também internas, de objetos situados em ambiente externo, isto é, no mundo que circunda o sujeito querente. O que ela faz é estabelecer uma ligação intencional entre o sujeito que representa mentalmente

⁷⁰¹ ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 13-14.

⁷⁰² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 130.

⁷⁰³ ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 22.

⁷⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 43-44. “Que exista uma tal coisa como a vida da mente se deve ao órgão da mente para o futuro e sua consequente inquietude”. (Tradução nossa).

⁷⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 46.

um objeto ou um “estado de coisas” e esse objeto ou “estado de coisas” mentalmente representado. Essa ligação é contingente, isto é, pode muito bem não acontecer. Ora, é inquestionável que nem todo objeto que é representado mentalmente automaticamente se torna objeto da vontade (prova simples disso é a representação de toda uma gama de infortúnios e eventos considerados detestáveis pelo indivíduo, que os teme imensamente). A vontade depende da representação, como tantas vezes afirmamos até aqui, mas a existência dessa não implica automaticamente na daquela. Esse objeto sobre o qual recai a vontade situa-se, sempre, no futuro (daí porque se pode denominar “projeto”).⁷⁰⁶

A vontade é uma faculdade eminentemente **voltada para a ação**⁷⁰⁷ (próximo disso, encontra-se o conceito monótono de “razão prática”). Nesse sentido, somente se pode querer aquilo que pode ser alcançado pela ação. Querer é “querer fazer”, “querer realizar”. Em princípio, só posso querer aquilo para cuja causação eu possa contribuir. Essa é uma das razões pelas quais consideramos que a intenção deve ser entendida como a manifestação mais concreta da vontade, ou, na verdade, como sendo a própria vontade em seu sentido mais exato. Não seria correto dizer que alguém quer que “ π ” seja igual a 3,14 ou que a energia seja o que resulta da multiplicação da massa pelo quadrado da velocidade da luz. Não é correto dizer que alguém “quer” que se faça um belo dia ensolarado, que “quer” que o time para o qual torce seja campeão. Se substituirmos “querer” por “ter a intenção”, ficará fácil perceber. Ninguém pode ter a intenção de que “ $\pi = 3,14$ ” ou “ $e = mc^2$ ”. Não posso ter a intenção de que faça sol, pois não posso alcançar o objeto de minha intenção, mas apenas ser agraciado com sua realização independentemente de meu agir. Posso torcer, desejar que meu time do coração vença o campeonato, mas não posso ter essa intenção, pois o resultado não pode ser alcançado por meio de qualquer ação de minha parte (diferentemente se poderia dizer, por exemplo, se eu fosse jogador, treinador ou mesmo *manager* da equipe, casos em que poderia dar contribuições para o alcance do resultado). Em suma, para lembrar Aristóteles, nas palavras de Wolf, “[...] a *proairesis* sempre se refere a algo que nós próprios podemos executar, como

⁷⁰⁶ Schopenhauer discordaria. Para o autor, a vontade se manifesta exatamente ao tempo da ação, isto é, concomitantemente com a execução da conduta. Ela seria, então, dirigida ao presente. Uma vontade voltada para o futuro seria provisória, mais como um projeto pendente de concretização. SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Trad. M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, p. 110.

⁷⁰⁷ A dogmática penal, com acerto, considera a ação e a omissão como espécies do gênero “conduta”. Essa não é uma classificação recorrente nos escritos dos filósofos que cuidam das chamadas teorias da ação. Em regra – e é o caso do texto – emprega-se o termo “ação” como sendo o próprio gênero. No presente estudo, foi conferido às ações e omissões, quando conscientes, o mesmo tratamento. São duas modalidades comportamentais humanas que são orientadas por intenções e que podem ser consideradas como formas de comunicação. Assim, nesse trabalho, o que se disser acerca da ação se aplica às omissões conscientes.

aparece no final do parágrafo (b30), seu âmbito é *eph'hemin* (está em nós, está em nosso poder), é o que depende de nós”.⁷⁰⁸

Aduzindo a informação de que a vontade se volta para o futuro, a noção anterior se solidifica. Não se tem vontade de algo que “é”. Somente se pode querer aquilo que “**pode vir a ser**” (melhor dizendo, que se pode vir a realizar), e, assim, que pertence ao indeterminado.⁷⁰⁹ Com efeito, não se pode querer “estar vivo agora”, mas, apenas, permanecer vivo, quer dizer, “fazer o que for necessário para continuar vivo”. Tudo o que é já não pode ser transformado; somente o futuro propicia o devir. Note-se bem: não advogamos uma visão estática do mundo. Bem o sabemos, tudo está em permanente modificação, todo o tempo. As atividades das células, dos microorganismos, os movimentos das partículas, as reações químicas... se pensarmos em nível subatômico, ou se lembrarmos das premissas da física quântica, veremos que uma das únicas certezas atuais é a de que tudo se move constantemente; se desgasta, se consome etc. Quando dizemos que o que “é” não pode ser transformado, é porque aquilo que “é” está na antecâmara do passado, e não pode ser alcançado a tempo pela ação humana, isto é, ainda no presente. O que “é”, somente “é” por uma milionésima fração de segundo, e já o deixa de ser. Nessa ínfima porção de tempo, não pode ser mudado pela ação humana. Somente o que se encontra “adiante” no tempo pode ser alcançado pelo querer. Quando o cérebro, por meio de suas sinapses, processa o “querer” do presente, ele já terá sido transformado em passado. E querer o passado é impossível.⁷¹⁰

Com maior precisão, não se pode querer o bocado de comida que está sendo engolido; somente se pode querer a garfada seguinte ou a que ainda esteja em execução. De forma alguma insinuamos que somente existam ações **premeditadas**. É inegável que há ações de ímpeto, irrefletidas, habituais, quase “automáticas” (mover o braço para ajeitar o cabelo). Obviamente, não nos referimos, aqui, aos atos reflexos (espirros, tosses, batimentos cardíacos), pois sequer se subsumem ao conceito de ação (isso é pacífico no campo do Direito Penal e traduz entendimento amplamente majoritário na Filosofia. Searle fala de “intenção prévia” e “intenção na ação”. Nem toda ação possui uma intenção prévia (embora constitua a regra). Mas toda ação tem, pelo menos, uma “intenção na ação” (no momento de sua

⁷⁰⁸ WOLF, Ursula. **A Ética a Nicômaco de Aristóteles**. Trad. Enio Paulo Giachini. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 127.

⁷⁰⁹ “Sobre o âmbito do que-é-perene não se dá nenhuma deliberação”. WOLF, Ursula. **A Ética a Nicômaco de Aristóteles**. Trad. Enio Paulo Giachini. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 129.

⁷¹⁰ “Nada do que já aconteceu poderá, contudo, ser ainda objeto de decisão. Ninguém pode ainda decidir se Troia terá sido destruída.” ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caieiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 130.

execução). Isso não contradiz nossa afirmação de que a ação não se volta para o presente, mas para o futuro. Visivelmente, Searle não tratou da questão “presente x futuro” com o grau de “preciosismo” com que o fizemos aqui, considerando “milésimos de segundo”.⁷¹¹

Tudo está a indicar que deve ser essa a diferença entre “vontade” e “desejo”. A vontade se refere ao futuro e tem como condição de possibilidade a viabilidade da sua concretização (Schopenhauer diria “objetivação”) por uma conduta capaz de influir no processo causal que conduz à produção do efeito a que ela se liga. O desejo se movimenta com liberdade muito maior. Pode-se desejar o que está completamente fora do alcance da razão, o impossível, e, parece, até mesmo objetos situados no passado.⁷¹²

A ligação da vontade com o futuro talvez seja uma explicação para o fato de os gregos não terem se preocupado com um termo para expressar as “volições”. As considerações de Arendt nos levam a perceber que isso não deve ser causa de grande espanto. Não havia, então, grande interesse pelo futuro. Aliás, para a doutrina aristotélica (bastante influente), o futuro já existia, no passado, sob a forma de potência.⁷¹³ Essa é uma visão de futuro completamente diferente da nossa. Temos uma visão de total incerteza, sobre algo que não “é” e talvez nunca venha a “ser”, e daí surgem muitas das inquietações e ansiedades que nos impelem à ação.

O futuro, destarte, não esteve sob os holofotes da Filosofia antiga, e permaneceu como um objeto de menor interesse durante a maior parte da Idade Média. De fato, é com a chegada da Modernidade que se tornou assunto de primeira grandeza, e por uma razão bem fácil de compreender. A Idade Moderna tem justamente na ideia de progresso um de seus principais fatores de distinção.⁷¹⁴ A crença no homem e seu reposicionamento no universo concitaram os pensadores a mirar o futuro e a pensar na própria “história da humanidade” como um desenrolar linear e crescente em termos de evolução e progresso nos campos dos saberes e das

⁷¹¹ SEARLE, John R. **Intencionalidade**. Trad. Julio Fischer e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Quanto a não existir “ações reflexas”, p. 382; sobre “intenção prévia” e “intenção na ação”, p. 118 e seguintes.

⁷¹² Mais um ponto a favor da aproximação entre a *proairesis* aristotélica e a intenção, linhas adiante levada a efeito. Ursula Wolf anota que “a *proairesis* não pode ser equiparada com o *boulesis*, o desejo”, pois esses “podem estar referidos a estados de coisas que, fundamentalmente, não podem ser realizados pela ação humana”, ao passo que aquela “sempre se refere a algo que nós próprios podemos executar”. WOLF, Ursula. **A Ética a Nicômaco de Aristóteles**. Trad. Enio Paulo Giachini. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 127.

⁷¹³ ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 14-16.

⁷¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 19-20.

ciências. A concepção da vontade, esse “órgão para o futuro”, encontrou ali o ambiente adequado ao seu fortalecimento.

Algum entusiasmo em relação ao futuro (e, conseqüentemente, à vontade) – somente foi possível após mudança de paradigmas operada pelas revoluções do século XVIII, em especial, a Revolução Francesa. Dali em diante, as questões relacionadas com o “progresso” – não apenas o científico, mas, em especial, o da “humanidade”, essa noção recém-forjada – passaram a ocupar lugares privilegiados nas discussões filosóficas. Diz-nos Arendt que a típica melancolia dos filósofos foi substituída por um grande otimismo, impulsionado pela crença em valores como a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Na medida em que a noção de “evolução” ultrapassou o campo do conhecimento e alcançou o novo reino dos assuntos da humanidade, “[...] it was only natural that their attention should be directed toward the Will as the spring of action and the organ of the Future.” O resultado disso foi a colocação da liberdade como “suma e substância” da Filosofia, por seu potencial emancipatório para o espírito humano.⁷¹⁵

Em síntese,

With the modern age’s concept of Progress and its inherent shift from understanding the future as that which approaches us to that which we determine by the Will’s projects, the instigating Power of the Will was bound to come to the foreground. And so indeed it did, as far as we can tell from the common opinion of the time.⁷¹⁶

É indiferente, diga-se de passagem, se concordamos ou não com Hannah Arendt quanto a essa verdadeira “genealogia da vontade”. Na verdade, se ela sempre existiu, ou se foi construída, não é o que mais importa. Não investigamos a vontade sob uma perspectiva ontológica. A nós, importa firmar que, hoje, ela é uma noção consolidada, presente, marcante. Faz parte daquilo que se pode chamar de “discurso amplamente dominante”. Seja um dado ontologicamente presente na natureza humana, ou não, o fato é que, devido à profundidade em que estão fincadas as suas raízes no ideário individual e social, faz parte da maneira de se compreender o ser humano que é atualmente majoritária. E isso, certamente, se dá por força

⁷¹⁵ ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 154-155. “[...] era natural que sua atenção devesse ser dirigida à vontade como o nascedouro da ação e o órgão para o futuro”. (Tradução nossa).

⁷¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 158. “Com o conceito de progresso da idade moderna e sua inerente modificação no entendimento do futuro como o que nos aproxima daquilo que nós determinamos a partir dos projetos da vontade, o instigante poder da vontade estava fadado a passar para o primeiro plano. E isso, de fato, aconteceu, pelo menos segundo a opinião comum do momento”. (Tradução nossa).

de seu frequente posicionamento como objeto de reflexão de filósofos afiliados às mais variadas linhas de pensamento.

A despeito do que disseram os vários opositores, temos como certo que semelhante “encantamento” com a vontade decorre, exatamente, da crescente ânsia por emancipação. Daí, aliás, provém boa parte da relevância que conferimos à vontade – da sua ligação com a eterna paixão do ser humano, causa das mais sangrentas batalhas em que ele se envolveu, atualmente tão indispensável ao homem ocidental quanto o ar que ele respira, preconizada por quase todos os ordenamentos jurídicos desse lado do mundo: a liberdade.

A ligação da vontade com a liberdade é necessária. Ao tema, Kant dedicou um subitem de sua obra: “A liberdade tem de se pressupor como propriedade da vontade de todos os seres racionais”.⁷¹⁷ Falar nesta sem referir-se àquela seria uma contradição em termos. Ou, como diria Descartes, “querer” e “ser livre” são sinônimos.⁷¹⁸

É evidente que não nos podemos permitir o acentuado *detour* que seria necessário para um exame aprofundado da noção de liberdade. De outro lado, não é possível que deixemos passar *in albis* a relevante questão de sua associação com a vontade, esta, sim, objeto de nossa análise. Desnecessário dizer que a palavra “liberdade” ostenta porosidade igual ou ainda superior à que julgamos existir na expressão “vontade”. Aliás, no Direito, isso se pode conferir com imensa facilidade. Da noção mais primitiva de “liberdade de locomoção”, derivamos diversos outros tipos (de expressão, de associação, de exercício da cidadania, de exercício e de manifestação da religiosidade, liberdade sexual etc.). Chegamos, inclusive, à mais alta abstração de uma “liberdade geral”, inscrita na regra da “máxima liberdade possível”, que já pudemos abordar em momentos anteriores.

Em poucas palavras, a liberdade a que nos referimos é a liberdade do próprio querer. Não se trata de qualquer espécie de liberdade física (assim fosse, estariam privados da faculdade os condenados e os portadores de deficiências paralisantes?), mas, apenas, da não-necessidade do querer. O que foi querido, poderia não tê-lo sido, e vice-versa.

⁷¹⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 80.

⁷¹⁸ ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 26-27.

Por diversas vezes, Hannah Arendt frisa que a chave para a compreensão do que seja um ato realmente livre é a nossa consciência de que aquilo que efetivamente fizemos, também poderíamos simplesmente não tê-lo feito.⁷¹⁹ Com isso, fica claro que a liberdade atua sobre as bases da contingência, e não da necessidade.

Somente há liberdade onde há contingência, somos capazes de afirmar, com apoio em Duns Scotus.⁷²⁰ Liberdade pressupõe indeterminação. O fato ou a conduta se passou assim não porque necessariamente seria, mas porque eu quis. Ter acontecido desse jeito é fruto de uma escolha. Poderia ter acontecido de outro jeito qualquer, mas foi assim, não porque tinha que ser, mas porque pode ser e eu quis que fosse.

O problema, diante de tais afirmações, é que o ser humano sempre buscou segurança, e a “necessidade” confere essa segurança (a identificação de leis naturais, que são, por definição, leis necessárias, é um dos principais objetivos gnoseológicos do homem, certamente motivado por sua ânsia por previsão e controle). De outro lado, a contingência sempre foi associada à falta de sentido, ao caos. A contingência é “assustadora”.

As observações de Arendt nos levam a perceber a vontade “espremida” por duas rivais, que comumente se detestam, mas que operam sobre bases comuns: o determinismo. Falamos das doutrinas científicas, obcecadas pela identificação das relações causais e pela formulação de “leis”, de um lado, e das doutrinas religiosas que pregam a “providência divina”, de outro.⁷²¹

A vontade rompe com a causalidade e a previsibilidade que ela traz. Uma sequência causal tem uma sucessão previsível, se já observada anteriormente. Ela pode ser explicada. O ato de vontade, não. Ele é arbitrário, acontece sem razão a não ser a vontade em si. Não se pode saber como será ou porque foi, respectivamente antes e depois de acontecer. A vontade é um “salto” no processo gnoseológico, e os homens temem isso. É incompatível com a sede de controle, previsão e segurança que muitos filósofos mais ligados ao causalismo e às ciências naturais têm. Quando se indaga a “causa da vontade”, ou “o que põe a vontade em

⁷¹⁹ ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 5. “The touchstone of a free act is always our awareness that we could also have left undone what we actually did [...]”. É possível enxergar a influência de Aristóteles: “[...] as situações nas quais está no nosso poder agir são as mesmas em que podemos não agir. Porque, quando está no nosso poder dizer não também está no nosso poder dizer sim”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 65.

⁷²⁰ SCOTUS, Duns *apud* ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 134.

⁷²¹ ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 32.

movimento”, procura-se chegar a um antecedente que seja determinante. Mas, se ele efetivamente determina a vontade, ela não é livre, é uma mera decorrência dessa causa (num grau máximo de literalidade, a vontade de beber água seria uma decorrência da sede, e já nem se poderia denominar vontade). Por isso, como observa Arendt, a vontade não pode ser expressa em termos de causalidade: ou ela é sua própria causa, ou não se trata propriamente de vontade.⁷²² Isso não significa, obviamente, que toda uma constelação de fatores não influa na formação da vontade. É inegável que os estímulos, os apetites, as inclinações e as experiências influirão sobremaneira na formação da vontade. Mas o certo é que sempre deve sobrar espaço para a contingência: o que é, poderia não ser; o que se quer, poderia não se querer, diante das circunstâncias. A vontade está umbilicalmente ligada à liberdade. Ela não apenas é o “órgão humano para o futuro” (Arendt); é, também, o “órgão humano para o exercício da liberdade”.

Um homem é ofendido, e essa injúria o afeta psicologicamente. São despertados em seu íntimo diversos sentimentos e, dentre eles, a cólera. É certo que, a partir daqui, o psicológico influi no fisiológico, provocando reações. Essas reações causam sensações e essas, a seu turno, influenciam no psicológico, deixando evidente uma circularidade. Em meio a isso, sobrevém à mente do homem ofendido uma série de representações. Possivelmente, boa parte delas terá alguma relação com o estado emocional em que se encontra. Considerando tal estado, em síntese, como desprazível, é provável que a maior parte das representações se mostre como um “estado de coisas” capaz de solucionar aquilo que se apresenta, agora, como um problema – ou, dizendo de modo mais simples, capaz de suprimir o desprazer. Pode ser que a pessoa em questão represente mentalmente um pedido de desculpas por parte do ofensor, ou a condenação criminal dele. Talvez represente reações que, passado o entrevero, julga que deveria ter adotado quando da ocorrência da própria ofensa (aqui, pode-se dizer que o sujeito “gostaria” de ter agido de outra maneira). Também pode ser que represente atos de vingança (um xingamento, um soco ou mesmo um tiro). Das várias representações, algumas serão desejadas, outras não (por exemplo, pode o ofendido representar a morte do ofensor, por suas próprias mãos ou pelas do destino, *v.g.*, por atropelamento, ou ainda sua própria prisão, por força da condenação criminal imposta em razão da sua vingança). A vontade se instaura, o querer se configura, no momento e que o homem estabelece uma **relação de intencionalidade**.

⁷²² ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 89.

A intenção é a forma mais cristalina de vontade. Difere do desejo, da aspiração, das inclinações e dos apetites. Ter a intenção é decidir-se por alcançar, é firmar o propósito de contribuir para a causação do “estado de coisas” representado como fim. Não diríamos, como Schopenhauer, que só há vontade do momento em que se inicia a execução em diante. Ora, a vontade, vimos, se dirige ao futuro, ao que pode vir a ser, e não ao que já é. Então, a partir do momento em que o sujeito se decide pela adoção de uma ação, há vontade. Pela relação do querer com o agir, não pode “querer” que o ofensor morra; somente pode querer matá-lo. Pode até desejar que ele morra, mas não propriamente “querê-lo”.

A decisão pela ação se faz à luz dos fins propostos. Escolhe-se a conduta conforme o que ela pode causar, ou conforme o que se quer que ela cause, e com a consideração dos efeitos colaterais considerados certos ou possíveis (já vimos, o sujeito possui um banco de dados tanto empíricos, quanto teóricos, denominado “conhecimento causal prévio”). Onde está a liberdade? Na escolha dos fins; na escolha dos meios. Talvez não no desejar, pois isso pode se dar por impulso, automaticamente; mas, certamente, no querer, pois ele pressupõe o estabelecimento da intencionalidade – a aplicação da vontade a um processo causal específico. O sujeito que decidiu agir poderia ter decidido não fazê-lo; e poderia, ainda, ter decidido fazê-lo de outro modo (outra conduta). A intenção se forma na mente; sua concretização se dá no mundo externo. Pode haver intenção sem concretização (propósito sem execução). Mas, para que seja verdadeiramente intenção, deve abranger um projeto de conduta, uma resolução, ainda que revogável, no sentido de executá-la.

8.2.2. O valor autônomo da vontade em função de seu papel no processo ético

Após lidar com uso tão diversificado do termo “vontade”, e de perceber que ele é usado para designar fenômenos tão abstratos e disformes quanto a “vontade absoluta” e a “vontade de potência”, devemos fazer um corte semântico bastante profundo para delimitar sobre que tipo de vontade um estudo sobre Ética ou sobre Direito Penal se deve deter. Cremos que grande parte das dissidências filosóficas seria desfeita se o objeto de análise fosse reduzido à **intenção**. Ela é a vontade “por excelência”, ou, de modo mais ilustrativo, a vontade em sentido estrito. Voltaremos a isso mais adiante.

Não é exagero estabelecer como dois dos problemas centrais da Filosofia ocidental – quiçá, os dois mais importantes – os que se expressam nas perguntas “como conhecer?” e “o que fazer?”.

“**Como conhecer**” é uma pergunta que nos remete à **Gnoseologia**, e nos impele ao estudo da faculdade mental responsável pela compreensão – a **razão (pensamento)**. De outro lado, “**o que fazer**” pertence ao campo da **Ética**. Essa é uma pergunta cuja resposta definitivamente não poderá ser obtida apenas com base nas reflexões relativas à razão. Será preciso investigar a faculdade mental da **vontade (querer)**. O processo ético sempre pressupõe o processo gnoseológico, pois para que se diga “o que fazer” é preciso que se conheçam as circunstâncias em que a ação deverá ser tomada.⁷²³

Não retornaremos aos primórdios da Filosofia, nem viajaremos para a Grécia antiga para estabelecer o exato sentido de “Ética”. Isso requer um trabalho à parte. O que nos importa, aqui, é estabelecer que o objetivo da Ética é determinar a “ação correta”, para os ontólogos, ou a “ação adequada”, para os que se considerem céticos.

É inegável que a Ética tem por objeto central o agir humano. Mas é preciso acrescentar que, diferentemente dos outros saberes que se ocupam do mesmo objeto, ela não possui uma natureza descritiva. Antes, a Ética é prescritiva. Ela não descreve o que é; ela prescreve o que deve ser. Mais precisamente, ela prescreve como deve ser o comportamento humano diante de certas circunstâncias.

Para prescrever, isto é, para dizer “como devem ser as coisas” – no caso, as condutas humanas –, a Ética precisa ter em vista um ponto referencial. As condutas “devem ser” sempre “para que se alcance” alguma coisa. Expondo de outra forma, a Ética pressupõe um parâmetro. Se não há esse parâmetro, a manifestação sobre como a conduta deve ser cai na aleatoriedade, na mera opinião pessoal, e, com isso, se torna fatalmente irracional ou arbitrária.

Para os ontólogos, esse parâmetro é dado. Os valores existem em si, e estão à espera de ser descobertos ou capturados pelos seres humanos. Podemos dizer que, para eles, o padrão em

⁷²³ “Os que estão na situação de agir têm de olhar para as circunstâncias em vista da ocasião e da oportunidade do momento [...]”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caetano. São Paulo: Atlas, 2009, p. 42.

que se baseia a Ética é o do bem e da justiça. Ela deve indicar “como deve ser” o comportamento “para que seja bom, justo, correto”.

Caso não cedamos às convicções otimistas típicas da ontologia, no entanto, diremos que não há um “bom em si”, “justo em si” ou “correto em si”. Os valores não estão prontos e à disposição dos seres humanos. Não são apenas “intuídos”. São frutos de construções culturais situadas na história. O que é bom é o que assim se considera em função dos valores prestigiados em um dado contexto e em um dado momento. Ora, se não se pode estabelecer o que é o bom, o justo e o correto de antemão, mas se a perscrutação ética não dispensa um parâmetro, podemos dizer que o objeto da Ética é a “ação adequada”. Adequação pressupõe, necessariamente, um contexto circunstancial e um fim proposto. O fim é determinado pelos valores consagrados. Nada é genericamente adequado, ou adequado a tudo, mas, tão-somente, adequado pra algo específico.

Deve-se ajudar ou não o indigente, dando-lhe a esmola? Deve-se permitir ou não o aborto do feto malformado? Deve-se autorizar ou não a eutanásia do doente terminal que sofre dores alucinantes? Deve-se publicar ou não o boato que envolve condutas ilícitas atribuídas ao político? Para quem se deve entregar o último colete salva-vidas: para o idoso ou para a criança? Deve-se pagar ou não o suborno para ver-se livre de acusação sabidamente injusta (v.g., flagrante forjado)? Pode-se corrigir ou não o próprio filho com chineladas? Deve-se suscitar ou não a nulidade que culminará na prescrição do crime de homicida confesso? Deve-se punir ou não quem mantém contatos sexuais com uma adolescente de treze anos de idade, com o consentimento desta? A quem se deve salvar, se apenas um puder ser ajudado: o amigo ou o desafeto? Deve-se pagar a dívida lícita, mesmo sabendo que com o dinheiro o credor, traficante, provavelmente investirá em armas e drogas (exemplo criado por Jakobs)? Deve-se permitir ou não que uma pessoa ex-condenada por corrupção siga a carreira política ou ingresse na magistratura? Deve-se criminalizar ou não a pederastia, a pornografia, a prostituição?

Se contássemos com referenciais seguros – é dizer, se compartilhássemos as mesmas visões sobre o que é o bom, o justo e o correto, ou se estipulássemos os mesmos fins – a ação a se considerar adequada seria a mesma para toda e qualquer pessoa. Diante das mesmas circunstâncias “Z”, a ação adequada é a “X”. A experiência diária e a história mostram que essa não é a realidade. Fizéssemos uma pesquisa, é seguro que mui divergentes seriam as

respostas dadas à maioria das perguntas lançadas. Especialmente se variássemos o contexto (o “onde” e o “quando”), e se diversificássemos as características dos entrevistados (conforme a religiosidade, a idade, os hábitos, a condição socioeconômica, a orientação sexual, o grau de escolaridade, a profissão, a nacionalidade etc.), dificilmente chegaríamos a uma posição acerca da solução “correta” para qualquer dos problemas cogitados. Especialmente se considerássemos, ainda, as respectivas fundamentações das várias respostas, veríamos o quão distantes de uma mínima pacificação nos encontramos, pois até as respostas coincidentes, eventualmente o seriam com base em fundamentações antagônicas.

Para responder cada uma das perguntas formuladas acima, há em jogo dois processos: um gnoseológico – o conhecimento das circunstâncias que formam o contexto – e outro ético – a determinação de como deve ser a conduta. Diferenças no processo gnoseológico (leitura das circunstâncias) ou no processo ético (parâmetro da adequação) levarão, como regra, a soluções comportamentais diversas.

O processo gnoseológico, como visto, é controlado pela razão. No que tange ao processo ético, no entanto, é possível sustentar que apesar de ser absolutamente indispensável a atuação da razão, apenas por conhecer (e de modo sempre limitado) as circunstâncias, ela não é capaz de apontar “a” direção eticamente correta. Da constatação de como o mundo é não deflui automaticamente a prescrição de como ele **deve ser**. Porque, como dito, ele “deve ser” de um tal modo “para que” se alcance algo. Esse algo – o bom, o justo, o correto, a felicidade, a paz – não se encontra na natureza, no mundo sensível, isto é, no mesmo plano em que estão situadas as circunstâncias apreendidas pelo processo gnoseológico. Os parâmetros éticos não pertencem ao mundo do ser, mas ao do dever-ser. Não se situam no plano sensível, mas no inteligível. E lá, vimos em Kant, somos inteiramente livres. Como seres que participam do mundo sensível, estamos sujeitos às leis naturais. No plano inteligível, não há leis, a não ser aquelas que nós mesmos nos damos. Essas leis não são, biológica, causal ou naturalisticamente falando, “necessárias”. Elas são fruto da nossa **vontade**.

O bom, o belo, o justo, o correto, a felicidade e os fins são sempre fruto de uma **valoração**. É somente após a atribuição de valor positivo que as coisas se posicionam como boas, justas ou corretas para os seres humanos. Essa valoração, que permite que levemos adiante o processo ético, somente pode ser realizada pela **vontade**. Lembremos Kelsen, há pouco citado: conhecimento é receptivo, vontade é produtiva. Assim, se a razão controla o processo

gnoseológico, a vontade determina o resultado do processo ético. Não somos compelidos a reconhecer os valores e a dar-lhes pesos determinados. Atribuímos positividade ou negatividade e estruturamos hierarquias, posicionando as prioridades de modo livre, conforme os fins a cuja consecução decidimos nos dedicar. Na ética kantiana, somos nós mesmos os próprios fins. Mas é evidente que, se somos os fins últimos, estabelecemos outros tantos, mediatos ou intermediários, e com base neles construímos nossos quadros axiológicos.

Se pensássemos em termos de leis naturais e processos causais, ou se nosso objeto fosse um problema puramente matemático, bastar-nos-ia a razão. A correta concatenação das informações e circunstâncias relevantes aponta a solução. Não “a” solução única e definitiva, como se houvesse verdades científicas imutáveis, mas a solução considerada correta de acordo com os paradigmas científico da atualidade. Se quero conduzir a eletricidade, devo usar metal, e não madeira. Se quero transformar a água em gás, devo aquecê-la, e não esfriá-la. A razão diz a quem está desidratado que, entre beber um copo d’água ou comer uma paçoca, a conduta adequada é a primeira, tendo em vista o processo causal que ela desencadeará. Se deixarmos o mundo do ser para ingressar no do dever-ser, porém, não será mais suficiente a razão para a determinação da resposta correta. Sei que a vítima agrediu o acusado. Sei que o acusado desferiu tiros contra a vítima. Sei que esses tiros foram a causa da morte constatada. Sei que se injetada na veia do condenado determinada dose de uma substância altamente venenosa, ele morrerá. Mas deve o acusado ser condenado? É justa sua sentença? É correta a aplicação da pena de morte ao caso? Não pode a razão dizer por que a conduta adequada é “X”, ao invés de “Y”. Porque essa adequação demanda parâmetros que não são naturais, empíricos, portanto não são condicionantes, necessários. São parâmetros estabelecidos por nós mesmos, segundo nossa vontade.

A razão, ao final do processo gnoseológico, apresenta as possibilidades: condenar ou absolver; pena de prisão ou injeção letal. Qualquer decisão que se tome, aqui, não será puramente racional. Nenhuma solução se apresenta como **necessária**, sob perspectiva racional. Nenhuma **lei** (lei natural, entenda-se, pertencente ao mundo do ser e relativa a como as coisas “são”) determina que se absolva, ou que se condene. Se se decidir que o sujeito deve ser condenado, não é porque necessariamente tenha que ser assim, e não possa ser de outro jeito. É porque se escolhe ou se prefere assim. Não pode a razão dizer por que uma solução é melhor do que a outra, pois os parâmetros para estabelecer esse juízo simplesmente não existem no mundo “real”, no plano do ser, no reino natural. É somente a vontade que dá

suporte à escolha, pois ela elege seus parâmetros livremente. A menos que se queira arcar com o peso da afirmação de que o ser humano se resume ao pensar e ao conhecer, descartando toda a importância da Ética, não é possível negar algum valor autônomo à faculdade da vontade.

O problema é que, como já observamos, à palavra “vontade” se atribuem os mais diversos sentidos. Ela pode até mesmo acabar sendo considerada como essa “força” metafísica cósmica que une todos os seres. Dizer, então, que o valor ético de uma ação repousa na “vontade” não é o suficiente, se as possibilidades semânticas da vontade a tornam algo tão efêmero. Bem melhor é dizer que a chave para a determinação do valor ético se encontra na **intenção**, a forma mais cristalina de vontade, aquela que, para nós, representa a vontade por excelência. A intenção pode ser compreendida como a **vontade psicológica em sentido estrito**. Ela nada mais é do que a vontade aplicada à consecução um fim específico. **Intenção é propósito de alcançar um resultado determinado.**

Immanuel Kant seguramente é um dos filósofos mais influentes na área do Direito. Embora seus escritos sobre a razão constituam uma excelente base para o estudo do processo gnoseológico, deixam a desejar, a nosso ver, no que tange ao processo ético (que é especialmente importante para o Direito), por seu exagerado distanciamento do mundo da vida.

Vimos que, na Ética kantiana, o papel da intenção na determinação do valor ético da conduta é textualmente reconhecido. É certo, no entanto, que esse parâmetro será sempre contingencial, circunstancial. Para Kant, só interessa a ação **universalmente** valorosa, e ela não pode ser assim considerada a partir de seus fins: como os fins possuem valor apenas relativo (o que é muito bom para uns, não o é para outros; ou pode sê-lo em um momento, mas não em outros), as ações que os persigam também serão apenas relativamente valiosas. Os fins, ainda que sejam a justiça, a liberdade, a felicidade, a caridade etc., não são bons em si mesmos. São bons, no mínimo, em função de um “onde” e de um “quando”. Na medida em que não há e nunca haverá consenso quanto ao que seja o bom, o belo e o justo, os fins terão valor sempre contextual. E, em desaparecendo esse valor, se esvai, com ele, o valor da conduta que o busca. Para o princípio supremo da moralidade, não importa a intenção ulterior da conduta (seu fim), mas, apenas, a intenção de obedecer ao dever imposto pela razão pura.

Com uma mínima dose de realismo, não devemos procurar estabelecer o sumo bem, nem desenvolver parâmetros éticos universalmente válidos *a priori*. Deixando de lado o ontologismo clássico e recorrendo à experiência historicamente posta à prova, não há “a” conduta correta ou “o” critério interpretativo. Mas, desde que não estejamos a buscar essa ação “universalmente valorosa”, mas tão-somente uma conduta eticamente valiosa de acordo com o contexto, estará mais do que evidente a importância da intenção. A questão de como se pode “conhecer” ou “imputar” com segurança a intenção, em cada caso concreto, é deveras inquietante. Simplesmente não há método ou fórmula para tanto. Isso, todavia, não deixa de ser uma **segunda questão**. Pondo momentaneamente de lado essa dificuldade, o fato é que da intenção se irradia o valor ou o desvalor ético de uma conduta.

Encontramos um sólido arrimo para essa compreensão na Ética de Aristóteles. Em sua concepção de *proairesis* (decisão, deliberação, propósito) se ancora o principal parâmetro de diferenciação entre o “agir bem” e o “agir mal”. Ela é “o que de mais próprio concerne a [sic] excelência e é melhor do que as próprias ações no que respeita à avaliação dos caracteres Humanos”. E “Justa só é a pessoa que executa ações boas a partir de uma atitude determinada, por serem ações boas, quem age, portanto, em virtude de uma *proairesis* correspondente ou por causa do que é justo”.⁷²⁴

Como dito, Hannah Arendt considera a noção aristotélica de *proairesis* como a “precursora da vontade” (“the forerunner of the will”). Nós a enxergamos como a descrição de um ato de volição, é dizer, como uma verdadeira forma de vontade.

São duas as formas de vontade examinadas na obra de Arendt: a) “[...] as a faculty of **choice** between two objects or goals, the *liberum arbitrium*, which acts as arbiter between given ends and deliberates freely about means to reach them;” b) “[...] as our faculty for beginning spontaneously a new series [of events] in time”.⁷²⁵

Quanto à *proairesis*, na dicção da própria filósofa, seria a expressão grega que mais se aproxima do estado mental que costumamos enxergar como precedente de uma ação: “[...] the

⁷²⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, respectivamente, p. 61 e p. 160.

⁷²⁵ ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 158. “[...] como uma faculdade de **escolha** entre dois objetos ou objetivos, o livre arbítrio, que atua como árbitro entre fins estabelecidos e delibera livremente acerca dos meios para alcançá-los”. Grifo da autora. “[...] como nossa faculdade para começar espontaneamente uma nova série [de eventos] no tempo”.

‘choice’ between two possibilities, or, rather, the preference that makes me choose one action instead of another”.⁷²⁶

Ora, cristalina é a semelhança – para não dizer identidade – entre a primeira acepção e a definição de *proairesis*. Se Aristóteles – e tampouco qualquer filósofo a ele anterior ou contemporâneo – jamais chegou a cunhar uma palavra específica para designar a “vontade” tal qual a concebemos, é certo que essa “forma segundo a qual a entendemos” certamente sofre influências da noção aristotélica de *proairesis*.

Proairesis é uma expressão altamente polissêmica traduzida de muitas formas diversas. Na primeira tradução direta do grego para o português, António de Castro Caeiro emprega os termos “decisão” e “deliberação”⁷²⁷, bastante próximos do sentido proposto por Arendt. É importante registrar, todavia, que há autores que chegam a fazer uma tradução imediata de “*proairesis*” como “vontade” ou “propósito”. O primeiro é o caso de Olof Gigon, filólogo suíço, e o segundo, de Ursula Wolf, filósofa alemã. Essa última assim fundamenta sua posição:

a *proairesis* é o querer racional, deliberado, e quiçá o querer deliberado de tal modo que a deliberação vem diretamente ligada à ação, perguntando o que se deve fazer aqui e agora. [...] É difícil encontrar uma tradução precisa para tal expressão; todavia, seguindo as explanações que fizemos até aqui, a palavra “propósito” parece ser mais adequada do que “decisão” ou “escolha”.⁷²⁸

Ainda que o tema não haja sido tratado de modo específico, não é difícil encontrar as associações que nos conduzem a concluir que a intenção está compreendida na ética aristotélica. Bem se sabe que essa tem como um de seus elementos centrais o conceito de *phronesis*, uma espécie de sensatez necessária para que se alcance a excelência ética, que, por sua vez, é o que pode conduzir-nos à *eudaimonia* (mais do que “felicidade”, a realização plena do ser humano). Como assevera Wolf, “[...] a *phronesis* está essencialmente ligada ao

⁷²⁶ ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 15. “[...] a escolha entre duas possibilidades, ou, mais do que isso, a preferência que me faz optar por uma ação ao invés de outra”. (Tradução nossa).

⁷²⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, respectivamente, p. 56-68.

⁷²⁸ WOLF, Ursula. **A Ética a Nicômaco de Aristóteles**. Trad. Enio Paulo Giachini. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 274. O tradutor brasileiro dessa obra nos brinda com uma “tabela de traduções” para a expressão em tela. Além das duas já citadas, há as de Dirlmeier (“decisão”), Rolfes (“resolução”) e Ross (“choice”).

aspirar correto”.⁷²⁹ E o próprio Aristóteles expõe que “[...] **a excelência do caráter é uma disposição que decide e a decisão é uma intenção deliberada**”.⁷³⁰

O emprego de palavras como “propósito” e “intenção”, para nós, é sintomático. Os autores e tradutores, embora não mencionem a vontade enquanto faculdade mental autônoma, recorrem às suas manifestações mais precisas e determinadas. A intenção, como visto, é a vontade “aplicada”, isto é, concretizada pela referência a fins específicos. Intenção é “intenção de fazer alguma coisa” (vimos que a vontade é a faculdade mental voltada para a ação); e, no dizer de Aristóteles, sempre que fazemos alguma coisa, visamos a um fim.⁷³¹

Como Aristóteles não busca uma ética universalmente válida ou *a priori*, menciona parâmetros úteis para uma eventual aferição da eticidade da conduta. De modo bastante simplificado, se pode encontrar nos códigos “voluntário” e “involuntário” o âmago da imputação de valor ou desvalor. Aristóteles deixa claro que somente as ações voluntárias podem ser alvo de louvor ou de punição; o problema está no que se pode entender como “voluntário” e “involuntário”. As palavras derivam de “*volūntas, ātis*, 'vontade, ato de querer; desejo, projeto’”.⁷³² E, como observa António Castro Caeiro, isso é um anacronismo, pois “Aristóteles não conhece a vontade como os modernos a definem”. Melhor seria, na opinião do tradutor, pensar em expressões como “de bom grado” e “de mau grado”. De um modo geral, voluntariedade e involuntariedade ganham no texto de Aristóteles uma explicação semelhante àquela a que dão lugar nos manuais de Direito Penal. As ações cometidas sob coação física irresistível são involuntárias. As que se executem em razão de coação moral são “mistas”: nem propriamente voluntárias, nem involuntárias (apesar de existir uma força externa a atuar sobre a pessoa, ela conserva o poder de decidir se deve agir tal como fora determinado ou arcar com o mal prometido⁷³³). Voluntárias, mesmo, são as ações que se originam da disposição da própria pessoa, e que são realizadas com o conhecimento de suas

⁷²⁹ WOLF, Ursula. **A Ética a Nicômaco de Aristóteles**. Trad. Enio Paulo Giachini. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 178.

⁷³⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 130. Grifo nosso.

⁷³¹ Uma leitura semelhante das palavras de Aristóteles pode ser encontrada em PFORDTEN, Dietmar von der. O que é o Direito? Fins e Meios. Trad. Saulo de Mattos. **Revista Brasileira de Filosofia**, n. 238. São Paulo: Marcial Pons. Jan./ Jun. 2012, p. 11.

⁷³² HOUAISS, Antonio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**, versão 1.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

⁷³³ Pois, para Aristóteles, nenhuma causa externa desencadeia, imediatamente, uma ação humana. Tal sempre se dá após uma *proairesis*. WOLF, Ursula. **A Ética a Nicômaco de Aristóteles**. Trad. Enio Paulo Giachini. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 136.

circunstâncias. Eis um ponto peculiar: desde que praticadas sob uma ignorância “justificável” (são casos de ignorância “injustificável” a embriaguez e o consciente “fechar de olhos” diante de um caso concreto, figura bastante parecida com a “ceguera ante los hechos” ou “willful blindness”, já comentadas), as ações devem ser tidas como involuntárias. Embora Aristóteles elenque uma série de fatores cujo conhecimento é indispensável para uma ação voluntária, faz questão de pontuar que “O que parece ser mais importante nas circunstâncias da ação é o fim em vista do qual é levada a cabo”.⁷³⁴

Aristóteles já se posicionou, inclusive, de modo bem mais direto: “os princípios das ações humanas são os fins em vista dos quais essas ações são praticadas”.⁷³⁵ Conclusão: não apenas pelo conceito de *proairesis*, em si, mas, também, pela firme relação mantida entre a vontade e os fins, explicitada quando entra em cena a palavra semanticamente mais concisa “intenção”, temos fortes razões para situar essa última como o critério determinante para a imputação do valor ou do desvalor ético a uma conduta.

No campo do Direito, não temos nem podemos vir a ter a pretensão de determinar o que sejam o bom, o belo e o justo absolutos, mas, apenas, os valores contextuais, isto é, o valor ou o desvalor de uma conduta conforme o contexto em que tenha sido executada. A intenção do agente, impura, referida a fins cujos valores são relativos, não conduz ao “necessariamente bom” kantiano, mas aponta para o “pontualmente bom”. Isso, juridicamente falando, é o que nos importa. E é o que justifica a necessidade de uma investigação dessa intenção em cada caso concreto, ou seja, em cada processo criminal.

⁷³⁴ Sobre a necessidade da “voluntariedade” para a punição, ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 56 e segs. Quanto às considerações do tradutor, *vide* nota 72, p. 255.

⁷³⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 133.

9. A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELAS PROPOSTAS DE PRESUNÇÃO E DE NORMATIVIZAÇÃO DO DOLO

Sumário: 9.1. Por que considerar a intenção? Parte um: a relação entre a Ética e o Direito. 9.2. Por que não presumir absolutamente, nem normativizar o dolo? 9.3. Por que considerar a intenção? Parte dois: o papel da intenção na determinação do significado da ação.

9.1. POR QUE CONSIDERAR A INTENÇÃO? PARTE UM: A RELAÇÃO ENTRE A ÉTICA E O DIREITO

As discussões realizadas sobre o tema da dignidade da pessoa humana envolvem, sempre, questões de fundo ético. A Ética é o campo da Filosofia que se ocupa da determinação de qual é a conduta adequada para se tomar diante de dadas circunstâncias. A determinação do agir adequado, denominado **processo ético**, depende de uma etapa prévia, que é aquela por meio da qual se apreendem as circunstâncias que individualizam o fato em questão. Assim, todo processo ético depende de um **processo gnoseológico** preliminar, cujos resultados certamente condicionarão os resultados daquele primeiro.

O processo ético pressupõe a existência de **parâmetros**. Uma ação somente pode ser adequada para algo ou à luz de algo. No que tange à dignidade da pessoa humana, as questões éticas que se apresentam estão ligadas ao tipo de conduta que se deve adotar em relação a outros seres humanos. Funciona, nesse caso, a própria dignidade como o parâmetro ético. Será ética a conduta que se mostre adequada ao parâmetro da dignidade. Esse parâmetro, por sua vez, varia conforme o conceito de dignidade.

Quando nos ocupamos da definição da dignidade da pessoa humana (Capítulo 6), fizemos questão de registrar que, embora seja ela o fundamento dos demais direitos e garantias fundamentais, seu âmbito de proteção não pode coincidir com a somatória dos respectivos âmbitos de proteção desses direitos que dela derivam. Se o conteúdo da dignidade se esgotasse, exatamente, no conjunto formado pela junção dos vários direitos, ela própria, a dignidade, não precisaria existir como um princípio jurídico. Sua existência enquanto princípio lhe traz normatividade, isto é, possibilidade de invocação em oposição ao Estado ou a terceiros pessoas cujos comportamentos se revelem afrontosos à dignidade humana. Mas, como dito, se os casos em que ela puder ser invocada forem os mesmos em que os direitos fundamentais dela decorrentes o puderem, sua existência como princípio jurídico é

desnecessária, devendo reservar sua importância, apenas, como fundamento filosófico para os direitos e garantias fundamentais.

Dito isso, e considerada a necessidade de um âmbito de proteção próprio, definimos a dignidade como a prerrogativa da pessoa de ser tratada de modo condizente com sua condição humana. Trata-se do direito do indivíduo de receber tratamento que seja respeitoso para com as características que ostenta enquanto ser humano.

Vimos que a doutrina amplamente majoritária, prestigiando a filosofia kantiana, fundamenta a dignidade da pessoa humana no elemento da razão. De fato, a razão é uma faculdade que desempenha papel central na definição do que é o ser humano. Ela é uma ferramenta essencial para o processo gnoseológico, isto é, para a construção e a socialização do conhecimento pelo homem. É principalmente por meio da razão que o ser humano conhece os objetos, embora sempre se trate de um conhecimento precário, referente tão somente às aparências que captamos dos fenômenos por meio dos quais as coisas em si se manifestam. A razão, na medida do possível, dentro de suas limitações e das limitações de nossos aparelhos cognitivos (os sentidos), constrói o mundo, e apresenta ao ser humano uma série de possibilidades comportamentais para cada situação fática. Até esse ponto nos conduz a razão⁷³⁶. Ela nos coloca defronte das muitas opções que logrou identificar. O passo que é dado em direção a alguma das opções de ação, que podemos chamar de decisão ou de escolha, pressupõe um **ato de vontade**.

É fato, então, que o princípio da dignidade da pessoa humana traduz a prerrogativa do indivíduo de ser tratado como ser **racional**. Essa prerrogativa foi assimilada pela maioria dos ordenamentos jurídicos minimamente sistematizados. A existência do processo (do devido processo legal, para sermos mais precisos), a presunção de inocência, a necessidade da inteligibilidade e da fundamentação das decisões judiciais e muitas outras garantias são clara decorrência do prestígio da racionalidade que habita o ser humano. Para além delas, porém, permanece a necessidade de que em todo e qualquer caso o indivíduo possa exigir um tratamento condizente com sua condição de ser racional, seja frente ao Poder público, seja nas relações privadas.

⁷³⁶ E não insinuamos que o faça sempre sozinha, pois a própria aprendizagem pode pressupor um ato de vontade, consistente na eleição da coisa como objeto de estudo e análise.

Ocorre que vimos, na segunda parte do capítulo anterior, que o ser humano não é apenas razão, pensamento e conhecimento. Há outras faculdades mentais extremamente importantes. E a vontade, certamente, é uma delas. A vontade é o “órgão humano para o futuro” (Arendt). É o que nos permite planejar, criar projetos, mirar adiante, além do passado e do presente. E a vontade está umbilicalmente ligada àquela que, segundo indicia a história, é provavelmente a maior das paixões dos seres humanos: a liberdade. A vontade é o “órgão humano para o exercício da liberdade”.

Vale lembrar, mais uma vez, que a moralidade (o valor positivo) da conduta, para Kant (o autor preferido de grande parte dos teóricos que se ocupam do tema da dignidade da pessoa humana), está na vontade. É certo que a vontade que Kant estima é a vontade perfeita, que não passa de razão pura prática (uma razão “aplicada”). Mas ele, embora mire alto e busque um ponto de apoio para uma moral definitiva e universal, não desconhece a vontade impura (denominada “patológica”) e suas influências no agir humano. O tribunal da razão perfeita despreza a vontade impura dos homens, deplora essa influência. Se chegarmos à condição de juízes perfeitos, também desprezaremos toda vontade imperfeita. Mas enquanto formos mortais e falhos, donos, nós mesmos, de uma vontade dita impura, só podemos julgar os outros com essa mesma medida. Não podemos cobrar uma razão pura, nem uma vontade pura, se nós mesmos não as temos. Mas podemos e devemos indagar acerca da vontade, seja ela imperfeita como for, porque dela depende a moralidade de seres imperfeitos. A moralidade de seres perfeitos depende da boa vontade (pura); a moralidade dos imperfeitos, da vontade imperfeita. Seja como for, desconsiderá-la ou simplesmente presumi-la é por de lado a pedra de toque da moralidade, a principal referência ética, para tratar o ser humano como um ser robotizado; ou pior, para tratar suas ações como um processo causal mecânico, e não como obra de um ser que possui um “órgão para o exercício da liberdade”.

O que demonstramos, no final do capítulo anterior, é que a vontade desempenha um papel de suma importância nos resultados do “processo ético”. Para dizer de outra maneira, a vontade é um critério interpretativo fundamental para a valoração ética das condutas. Wittgenstein chegou a dizer: “If the Will did not exist, neither would there be... the bearer of ethics”.⁷³⁷

⁷³⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig *apud* ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978, p. 26. “Se a vontade não existisse, tampouco existiria o portador da ética”. (Tradução nossa).

Conforme concluímos, é sob o prisma da **intenção** – a forma mais cristalina e palpável da vontade, a vontade propriamente dita ou vontade psicológica em sentido estrito – que se julga o valor ou desvalor ético de uma ação ou omissão. Se de fato não se pode dizer que o resultado seja irrelevante, é inegável, outrossim, que os fins a que se dirige a conduta emprestam-lhe seu valor (ainda que contingente, relativo, variável conforme o contexto).

Do mesmo modo que a fundamentação da dignidade da pessoa humana confere ao indivíduo a prerrogativa de ser tratado como um ser racional, assegura-lhe o direito de ser considerado como alguém dotado de vontade. Significa dizer que apenas será tido como respeitoso o tratamento que levar em conta as faculdades da razão e da vontade de seu destinatário.

Isso, em Direito Penal, equivale à afirmação de que somente será digno o tratamento que considere o produto da **razão (conhecimento)** e a manifestação da **vontade (intenção)** do agente em cada situação. Só é aceitável a responsabilidade penal que seja imposta à luz da constatação (ou imputação, se considerada a impossibilidade do “desvelamento” da intenção) do que o agente **sabia** e do que ele **queria** no caso concreto. Portanto, o dolo, como instituto jurídico, deve constituir-se de representação e de vontade.

Lembramos, aqui, o “desafio” que foi lançado por Luís Greco, quando da defesa de sua posição cognitivista em relação ao dolo. Primeiro, o autor declarou: “O elemento volitivo, ainda que pudesse ser definido com clareza e provado com precisão, não deve compor o conceito de dolo, pelo simples fato de que não se enxerga um fundamento para tanto”. Em seguida, chamou ao debate os volitivistas, dizendo-lhes que, para que continuem a sustentar seu ponto de vista, deve oferecer um fundamento para a relevância da vontade; um fundamento que “[...] tem de conseguir dar conta de justificar o tratamento duplamente mais severo dispensado pelo direito positivo ao dolo em comparação com a culpa”.⁷³⁸

Esse fundamento, estamos convictos, é inclusive claro. Repita-se: a vontade (intenção) desempenha um papel de suma importância nos resultados do “processo ético”. E o Direito, não se pode negar, está contido no mundo ético. Ou pode-se até mesmo dizer, é a Ética juridificada.

⁷³⁸ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: DIAS, Silva *et al.* *Liber Amicorum* de José de Souza e Brito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 897.

Vimos, e à saciedade, que o juízo de valor ético não recai puramente sobre o conhecimento. O conhecimento (processo gnoseológico) é um pressuposto inarredável para a valoração ética (processo gnoseológico). Deveras, é imprescindível que se tome em conta o que a pessoa sabia sobre as propriedades da sua ação e sobre as circunstâncias que a envolviam ao tempo em que foi executada. Mas a execução, em si, não existe sem a vontade, responsável pelo passo livremente dado em direção ao comportamento “escolhido” ou “preferido”. Nos casos em que haja liberdade, a razão identifica e a vontade decide. Decide conforme os fins que ela própria elege. Impossível, destarte, desconsiderar tais fins, reconhecidamente preponderantes na formação do processo ético.

Talvez se ergam vozes de oposição calcadas no argumento da inadmissibilidade da “eticização” do Direito (ou da indesejabilidade de um “Direito eticista”, para dizer o mesmo de uma forma diferente). Para fazer-lhes frente, já apresentamos uma resposta.

É correto dizer que o processo laicização do Direito somente estará completo com a separação de seu conteúdo das prescrições não apenas religiosas, mas, também, das de caráter moral. A moral – ou, dizendo com maior precisão, um ou mais padrões morais específicos – não pode sobrepor-se às normas jurídicas para determinar a aplicação do Direito. As concepções morais do juiz, os valores morais predominantes nos membros de um Tribunal e as próprias prescrições morais dos grupos dominantes na sociedade não podem invadir o campo do Direito para por de lado regras e princípios juridicamente estabelecidos. Isso parece ser óbvio e irrefutável. É, aliás, das péssimas lembranças de um tempo em que essa era a regra que decorre a ojeriza que se tem da “moralização” do Direito.

É preciso ter consciência, no entanto, de que as regras de Direito são convencionadas socialmente. Embora não se possam negar as influências espúrias nos processos políticos que conduzem à confecção das normas jurídicas (infelizmente, inelimináveis), o fato é que a “sociedade” (ou a parcela dominante dela) cria, mediante uma série de procedimentos, as regras e princípios do Direito. Certamente, não as cria “do nada”. Toda norma tem uma “razão de ser”. Essa “razão” pode muito bem ser nefasta, escusa ou estúpida (o que equivale a dizer que as normas podem ser criadas para oprimir, para atender a interesses velados ou por puro despreparo, caso em que serão inúteis). Mas é certo que ela existe. Com tudo isso, o que

tencionamos dizer é que toda norma é o resultado de um processo de **juridificação de um valor**⁷³⁹ (ainda lembrando, do mais abjeto ao mais nobre, conforme o ponto de vista).⁷⁴⁰

É inadmissível, em um ordenamento jurídico sistematizado e que tenha pretensões de segurança e previsibilidade, que os valores invadam o campo do Direito para determinar sua atuação. Mas é uma descomedida ingenuidade ignorar que, por trás de cada regra e casa princípio de Direito, há um valor. A criação de uma norma jurídica nada mais é do que a juridificação (a assimilação pelo Direito) de um valor que foi prestigiado pela sociedade (ou pela parcela detentora do Poder). Cada uma das normas jurídicas possui um valor subjacente. O discurso oficial, é claro, é o de que se trata de um valor positivo, cuja perpetuação e realização a maioria aprova, embora nem sempre isso corresponda à realidade. “Se existe uma regra jurídica em dada sociedade, qualquer que seja o seu teor, é porque o conteúdo valorativo dessa regra é querido pelos poderes constituídos daquela sociedade”.⁷⁴¹

O propósito de tais digressões é apenas o de colocar abaixo o mito de que o Direito e a moral não se comunicam. Há, sim, entre eles, um **filtro**. Ou, pelo menos, deveria existir. No nosso caso, esse filtro corresponde ao procedimento legislativo democrático. Mas o que ele faz, ao fim e ao cabo, é decidir se entram ou não para o mundo das prescrições jurídicas algumas das prescrições morais. Se serão, ou não, convertidos em normas e revestidos da consequente normatividade (exigibilidade ou oponibilidade) esses valores morais.

Ao falar da importância da vontade (mais precisamente, da **intenção**) para a Ética, e ao transportá-la para a seara do Direito, não pretendemos meramente “eticizá-lo”. O intento é, apenas, o de demonstrar que o processo ético (que determina o valor ou desvalor ético das condutas) segue exatamente as mesmas linhas que o processo jurídico (por meio do qual se reconhece valor ou desvalor jurídico às ações e às omissões). Na verdade, o processo jurídico nada mais é do que **a juridificação do processo ético**.

⁷³⁹ Mais considerações a respeito no Item 6.3.

⁷⁴⁰ Quando dizemos “toda norma”, é oportuno um esclarecimento. Leia-se: “toda norma que regule comportamentos”. Não se pode supor, por óbvio, que normas que estabeleçam prazos e ritos processuais, por exemplo, tenham sempre amparo ético.

⁷⁴¹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 234.

Do modo mais claro possível: **o juridicamente reprovável é o que é eticamente reprovável (para a sociedade ou para o grupo dominante), mas passou pelo processo de juridificação.**

Não há nada juridicamente valioso ou desvalioso que seja absolutamente desligado da Ética. Muito simples: o juízo de valor ético precede ao jurídico. Na história (pensando em termos do surgimento do Direito sistematizado), e em cada caso particular da atualidade (os debates éticos antecedem a aprovação das leis). A afirmação pode tornar-se ainda mais ousada, e, nem por isso, menos correta. Nas palavras de João Maurício Adeodato,

Todo direito tem conteúdo ético, todo direito é essencialmente ético, pelo menos para determinado grupo social, justamente o vencedor a “luta pelo direito”, na luta para transformar suas convicções éticas em direito posto.⁷⁴²

Como já observou Miguel Reale, quanto mais nos dispusermos a pesquisar as diferenças entre o Direito e a moral, mais veremos o quanto se assemelham; provêm, na verdade, da mesma raiz. A Ética.⁷⁴³ Também já se disse que o Direito e a Ética *stricto sensu* “são formas particulares de uma legislação universal, cujos princípios a ética em sentido amplo contém”⁷⁴⁴ e que “Moral e direito se distinguem mais pelo aspecto formal, enquanto tipos diferentes de legislação, que pelo conteúdo”.⁷⁴⁵

Voltemos ao tema central do trabalho. Se a intenção é essencial para o juízo de valor ético, é essencial ao juízo de valor jurídico. O Direito provém da Ética. O Direito é Ética juridificada (procedimentalizada). Para lembrar novamente Reale, aliás, o que se pode dizer é que a valoração dos atos, pela moral e pelo Direito (subsistemas do mundo ético), se dá assim: no primeiro caso, “visa mais à intenção, partindo da exteriorização do ato”; no segundo, “visa mais ao ato exteriorizado, partindo da intenção”.⁷⁴⁶ Irretocável o raciocínio: no Direito, não pode haver sanção pela pura intenção. É preciso que se tenha um **resultado juridicamente relevante** (em nossa opinião, ofensa concreta a um bem jurídico fundamental). Mas, diante

⁷⁴² ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 234-235.

⁷⁴³ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 676 e segs.

⁷⁴⁴ LISSER, Curt *apud* SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 74.

⁷⁴⁵ SALGADO, Karine. **A paz perpétua de Kant**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 72.

⁷⁴⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 677.

desse resultado juridicamente relevante, o juízo de valor que se opera **parte, necessariamente, da intenção segundo a qual foi praticada a conduta.**

As lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior nos conduzem a conclusões semelhantes. O autor, após apontar uma série de características coincidentes entre os preceitos jurídicos e os preceitos morais, e de afirmar a inextinguibilidade de ambos do ambiente social, passa a relacionar os critérios de diferenciação tradicionalmente apontados no campo da Filosofia do Direito. O principal deles, lembra, é o do “aspecto interno do comportamento”, supostamente mais importante para a Moral do que para o Direito. Logo adiante, porém, vem a crítica: essa “distinção é vaga e ambígua, e não resiste a um exame acurado”. O exemplo que se segue é, exatamente, o do Direito Penal, em que é tão evidente o papel do conteúdo da intenção do agente, seja para a configuração dos crimes, seja para a dosagem das penas.⁷⁴⁷

Quanto ao valor ou desvalor da intenção, podemos recorrer à experiência prática do cotidiano ou mesmo às normas jurídicas atualmente em vigor em nosso país. Nos dois casos, a conclusão é flagrante.

Esbarrar em alguém por descuido, ao correr para alcançar a condução, é menos grave do que dar-lhe uma ombrada intencional, ainda que a lesão corporal seja a mesma (um hematoma, por exemplo). Chamar alguém de “animal” pode ser extremamente ofensivo ou elogioso, conforme a intenção (vide exemplo de Edmundo, ex-jogador de futebol a quem se conferiu tal apelido). Colocar sal em excesso na comida com o intuito de deixá-la mais saborosa não se compara ao exagero praticado com propósito de deixá-la intragável para os convidados, e, assim, estragar um jantar. Faltar ao trabalho para organizar uma festa surpresa para o chefe tende a ser menos reprovável do que fazê-lo para passar a tarde com a amante. Não revelar os detalhes da gravidade de uma enfermidade ao paciente pode até ser aceitável, se o propósito for o de não deixá-lo se desesperar e desmotivar, mas repugnante se a finalidade for a de mantê-lo iludido e relaxado a ponto menosprezar a importância do tratamento. O conhecimento, em todos os casos, é importante (do risco de colisão, por estar o ponto de ônibus lotado; das chances de ofender a honra; da possibilidade de arruinar o prato; da possibilidade de seus préstimos serem necessários durante o expediente; das chances de o paciente deixar de buscar tratamento). Mas, em nosso dia a dia, não é dele a palavra final.

⁷⁴⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** 4.ed. ver.ampl. São Paulo: Atlas, 2003, p. 356-357.

Fala por último a intenção, na grande maioria dos casos. Deveras, porém, estamos aqui no campo da especulação. Diferente se passa com o Direito. Ali, há fartura de provas de que a intenção tem seu desvalor específico.

Vale lembrar a posição de María del Mar Díaz Pita, quando de sua explanação no sentido da impossibilidade de supressão do elemento volitivo do dolo. A vontade é uma realidade do dia a dia, percebida e tomada em conta por qualquer cidadão comum, e já solidamente incorporada à nossa “racionalidade jurídica” (ousando uma tradução para a expressão: “à nossa maneira de raciocinar sobre o Direito, mais especificamente, sobre a imposição das respostas penais”).⁷⁴⁸

Tenha-se em mente a seguinte ação: um homem abduz uma mulher. Usa força física para segurá-la e amarrá-la, e a coloca em seu veículo. Dirige até uma casa situada em local ermo. Ali, a mantém refém por uma semana, a pão e água. Essa é a conduta física. Resultado físico objetivo: restrição da liberdade. Resultado jurídico objetivo: o mesmo. Não houve lesões corporais; violações sexuais; extorsões patrimoniais. Apenas privação da liberdade de locomoção. Do ponto de vista subjetivo, porém, o caso reserva múltiplas possibilidades. São várias respostas penais, e muito desiguais as suas intensidades, exclusivamente em função dos fins que sejam identificados (ou, se se preferir, atribuídos). Se a finalidade era unicamente a da restrição da liberdade, o caso é de sequestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, CP), cuja pena é relativamente baixa (reclusão, de um a três anos). Se a restrição da liberdade foi realizada com o fim de constranger à prática de atos sexuais, ainda que eles nunca tenham sido sequer tentados, o caso é de sequestro ou cárcere privado na sua forma qualificada (art. 148, § 1º, V, CP), e a pena é de reclusão, de dois a cinco anos. Se, por fim, o objetivo era o de exigir uma vantagem econômica para o livramento da vítima, e ainda que o agente jamais tenha chegado a fazê-lo, o que se tem é uma extorsão mediante sequestro (art. 159, § 1º, CP), considerada crime hediondo, punida com pena de reclusão de oito a quinze anos.⁷⁴⁹

Um homem, sabendo-se portador de sífilis, e consciente da possibilidade de transmitir a doença venérea à sua parceira, com ela mantém relação sexual, sem preservativo. A parceira,

⁷⁴⁸ DÍAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, Paulo César. **Modernas tendências sobre o dolo em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 32-33.

⁷⁴⁹ No caso, pela duração do sequestro, seria aplicável a figura da qualificadora do § 1º, de modo que a pena seria ainda mais alta: reclusão, de 12 a 20 anos.

por sorte, não se contamina. A pena é de detenção, de três meses a um ano, se o agente não queria infectá-la (art. 130, *caput*, CP), ou de reclusão, de um a quatro anos, se tinha o específico fim de passar-lhe a enfermidade (art. 130, § 1º, CP). No caso de não se tratar de doença venérea, especificamente, mas de uma “moléstia grave”, de um modo geral, o peso da intenção fica ainda mais explícito. Se o agente infectado com tuberculose beija a vítima com o específico fim de que ela contraia a doença de que está acometido, comete crime, e é punido com um a quatro anos de reclusão. Caso o faça sem essa intenção, o que se tem é um irrelevante penal absoluto (considerando, nos dois casos, que o contágio não se produziu).

Um homem, fazendo uso de uma arma de fogo, dispara à queima-roupa e mata o segurança de uma loja. Conhece, obviamente, o poder lesivo da arma e a vulnerabilidade da vítima. Se o fez porque apenas porque desejava interromper a vida da vítima, que o interpelou de modo arrogante e com desconfiança, sem nenhum fim especialmente mais grave em vista, sua pena será de reclusão, de seis a vinte anos (homicídio simples, art. 121, *caput*, CP). Caso tenha assim agido porque pretendia sequestrar o dono do estabelecimento, mesmo que jamais chegue a tentar concretizar esse plano, sua pena é mais alta, e seu crime é hediondo: trata-se de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, V, CP), apenado com doze a trinta anos de prisão.

Um homem é encontrado com 5 g de cocaína e se prova que sua intenção era a de fazer uso pessoal do produto: cuida-se de porte de droga para consumo pessoal (art. 28, Lei 11.343/06), delito de menor potencial ofensivo que sequer sujeita o transgressor a uma pena privativa da liberdade. Esse mesmo homem é encontrado com apenas 3 g de cocaína, mas se prova que sua intenção era a de vender a droga: configurado está o tráfico (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06), o que culminará na imposição de pena de reclusão (de cinco a quinze anos), a ser inicialmente cumprida e regime fechado (crime equiparado a hediondo – art. 2º, § 1º, Lei 8.072/90).

Esses são apenas alguns dos muitos exemplos de casos em que a intenção do agente determina a tipicidade ou a atipicidade da conduta, ou a maior ou menor intensidade da pena a lhe ser imposta. Isso ocorre às farras: não se pune o furto (art. 155), a menos que exista a intenção de manter em definitivo a posse da *res*, para si ou para outrem; não se pune o crime contra a honra (calúnia, difamação ou injúria – arts. 138, 139 e 140, CP), a menos que se constate o propósito específico de ofender; não se castiga o assédio, a menos que se verifique a presença da intenção de obter favorecimento sexual (art. 216, *caput*, CP); não se apena a falsidade ideológica caso não exista o fim específico de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a

verdade sobre fato juridicamente relevante (art. 299, *caput*, CP); não há “peculato eletrônico” (art. 313-A, CP), se não houver o fim obter vantagem indevida para si ou para outrem, ou de causar dano a alguém; não se pode falar de coação no curso do processo (art. 344, *caput*) se a violência empregada contra a testemunha ou qualquer outra pessoa que toma parte no processo não tiver como fim a obtenção de favorecimento de interesse próprio ou alheio.

Também falam em favor da relevância da intenção as figuras da **tentativa** e dos **delitos de perigo**. É evidente que uma tipificação não se faz, apenas, com base nos resultados observados. Assim fosse, quem esvaziasse um revólver contra seu desafeto, mas não o ferisse, somente poderia responder por exposição a perigo (art. 132, CP), por mais que o quisesse matar. Se o ferisse, quer levemente, quer de modo gravíssimo, ter-se-ia um crime de lesão corporal (art. 129, CP), a despeito de ter atuado com *animus necandi*. É somente o conhecimento da intenção do agente que permite a tipificação como um homicídio na forma tentada.

As propostas no sentido de criar parâmetros objetivos para a determinação do dolo falham de modo colossal nesse assunto. Toma-se em consideração, basicamente, o *modus operandi*, ou, mais especificamente, a natureza e a intensidade do perigo gerado. Mesmo que pudéssemos concordar, isso não resolveria os problemas referentes à tipificação da tentativa e de sua diferenciação em relação aos crimes de perigo.

Ora, se um condutor atropela uma pessoa ao trafegar a 180 km/h na contramão, e essa pessoa morre, pode-se recorrer à qualidade do perigo e à sua intensidade para “presumir” a existência do dolo quanto ao resultado. Mas e se, agindo exatamente do mesmo modo, não atropela ninguém, embora isso fosse possível pelo fato de na via existir alta concentração de pedestres? Continuamos com o dolo referente ao resultado? Sem matar ou ferir ninguém, ainda deve responder por homicídio (agora, na forma tentada)? E, considerando a grande quantidade de pessoas na pista, serão centenas de homicídios tentados, um para cada pedestre que saiu ileso? Se esse número centenário parece exagero, quantos crimes podem ser razoavelmente imputados, e com base em que critérios?

Quem quiser sustentar múltiplos homicídios tentados para a hipótese anterior praticamente fecha as possibilidades de caracterização dos crimes de perigo concreto. Eles são, exatamente,

dolo circunscrito à criação de um perigo – perigo esse que, pela mentalidade punitiva aqui exposta, induz à presunção da intenção de dano.

Por meio do fogo, posso apenas expor a vida da pessoa a perigo ou matá-la. Se ela morre, talvez se fale da assunção do risco em função da gravidade dos meios escolhidos. Mas e se ela não morre? Como saber se não se trata de uma empreitada homicida que naufragou? E, de outro lado, se se presume que uso do fogo seja necessariamente homicida, isso não logicamente desmentido pelo próprio fato de a pessoa ter estado viva, quer dizer, o fato de a pessoa estar viva não é prova o bastante que é possível expô-la a perigo sem matá-la pelo meio em questão?

O que podemos concluir é que a tipificação como homicídio, no fim das contas, não se opera com base no *modus operandi*, tampouco de acordo com o perigo, mas unicamente, em função do resultado “catastrófico”.

Talvez haja quem queira argumentar no sentido de que, quando o resultado morte se verifica, resta provada a suficiente gravidade do perigo e sua aptidão para a configuração da assunção do risco que denuncia o dolo de dano. Esse pensamento é ainda mais casuísta, e suas soluções, ainda mais inconstantes. Dependerá a configuração do dolo de dano do azar? Por exemplo, no caso do condutor que trafega a 180 km/h e atropela alguém, tal pode haver se dado pelo fato de a vítima estar distraída e de costas para a via. De outro lado, se, dirigindo do mesmo modo, não atropela ninguém, isso pode se dever ao fato de a vítima ter estado bastante atenta e possuir excelentes reflexos, em razão dos quais conseguiu saltar da frente do automóvel a tempo.

Em síntese, examinando a questão pelo viés do resultado, tentativas de homicídio ficarão impunes ou serão insuficientemente apenadas; não se admitirá a possibilidade de um desfecho mais grave não desejado para os crimes de perigo, castigados, sempre, como sendo de dano; e ficará prejudicada a tipificação dos delitos qualificados pelo resultado (como lesão corporal qualificada pela morte, por exemplo), já que do próprio resultado se deduz diretamente a assunção do risco de causá-lo (haveria, sempre, homicídio, nos casos de fatalidade).

Sob o prisma da qualidade e da intensidade do perigo (ou, mais amplamente falando, do *modus operandi*), simplesmente deixam de existir os crimes de perigo concreto. E, nos casos

em que sejam várias as pessoas expostas ao perigo, ainda que permaneçam absolutamente incólumes, serão múltiplas as acusações de homicídio na forma tentada.

Respostas objetivas são, sim, mais seguras e previsíveis. Mas resolvem os casos por atacado, criando generalizações que cada vez mais se distanciam da realidade empírica, e que potencializam uma injustiça latente pelo amor às ficções jurídicas. Em algum tempo, estaremos vivendo somente dessas ficções. Só importarão as aparências. Isso é, exatamente, o que vai na contramão dos preceitos mais basilares da maioria (quicá, todos) os modelos de Ética.

A intenção, muitas vezes, é responsável por desenhar a linha que divide o típico (penalmente relevante) do atípico (penalmente irrelevante). Em outros tantos casos, dela depende a intensidade da resposta dada, variável em razão dos fins, ainda que se mantenham absolutamente idênticas a espécie e a proporção do prejuízo (dano) efetivo.

Essa tendência, frise-se, não é mais do que uma reprodução da operação valorativa realizada no campo da Ética, de onde deriva o Direito.

9.2. POR QUE NÃO PRESUMIR ABSOLUTAMENTE, NEM NORMATIVIZAR O DOLO?

Presunção e normatização do dolo são opções de política criminal que partem de dificuldades majoritariamente práticas. É evidente que os embaraços teóricos percebidos na ingrata jornada em busca de um conceito unitário de dolo têm um papel de relevo. Mas cremos que se fosse possível apreender e provar em sentido empírico as intenções, somente uns poucos cognitivistas mais convictos persistiriam em sua posição de menosprezo do valor da vontade. É exatamente porque não existe um método seguro de provar os estados anímicos como a intenção, a assunção do risco e o desprezo que se desenvolveram as propostas de presunção e de normatização.

A presunção representa uma tomada de posição imediatista. O problema é identificado e precisa ser resolvido de plano. Não há tempo para reformulações teóricas ou mudanças legislativas. Os casos graves vêm acontecendo, e eles demandam respostas judiciais **já**.

Para os que trabalham com a lógica da presunção do dolo, as construções teóricas sobre o tema são mantidas como estão. Majoritariamente, o dolo é compreendido como o produto da junção da representação (elemento cognitivo) à vontade (dado volitivo). Esse conceito é perfeitamente assimilado, como regra, quando a solução político-criminal adotada é a da presunção.

Ocorre que, como exaustivamente repetimos, não há como provar empiricamente nenhum desses dois elementos. Diante disso, só o que se pode fazer é a “**prova jurídica**” dos elementos subjetivos, que é exatamente a mesma que se pode produzir sobre qualquer outro elemento do delito (prova da morte, prova do disparo da arma de fogo, prova da autoria etc.). Pode-se recorrer à prova testemunhal, à pericial, à confissão etc. Como regra, no entanto, não se alcança um grau suficiente de convicção por esses caminhos. Serão poucos os casos em que se fará uma confissão coesa, ou em que a prova testemunhal será robusta e abrangente o bastante para dar segurança à decisão do juiz de imputar o dolo (no fim das contas, é sempre uma imputação; mas uma imputação que, à semelhança do que ocorre com os dados objetivos, de índole física ou naturalística, deve estar calcada em elementos concretos carreados aos autos do processo).

Diante da incerteza, ou, em caso de dúvida, a decisão necessariamente deve ser tomada em favor do acusado. Solução imperiosa, determinada pelo *in dubio pro reo*. Em alguns casos – naqueles em que somente exista previsão em lei para a forma dolosa da infração – a dúvida conduzirá à atipicidade da conduta. Em outros, na melhor das hipóteses, opera-se uma condenação por delito culposo, que, como se sabe, costuma receber penas imensamente mais brandas do que as previstas para os crimes dolosos.

O quadro acima descrito conduz à formação da noção de uma resposta penal demasiadamente fraca, ou até mesmo de uma inaceitável impunidade. Para remediar a situação, criam-se algumas “fórmulas matemáticas” (v.g., “beber + dirigir = assumir o risco de matar”), que, na verdade, nada mais são que presunções absolutas de dolo.

No Capítulo 3, discutimos o papel das presunções no Direito e, em especial, no processo penal. Chegamos à conclusão de que, se considerarmos a impossibilidade de provar empiricamente fatos pretéritos e a inalcançabilidade da “verdade material”, o Direito não pode

abrir mão das presunções. Isso não significa, porém, que ele as possa empregar de modo **absoluto**.

Por que, então, não presumir o dolo?

As presunções absolutas, que fecham a possibilidade da produção de prova no sentido de resistir à imputação (ou seja, no sentido da demonstração da ausência de perigo efetivo, nos crimes de perigo abstrato, ou, em nosso caso, da ausência de vontade), são inadmissíveis em sede de processo penal. Ferem o devido processo legal, em suas vertentes do contraditório e da ampla defesa; violam o princípio da presunção de inocência (ou da presunção de não culpabilidade); e desintegram o preceito do *in dubio pro reo*.

As presunções absolutas são arbitrárias e preguiçosas. Seguem abraçadas à ficção, ignorando ou mesmo desprezando dados empíricos relevantes. E não há como negar: trabalham em nome do punitivismo no sentido da expansão e do enrijecimento do Direito Penal.

A normativização do dolo traduz um compromisso mais sério. Parte de onde a presunção naufragou. A presunção, especialmente se de caráter absoluto, tenderá a se mostrar afrontosa à maioria das constituições democráticas. Normativistas concedem que, na dúvida, a decisão deve favorecer o réu. Como acabar com a dúvida? Não é possível fazê-lo através da inovação dos meios de prova. Faltam-nos recursos em tal sentido. A solução só pode deslocar-se para a outra extremidade: para o próprio conceito de dolo e para os critérios de imputação.

Transitando nos lindes do paradigma jurídico-penal contemporâneo e do estágio atual de desenvolvimento da teoria do Delito, em suma, eis as possibilidades de definição do dolo: a) é representação e vontade, compreendidos, ambos os elementos, em sentido psicológico; b) é representação e vontade, compreendidos, ambos, em sentido normativo; c) é representação e vontade, compreendido o primeiro elemento e sentido psicológico, e o segundo em sentido normativo; d) dolo é representação, compreendida essa em sentido psicológico; e) dolo é representação, compreendida essa em sentido normativo; f) não é representação, nem vontade, mas um modelo normativo de reproche grave, em oposição ao modelo normativo de reproche leve, que é a culpa.

Cada uma dessas alternativas é extremamente problemática. No capítulo seguinte, exporemos as razões pelas quais entendemos que, *de lege lata*, é preferível o prevalecimento da primeira (a), a despeito de suas inegáveis inconveniências. Nenhuma delas, no entanto, é político-criminalmente adequada. Daí a sugestão no sentido da **ruptura com o paradigma**: *de lege ferenda*, propomos o abandono completo da dicotomia dolo/culpa, com a substituição desses institutos jurídicos altamente problemáticos por outros menos artificiais.

Na verdade, estão corretos os normativistas em muitos dos seus argumentos. “Não se pode provar o dolo”. É fato: pelo menos, não em sentido empírico. Mas, nesse mesmo sentido, também não se podem provar os elementos objetivos do tipo, de modo que a única solução é recorrer a um conceito de “prova em sentido jurídico”.

“O dolo não pode ser ‘descoberto’. Pode, apenas, ser imputado”. É preciso concordar, mas, desde já, fazendo o alerta de que essa imputação não pode incorrer nos já denunciados vícios da “absolutização” ou da “matematização” dos critérios.

“Se o dolo for composto de elementos psicológicos, não se pode simplesmente presumi-los”. Também é verdade, como vimos, pois as presunções, principalmente quando de caráter absoluto, são incompatíveis com a maioria dos paradigmas constitucionais democráticos.

“Não é possível criar um conceito unitário de dolo”. Igualmente correto: as espécies de dolo tradicionalmente reconhecidas são visivelmente heterogêneas e não comportam uma reunião sob um teto único.

“A palavra ‘vontade’ é empregada em sentidos muito diversos, muitas vezes, incompatíveis, conforme a espécie de dolo”. Inegável. Vontade, propriamente dita, só existe no dolo direto. E, mesmo nele, a palavra suscita problemas. É um sinônimo de intenção? Abrange os efeitos colaterais inexoráveis (dolo direto de segundo grau)?

“O atual regime jurídico-penal do dolo é inseguro”. Sem dúvidas. Especialmente em se tratando de dolo eventual. Expressões como “assumir o risco”, “levar a sério”, “contar com” etc., se não são propriamente vazias de sentido, têm um nível de indeterminação tão elevado que se tornam completamente manipuláveis *a posteriori* (pelo juiz ou tribunal).

“‘Dolo’ é um elemento jurídico. Não existe no mundo da natureza”. Correto, mas com uma ressalva. Trata-se, de fato, de uma construção normativa. Sua estruturação, porém, por se tratar de um elemento por meio do qual se imputa responsabilidade penal, deve ser respeitosa para com a dignidade da pessoa humana. Vale dizer, seu conceito deve ser formulado de modo a respeitar a prerrogativa do indivíduo de ser tratado como pessoa, com as implicações que daí decorrem. Uma dessas implicações, como visto, é o direito inarredável da consideração das características que se possam considerar como tipicamente presentes nos seres humanos. Em nossa opinião, a razão e a vontade (no sentido que preferimos, **intenção**). O conteúdo do conceito de dolo, destarte, não está à inteira disposição do Direito positivo ou das ciências penais. Há uma limitação jurídica atualmente intransponível, isto é, apenas superável com o abandono do sistema de direitos fundamentais atualmente em vigor em favor de algum outro.

Se há razão em grande parte das oposições formuladas pelos normativistas, e se são reais os problemas teóricos e práticos que o modelo de imputação subjetiva atualmente dominante apresenta, a pergunta é, **por que, afinal, não normativizar o dolo?**

Essa pergunta deve ser respondida em etapas. O mais indicado é fazê-lo por meio da análise crítica dos pontos controversos das propostas de normativização que expusemos no Capítulo 5, para o qual remetemos o leitor. Para evitar repetições, partiremos diretamente para as considerações, sem nos permitir repetições desnecessárias.

O modelo sugerido por Vives Antón, defendido no Brasil por Paulo César Busato, tem o mérito inicial de reconhecer que a vontade desempenha um papel fundamental na composição do dolo. Ali se refuta, de modo expresso, uma construção meramente cognitiva, postura com a qual havemos de concordar. A teoria em questão tem na concepção significativa do dolo seu âmago. Considerando o comportamento humano como uma forma de comunicação, quem age, se expressa. A conduta é uma expressão de sentido, e, portanto, possui um significado. Não um significado “em si” (ontologicamente considerado), mas um significado que lhe é atribuído. Para a atribuição desse significado, pode tomar-se em conta o sentido pessoal emprestado à ação, ou se pode fazer prevalecer o sentido social vigorante a seu respeito. Para Busato, a solução correta é essa segunda. O agir doloso seria aquele que expressasse o compromisso com a produção do resultado (no caso, a lesão ao bem jurídico). E quando se pode dizer que o há o compromisso com a produção do resultado? Nos casos em que, segundo

os parâmetros sociais, se puder dizer que havia a intenção. A intenção, como qualquer palavra, não é determinada subjetivamente, mas socialmente, isto é, a partir das convenções sociais. Para dizer que há intenção, não é necessário vasculhar a mente do agente. Basta examinar o que ele fez sob as lentes semânticas da sociedade. Dolo, de modo simplificado, é o comportamento socialmente reputado como comprometido com a produção do resultado (intencional).

Aplaudimos o emprego da **intenção** como sendo o elemento volitivo do dolo. Trata-se de um dado bem mais específico do que a “vontade”, palavra que admite usos conhecidamente promíscuos. Não cremos que exista, porém, uma “concepção social” do que seja uma “ação intencional” ou de um “compromisso com o resultado”. É impossível falar na sociedade como sendo um ente real ou um ser uno. O que existe é um emaranhado de subjetividades muito raramente concordantes com as questões mais simples e mais coloquiais da vida. Assim como é um equívoco falar de “vontade do legislador”, porque o legislador não é uma pessoa, mas um grupo de indivíduos profundamente desiguais e dissidentes (Poder Legislativo), não é correto dizer que exista uma compreensão socialmente dominante acerca do que deva ser considerado como um comportamento doloso (ou “comprometido com o resultado”). Talvez alguns grupos ou setores da sociedade possuam concepções de “compromisso com o resultado” ou do próprio dolo. Mas não há por que supor univocidade, e não há por que escolher uma concepção em detrimento de outra.

Além do mais, é mister registrar que, se uma tal “compreensão socialmente dominante” existisse, ela possivelmente estaria calcada na concepção com a qual temos maior convivência empírica, isto é, na **concepção psicológica** do dolo e da intenção. Nesse caso, a teoria em questão serve apenas como reforço para aquilo que ela quer modificar.

Considerando que o afastamento do “psicologismo” é um dos propósitos em comum das posições normativistas, somente podemos concluir que o autor está a falar, aqui, de uma concepção socialmente dominante que não seja de cunho psicológico. Se for esse o caso, a situação é ainda mais grave. É a “sociedade”, o “povo brasileiro”, quem diz quando há, ou não, o dolo (a intenção, o compromisso com a vontade)? Eis uma visão verdadeiramente aterradora: comoção social, clamor popular e sensacionalismo midiático como ferramentas hermenêuticas. Atualmente, para uma parcela leiga da sociedade, quem bebe e assume a

direção de seu veículo possui dolo homicida. É desse tipo de “significado social” que queremos depender?

Ainda que se supere esse problema, é inevitável notar outro a surgir em seu lugar: considerando possível essa “concepção significativa de dolo”, baseada no suposto sentido social dominante, estaria o juiz de Direito capacitado para captá-la e reproduzi-la no interior de um processo? É o juiz o intérprete oficial ou o porta-voz dos valores e das concepções sociais? E todos os juízes captariam e reproduziriam da mesma forma esses valores e conceitos nas causas postas diante de si? Acreditar nisso é supor um consenso ou um grau de pacificidade do assunto que não apenas inexistem, mas que, ousamos dizer, jamais virá a existir.

Em suma, o “significado social” não existe. Concedendo *ad argumentandum* que ele exista, no entanto, possivelmente terá suas raízes em uma concepção psicológica dos elementos do dolo. Mesmo que assim não fosse, seria temerário confiar na “opinião” de uma sociedade flagelada por insegurança e bombardeada por sensacionalismo. Finalmente, caso nos dispuséssemos a esquecer todos esses problemas, teríamos que investir os juízes de Direito na função sobre-humana de captadores e reprodutores dos valores sociais, o que não parece possível, nem recomendável.

Melhor sorte não assiste a Ingeborg Puppe e seu modelo fundado no critério da “qualidade do perigo conscientemente criado”. De modo bastante sintético, um perigo será doloso quando a ação representar, objetivamente, “um método idôneo para a provocação do resultado”. Como um mero soco não deixa de ser considerável como um método idôneo para matar, a autora, percebendo a exposição do flanco teórico, lida com a noção de “univocidade”. É doloso o agir quando o sujeito realiza uma conduta univocamente considerada como idônea para a produção do dano. É preciso, é claro que o agente tenha consciência da qualidade do perigo. Mas não se perquire, no processo, se chegou a haver a representação efetiva, em sentido psicológico. O agente deve ser tratado como um ser racional: conforme as circunstâncias sob as quais atuou, enquanto indivíduo imputável portador da razão, necessariamente tem que ter previsto a possibilidade do resultado. Até pode ser considerada a vontade, mas em sentido normativo: como ser racional, se o sujeito agiu, tem que ter querido o desfecho.

O primeiro defeito, mantendo a linha de raciocínio que trilhamos nesse capítulo, é a desconsideração da vontade em sentido psicológico, isto é, da intenção.

Embora “univocidade” represente certo exagero, a ideia de que determinadas consequências tendem a se apresentar como bastante óbvias para pessoas imputáveis é válida. Em virtude do banco de dados denominado “conhecimento causal prévio”, formado ao longo da vida por experiências pessoais e conhecimentos teóricos bastante elementares, é implausível supor que um homem adulto desconheça a letalidade de um ferimento à bala na cabeça. Em alguma medida, então, a “obviedade” (um eufemismo para “univocidade”) autoriza a pressuposição do conhecimento. Assim, deduzir o elemento cognitivo a partir da associação da razão do indivíduo imputável à obviedade do conhecimento (pensemos, aqui, nos “conhecimentos mínimos”, de Ragués i Vallès) é, como regra, admissível. Mas o ser humano não é apenas razão. E da razão não se pode saltar para a vontade (revela-se, aqui, o mesmo defeito da concepção kantiana, da qual Puppe recebe influências). Pelo menos, não para a vontade “impura” (empírica, psicológica), ou, de modo mais preciso, para a intenção. Desprezar a intenção real em favor de uma vontade artificial normativamente concebida é robotizar o ato humano e fechar a possibilidade de que possa sofrer uma valoração ética. A eticidade está atrelada à intenção.

A refutação do modelo de Luís Greco segue a mesma trilha. Para ele, a intenção não desempenha papel algum no processo de imputação subjetiva. Antes, é absolutamente irrelevante, porque sobre ela não se pode reconhecer a incidência de um desvalor. Essa posição traduz a negação dos fundamentos mais rudimentares da maioria dos modelos de Ética que a Filosofia ocidental já concebeu. Valor e desvalor da conduta, repita-se, estão diretamente ligados à intenção em virtude da qual ela foi praticada, ainda que esse não seja o único critério, por óbvio. A existência dos elementos subjetivos especiais do tipo (ou elementos subjetivos do injusto) já contradiz a fala do penalista. Em inúmeros pontos de nossa legislação penal, a intenção de realizar determinados fins ou de satisfazer certos motivos, quando não traça a própria distinção do típico para o atípico, influi sobremaneira nas penas a serem impostas.

María del Mar Díaz Pita não concebe um dolo sem vontade. Das propostas que examinamos, a mais moderada é sua. O comedimento da autora, bem como sua preocupação com a possibilidade de a normativização acabar conduzindo a uma ampliação excessiva do âmbito do dolo e, conseqüentemente, a uma indevida expansão do Direito Penal, colocam-na em posição diferenciada em relação aos demais normativistas. A oposição que lhe fazemos é exatamente quanto ao aspecto que, para Juarez Tavares, haveria de ser enaltecido: Tem razão,

neste sentido, María del Mar Díaz Pita ao buscar um novo conteúdo do dolo fora do ponto de vista ontológico ou notadamente psicológico e interpretá-lo como um título de imputação”.⁷⁵⁰ A falha, como visto, está na despsicologização do conteúdo do dolo.

Essa, enfim, é a crítica geral à normativização. Cada uma das propostas tem seus prós e contras; seus altos e baixos. O traço principal que é compartilhado é, na verdade, o defeito que mantêm em comum: a despsicologização. Por tudo o que vimos até aqui, despsicologizar é desumanizar, pois a intenção, que é um dado psíquico, é a pedra de toque do processo ético.

A Jakobs se podem atribuir duas propostas. A primeira delas, mais comedida, é desenvolvida com base na legislação alemã em vigor (a qual Jakobs, de certa forma, deplora por sua “brandura” no que tange ao tema). Não se trata, na verdade, de uma proposta de normativização. O que se tem, nesse primeiro momento, é apenas uma opção por uma visão estritamente cognitivista do dolo. Dolo é representação da não improbabilidade da causação do resultado. Não se fala em normativização porque a representação é pensada em sentido psicológico, isto é, deve ser constatada a sua existência na mente do agente ao tempo da ação. O defeito que aqui se pode apontar é a desconsideração do elemento volitivo (intenção).

Quando Jakobs se pronuncia em tom mais teórico, buscando uma solução *de lege ferenda*, sua posição se torna bem mais rigorosa. Continuamos sem a necessidade da presença de qualquer elemento volitivo. Mas, quanto ao aspecto cognitivo, que até então era compreendida psicologicamente, se opera a normativização. Não é preciso que exista representação efetiva, pois, diante de tal exigência, em determinados casos, tanto óbvios quanto gravíssimos, restaria manietado o poder punitivo e desguarnecida a norma. São os casos que Jakobs denomina “ceguera ante los hechos”. Na literatura anglo-saxônica, correspondem às situações da *willful blindness* (“cegueira deliberada”), figura que começa a marcar presença em julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos, no Tribunal Supremo da Espanha e até no nosso Supremo Tribunal Federal.

Quanto a esse modelo normativo, as críticas são quase óbvias, à luz das considerações que já se expenderam. O primeiro dos defeitos é o desprezo da faculdade mental relativa à vontade, é dizer, é a desconsideração da intenção. Mas os problemas não se encerram aqui. Ao

⁷⁵⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 333.

normatizar o elemento cognitivo, Jakobs retira o segundo componente de humanidade da conduta. Não importa o que o agente quis, e nem mesmo o que conhecia, mas sim o que ele deveria ter conhecido. Ocorre, aqui, não apenas o desprezo do processo ético, mas a desconsideração do processo gnoseológico. Se, antes, a ofensa à dignidade da pessoa humana se manifestava no desprezo de uma das características mentais típicas do homem, ela agora se estende a todo o espaço de subjetividade. O defeito original seria o de tratar o agir humano apenas como pensamento. Esse, de agora, é o de negar-lhe até mesmo essa condição existencial típica.

Bernardo Feijóo Sánchez e Ramon Ragués i Vallès retrocedem um pouco. A visão de ambos é cognitivista e, só por isso, merecedora de algumas das censuras que já fizemos quanto à desconsideração da intenção. A normatização por eles sugerida recai, então, sobre o aspecto do conhecimento. Na verdade, os dois autores, predominantemente preocupados com as dificuldades práticas que o manuseio do dolo, em seu atual estágio de desenvolvimento dogmático, oferece, se ocupam de sugerir critérios para a imputação do conhecimento em casos concretos. Como o conhecimento real, enquanto fenômeno psíquico, não pode ser empiricamente provado, devem ser desenvolvidas regras processuais de imputação.

Muitas das regras pensadas por Ragués i Vallès são verdadeiramente aplaudíveis. Aliás, no próximo e derradeiro capítulo, abordaremos sucintamente algumas delas, quando da exposição da nossa proposta político-criminal. Também há sugestões valiosas da parte de Feijóo Sánchez. Registre-se, porém, que, nos dois casos, os parâmetros são prestáveis, apenas, para a imputação do conhecimento. E que só são admissíveis enquanto não assumirem o papel de fórmulas matemáticas e não conduzirem a presunções absolutas.

Ragués i Vallès tenta estabelecer uma diferenciação entre normatização do conceito de dolo e normatização do processo de determinação do dolo (dizendo-se defensor dessa última). Essa distinção, entretanto, não existe. Se um conceito é normativo, ele não precisa guardar relação (pelo menos, não direta) com o objeto tal qual o percebemos empiricamente. Um conceito descritivo⁷⁵¹, no entanto, pressuporá uma definição que seja a mais próxima possível

⁷⁵¹ Entenda-se: tão descritivo quanto um conceito pode ser. Na verdade, em cada conceituação há uma construção. Quando se descreve um objeto, não se diz sobre o objeto (coisa em si), mas sobre seu fenômeno. E sob as lentes do examinador, com os recursos linguísticos que ele tem ao seu dispor. Não há, então, mero relato imparcial e fidedigno de quais sejam as características de um objeto, mas construção de uma definição que se propõe a ser a mais próxima possível das aparências observadas quando da contemplação do fenômeno.

das características observadas quando do contato empírico com a coisa. Quando se opta pelo primeiro, declara-se a **despreocupação com a correspondência** entre o que se conceitua e as características empíricas do objeto. Com o segundo, o que se passa é o inverso. Quem der preferência ao conceito normativo certamente não fará questão, no processo de imputação, de demonstrar a presença do objeto em sua concepção empírica, o que significa dizer que não importa que exista diferença entre o que se imputa e o que de fato existe ou existiu. Se prevalecer o conceito descritivo, somente se poderá considerar satisfatório um processo de imputação que procure demonstrar que a coisa a ser imputada existe ou existiu concretamente.

O que não faz sentido é a mistura: de que adianta defender uma concepção descritiva e contentar-me com uma imputação despreocupada com a presença concreta do objeto imputado? Meus critérios de imputação, muito pelo contrário, devem ser os mais adequados possíveis para conferir-me a segurança quanto à presença desse objeto. E ainda mais desarrazoado seria adotar uma visão normativa e ocupar-me da demonstração da real presença de um objeto que sequer precisa existir.

Um conceito descritivo (psicológico) do dolo demanda perguntas. “O sujeito representou mentalmente o resultado? Ele tinha a intenção de produzi-lo?” Um conceito normativo pressupõe afirmações: “em tais condições, o indivíduo tem obrigação de representar mentalmente o resultado” “por ter agido assim, a pessoa necessariamente tem que querer o dano”. Importam “representação e vontade normativas”, e não o conhecimento e a intenção empíricos, é dizer, psicologicamente considerados. Não se dirige a prova, aqui, aos elementos subjetivos, mas, unicamente, às condições externas de cuja comprovação automaticamente decorre a imputação da representação e/ou da vontade. Se o dolo é constituído de fenômenos psíquicos, mesmo sabendo que o condutor estava embriagado e trafegava em alta velocidade, quero saber se ele representou a possibilidade de causação do resultado e se ele o quis (ou “levou a sério”, “assumiu” etc.). Cogito a possibilidade de que, apesar das circunstâncias fáticas comprovadas, o sujeito não seja punido dolosamente, pois ainda é possível que não tenha existido a representação ou a vontade, psicologicamente falando. Se se trata de elemento puramente normativo, todavia, provadas a embriaguez e a velocidade excessiva, digo que houve dolo (representação e/ou vontade normativas).

Esse é o quadro que instrui nosso raciocínio no campo da imputação subjetiva. Quem é normativista quanto às regras e critérios de imputação, deve sê-lo quanto ao próprio conceito

de dolo. Quem crê que os elementos do dolo não devem ser psicologicamente compreendidos, certamente não se acanhará de imputá-los mesmo diante da incerteza quanto à sua existência na mente do agente (ou, mesmo, diante da certeza de sua inexistência, conforme o caso). Mas quem acredita em um dolo formado a partir de fenômenos psicológicos somente pode imputá-lo coerentemente se constatar que eles de fato, se fizeram presentes ao tempo da ação.

Considerando, entretanto, que a sua prova propriamente dita, em sentido empírico, é impossível, não será o dolo, sempre, uma imputação? Rigorosamente falando, sim. E o mesmo se passa, como já dito, em relação a todo e qualquer outro elemento do tipo penal (elementos objetivos também não podem ser empiricamente provados, eis que referentes a fato pretérito). A grande questão é: pode essa imputação apoiar-se em critérios absolutos?

Certamente, não. Vimos que o erro da tendência atual da presunção do dolo está, exatamente, em seu caráter absolutizante. As provas baseadas em indícios são inelimináveis do Direito. Ele sempre dependerá das presunções. Para que não se torne um instrumento de arbitrariedade e de artificialização da realidade empírica, no entanto, impõem-se o comedimento e a moderação.

Uma concepção normativa do dolo, em que pese conduza ao mesmo resultado prático característico das presunções absolutas, permite que se escape do defeito que nelas se faz presente. Se os elementos psicológicos não são importantes, não precisam ser objeto de prova, e não se corre o risco de afirmá-los presentes onde, na verdade, estejam ausentes. Apenas para ilustrar mais graficamente, tenhamos em conta o seguinte esquema, em que “x” representa os elementos psicológicos da representação e da vontade; “y” representa as circunstâncias fáticas do caso; “z” se refere ao conceito de dolo:

Sistema de **presunções absolutas**: “x” é condição de “z”, mas, à luz de “y”, mesmo sem verificar se há “x”, digo que há “z”. Pode ser que “x” tenha existido, ou não, na realidade. Mas se “y” conduz a uma presunção absoluta, não há a possibilidade de fazer prova de que “x” esteve ausente e, por isso, não deve haver “z”. Quando se adota um sistema de presunções absolutas, exclui-se o benefício da dúvida. Se, sabendo que “x” pode estar ausente, continua-se a reconhecer “z” sem a possibilidade de prova em sentido contrário, conforma-se com a grande possibilidade de imputar “z” injustamente. Quem abertamente reconhece a possibilidade de imputar “z” sem a constatação de “x” não será demovido pela

dúvida; já faz parte de sua assunção a chance de que a imputação seja injusta. De modo mais claro: toda imputação é potencialmente injusta, mas isso não incomoda.

Sistema **normativista**: “x” não é condição de “z”. O reconhecimento de “z” é determinado, diretamente, a partir de “y”. Não é preciso presumir “x” para configurar “z”, pois se trata de dado irrelevante para tanto. Não se corre o risco de ser arbitrário e dizer que há “x” onde esse elemento inexistente.

Sistema de **presunções relativas**: “x” é condição de “z”. Somente se pode dizer que há “z” quando se constatar que existiu “x”. Não há, no entanto, como provar “x”, de modo que só o que se pode fazer é presumir sua presença a partir de “y”. Quando “y” importa em uma presunção relativa, abre-se a possibilidade da realização de prova no sentido de que “x” não tenha, de fato, estado presente. E, se isso ocorre, fica afastado “z”. Um sistema de presunções relativas prestigia o *in dubio pro reo*. Sabe-se que toda presunção de “x” a partir de “y” é potencialmente injusta. Ao se admitir a prova em sentido contrário, fica claro que há interesse em reduzir essas injustiças na maior medida possível. A possibilidade da imputação injusta de “z” a partir de uma presunção equivocada incomoda. No caso de dúvida, então, decide-se pelo afastamento de “z”.

Permitamo-nos uma analogia. Um professor se depara com dois trabalhos acadêmicos cujo teor é bastante parecido. Um é assinado por um excelente aluno, e o outro, por um estudante até então tido como medíocre. Ao trabalho do suposto plagiador deve ser atribuída a nota zero. Por um sistema de presunção absoluta, muito provavelmente será punido o mau aluno, mesmo que não tenha sido ele o autor dessa fraude específica, ou que não tenha tido a intenção de plagiar. Se a presunção é absoluta, isto é, se não se permite ao aluno potencialmente injustiçado o direito de provar sua inocência, a própria possibilidade da injustiça não incomoda tanto. No caso de dúvida, ele será punido. Em um sistema de presunção relativa, é provável que se parta, também, da hipótese de que o mau aluno seja o responsável pelo plágio. Mas, se lhe for permitida a demonstração de que não é de sua autoria a fraude, ou de que não houve de sua parte a intenção de cometer o plágio, torna-se visível a inquietação sentida da possibilidade da punição injusta. Se a punição injusta incomoda, ela deverá ser evitada ao máximo. Em caso de dúvida, o ideal é que não se puna ninguém. Em um sistema puramente normativo, não seria preciso apurar se houve intenção, e nem mesmo quem copiou de quem. Isso pode muito bem ser substituído por uma norma do tipo “em caso de

trabalhos semelhantes, será atribuída a nota zero para todos os autores”. Se essa norma é justa ou injusta, pode-se discutir. Mas o fato é que não se corre o risco da arbitrariedade de punir como autor da fraude quem não o tenha sido, e nem de dizer que houve intenção onde ela jamais tenha se feito presente.

Em suma, a diferença está na atitude diante do caso. Trabalhar com as presunções é lidar com a possibilidade constante da injustiça. Dar-lhes caráter relativo é o único modo de reduzir as chances de ocorrência das punições arbitrárias e injustas. Quando se normativiza, é exatamente em relação às regras de imputação criadas em substituição às presunções que será debatido aspecto da justiça ou da injustiça, e não sobre a resolução do caso concreto. Não há espaço para discutir se a condenação de “Fulano” foi injusta por ter-se baseado na presunção da vontade psicológica onde, de fato, ela pode ter estado ausente. A questão é: seria justo condená-lo sem sequer levar em conta o conteúdo de vontade que lhe tenha efetivamente ocupado a mente?

Além de sua notória qualidade técnica, o trabalho de Ragués i Vallès tem outro mérito: a responsabilidade científica de seu autor. Em todas as possibilidades que são examinadas, o professor espanhol analisa os pontos positivos e negativos. Expõe e disseca, assim, argumentos favoráveis e contrários relativamente a cada uma das posições comentadas, e, inclusive, em relação à sua própria. É a partir de suas próprias ponderações que lhe dirigiremos nossa crítica.

Com base nas observações realizadas pelo penalista em questão, devemos analisar propostas teóricas que possuam reflexos político-criminais com base em dois critérios principais: a aplicabilidade e a legitimidade. De nada adianta um sistema altamente prático que se mostre desrespeitoso para com a dignidade da pessoa humana; também não serve, porém, um outro que, embora se revele irretocável do ponto de vista constitucional, seja de concretização virtualmente impossível.

Como se aferem tais critérios, no caso do dolo? A aplicabilidade é verificada segundo a utilidade processual da concepção de dolo. É imprestável um conceito de dolo cujos elementos sejam insuscetíveis de prova em um processo criminal. A legitimidade diz respeito à não “instrumentalização” da pessoa. Será ilegítima a proposta que, a pretexto de atingir os fins do Direito Penal, se valha de meios que sacrifiquem direitos e garantias fundamentais da

pessoa. Criar regras que permitem a imputação do conhecimento (e/ou da vontade) nos casos concretos em que ele, na realidade, jamais existiu, é uma forma de instrumentalizar a pessoa. Em nome da praticidade, admite-se abertamente a possibilidade de que a pessoa esteja sendo injustiçada por uma condenação baseada em uma ficção divorciada da realidade empírica. Não é possível aceitar que se busque a realização dos fins a qualquer custo.

Ao submeter a essas lentes a concepção psicológica e a concepção normativa dos elementos do dolo⁷⁵², o autor chegou a uma conclusão inquietante, mas de difícil refutação. A versão psicológica, embora deva se considerar legítima é incompatível com a prática processual; a versão normativa goza de grande aplicabilidade, mas enfrenta crise de legitimidade.

Os casos da vida real não cessam, e estão sempre a demandar respostas judiciais. “Alguma” resposta terá que ser dada. Incomoda tanto a possibilidade de que ela seja demasiadamente “fraca” (deixando de reconhecer tipicidade ou punindo a ação como culposa), quanto a chance de que seja injusta (dizendo que há dolo onde ele não exista). Ousamos dizer que, para os psicologistas, incomoda muito mais essa segunda, ao passo que, para os normativistas, preocupa mais a primeira.

Está certo Ragués i Vallès lembra que as chances de ocorrência da injustiça são inextinguíveis. Enquanto houver um processo penal, a condenação injusta é uma possibilidade real. Assim, se quisermos poder contar com a tutela penal de nossos bens, devemos correr o risco. Seria preferível poder fazer uso do Direito Penal, correndo esse risco, do que estar livre da possibilidade de qualquer injustiça judicial, mas com meus bens desamparados penalmente. Todo cidadão, implicitamente, toma essa decisão.

Deveras, lançar fora a tutela penal, assim como abrir mão das imputações a título de dolo, não é uma opção razoável. O fato de decidirmos pelo uso do Direito Penal e pela manutenção das imputações subjetivas dolosas, para Ragués i Vallès, torna cogente a opção da normativização. Nisso, há um equívoco. Não se trata de uma conclusão necessária.

Pelo raciocínio de Ragués i Vallès, optar por um conceito psicológico é o mesmo que abrir mão da imputação dolosa, posto que, como fenômeno psíquico, o dolo não pode ser provado

⁷⁵² Devemos lembrar que, na verdade, para o escritor, o dolo resume-se ao conhecimento. Mas o raciocínio é visivelmente aplicável às concepções bipartidas do dolo.

empiricamente. Isso conduz, automaticamente, ao acolhimento da normatização. Eis a falha: a prova do dolo, psicologicamente considerado, não é impossível. Ela é, com certeza, mais difícil.

Para entender nossa afirmação – “a prova do dolo não é impossível” –, a chave está no conceito de “prova”. O fato, no processo penal, é a “coisa em si”, incognoscível pelo homem. Qualquer dado seu, objetivo ou subjetivo, será inalcançável empiricamente. Quando se fala em prova, então, dentro de um processo penal, definitivamente não se pode estar a fazê-lo sob sentido empírico. A inviabilidade da prova empírica para qualquer dos elementos do tipo penal nos leva a abandonar, por completo, essa concepção de prova. A prova processual, necessariamente, é outra; é prova em outro sentido. A palavra “prova” precisa ser resignificada, transformada em “prova em sentido jurídico”. Toda prova, processualmente falando, é indiciária. Mesmo o documento, a filmagem e a gravação telefônica não nos permitem “conhecer” o fato, mas, apenas, julgá-lo por suas aparências. São as aparências, ou, para usar expressão mais técnica, os indícios que nos levarão a afirmar a presença de um elemento típico qualquer. Seja objetivo ou subjetivo. Nesse sentido, a prova do dolo não é impossível. Reforçamos: ela é mais difícil, sem dúvidas. Nem sempre os indícios, que são dados externos, serão ricos o bastante para permitir uma convicção quanto ao conteúdo interno da ação. O resultado disso não é o descarte da possibilidade de imputar o dolo, mas, sim, a aceitação de que isso se fará com mais parcimônia, em menor quantidade, em razão do preceito *in dubio pro reo*. Possivelmente, com uma frequência bem abaixo daquela esperada pelos padrões ditados pelo apetite punitivo contemporâneo.

No fim, o grande problema da concepção psicológica de dolo não é a impossibilidade de prova, é a “baixa” frequência da possibilidade de sua afirmação processual e, conseqüentemente, a alta ocorrência de absolvições e desclassificações com fulcro no *in dubio pro reo*.

É por isso que, embora reconheçamos a gravidade do problema e enxerguemos a necessidade de uma modificação no sistema de imputação subjetiva, discordamos das propostas de normatização. Cremos que elas trabalham sob o comando de uma irrefreada “**vontade de punir**”. O aumento descomedido das hipóteses de incidência do dolo a partir da sua simplificação conceitual e da facilitação de sua configuração processual é reflexo da ideologia

punitivista que se indigna diante de casos cujos resultados, por sua gravidade objetiva, supostamente reclamam uma resposta penal vigorosa.

Normativizar o dolo, no fundo, é uma providência estratégica no sentido de expandir sua área de abrangência à custa da absorção de boa parte do espaço existencial da culpa. Isso, visivelmente para que seja assegurada possibilidade da punição de certas condutas que seriam subjetivamente atípicas, e também para que possam receber tratamento mais severo comportamentos eminentemente culposos que, pela gravidade de seus desfechos, “merecem” penas mais elevadas.

As considerações dos últimos parágrafos são corroboradas por um exame crítico daquela que seria a forma mais “rude” de normativização. Não se entenda a rudeza, aqui, como atecnia ou superficialidade. O adjetivo é empregado para ilustrar o quão direta é a rigorosíssima proposta de Gabriel Pérez Barberá. Na teoria do argentino, a influência do punitivismo, que costuma permanecer oculta em outros trabalhos, se despe de camuflagens e reluz ao sol do meio dia.

Mérito do escritor: um amplo trabalho de pesquisa, bem fundamentado, com ideias claras e uma resposta simples, pensada por muitos, mas verbalizada por ninguém. “Dolo é reproche grave; culpa é reproche leve”. Não há, entre o dolo e a culpa, qualquer distinção de qualidade, mas, tão-somente, de quantidade. Ambos são elementos inteiramente normativos, pertencentes à mesma categoria de institutos jurídicos. Estão, de idêntico modo, à mais completa disposição do Direito positivo para sua conceituação. Poderiam receber outros nomes, e poderiam até não existir. Para substituí-los, bastaria uma **cláusula geral de merecimento de pena**. O fato que “merece” punição intensa corresponde ao doloso; aquele que demanda castigo mais brando, culposo.

Considerando as críticas que opusemos aos demais modelos de normativização, são desnecessários maiores comentários aqui. Os vícios que encontramos em outras propostas são os mesmos, mas estão magnificados. Discutimos, alhures, se não seria afrontoso reduzir o ser humano à razão; se desconsiderar a importância de uma faculdade mental tão importante quanto a vontade não seria menosprezar sua complexidade. Constatamos que constitui um tratamento indigno presumir de modo absoluto a intenção ou despsicologizar a vontade, retirando da conduta o elemento humano que autoriza a incidência dos juízos éticos. Suprimir a capacidade para a ética rebaixa o ser humano, diminui o seu valor. No modelo que

presentemente analisamos, as últimas preocupações com o real conteúdo interno de uma conduta – parte responsável pela determinação de seu significado ético – se dissipam por completo.

Um passo adiante na teoria de Pérez Barberá e nos depararíamos com tipos penais sem penas previamente cominadas. Casos “graves”, penas “altas”. Matar alguém na direção de veículo automotor sob a influência de álcool: fato grave – crime doloso – penas intensas. Não há espaço para provas em sentido contrário; não se perde tempo com consciência, intenção e outros subjetivismos irrelevantes. O homem é o que ele faz, e o que ele faz é o resultado de sua ação. Simples, direto, objetivo e seguro. A nosso ver, tal estágio, secretamente, habita os sonhos dos punitivistas mais apaixonados. Apenas alertamos que, antes de implementá-lo, precisamos estruturar a substituição dos juízes humanos por computadores, para que não apenas a imputação seja matemática, mas também o seja a pena.

Em uma percuciente análise histórica, Cláudio Brandão nos conta que o emergente conceito de “pessoa” foi determinante para a criação e a estruturação inicial das categorias jurídicas que, ainda hoje, se situam entre compõem a concepção analítica do crime que é majoritariamente aceita. Na verdade, os elementos da culpabilidade, conforme deixa claro em sua exposição, foram diretamente determinados pelos atributos da então nascente noção de pessoa: “Com a formulação do nosso conceito de pessoa, solidificaram-se atributos fundamentais do homem: liberdade, consciência, capacidade e vontade. A teoria do delito absorveu esses atributos [...]”. De fato, ao acompanhar o raciocínio do autor, não é possível escapar da constatação: a capacidade é a condição de possibilidade da imposição da pena que está inscrita na imputabilidade; a consciência se faz presente na exigência da potencial consciência da ilicitude; a liberdade é a própria base da exigibilidade de conduta diversa; e a vontade dá corpo ao dolo, que, durante muito tempo (até a reestruturação categorial operada pelo finalismo, ocorrida em meados do século passado), pertencia ao âmbito da culpabilidade. Quanto à vontade, aliás, enquanto componente do dolo, pode-se dizer que, na dogmática penal, seu reposicionamento como dado subjetivo da conduta é uma expressão do crescimento de sua relevância. Ao deixar a culpabilidade para integrar a tipicidade, figura, desde logo, no elemento inaugural do conceito analítico de crime, isto é, no “primeiro filtro”, e tem papel determinante não apenas na aferição do grau de reprovabilidade da conduta, como outrora, mas, sim, na própria delimitação da sua relevância ou irrelevância penal. O penalista pernambucano conclui: “Deste modo, verifica-se que a culpabilidade é um dos institutos nos

quais se concretiza na dogmática penal o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que no Brasil é norma / valor de sede constitucional.”⁷⁵³

Na linha do que vínhamos dizendo, e tomando impulso na afirmação do autor, resta claro que a permanência da vontade como um elemento constitutivo do dolo, e deste, como um componente subjetivo da conduta, é imperiosa para que se homenageie o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Se o Direito pressupõe algum grau de normatização para que possua operacionalidade, é certo que essa normatização não pode avançar indiscriminadamente. É preciso conservar como referência a própria concepção de pessoa, com seus atributos historicamente sedimentados, para que o Direito não se transforme em um instrumento de opressão de seu próprio criador. Para que saiba em favor de quem ele trabalha, e para que tenha sempre em mente que seus objetivos se resumem, justamente, à proteção e à realização da dignidade da pessoa humana.

9.3. POR QUE CONSIDERAR A INTENÇÃO? PARTE DOIS: O PAPEL DA INTENÇÃO NA DETERMINAÇÃO DO SIGNIFICADO⁷⁵⁴ DA AÇÃO

A primeira das providências que se impõem no presente item é a de evidenciar a relação existente entre “intenção” e “finalidade”. A intenção nada mais é do que a vontade referida a fins determinados. Ou, como mui habilmente já se disse, “Os fins são a expressão ou a organização lógica dos processos da vontade”.⁷⁵⁵ Ter intenção, considerando a intenção como a forma mais concreta da vontade – é ter uma finalidade.

Há quem considere que definitivamente não se pode conceber uma ação humana desprovida de intenção. “A ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento **final** e não puramente **causal**.”⁷⁵⁶ As frases, é claro, integram a conhecida exposição welzeliana no sentido situar a finalidade como um dado essencial do agir humano,

⁷⁵³ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 15, n. 2. Coimbra: Coimbra Editora. Abr./jun. 2005, p. 226.

⁷⁵⁴ Autorizados pela Linguística, trataremos como sinônimas as palavras “significado” e “sentido”. “Rubrica: lexicologia, lingüística: cada um dos significados de uma palavra ou locução, que ger. vêm separados nos dicionários; Rubrica: lingüística, lógica: aquilo que uma palavra ou frase podem significar num contexto determinado; significado”. HOUAISS, Antonio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**, versão 1.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

⁷⁵⁵ SIMMEL, Georg. **Schopenhauer & Nietzsche**. Trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 48.

⁷⁵⁶ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 27.

isto é, um dado imanente do próprio conceito de conduta.⁷⁵⁷ Note-se que Hans Welzel não está sozinho em sua afirmação. Muito longe disso. Na verdade, pode-se dizer que a suma dessa ideia já se encontra em Aristóteles: “Toda a perícia e todo o processo de investigação, do mesmo modo todo o procedimento prático e toda a decisão, parecem lançar-se para um certo bem.”⁷⁵⁸ E não são poucos os filósofos, entre antigos e contemporâneos, que endossariam sua visão.

Quais são as características necessárias do agir humano? O agir humano compreende, pelo menos, duas características necessárias: um *fim*, a dizer, uma *intenção*, e um *meio*, em sentido muito amplo para alcançar este fim. Isto é válido para todas as ações, mesmo quando a escolha dos meios parece ser fortemente reduzida.⁷⁵⁹

Sartre concorda: “[...] toda ação deve ser **intencional**: com efeito, deve ter um fim, e o fim, por sua vez, refere-se a um motivo. [...] falar de um ato sem motivo é falar de um ato ao qual faltaria a estrutura intencional de todo ato”.⁷⁶⁰

A perspectiva de Welzel casa muito bem com a festejada intuição da ação como um processo que ocorre sempre em dois âmbitos. Há um âmbito objetivo, correspondente a todos os aspectos físicos ou naturalísticos da conduta, que são a parte empiricamente observável do fenômeno. Mas há, sempre, uma esfera subjetiva no agir. Nela se ocultam os processos psíquicos que impulsionam a parte externamente observável. “Assim, o homem tem sempre uma finalidade e motivos que regulam as suas ações”, coloca Schopenhauer.⁷⁶¹ É comum que se entenda o âmbito externo como a manifestação âmbito interno, é dizer, a expressão física de um conteúdo volitivo. Por isso, diz Simmel, não é a ação que explica os processos psíquicos, mas precisamente o contrário.⁷⁶²

Essa concepção da ação como um fenômeno que tem dois âmbitos foi nitidamente apropriada pela dogmática penal. Autores das mais diversificadas escolas, adeptos das mais variadas

⁷⁵⁷ Uma sucinta abordagem da doutrina da ação finalista pode ser encontrada no item 5.1.

⁷⁵⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caieiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

⁷⁵⁹ PFORDTEN, Dietmar von der. O que é o Direito? Fins e Meios. Trad. Saulo de Mattos. **Revista Brasileira de Filosofia**, n. 238. São Paulo: Marcial Pons. Jan./Jun. 2012, p. 11.

⁷⁶⁰ SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: Ensaio de ontologia fenomenológica. Trad. Paulo Perdigão. 22.ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 540. Esse pensador, aliás, dá à máxima welzeliana um alcance superior àquele que lhe é emprestado por seu próprio autor. “O fumante desastrado que, por negligência, fez explodir uma fábrica de pólvora não agiu” (p. 536).

⁷⁶¹ SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Trad. M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001, p. 172.

⁷⁶² SIMMEL, Georg. Schopenhauer & Nietzsche. Trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 54.

concepções da ação, trabalham com noções dicotômicas como “tipo objetivo / tipo subjetivo”; “imputação objetiva / imputação subjetiva”. As categorias “elementos objetivos” e “elementos subjetivos”, aliás, podemos arriscar dizer que são unanimemente aceitas.

Mas a teoria de Hans Welzel é alvo de muitas críticas exatamente pela inflexibilidade que o apoio ontológico lhe traz. Sua ideia central, no entanto, nos parece de difícil refutação. Só o que fazemos é recuar um passo: se para o mestre de Bonn, definitivamente não há conduta sem finalidade, pois esta participa da essência daquela, para nós, a intenção – que é a vontade referida a fins específicos – é um dado estrutural **tipicamente** presente na ação humana. Não desvelamos, nem pretendemos aqui encontrar “a essência do ser” (as características reais da conduta como “coisa em si”). Isso é impossível. O propósito é bem outro: demonstrar que a presença da intenção é um *standard*.

John Searle é outro pensador que entende que “**não há ação sem intenção**”.⁷⁶³ Sua explicação, no entanto, nos remete mais à lógica do que às ontologias.

Searle concebe dois tipos de intenção: a “intenção prévia” e a “intenção na ação”. A primeira – sem querer estabelecer qualquer tipo de relação com Hannah Arendt – se encaixa muito bem na visão da vontade enquanto “órgão humano para o futuro”, que estudamos anteriormente. Assemelha-se a um projeto, uma resolução, e toma lugar na mente do agente antes do início da execução da conduta. A segunda está presente no momento da execução.⁷⁶⁴ Searle é taxativo: “ação e intenção são inseparáveis”; embora possa não haver “intenção prévia”, sempre existirá a “intenção na ação”. Nos casos em que existirem ambas, a primeira é entendida como causa da segunda.⁷⁶⁵

Para entender a afirmação de Searle, é importante, também, passar pelo seu conceito de ação. A ação, para o autor, compõe-se de dois elementos: a “experiência de agir” e “movimento físico”. A experiência de agir é a sensação da pessoa de ter praticado a conduta; o movimento físico é o correspondente material da experiência de agir. Se quero erguer o braço, para que

⁷⁶³ SEARLE, John Rogers. **Intencionalidade**. Trad. Julio Fischer e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 115.

⁷⁶⁴ Já explicamos, mas vale reforçar: a visão de Searle acerca da “intenção na ação” não contradiz a ideia de vontade enquanto “órgão para o futuro”. Visivelmente, Searle não se ocupou do tema com o grau de “preciosismo” com que o fizemos, considerando milésimos de segundos de distância entre a formação da intenção e a execução da ação. Para maiores detalhes, vide item 8.2.1.

⁷⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 118 e seguintes.

exista uma ação, devo passar pela “experiência de agir” e alcançar o “movimento físico”. É dizer, devo sentir que eu, por minha vontade, levantei o braço, e que esse braço de fato se moveu no mundo real. Se alguém erguer meu braço por mim, não houve ação, pois faltou a “experiência de agir”. Se eu sentir (como sentem pessoas que sofreram amputações ou estão anestesiadas) que meu braço se moveu, mas ele estiver imóvel ou mesmo não existir, não se poderá falar em ação, pois terá faltado o “movimento físico”.⁷⁶⁶ Ficam, evidentemente, excluídos do conceito de ação os atos reflexos, os espasmos, as coações físicas irresistíveis.

Toda ação tem uma intenção porque ela possui uma condição de satisfação que é conhecida e buscada. Simplificando, a ação é realizada “para algo”. Esse algo é satisfação da sua intenção. Uma ação é realizada, sempre para satisfazer uma intenção. “Uma ação intencional equivale simplesmente às condições de satisfação de uma intenção”.⁷⁶⁷

Já vimos que “querer” é “querer fazer”. Quando realizo uma ação, quero fazer algo; para satisfazer minha intenção, é preciso que eu realmente o faça. Eu não quero a pessoa morta (isso seria um desejo, não uma intenção); eu quero matá-la. Eu não quero um candidato eleito (desejo, torço para que ele se eleja); eu quero votar nele, isto é, quero “fazê-lo” se eleger (embora isso não possa ser feito sozinho, obviamente, quero contribuir com uma ação para causar esse resultado). Se a pessoa odiada aparece morta, não há a satisfação da intenção (no máximo, a realização de um desejo). A intenção só se satisfaz com a ação de matar. Para que seja alcançada a satisfação, é preciso que exista “experiência do agir” (que eu tenha a sensação de agir) e que haja o “movimento físico”, que é o objeto intencional. Se e tiver a “experiência de agir”, mas o “movimento físico” não se seguir, terei um esforço frustrado, mas não uma ação. Se eu tiver o “movimento físico” sem a “experiência de agir”, o movimento não terá sido meu. Então, também não terá havido ação.

Uma das premissas mais assíduas no discurso da normativização é aquela segundo a qual a conduta humana é considerada como um ato de comunicação. O agir é uma forma de expressão. Quem age emite uma mensagem. Concordamos.

⁷⁶⁶ SEARLE, John Rogers. **Intencionalidade**. Trad. Julio Fischer e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 122 e seguintes.

⁷⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 113.

Ocorre é que simplesmente não há nenhum tipo de expressão comunicativa que traga um sentido imanente ou um significado “em si”. As palavras (escritas ou faladas), as imagens, os sons, os gestos e, de um modo geral, os comportamentos, não têm um significado intrínseco.

Significado é algo que se atribui.

Todo ato de comunicação está sujeito a **interpretações**. Serão tantos processos interpretativos quantos forem os interlocutores, leitores ou espectadores. E é possível que o número de significados se aproxime ou se equipare ao número de intérpretes (ou seja, que cada pessoa tenha uma interpretação única e que conduza à atribuição de um significado particular). É possível, aliás, que cada um dos intérpretes conceba mais de um significado para mesmo objeto.

Fazendo uma síntese grosseira, diríamos que as palavras, em si, são neutras, e que lhes pode ser atribuído absolutamente todo e qualquer significado. São vasilhames vazios, cujo espaço está por ser preenchido. São veículos transportadores de sentido. O mesmo se diga com relação aos comportamentos. Não há, inicialmente, nenhuma limitação para tanto. Todo ato comunicativo possível é desprovido de um sentido *a priori*.

Há uma enorme constelação de fatores a influir no processo interpretativo. Conscientes do reducionismo que isso representa, propomos uma organização dessa vasta gama de variáveis em três categorias: do emissor, do intérprete e do contexto.

Conforme já expusemos, todo ato de comunicação é **intencional**. Sempre há, então, um significado que é atribuído pelo próprio autor (falante, agente, emissor). Devemos chamá-lo de “**significado autêntico**”. Ele determina o sentido original (isto é, existente na origem, no momento da criação) do que é comunicado. Sobre esse significado atribuído pelo autor, considere-se que: a) ele nunca é evidente a ponto de conduzir a uma única interpretação; b) sua atribuição não escapa à influência das experiências e dos conhecimentos pessoais e das idiosincrasias (logicamente, construídos e adquiridos a partir das experiências intersubjetivas). O autor coloca um pouco de si no que diz ou faz, mas isso não garante que se tenha sobre a fala ou a ação qualquer interpretação específica. Em resumo, todo ato de comunicação é emitido com um sentido, mas esse sentido não impede que sobre ele se realizem diversas interpretações e se construam inúmeros outros sentidos. Pode-se dizer que a

palavra, uma vez dita, voa irrevogável. O falante ou agente não detém o controle sobre o que se poderá entender a partir do que foi dito ou feito.

Na outra extremidade, encontra-se o intérprete. A interpretação é sempre, invariavelmente, uma ação individual, embora inegavelmente se opere com base em uma inesgotável variedade de critérios e conhecimentos que são intersubjetivamente estabelecidos e compartilhados. É como em um processo gnoseológico qualquer: o ato de conhecer é pessoal, mas se executa com uma pesada bagagem intersubjetiva, cultural etc. O interlocutor, leitor, ouvinte ou espectador, ao deparar-se com o objeto a ser interpretado, certamente sofre profundas influências de uma série interminável de experiências e conhecimentos pessoais, e de idiosincrasias. Assim como no caso do emitente, o intérprete coloca sempre um pouco de si na interpretação. Isso dá à interpretação, de um modo geral, um tom relativo e uma nota parcial. O significado (ou os significados) que o intérprete atribui não é o único, o verdadeiro, o definitivo. É, apenas, um significado possível.

Todo ato de comunicação é levado adiante em um determinado tempo, em um determinado lugar, e sob certas circunstâncias. E o mesmo ocorre com todo processo de interpretação, situado no tempo, no espaço e sujeito às circunstâncias. Assim se forma o **contexto**: a partir da consideração do onde (continente, país, estado, cidade, bairro, rua), do quando (época) e das condições fáticas (v.g., circunstâncias pessoais, físicas ou emocionais; circunstâncias ambientais, climáticas, políticas, culturais etc.) em que ocorre algum evento (seja a emissão ou a interpretação). Como se pode perceber, a influência do contexto já se faz presente tanto na atribuição do significado pelo autor quanto pelo intérprete, estendendo-se sua relevância de uma extremidade à outra dos processos de determinação dos sentidos possíveis.

Todo o conteúdo pessoal e idiosincrático do emitente nunca poderá ser apreendido e considerado pelo intérprete; do mesmo modo, não pode o emitente conhecer o íntimo de cada um dos intérpretes para prever em que sentido serão construídas suas interpretações. Mesmo que consideremos que emitente e intérprete se conheçam, e que tenham grande intimidade (marido e mulher, pai e filho), será descomedida ingenuidade supor que um seja capaz de alcançar de modo inequívoco o significado construído pelo outro (isto é, que o pai saiba, com certeza absoluta, o que o filho quis dizer, ou que a esposa saiba, com exatidão, o que o marido vai entender). Se levarmos em conta, agora, que na grande maioria dos casos, emitente e intérprete sequer se conhecem, com muito mais razão concluiremos que nunca haverá

propriamente certeza de um em relação ao significado atribuído pelo outro. Diante disso, sobressai em termos de importância a figura do contexto. Como aspecto mais objetivo e como ponto em comum entre emitente e intérprete, o contexto surge como um dos mais relevantes e mais amplamente compartilhados critérios para a atribuição do significado.

Se emitente e intérprete não podem sondar os recônditos das mentes um do outro, saem da sua subjetividade para se encontrar no ambiente externo, intersubjetivo, isto é, no contexto (tempo, espaço, circunstâncias).

Continuamos, no entanto, com um alto grau de indeterminação e imprevisibilidade para a atribuição do significado, quer pelo emitente, quer pelo intérprete. Mas há, é claro, um primeiro parâmetro mais determinado que tende a limitar as possibilidades. No contexto se inserem as tradições, a cultura, as práticas, hábitos e convenções intersubjetivas (dentre as quais se destacam as sociais, embora existam outras, como as familiares, por exemplo). Por sua objetividade, esses são referenciais interpretativos mais seguros. Conhecendo-os, é possível ao emitente supor que sejam considerados pelo intérprete.

Outra razão para que o contexto – notadamente, a cultura, os costumes e as convenções – seja amplamente considerado está na praticidade: vale aquilo que é compreendido e aceito pela maioria.

Tudo o que dissemos até aqui pode ser resumido assim: como atos e palavras não possuem sentido imanente, e como a atribuição do significado é sempre subjetiva (pelo emitente e pelo intérprete), é determinante, para funcionalizar a linguagem e permitir a fluidez da comunicação, o **“plano pragmático”** (determinação do significado de um objeto conforme seu uso na prática).

Deve ficar claro que o plano pragmático é o que nos permite formular as presunções. Há uma maneira usual de se dizer e fazer algumas coisas, e, igualmente, um modo típico de se interpretar palavras e comportamentos. Há, então, um padrão interpretativo que serve como ponto de partida. Como regra, determinadas ações e palavras, em certos contextos, significam “x” ou “y”. Vejamos bem: continuamos sem qualquer dose de certeza. O plano pragmático, as convenções e as práticas sociais fornecem as premissas para a construção de uma hipótese.

Quanto mais consolidada (quanto maior a adesão) à convenção ou à prática social, mais forte a presunção. **Indagamos: pode essa presunção se tornar absoluta?**

Um turista português em passagem pelo Nordeste brasileiro se refere a uma moça local como “rapariga”. A palavra, singela em seu país, é ofensiva na região, e ele sabe disso. Mas assim agiu por força do hábito. Há, então, uma presunção de que a palavra tenha sido dita em sentido injurioso. Trabalhar com uma presunção que seja absoluta é eliminar a possibilidade de que o turista tenha se pronunciado com uma intenção diversa daquela de ofender a honra. Uma consulta ao “significado autêntico” (como se faz isso é outro assunto) elucidaria a questão. Se a presunção é absoluta, no entanto, isso não é permitido. Ela impõe a vedação da prova em sentido contrário, o que determina a prevalência da ficção sobre a realidade. A presunção absoluta faz com que seja considerada ofensiva a palavra mesmo diante da constatação de que o utente não emprestou à sua fala o sentido ofensivo que nela se reconheceu.

Um beijo no rosto de uma pessoa próxima é, presumidamente, um gesto de afeto. Presume-se que ele expresse carinho. Assim é entre nós, e assim já era entre os judeus de dois milênios atrás. Quem presenciou o beijo de Judas Iscariotes em Jesus, provavelmente o interpretou, no exato momento em que ocorreu, como uma manifestação de apreço. Somente depois se soube, mas ele já foi praticado por seu autor com um sentido bastante diverso desse. O significado imediatamente presumido, com o tempo, cedeu espaço a outro. Se essa presunção inicial tivesse caráter absoluto, nenhuma censura poderia receber a ação de Judas. Nenhuma prova no sentido da execrabilidade de sua conduta seria admissível.

Com esses poucos exemplos, queremos demonstrar que o contexto não pode embasar uma presunção que simplesmente anule toda e qualquer possibilidade de interpretação em sentido diverso; que os significados sugeridos pelo contexto não podem ser tidos como os únicos, ou os verdadeiros; que interpretação não deve deixar cabrestear pelo contexto, de modo a só se poder alcançar como resultado um significado que se situe dentro dos parâmetros por esse contexto ditados. Pela linha filosófica que optamos por seguir, não é falso o *topos* “as aparências enganam”.

Uma questão muito importante é: quando falamos em presunções, falamos de considerar como verdadeiro algo que os indícios apontam como tal, mas que pode, muito bem, não o ser.

Eis, aqui, uma torturante questão filosófica: qual o propósito do processo interpretativo? Interpretar é o mesmo que conhecer? **Enfim, o que é interpretar?**

O objetivo do conhecimento é a “verdade”. A verdade existe? Há três respostas possíveis: sim, ela existe, e pode ser encontrada; sim, ela existe, mas o ser humano não é capaz de alcançá-la; não, ela não existe. A primeira posição expressa um ontologismo gnoseológico. A segunda, que corresponde à visão de Kant, à qual nos filiamos nesse assunto, traduz ceticismo gnoseológico. A terceira tanto pode indicar um posicionamento rigorosamente retórico quanto o niilismo (que são, evidentemente, coisas absolutamente diferentes).

Partimos, então, da noção de que a verdade existe, mas ela não pode ser contemplada pelos seres humanos, mesmo com todo o seu aparato científico. A verdade, no conhecimento, nada mais é do que a “coisa em si”, o objeto tal como é, com todas as suas características e propriedades reais. O conhecimento da “coisa em si” nos é impossível por limitações sensoriais e intelectuais insanáveis. Não somos capazes de conhecer a coisa em si, mas, apenas, de atribuir-lhe características a partir da observação do fenômeno por meio do qual se manifesta. Entre o conceito formado a partir da observação do fenômeno e a coisa em si sempre existirão diferenças. Em que pese não se possa conhecer a coisa em si, o conhecimento busca a verdade para que se mantenha o mais próximo possível do alcance de seu objetivo. Não faz o menor sentido um conhecimento que se proponha a guardar distância da verdade, da coisa em si. O fato de sabermos que há uma distância ineliminável não suprime o apetite pela verdade que é típico do conhecimento.

O ato de interpretar em muito se assemelha ao de conhecer. Ambos colocam diante de si um objeto, o examinam, e emitem um “parecer”. Esse parecer tem, nos dois casos, a pretensão de ser o mais exato possível, mas nunca poderá chegar a ser considerado como “o verdadeiro”, tanto pela deficiência dos instrumentos cognitivos e intelectuais, quanto pela polissemia que é intrínseca a todo e qualquer objeto que possa ser interpretado.

No caso do conhecimento, procura-se saber o que a coisa **é**; em se tratando da interpretação, o objetivo é saber o que a coisa **significa**.⁷⁶⁸ Trata-se, essa última, de uma empresa muito mais refinada.

⁷⁶⁸ Interpretar é “determinar o significado preciso de (texto, lei etc.); adivinhar a significação de (algo) por indução; dar certo sentido a; entender; julgar; traduzir ou verter de uma língua para outra; representar

Mas, afinal, quando se interpreta, busca-se descobrir um sentido existente ou simplesmente se atribui um sentido qualquer? A pergunta primeira, aliás, é outra: **existe um significado a ser descoberto?**

Em se tratando o objeto a ser interpretado de uma obra humana (texto, fala, ação), **sim**, sempre há um significado a acompanhá-la. Essa afirmação será justificada pouco mais adiante. Por ora, importa registrar que: a) o significado existente não é imanente à coisa, intrínseco ao objeto, mas atribuído por seu autor; b) esse significado não é o único possível, nem condiciona as interpretações realizadas por outras pessoas.

Do mesmo modo que há a “coisa em si”, existe o “sentido em si”? Aqui, a resposta é negativa. A coisa em si corresponde à versão verdadeira de um objeto que **é**. O significado, todavia, é sempre relacional e contingente. Não pode ser considerado ontologicamente. Não existe “em si”, mas, apenas, como produto de um ser humano em um dado contexto. Uma manga ou uma formiga não significa nada; o movimento de translação ou a chuva não tem um significado; só o que o ser humano produz tem um significado. Não um significado que seja inerente, mas, sim, um que é dado à fala ou à ação quando de sua criação, pelo seu próprio autor (“significado autêntico”).

Retomando a questão: quando se interpreta, se busca descobrir um sentido ou simplesmente se atribui um significado? A atividade interpretativa é, ao mesmo tempo, interrogativa e afirmativa.

O caráter afirmativo do processo interpretativo é de fácil visualização. Basta considerar que simplesmente não há um sentido único ou verdadeiro em qualquer palavra ou ação para que seja óbvia a conclusão de que interpretar é construir um significado. Quem interpreta formula sua versão acerca do significado do objeto sob análise. Uma versão que, por mais que se permita guiar por parâmetros objetivos oferecidos pelo contexto, não deixa de ser subjetiva, já que quem interpreta certamente lança um pouco de si sobre o objeto da interpretação (experiências pessoais, conhecimentos práticos e teóricos, idiosincrasias etc.). Não há, propriamente, uma interpretação “coletiva”, mas, tão somente, interpretações subjetivas,

(personagem, obra ou autor); tocar ou cantar (compositor ou obra musical)”. HOUAISS, Antonio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**, versão 1.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

levadas a efeito individualmente (graficamente, “em cada cabeça”) com base em convenções, essas sim, intersubjetivamente estabelecidas. O intérprete fatalmente realiza uma atividade constitutiva.

Não se pode olvidar, no entanto, que há, na interpretação, um lado interrogativo. Quem interpreta um objeto (um texto, uma fala, uma ação) quer alcançar o máximo de compreensão possível a seu respeito. Interpretar é criar, mas não pode ser só isso. A interpretação traduz uma procura. Uma busca por sentido.

Imaginemos que, em uma pesquisa, seja apresentado a um entrevistado o termo “pneumoultramicroscopicossilicovulcanoconiótico”⁷⁶⁹ (maior palavra em língua portuguesa oficialmente reconhecida), e lhe seja indagado qual o seu significado. Se, ao ler a palavra, o sujeito, sem fazer a menor ideia do que ela possa significar, disser, sem qualquer reflexão ou convicção, “verde”; seria esse um ato de interpretação? Haveria alguma diferença se ele se detivesse, decompusesse e examinasse o termo em busca de radicais etimológicos, e, ao final, afirmasse, de modo igualmente equivocado, “verde”? Sim. Haveria diferença. Uma interpretação “equivocada”⁷⁷⁰ é, ainda, uma interpretação. O que faz dela uma interpretação é a investigação (feição interrogativa).

Devemos estar de acordo que ler não é interpretar (posso ler um texto em língua estrangeira que me seja absolutamente desconhecida sem formar nenhuma opinião a respeito de seu teor). Quem lê um livro, geralmente, tem a pretensão de compreendê-lo. Isso, no fim das contas, importará uma atribuição de significados. Mas essa atribuição não pode ocorrer aleatoriamente, a esmo. A interpretação de uma obra de Aristóteles pressupõe uma intenção de compreender o sentido dado por Aristóteles ao seu próprio trabalho. Ora, se não fosse assim, ninguém precisaria ler Aristóteles para interpretá-lo. Inexistindo qualquer preocupação com uma “fidelidade” em relação ao pensamento de Aristóteles, eu poderia dar minha versão, fazer minha interpretação, com o livro em mãos, sem abri-lo, apenas pela capa. Evidente absurdo. Isso não seria uma interpretação, mas uma elucubração ou especulação. Definitivamente, não teria relação nenhuma com Aristóteles ou sua obra.

⁷⁶⁹ “Entenda cada parte desse vocábulo de 46 letras: Pneumoultramicroscópico. Pneumo – Pulmão; Ultra - Fora de; Microscópico - Muito pequeno. Silicovulcanoconiótico. Sílico - Vem de silício, um elemento químico presente no magma vulcânico; Vulcano - Vindo de um vulcão; Coniótico - Vem de coniose, doença causada por inalação de póis em suspensão no ar.” MOTOMURA, Marina. Qual a maior palavra da língua portuguesa? Disponível em < <http://mundoestranho.abril.com.br/materia/qual-a-maior-palavra-da-lingua-portuguesa>>. Acesso em 8 abr. 2014.

⁷⁷⁰ Como não há “a” interpretação correta, não há o certo e o errado nesse assunto. Entendamos, então, uma interpretação “equivocada” como sendo a que se seja rejeitada por reputar-se implausível.

A interpretação pressupõe que o intérprete queira conhecer, na maior medida possível, o objeto que tem diante de si. Quem quer interpretar uma obra precisa estar disposto a entender. Entender “o quê”? Dentre várias coisas, o pensamento de seu autor. Por mais que eu aduza minhas contribuições e construa sentidos, devo estar à procura de um significado (não propriamente “do” significado) no próprio objeto.

Interpretar, assim, não é só afirmar; é, também, perguntar. A interpretação é interrogativa porque investiga os sentidos possíveis do objeto. Ela se pergunta “o que quer dizer” a palavra, a fala ou a ação. Ora, palavras, falas e ações não têm vontade ou finalidade própria. Não “querem dizer” nada. São, apenas, usadas por quem quer dizer alguma coisa. Quem quer dizer é seu autor, por intermédio de seu uso.

Como dissemos no início (e, nisso, estão conosco os mais proeminentes normativistas), todo comportamento humano é uma forma de comunicação. Por definição, a comunicação é sempre a comunicação “de algo” (quem comunica, comunica “alguma coisa a alguém”). Em todo agir há uma mensagem. Em toda conduta⁷⁷¹ se faz presente um sentido. Trata-se do sentido atribuído pelo falante ou agente à sua própria obra. Embora não represente “o” sentido único, verdadeiro, mas, apenas, “um” dos muitos sentidos possíveis, é o sentido original da obra de um indivíduo. Se a fala, o ato e a expressão são **seus** (e, disso, não temos a menor dúvida: embora sejam interpretados pelo “outro”, seus atos comunicativos não deixam de ser seus, de ser *opus suo*), o sentido original é ele quem dá, no momento da criação. Obviamente, esse sentido não vincula nenhuma interpretação. Continuam a ser possíveis – e com potencial para se tornar “vencedoras” ou “oficiais” – as mais diversas interpretações. Mas, da criação do ato de comunicação em diante, existirá, para sempre, um significado original, a despeito de qualquer interpretação posterior que se opere, ou ainda que eu mesmo queira mudar o sentido do que foi por mim dito ou feito.

Note-se bem: isso, definitivamente, não é dito desde uma perspectiva ontológica. Reafirmamos que palavras, imagens, gestos e comportamentos não possuem um sentido imanente. Todo significado é construído. Não há um sentido intrínseco para as ações, mas certamente há um sentido acoplado às **minhas ações**. Quando foi criada, a fala ou a ação, por

⁷⁷¹ Lembremos, mais uma vez, que é pacífico que o conceito de conduta já repele os atos reflexos e os movimentos involuntários (tosse, espirro, espasmos musculares etc.).

ser intencional, foi necessariamente marcada por uma finalidade; ao tomar lugar no mundo físico, já o fez com uma intenção subjacente, com um significado ali gravado. A questão é: se ele existe, deveria constituir o objeto de busca de toda interpretação ou, dizendo de outro modo, todo processo interpretativo deveria conduzir ao “descobrimento” do significado autêntico.

Esse significado autêntico é um produto sutil da intenção do autor. Como dado mental que é, não pode ser empiricamente apreendido por terceiras pessoas. A prova do significado autêntico é a prova da intenção. A dificuldade de provar essa última é a mesma de demonstrar aquele primeiro. No fim, não se pode garantir (mesmo considerando a prova como viável), que as interpretações e valorações dos observadores venham a prestigiar o significado autêntico e a endossar o sentido original do ato de comunicação. O certo, no entanto, é que quem quer realmente interpretar, se sabe da existência de um tal significado tem a obrigação de considerá-lo, se não quiser fazer uma atribuição de sentido que seja arbitrária ou meramente ficcional.

Talvez estejamos a explicar o óbvio, mas é importante deixar bastante claro que esse significado autêntico, esse sentido original que toda conduta tem, é determinado **pela intenção de seu autor**. Tenhamos em mente alguns exemplos.

“A”, escritor, querendo agradar “B”, seu amigo, deixa um livro de sua autoria com o porteiro do prédio em que reside aquele segundo. “Entregue a ‘B’, por favor”, foi tudo o que disse. “B”, ao retornar do trabalho, recebe o livro. Como saber se se trata de um presente ou de um empréstimo? Há presunções: como ele deve ter muitas cópias, deve ser um presente; mas, se fosse um presente, provavelmente teria uma embalagem. Com o tempo, a questão pode ser mais bem resolvida. Se ele nunca perguntou sobre o livro, e se nunca o pediu de volta, deve ser um presente. Mas isso, além de se tratar de outra presunção, só poderia ser cogitado posteriormente, nunca no dia do fato. Para complicar o exemplo, imaginemos que o escritor morra atropelado instantes após haver deixado o livro. Qual o significado da entrega do livro?

“A” deixou seu veículo estacionado em local proibido enquanto fazia compras. Quando retornou ao carro, deparou-se com a cena de um agente de trânsito anotando a placa do automóvel. Nervoso, gritou e esbravejou, mas o agente de trânsito não recuou. Também falou grosso e manteve a multa. Enquanto a discussão transcorria, um transeunte se aproximou,

bateu palmas e disse: “Muito bem! Você está de parabéns!”, e deixou o local sem nem mais uma palavra. Será que ele vê como um absurdo a multa e compactua com o desacato ou exalta a firmeza da atuação do policial?

Um filho que acabou de obter sua habilitação pediu ao pai que lhe emprestasse o carro para a ida a uma festa no fim de semana. O pai, que estaria fora no período, dizendo-se muito preocupado, em meio a relutâncias, acabou por concordar se comprometeu a deixar as chaves. Na véspera da festa, conforme esperado, pai viajou, e levou consigo as chaves, em seu bolso. No sábado, o filho passa o dia à procura das chaves. A certa altura, conclui que o pai as levou, o que é verdadeiro. Como pode interpretar a conduta do pai? Esquecimento? Egoísmo? Gesto de preocupação?

Entre os normativistas, vimos, costuma-se apontar um “significado social” ou uma “visão intersubjetivamente compartilhada” como critério preponderante para a determinação do sentido da conduta. Somos capazes de afirmar, porém, que o valor da intenção é tão firmemente sedimentado em nossa cultura que, se se tratar de caso em que reste absolutamente claro o propósito do agente, será elevada a chance de que o significado autêntico prevaleça sobre o significado social, isto é, de que o sentido original ponha de lado os sentidos presumidos com base em convenções tácitas. Partamos do simples: em nível cotidiano, nos são muito familiares as expressões “foi sem querer” ou “foi de propósito”. Quem pode negar seu valor comumente escusador para as ofensas mais simples? Mas um exemplo de maior gravidade certamente falará mais alto. Um ginecologista, sentindo-se sexualmente atraído por sua paciente, uma ingênua adolescente, constata a oportunidade de aproveitar-se da ignorância da jovem para tocar-lhe lascivamente a cavidade vaginal. Embora realize atos que, objetivamente considerados, estão compreendidos entre aqueles típicos do exame em questão, prolonga desnecessariamente a ação, mas apenas o suficiente para o desfrute do momento, sem que seja o bastante para que se evidencie um abuso. Qual o sentido dessa ação? O significado autêntico é o de um ato libidinoso; o significado social é o de um cuidado médico. Se o médico declarasse publicamente sua intenção, será que seria mantido o significado social de seu comportamento? Acreditamos que não.

Por que, então, se um condutor alcoolizado atropela e mata um pedestre, parece pouco importar sua intenção? Por mais que se diga que ele jamais quis, nem assumiu o risco de matar, a ânsia punitiva demanda resposta severa. E entra em cena a imputação dolosa. Não seriam empregados, aqui, dois pesos e duas medidas? Na realidade, cremos que o “sentido

social” (ou “intersubjetivamente compartilhado”) do dolo imaginado por alguns normativistas não seja, assim, tão presente nos espaços comunicativos da sociedade. Com o que se indignariam as pessoas em um caso de um condutor que matou alguém e foi responsabilizado por homicídio culposo: com o fato de não se ter presumido o elemento volitivo ou com a brandura das penas? Reflexões como essa podem colocar em evidência o quanto a modificação do conceito de dolo a partir da presunção e da normatização da vontade se ligam às tendências punitivistas. Considera-se, ou não, a intenção, conforme isso se faça oportuno para a imposição da responsabilidade penal. Melhor seria reformar as penas.

Em casos com um desfecho considerado gravíssimo, como o das mais de duzentas mortes do incêndio da boate Kiss (mencionado no item 3.2), instaura-se uma visão objetivista que anula o peso da intenção. Parece importar tudo, menos o que o sujeito quis. Promovamos uma inversão: dar um banho em uma criança é uma atividade absolutamente normal, com um sentido social de neutro a positivo. Imaginemos, no entanto, que uma babá, ao ser indagada pelos pais da criança quanto ao porquê de dar-lhe três ou quatro banhos por dia, respondesse que o faz porque sente grande excitação lúbrica ao lavar-lhe as partes íntimas e, apesar de nunca haver praticado um ato sexual como a masturbação ou a felação, sente muito prazer em passar as mãos sobre o pênis do menor. Qual o significado de semelhante conduta? Há intenção de satisfação da lascívia, de modo que o significado autêntico envolve sexualidade. O significado social é totalmente inocente: um gesto de cuidado com a higiene. Mesmo depois de conhecida a intenção da cuidadora, há de se manter esse significado?

Nos dois últimos exemplos dados, a justificção para a irrelevância penal da conduta não pode se assentar na ausência de lesividade. Primeiro, porque não é essencial, nem para a violação sexual mediante fraude (art. 215, CP), nem para o estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), que a vítima tome consciência da natureza libidinosa dos atos a que é submetida. Segundo, porque o contato, nos exemplos, ocorre sobre os órgãos sexuais. Diferente, por óbvio, seria se o agente sentisse excitação ou obtivesse prazer por acariciar as costas da vítima, por tocar-lhe o cabelo, ou por massagear-lhe as coxas, ou mesmo se a vítima, exageradamente pudica, se sentisse violada sexualmente com tais contatos. Se a conotação sexual é emprestada ao ato apenas pelo agente, ou se é atribuída exclusivamente pela vítima, não se fala em crime por ausência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado (dignidade sexual). Não se ofende a dignidade sexual de alguém por tocar-lhe cabelo, braços, pernas, costas etc., é dizer, sem que exista contato de natureza reconhecidamente sexual sob o ponto de vista dos padrões sociais

dominantes. A grande questão é: como, nos exemplos, o contato se deu sobre a vagina e sobre o pênis, o potencial para ofender a dignidade sexual existe. Quem disser que a ação da cuidadora segue sendo, a despeito de sua confissão, uma conduta normal, deve mantê-la no emprego, pois não há causa para demissão (ou, na pior das hipóteses, em caso de mandá-la embora, deve abster-se de alegar justa causa). Quem a dispensar, de outro lado, haverá de reconhecer que a conduta, ainda que se abstraia por completo a caracterização de um crime, é insuportavelmente imoral. Não por seus resultados, isoladamente considerados, pois esses não diferem daqueles decorrentes de um banho normal; nem pelo modo como se processa, pois é, também, exatamente o mesmo pelo qual se banha do modo mais inocente uma criança. É somente a partir da consideração da intenção que anima o comportamento que se pode cogitar puni-lo.

Em suma, significado e intenção caminham lado a lado.⁷⁷² Muito elucidativas, nesse sentido, são as considerações de Dietmar von der Pfordten:

Um exemplo para a necessidade de um fim para cada ação: se alguém levanta a mão, isto pode significar uma saudação, a anuência a um contrato, um exercício aeróbico, um pedido de permissão para falar ou outros tipos de ação. Todas estas, do ponto de vista externo, idênticas ocorrências do levantar a mão, só podem ser diferenciadas se forem aceitos e determinados diferentes fins, a dizer, intenções [...].⁷⁷³

Eis o ponto em que nos encontramos:

- a) abrindo mão da ontologia clássica, mas sem negá-la, afirmamos a intenção como um *standard* da conduta humana, isto é, como um elemento tipicamente presente no agir do ser humano;
- b) os comportamentos humanos podem ser interpretados como uma forma de comunicação;
- c) não é possível estabelecer um sentido unívoco para qualquer ato de comunicação ou para qualquer ação; o significado é sempre algo atribuído;

⁷⁷² A língua inglesa nos fornece formidável evidência disso a partir de uma expressão idiomática muito comum. Quando se quer afirmar que determinada conduta foi desintencional, que foi levada a efeito “sem querer”, que foi não foi praticada “de propósito”, diz-se, geralmente, “*I didn't mean it*”. Literalmente, “eu não signifiquei isso”. Em outras palavras, “o significado que você atribuiu não é o significado que eu dei à ação”.

⁷⁷³ PFORDTEN, Dietmar von der. O que é o Direito? Fins e Meios. Trad. Saulo de Mattos. **Revista Brasileira de Filosofia**, n. 238. São Paulo: Marcial Pons. Jan./ Jun. 2012, p. 11.

d) o significado é primeiramente atribuído pelo agente ou falante à sua ação, ao seu texto ou à sua fala; trata-se do “significado autêntico”, dado pelo autor à sua própria obra; corresponde ao “sentido original” da ação ou da fala, mas não vincula as interpretações posteriores;

e) a interpretação da ação ou da fala pelo interlocutor é uma atividade afirmativa, pois, como não existe significado imanente, o leitor, ouvinte ou observador construirá a sua versão de significado, com base em experiências pessoais e em convenções intersubjetivas, culturais, sociais etc.;

f) há, também, no processo de interpretação, uma atividade interrogativa, por meio da qual o leitor, ouvinte ou observador se indaga acerca “do que quer dizer” a ação, o texto ou a fala; interpretar não é atribuir sentido aleatoriamente, mas a partir de um referencial dado; esse referencial é dado pelo próprio autor da ação, do texto ou da fala; interpretação e compreensão pressupõem a busca pelo “significado autêntico”, que não é “o correto”, mas apenas mais um significado possível e não vinculante;

g) “o significado autêntico” é determinado pela intenção do autor, isto é, pelos fins que nortearam a prática da conduta, o ato de fala, a elaboração do texto etc.;

Com isso, concluímos que o processo de interpretação, por meio do qual será atribuído o significado da conduta, da fala ou do texto, deve levar em conta a intenção do autor, pois a ela corresponde o “significado autêntico” presente em toda obra, não vinculante, mas relevante na medida em que a interpretação constitui, também, uma atividade interrogativa, de compreensão. Dispensar a investigação do “significado autêntico”, ou seja, da intenção, é abrir mão da compreensão, o que tende a conduzir a uma interpretação arbitrária.

É como afirmou von der Pfordten: são fundamentais o contexto e as convenções mas, “Acerca da linguagem como importante forma do agir humano, **Grice** (1989: 219) demonstrou que a compreensão de uma expressão não pode se reduzir às suas manifestações exteriores.”⁷⁷⁴

Por enxergar a dignidade da pessoa humana como uma prerrogativa de tratamento, é natural supormos que dela decorra o direito de “ser ouvida” quando da realização do processo de interpretação de sua conduta. Considerando o agir humano como obra de um ser dotado de

⁷⁷⁴ PFORDTEN, Dietmar von der. O que é o Direito? Fins e Meios. Trad. Saulo de Mattos. **Revista Brasileira de Filosofia**, n. 238. São Paulo: Marcial Pons. Jan./ Jun. 2012, p. 11.

razão e de intenção, a deferência básica que a dignidade da pessoa humana exige é a indagação acerca do significado que lhe foi atribuído por seu próprio autor. Que se tente compreender a ação ao máximo, buscando com afinco o sentido mais adequado a lhe ser atribuído, tomando em conta o “significado autêntico”: eis o nível mínimo de zelo que a condição humana demanda.

10. CONCLUSÃO: O REGIME JURÍDICO-PENAL DA IMPUTAÇÃO SUBJETIVA À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sumário: 10.1. A necessidade de uma mudança no sistema de imputação subjetiva. 10.2. Proposta *de lege lata*: os elementos psicológicos do dolo e o princípio do *in dubio pro reo*. 10.3. Proposta *de lege ferenda*: a extinção do dolo e da culpa e reorganização categorial do sistema de imputação subjetiva – intenção, temeridade e imprudência.

10.1. A NECESSIDADE DE UMA MUDANÇA NO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA

O dilema do normativismo nos remete aos dois primeiros itens do primeiro capítulo do trabalho. O homem cria e executa, com frequência cada vez maior, atividades perigosas. Mas execra e busca punir, com apetite também crescente, aquilo a que seu próprio sistema de vida induz. Em sua caminhada, esse ser, fraturado pelo apego aos sonhos mutuamente excludentes da segurança e da liberdade, está fadado a levar consigo a água e o fogo. Quer toda a liberdade do mundo, mas sem abrir mão de sua segurança. Quer sentir-se absolutamente seguro, mas sem deixar de exercer sua liberdade. É por isso que vive a contradição da afirmação dos direitos fundamentais ao mesmo tempo em que brada sua indignação diante da excessiva benevolência das leis penais.

As contradições mais básicas são as mais difíceis de eliminar. No Direito Penal, convivemos forçadamente com muitas delas. Tutelam-se bens jurídicos por meio da violação de bens jurídicos; a salvaguarda de direitos fundamentais se opera por intermédio do sacrifício de direitos fundamentais. Parece que o máximo que podemos fazer é buscar a justa medida aristotélica, o ponto equidistante das extremidades para cada sociedade. Afinal, quais seriam as alternativas?

A criação de uma lei penal, por si, já representa a subtração de uma parcela de liberdade dos seus autores-destinatários, que têm certas possibilidades comportamentais removidas da região do permitido para o proibido. Para agravar a situação, é absolutamente impossível

garantir que não ocorram decisões injustas. É como observou argutamente Ragués i Vallès: todos estamos cientes de que podemos vir a ser condenados criminalmente de modo injusto em algum momento da vida. Em última análise, a interrogação fundamental gira em torno de qual seria o menor dos males: conviver com a chance da injustiça ou abrir mão da proteção penal dos bens jurídicos mais elementares. Essa última opção, a nosso ver, pelo menos até o presente momento histórico, é simplesmente intolerável. O Direito Penal é um mal que nos é necessário.

Uma vez que faça a escolha em favor da tutela penal, decerto, se assumem os riscos daí decorrentes. Mais isso, de modo algum, deve importar em passividade. Nada impede que queiramos e procuremos reduzir os riscos aos menores níveis possíveis. Para manter-se operacional, isto é, para que seja minimamente eficaz em sua função de proteção dos bens jurídicos, o Direito Penal terá que se servir de métodos intrinsecamente perigosos. Algum nível de normatização e algum grau de presunção são indispensáveis.

Ora, não podemos provar empiricamente um fato pretérito. Nem seus dados objetivos, tampouco os subjetivos. No fim, toda prova jurídica se constrói a partir de indícios. Significa que, via de regra, não passa de uma presunção. Presunções são, destarte, imprescindíveis. Mas isso não quer dizer que possam ser absolutas. As presunções absolutas, com vimos, são objetivamente conflitantes com princípios como o do contraditório e o da ampla defesa. E são afrontosas à dignidade da pessoa humana por negar ao réu a consideração e o tratamento respeitoso que suas características demandam. Se precisamos das presunções, que sejam elas, sempre, relativas.

Algo semelhante se passa com a normatização. Por desprezar os dados empíricos em favor de ficções juridicamente úteis, é dotada do mesmo poder de lesividade que as presunções absolutas. Sua imprescindibilidade, todavia, é flagrante. Por acaso, estaríamos nós dispostos a extinguir a figura do crime culposos? É concebível uma política criminal que não contemple punição para a causação da morte pela adoção de comportamento leviano? De modo mais direto: é admissível que se tenha por penalmente irrelevante um atropelamento fatal levado a efeito por um condutor embriagado? Ou a morte de um paciente pela incúria de um médico relapso?

As ponderações até aqui expendidas nos conduzem a três convicções: a) se quisermos trabalhar com o dolo (e não faz sentido um sistema penal que não puna comportamentos dolosos), seremos forçados a lidar com presunções; b) se quisermos dispor de tipos penais culposos, teremos que conviver com considerável nível de normatização; c) as presunções e normatizações são potencialmente danosas à dignidade da pessoa humana.

A conclusão que se nos apresenta parece ser inescapável: presunções e normatizações devem ser guiadas pela postura do o maior comedimento possível. Devem existir na medida estritamente necessária para que o Direito Penal se mantenha operacional.

10.2. PROPOSTA *DE LEGE LATA*: OS ELEMENTOS PSICOLÓGICOS DO DOLO E O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

Em nossa investigação sobre a fundamentação filosófica do princípio da dignidade da pessoa humana, constatamos que é no pensamento kantiano que se apoia a maioria dos juristas que se dedicaram ao tema. Está bastante clara, então, a importância da **razão** na definição do que é ser humano e na formação da própria concepção de dignidade.

Ao longo das nossas investigações sobre o elemento da vontade, verificamos que há fartura de subsídios filosóficos a apontá-la como um dado tão intimamente ligado às noções de humanidade e dignidade quanto a razão. Especialmente após delimitar de modo mais preciso o sentido da vontade, e de reduzi-la à sua forma mais concreta e palpável – a **intenção** – vimos que sua presença no agir humano constitui regra, de modo que nenhum motivo subsiste para que se deixe de considerá-la como uma característica humana tão típica quanto a razão. Tampouco há motivos, aliás, para supô-la como uma faculdade mental dependente, subordinada ou, de qualquer forma, inferior à razão.

Vimos que a Filosofia é guiada, basicamente por duas perguntas centrais: “como conhecer?” e “o que fazer?” A primeira corresponde à Gnoseologia; a segunda, à Ética. O agir humano depende, exatamente, desses dois processos: do processo gnoseológico, que é aquele por meio do qual adquire o conhecimento, e do processo ético, que visa à identificação da conduta considerada como a mais adequada diante de certas circunstâncias. O processo gnoseológico é governado pela razão. O processo ético tem na vontade (**intenção**) seu principal critério operacional. A menos que se queira recusar valor à Ética – reduzindo, a um só tempo a

filosofia à Gnoseologia e o homem ao conhecimento – não é possível desprezar a vontade como dado típico da condição humana.

Sequer precisamos fazer uso da premissa welzeliana das limitações ontológicas ao poder de legislar para sustentar uma **necessidade atual** de que o conceito de dolo seja formado a partir dos elementos do conhecimento e da vontade em sentido psicológico (isto é, como fenômenos mentais). Embora não exista uma obrigatoriedade ontológica, há uma **obrigatoriedade circunstancial**. Trata-se de uma imposição inelutável, decorrente da plena vigência atual do paradigma constituído a partir do valor da dignidade da pessoa humana.

Entendemos a dignidade da pessoa humana não apenas como o fundamento dos direitos fundamentais, mas como uma prerrogativa que a constitui como um direito autônomo. Seu âmbito de proteção não se identifica com a somatória dos respectivos âmbitos de proteção dos direitos que dela defluem, mas se estende para mais além. A dignidade da pessoa humana confere ao homem a prerrogativa de receber um tratamento condizente com suas qualidades e características típicas. Se dessas características decorre a própria dignidade, é mister que sejam sempre respeitadas e levadas em consideração. Em qualquer situação, o homem deve ser tratado como um ser dotado de razão e de vontade. Diferentemente não se passa com a responsabilização penal. Em princípio, nenhum procedimento de imputação se poderia ter como válido a menos que considere o ser humano em toda a sua complexidade, isto é, como um ser pensante e querente. E considerar o acusado como um ser que pensa e que quer é, justamente, consultar o conteúdo psicológico de seu conhecimento e de sua vontade antes da imposição da resposta penal.

Ora, normas de conduta não se criam do nada. Toda norma jurídica que regula um comportamento tem por referência um valor ético socialmente compartilhado (ou, pelo menos, prevalente no grupo dos detentores do poder). No fim, **o Direito nada mais é do que a juridificação das normas éticas**. Os valores jurídicos são os valores éticos predominantes em certa sociedade que foram consagrados e transformados em normas de Direito. Se a Ética não despreza o valor da vontade (intenção), por certo, não há nenhuma razão para que Direito Penal, a ela subordinado, o faça.⁷⁷⁵

⁷⁷⁵ Não se fala de uma “eticização” do Direito Penal, ou da imposição de valores morais por esse ramo do Direito. Filosoficamente falando, o Direito está contido na Ética, ou, normas jurídicas são uma espécie de normas éticas. Para maiores esclarecimentos, *vide* item 9.1.

É absolutamente imprescindível, para que se prestigie a dignidade do acusado, que sejam considerados, quando da imputação subjetiva, o aspecto cognitivo e o aspecto volitivo presentes ao tempo da execução da conduta. Deve-se investigar, assim, se houve representação mental concreta acerca da possibilidade da causação do dano e qual era o conteúdo de vontade de sua ação ou omissão.

A inacessibilidade dos fenômenos psíquicos não deve constituir escusa para a dispensa da investigação dos indícios exteriores apreensíveis. Deixamos claro que, com base em uma visão gnoseológica mais cética, nem mesmo os elementos objetivos do tipo serão propriamente provados, empiricamente, dentro de um processo, pois ser humano não terá acesso às coisas em si, aos fatos em si, inclusive porque pertencentes ao passado. A certeza absoluta é inatingível, de modo que apenas falar em “verdade real” já se mostra um atentado contra a inteligência. É evidente, assim, que a investigação não haverá de nos propiciar a contemplação da “coisa em si” – a representação mental ou a vontade –, mas a formação de uma noção que somente pode basear-se em indícios empiricamente observáveis. A prova do dolo é imputação jurídica do conhecimento e da vontade com base em indícios externos. Significa dizer que ela se opera por uma presunção. Mas, à luz do que expusemos anteriormente, uma presunção que jamais pode ter natureza absoluta.

Como imediata consequência prática, temos o **fim das presunções a partir de fórmulas matemáticas**. São inadmissíveis proposições tais como “beber + dirigir = assumir o risco de matar”. A “prova do dolo”, na verdade, corresponderá ao convencimento do juiz acerca da presença do conhecimento e da vontade, com base nos elementos carreados aos autos. O convencimento do juiz deve ser manifestado por meio de fundamentação racional e coesa sobre os motivos que o levaram a concluir pela presença do dolo. Fórmulas matemáticas ou critérios de imputação que objetivem por completo o processo são inaceitáveis porque impõem uma solução “pré-fabricada” que exime o juiz de análises particulares absolutamente indispensáveis para que se possa chegar a uma decisão que se mostre respeitosa para com a condição de pessoa humana digna que ostenta o acusado. É certo, ainda, que serão muito bem vindas as contribuições que provierem da psicologia, da psiquiatria, da psicanálise e das ciências que se ocupem do estudo da mente e do comportamento humano, em geral.

Levando em consideração as normas de nosso Direito positivo, que diz que age dolosamente quem “quer o resultado” ou “assume o risco de produzir o resultado” (art. 18, I, CP), para imputar o dolo (em qualquer das suas modalidades), o juiz deve concatenar habilmente os indícios que indiquem que o acusado representou mentalmente a possibilidade de causar o dano, e, em seguida, apontar os elementos que indiquem que o resultado lesivo era de sua intenção (dolo direto de primeiro grau); ou que tenha sido representado como certo (dolo direto de segundo grau); ou ainda que foi assumido o risco de causá-lo ou se consentiu com sua produção (dolo eventual).

A partir daqui, em nossa exposição, trabalharemos, principalmente, com exemplos relacionados a homicídios. A opção se justifica por três razões. Primeiramente, porque, didaticamente, isso é oportuno. Como costumam estar envolvidos processos causais que são do mais amplo conhecimento, os exemplos se tornam de fácil visualização. Em segundo lugar, porque são exemplos mais próximos da realidade empírica da maioria das pessoas. Por fim, porque grande parte da celeuma criada em torno do dolo eventual se apoia na “necessidade de punição mais rigorosa” para fatos cujos deslindes sejam considerados gravíssimos. E é esse, por óbvio, o caso dos homicídios.

A imputação do conhecimento é, sem dúvidas, menos complexa do que a da vontade. Quanto a esse aspecto, o trabalho de Ramón Ragués i Vallès é de monumental valor.⁷⁷⁶ Dentre os muitos critérios que dali podemos extrair, um se apresenta especialmente útil, por ele denominado “**conhecimentos mínimos**”. É aceitável e altamente confiável a presunção de que há um grupo de conhecimentos mínimos que são detidos por determinadas pessoas. Certas relações causais presumem-se conhecidas por toda e qualquer pessoa imputável. Com efeito, se não é impossível, é, pelo menos, implausível que um homem mentalmente sadio tenha chegado à idade adulta sem saber que um tiro na cabeça ou uma facada no peito pode matar; que o álcool é inflamável e o fogo se alastra; que uma colisão automobilística ou um atropelamento em alta velocidade pode ser fatal; que a embriaguez diminui os reflexos da pessoa; que a superdosagem de medicamentos tende a ser lesiva; etc. Se não há conhecimento prático, pelo menos o teórico deve existir. Muito dificilmente alguém imputável e socialmente inserido terá passado a vida sem tomar conhecimento acerca de dados tão óbvios.

⁷⁷⁶ Maiores detalhes no item 5.8.

Para alguns grupos de pessoas, ou para indivíduos e posições especiais, os conhecimentos mínimos são acrescidos de outros. Por exemplo: presume-se que o pai saiba da idade da própria filha; que o médico conheça os sintomas das doenças mais comuns; que o farmacêutico conheça as propriedades terapêuticas e os perigos da mistura e da superdosagem de determinadas substâncias; que o auditor fiscal conheça as principais obrigações tributárias, assim como o gerente de banco esteja familiarizado com as principais operações financeiras e de câmbio. Quanto maior o grau de especialidade profissional ou técnica, mais extenso deve ser o campo dos conhecimentos presumíveis. Ressalte-se, no entanto, que em nossa visão, o critério, embora constitua formidável ponto de partida, não pode conduzir a presunções absolutas.

Presumir a vontade é algo imensamente mais complicado. O raciocínio que se ocupa da vontade não é tão linear quanto o que traçamos sobre o conhecimento. A vontade, como dissemos, está intimamente ligada à liberdade. Ela não segue um padrão; não é sempre previsível; não tem uma lógica própria. A razão é única para todos os seres racionais (Kant). A vontade (“impura”) é fruto dos apetites, inclinações, preferências e tantas idiossincrasias que se pode dizer que talvez seja exclusiva para cada pessoa.

A vontade, no dolo direto, assume a forma da intenção. Para imputá-la, nessa modalidade do dolo, é preciso investigar os fins do agente. Quando se constatar que o fim perseguido pelo agente é coincidente com o dano típico, haverá dolo direto de primeiro grau. Se se perceber que, embora o fim do agente fosse outro, o dano típico deva ser tido como uma decorrência não apenas provável, mas “necessária” dos meios selecionados para a realização do seu projeto, o caso será de dolo direto de segundo grau. Essa relação de necessidade, obviamente, deve ser conhecida pelo agente. Tornam a ser úteis, aqui, diante disso, os chamados “conhecimentos mínimos”. Em resumo, a pergunta, no caso do dolo direto, é pelos fins do agente ou pela relação de necessidade entre o dano e os meios escolhidos para o alcance de seus fins.

Identificar os fins não é tarefa fácil. Mas há muitos critérios úteis. A escolha dos meios diz muito sobre os fins. Excetuados os casos de inimputabilidade e de erro de tipo, ninguém apaga fogo com gasolina ou bebe veneno para se curar. Assim, o exame do *modus operandi* é fundamental. Quais os instrumentos utilizados pelo agente? Qual o seu potencial ofensivo? De que modo (com qual intensidade e frequência) foram empregados? Sobre qual parte do corpo

da vítima o agente atuou? Também aqui não deve haver espaço para presunções absolutas, mas, convenhamos, é bem pouco crível que aquele que desfere um tiro à queima roupa na cabeça da vítima não a queira matar. Quem esfaqueia a vítima no pescoço, quem a empurra do décimo andar, quem põe em sua comida dose absurda de veneno, presumivelmente, tem a intenção de matar. Ingeborg Puppe nos dá uma contribuição relevante nesse sentido. A autora fala em métodos “unívocos” de homicídio. Preferimos, para manter coerência com o discurso da relatividade das presunções, falar de métodos “típicos” (no sentido de característicos, usuais, frequentes, reconhecidamente adequados à consecução de determinado fim).

A título de exemplo, em um caso de homicídio, a presunção mais robusta possível é aquela em que estão reunidas a alta letalidade do instrumento (armas de fogo, punhais e explosivos), a grande intensidade de seu uso (muitas repetições, como vários tiros e múltiplas facadas), a maior vulnerabilidade da região do corpo atingida (cabeça, pescoço, tórax) e da própria vítima, em si (bebês, crianças, idosos).

É certo que nem todo caso se apresentará com tanta clareza. Golpes com os próprios punhos, ou com pedras e paus, por exemplo, não são meios homicidas que se possam considerar característicos. A respeito deles, a presunção tende a ser a de lesão corporal, ainda que em sua forma qualificada pela morte. O número de golpes, a região do corpo e a maior fragilidade da vítima, no entanto, retornam à cena e são determinantes para orientar a investigação.

Creemos que não deve suscitar grandes divergências a afirmação de que a imputação da intenção é imensamente mais simples do que a da **assunção do risco** (ou do “levar a sério”, “contar com”, “ser indiferente”, etc.). Consequentemente, deve estar claro que a imputação do dolo direto é bem menos tormentosa do que a do dolo eventual. Há boas razões para dizer isso.

No caso do dolo eventual, o traço característico mais marcante é, justamente, o de que o resultado danoso não constitui o fim do agente (fosse esse o caso, estaríamos a tratar de dolo direto de primeiro grau) e não é uma decorrência necessária dos meios selecionados (a hipótese seria de dolo direto de segundo grau).

Nem mesmo a mais segura determinação dos fins da conduta poderá autorizar a presunção de que o agente assumiu o risco de matar alguém. Da prova de que o propósito do condutor ao

desrespeitar a luz vermelha do semáforo era o de evitar o tempo de paralisação que sofreria em sua marcha (o que lhe renderia um atraso no trabalho), não decorre logicamente nenhuma presunção de assunção do risco de matar alguém. O atropelamento ou a colisão é um evento incerto. O fato de ser contingencial impede que apliquemos o mesmo raciocínio empregado no dolo direto de segundo grau: lá, quem faz opção consciente por determinada ação necessariamente incorpora à sua vontade os efeitos colaterais representados como inevitáveis; aqui, se o resultado é apenas possível (ou, mesmo que seja provável, não chega a ser certo), não é seguro dizer que fazia parte da intenção do agente, que pode, racionalmente, ter contado com sua não produção.

Dizendo do modo mais claro possível, saber exatamente qual era o projeto do agente ajudará muito pouco ou quase nada para a imputação da assunção do risco.

Já sabendo que o fim do agente não pode ser a causação da morte (pois, novamente, o caso seria de dolo direto), o exame dos meios não será tão útil quanto aquele que se faz no âmbito do dolo direto de primeiro e de segundo graus. Como o meio não é um “caminho” para o homicídio, o que se deve investigar é uma atitude emocional-volitiva (de “levar a sério”, de “consentir com a produção”, de “aprovação” ou de “indiferença”) absolutamente independente do *modus operandi*. Se está afastada a intenção homicida do agente, mesmo na morte causada com um tiro à queima-roupa, uma punhalada, ou mediante envenenamento, há que se verificar a “assunção do risco”. Desconhecemos critérios seguros para imputar tal fenômeno psíquico. Se o resultado morte é um desfecho necessário, podemos dizer que a razão compele o indivíduo a incorporá-lo à sua vontade. Em se tratando de um resultado apenas possível (ou mesmo provável), não se opera esse constrangimento pela razão. Continua sendo racional (o problema, aqui, é de leviandade, egoísmo, etc.) a atitude de acreditar que o resultado não ocorrerá, pois isso é, efetivamente, possível. Não há contradição entre o que o agente quer e o que faz, como ocorreria se o resultado fosse inexorável. Aqui, em sede de dolo eventual, o agente pode reconhecer o risco sem que a respeito dele mantenha qualquer espécie de volição.

Do modo como expusemos, ressaltada inexistência de critérios capazes de aferir a atitude emocional-volitiva da assunção do risco, do levar a sério, da indiferença, etc., o dolo eventual parece tornar-se um “elefante branco”. É essa a principal razão pela qual muitos aderiram aos procedimentos de presunção ou sugeriram a normatização do dolo. O dolo eventual é o

verdadeiro espinho na carne na imputação subjetiva. Não é à toa que se apregoa o fim ou a presunção absoluta do elemento volitivo: a partir disso, o dolo se torna totalmente operacional. Sua caracterização, imensamente facilitada, poderá ocorrer às fartas. Mas, se dissemos que esse desprezo da vontade viola a dignidade da pessoa humana, e insistimos com o dolo eventual, alguma forma de imputá-lo deve ser pensada.

Por tudo o que já foi dito, deve estar claro que a imputação se baseará em presunções, e que essas, por seu turno, terão esteio em indícios. No caso da “assunção do risco” (do “levar a sério”, da “indiferença”, etc.), as presunções se afiguram especialmente débeis. Trata-se de uma primeira razão para que jamais sejam matemáticas ou absolutas, e para que sejam empregadas com bastante parcimônia. Tudo isso que dissemos, porém, é de reduzido valor prático. Essas “recomendações de prudência” não são objetivamente exigíveis, tampouco verificáveis, no interior de um processo criminal. Continuamos, até aqui, inteiramente sujeitos ao arbítrio judicial – para nos expressar de modo mais gráfico, à opinião do juiz acerca da eventual assunção do risco. Verdade seja dita: seu pronunciamento, ao fim e ao cabo, não passará de um “achismo”.

Para conferir às nossas considerações alguma relevância prática, precisamos sugerir critérios mais objetivos. O primeiro deles diz respeito à intensidade objetiva do perigo. Quanto mais escancaradamente perigosa a conduta for, maior a chance de que como tal tenha sido representada pelo sujeito, e menos arbitrária se afigura a presunção de que houve a assunção do risco. Uma coisa é dizer que quem dirige em alta velocidade assume o risco de matar; outra coisa é afirmar que essa é a atitude emocional-volitiva de quem o faz embriagado, em rua movimentada, e na contramão.

Eis aqui a nossa contribuição objetiva para a asseguuração de que a imputação do dolo eventual, que sempre se baseará em uma presunção débil, não se dê de forma absoluta: **a) a exigência da pluralidade de indícios; b) o sopesamento da possibilidade de autolesão (*poena naturalis*).**

Já dissemos que um dos efeitos mais nefastos da presunção e da normativização do dolo é a simplificação exagerada do processo de imputação. Em muitos casos, quando se matematiza a significação dos indícios, as fórmulas que surgem assumem peso de lei. Tudo que foi dito até aqui cairia por terra se, à luz do primeiro indício de assunção do risco, se presumisse o dolo

eventual. A gravidade do conteúdo da imputação, especialmente nos casos de homicídio, é tremenda. Um único indício não pode autorizar a presunção do dolo eventual. Só o excesso de velocidade; apenas a embriaguez; o simples fato de “furar” o semáforo; isoladamente considerado, nenhum desses indícios permite a presunção do dolo eventual.

Não devemos nos esquecer, jamais, que em favor do acusado pesam várias presunções, que devem ser superadas por aquela por meio da qual se lhe imputa a assunção do risco. Por presunção, um ser homem comum tem respeito pela vida alheia. Trata-se de visão que em muito excede a própria hobbesiana aquela segundo a qual todo condutor embriagado é um misantropo ou um sociopata. Por princípio (ainda que não absoluto), as pessoas tendem a dar valor à vida alheia. Tendem, também, a temer as ações penais e indenizatórias que podem se seguir ao sinistro. Não pode um único indício afastar todas essas presunções.

Dirigir em alta velocidade é a regra, não a exceção. Trafegar a 60 km/h em um trecho cuja velocidade máxima permitida seja a de 40 km/h definitivamente não é uma conduta incomum, típica de homicidas. É óbvio que, se a velocidade, no mesmo trecho, era de 160 km/h, o perigo se torna bem mais visível. Mas ainda assim, é importante verificar as condições da via e do veículo. É preciso “levar a sério” – aqui, sim – a hipótese de que o condutor não tenha assumido o risco de matar. Quanto mais movimentada a rua, quanto mais alta a velocidade, e quanto mais elementos geradores de perigo forem identificados (desrespeito da sinalização, intoxicação por álcool ou substância de efeitos análogos, etc.), menos arbitrária se mostrará a presunção.

É muito importante, ainda, levar e conta o perigo da autolesão no momento da imputação da assunção do risco (Jakobs e Feijóo Sánchez). Em muitas situações – e no trânsito, trata-se da regra –, assumir o risco de matar é assumir o risco de morrer. Na direção de um veículo automotor ou no comando de uma aeronave, quem não se importa com a criação do perigo não preza pela própria vida. E isso bem sabemos, definitivamente não é uma regra, não apenas entre os seres humanos, mas entre os animais de um modo geral. É biologicamente muito presente o **instinto de sobrevivência, de autoconservação ou de autopreservação**. Não queremos trabalhar aqui com uma presunção absoluta, mas, se alguma presunção em Direito Penal puder ostentar essa qualidade, que seja essa a primeira.

A explicação para a adoção de comportamentos perigosos não deve começar pela hipótese mais mirabolante – a **tendência suicida**. É preciso, antes, considerar o excesso de confiança, a crença na continuidade da vida, a frequente minimalização dos perigos pelo homem. Alguém é capaz de negar que, a cada viagem de avião, instaura-se um risco concreto de desastre? Ou que, em cada viagem pelas precárias autoestradas do Brasil, escondem-se perigos mil para a vida? Por que, ainda assim, estão lotados os aeroportos e movimentadas as rodovias? O homem, geralmente não vive sob a sombra da própria morte. Tende a vê-la como um evento, embora certo, sempre futuro. É preciso que assim seja para que produza algo nessa vida, para que tenha planos. Dos mais de cinquenta mil mortos no trânsito no ano de 2012, quantos deles representaram mentalmente seu próprio óbito no dia em que ele lhes sobreveio? É de grande relevo a consideração de Jakobs acerca da “habitualidade do risco”.

Há condutas arriscadas que são praticadas diariamente pelas pessoas. É natural que, com o passar do tempo, a representação da gravidade do risco se enfraqueça. Um condutor recém-habilitado tem receio de colidir quase o tempo inteiro. Em regra, não se aproxima muito do carro da frente; trafega em velocidade moderada; não faz ultrapassagens ousadas; não tenta passar em espaços estreitos. Não há como negar que a prática incrementa a autoconfiança de modo incrível. Que dirige com frequência, arriscamos dizer, viola com habitualidade as normas de trânsito. Não guarda a distância regulamentar, não respeita a todo o tempo os limites de velocidade. É claro que, como diz o próprio Jakobs, ninguém é obrigado a tolerar os riscos que são gerados por pessoas que se habituaram a viver perigosamente. Quanto mais intenso o perigo, menor a tolerância que ele encontrará. Mas que se há de levar em conta a habitualidade dos riscos mais cotidianos, aqueles com os quais é praticamente forçado a conviver o agente, isso parece certo.

Diante de tudo o que se disse, um primeiro problema, no dolo eventual, é a própria representação da intensidade do perigo. Por vezes, ele não é representado como concreto, ou, pelo menos, não em toda a sua magnitude, pelos agentes que lhes dão causa. Mas, ainda que sejam adequadamente conhecidos, as chances de que sejam verdadeiramente “assumidos” é muito remota. Pelo menos como regra.

Outra presunção fortíssima é a que se impõe em favor do acusado quando a ele se imputa a responsabilidade penal pela morte de familiares próximos. Como regra, um pai se preocupa com os filhos; os irmãos prezam pelas vidas um do outro; o marido ou namorado se importa

com a vida da esposa ou namorada. Não pode ser o excesso de velocidade, a embriaguez ou o desrespeito de um sinal luminoso suficiente para por abaixo uma presunção com bases empíricas tão firmes. Repita-se: é somente a **pluralidade de indícios** que pode autorizar uma presunção da assunção do risco de matar. Especialmente nos casos em que se afigura possível a **autolesão**, a **lesão de pessoas próximas** e em que o agente esteja **habitado ao perigo**.

É muito diferente presumir o dolo eventual em situações em que não haja qualquer habitualidade com o risco e em que inexista o perigo de autolesão. Por exemplo: no caso da chamada “roleta-russa”, o perigo é intenso e, a menos que se trate de inimputável, certamente conhecido pelo agente. Não se admite o argumento da habitualidade (o perigo não decorre de atividades cotidianas inicialmente lícitas), e não há a autocolocação em risco. Desconhecemos autor ou tribunal que negue dolosidade eventual à conduta de quem pratica esse “jogo”. O mesmo se diga para os casos – infelizmente, não raros em nosso país – de mães que abandonam seus filhos, crianças pequenas ou recém-nascidas, dentro de lixeiras, enroladas em sacos plásticos. Não se admite a habitualidade, tampouco há autocolocação em risco. E o perigo é de grande proporção.

Ora, uma coisa é deixar a criança em local movimentado, como na porta de uma escola ou no banco de uma igreja. Outra, completamente diferente, é colocá-la em um saco de lixo e simplesmente descartá-la. Já foram encontradas crianças ainda vivas entre detritos hospitalares, em lixeiras públicas, em terrenos baldios e até mesmo em lagoas (esse, um caso criminal célebre no Brasil). Aqui, uma presunção de dolosidade, se levarmos em conta a magnitude do perigo e a robustez dos indícios, certamente encerrará menor dose de arbitrariedade.⁷⁷⁷

Se, ao final de tantas considerações, terminamos sem certezas, isso é perfeitamente normal. Casos criminais não se resolvem “por atacado”. Condenações criminais não se impõem por antecipação. Imputações subjetivas não se realizam por matemática. A discricionariedade do juiz permanece. Essa instabilidade é um mal irremediável. Absolutizar as presunções ou despsicologizar o dolo é fazer uso de uma terapia que mata o paciente para eliminar a doença:

⁷⁷⁷ Os exemplos estão sendo empregados no bojo de uma discussão sobre o reconhecimento do dolo eventual. É oportuno registrar, porém, que a imputação subjetiva, em casos como esses, poderia muito bem ser a do dolo direto.

violamos a dignidade da pessoa humana em nome da proteção da vida de seu titular e dos direitos fundamentais que dela decorrem.

Evidentemente, embora não seja a regra, é preciso considerar a possibilidade de que a imputação subjetiva se apoie em confissões, testemunhos e documentos. Estaremos a tratar, ainda, de presunções, pois a representação mental e a vontade, que formam a “coisa em si” do dolo, permanecem inacessíveis. Só o que se tem é um relato a mais sobre o fenômeno por meio do qual a coisa em si se manifesta. O peso da confissão, especialmente se realizada durante a esfera judicial, e se mantida em seus termos fundamentais até o fim do processo, é inegavelmente grande. Também pode haver prova testemunhal que recaia não apenas sobre a autoria, o *modus operandi* ou o passado entre o agente e a vítima, mas que abranja, diretamente, o aspecto subjetivo da conduta. É o caso de o agente confidenciar a alguém seu *animus necandi* ou mesmo a aberta assunção do risco de produzir o resultado morte. Por fim, pode ser que o próprio agente registre documentalmente sua intenção ou sua assunção do risco, por exemplo, em uma carta, por meio da qual ameaça a vítima. A associação das confissões, testemunhos e documentos aos indícios exteriores forma o quadro ideal da imputação do dolo, em qualquer das suas modalidades.

Nada do que foi dito tem sentido se duas coisas não restarem bastante claras: que a atividade jurisdicional pressupõe fundamentação e que é inescapável em nosso sistema o preceito do *in dubio pro reo*.

Qualquer decisão judicial que substituir argumentação detalhada pela mera enumeração de indícios será arbitrária. Os indícios devem ser elencados, sim. Mas devem ser alvo de análise minudente. É preciso dizer, por extenso e com clareza, por que a um indício se concedeu mais peso do que a outro; por que uma presunção prevaleceu sobre outra. No clássico caso do cinto de couro (*Lederriemenfall*), reconheceu-se o elemento volitivo conducente ao dolo eventual de modo detalhado. Expôs-se que os agentes consentiram na produção do resultado porque retomaram um projeto que havia sido inicialmente abandonado exatamente em função de seu alto grau de potencialidade lesiva. De outro lado no caso do lutador de *karate* que golpeou a nuca da criança⁷⁷⁸, afastou-se o dolo eventual de modo igualmente fundamentado: os cuidados

⁷⁷⁸ Referências completas em PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 86; e RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 76.

anteriores e as reações posteriores não indiciavam o consentimento quanto ao resultado letal. O ideal é que todas as decisões judiciais, condenatórias ou absolutórias, ostentem um elevado grau de fundamentação. Quando essa fundamentação não for possível, ou quando persistir a menor das dúvidas sobre qualquer dos componentes do dolo, há que se abrir espaço para o *in dubio pro reo*.

Ao longo do trabalho, abordamos mais detidamente a questão e, quando o fizemos (Capítulo 3), situamos a dúvida como o pavor injustificado dos juízes criminais e o *in dubio pro reo* como o inimigo dos punitivistas. A dúvida certamente pode incomodar juízes das outras áreas do Direito, mas não os que atuam na seara penal. A cláusula do *non liquet* força o juiz a decidir, mesmo nos casos de dúvida, o que abre margem a considerável possibilidade de injustiça. Isso não ocorre com o juiz criminal: diante da dúvida, o sistema oferece a resposta em seu lugar. Sequer é do juiz a decisão. O afastamento do dolo (com a consequente absolvição ou desclassificação, conforme o tipo imputado) é automático. É claro que o juiz deve, a todo custo, tentar dirimir a dúvida e alcançar a convicção. Mas, se os elementos dos autos não o permitirem, nenhuma crise de consciência lhe deve sobrevir: a decisão lhe é arrancada das mãos, pois o descarte da dolosidade é imperioso. De outro lado, por que tão detestável se afigura o *in dubio pro reo* para os punitivistas? Ele, ao contrário do que se pensa, não é causa de impunidade. Pelo que sabemos, toda a intenção de punir está voltada à responsabilização dos culpados. Deixar de castigar um culpado: eis a impunidade. Abster-se de correr o risco de ser injusto com um inocente com ela não se confunde.

Como suma desse item, e de nossas sugestões *de lege lata*, temos que:

- a) A imputação do elemento cognitivo é consideravelmente mais simples do que a do volitivo, e encontra algum nível de segurança nos casos em que a presunção recai sobre os “conhecimentos mínimos”.
- b) A imputação do elemento volitivo, no dolo direto de primeiro e de segundo graus, tende a ser menos arbitrária. A identificação dos fins e o exame dos meios são providências que podem conduzir a elevados níveis de convicção quanto ao conteúdo da vontade do agente.
- c) A imputação do elemento volitivo, no caso do dolo eventual, é quase sempre extremamente arbitrária. As presunções sobre a “assunção do risco” (ou seus equivalentes) são geralmente

muito débeis, pois não repousam em dados inferíveis a partir da consideração da relação entre meios e fins. Por isso, o reconhecimento do dolo eventual deve-se dar com especial parcimônia, e deve obedecer a algumas regras impeditivas de sua indevida matematização: não se presume o elemento volitivo com base em apenas um indício; devem-se considerar, sempre, os fatores da habitualidade do risco e da possibilidade da autolesão; a fundamentação da decisão judicial se faz especialmente importante; a persistência da dúvida necessariamente conduz à resolução em benefício do réu.

Mesmo com a adoção de todas essas medidas, o que temos ao nosso dispor é um procedimento de imputação subjetiva bastante precário. As espécies de dolo e suas conceituações são altamente instáveis e amplamente manipuláveis. O risco de arbitrariedade das presunções é elevado, o que nos faz conviver com a perene possibilidade de injustiças.

A conceituação do dolo e a sua diferenciação em relação à culpa consciente atormentam a dogmática penal há séculos. Os quilômetros de papel e os rios de tinta expendidos não deram cabo das questões. Os níveis de divergência são tão altos que parece que os debates em torno dos problemas mal começaram. Quase todas as combinações de redefinições conceituais possíveis já foram sugeridas, e começam, inclusive, a ser repetidas, em movimento que tende à ciclicidade. Não há por que supor uma solução satisfatória nos lindes desse desgastado paradigma. A melhor opção que se apresenta é, justamente, a da ruptura: um novo sistema de imputação subjetiva, do qual não façam parte os institutos do dolo e da culpa.

10.3. PROPOSTA *DE LEGE FERENDA*: A EXTINÇÃO DO DOLO E DA CULPA E REORGANIZAÇÃO CATEGORIAL DO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA – INTENÇÃO, TEMERIDADE E IMPRUDÊNCIA

O conhecimento é construído a partir da razão. Ela, como elemento tipicamente presente na constituição do ser humano, e como ferramenta principal do processo gnoseológico, deve ser considerada para fins de responsabilização penal. Assim, um construto jurídico que queira mostrar-se respeitoso para com a dignidade da pessoa humana, deve, reconhecendo a importância da razão para a sua fundamentação, trabalhar com um **elemento cognitivo**. A indispensabilidade de um elemento cognitivo é tão sedimentada na cultura jurídica do mundo ocidental que se pode afirmá-la pacificadamente.

Dúvidas existem quanto ao modo de conceber o elemento cognitivo. Embora haja os que lhe dão roupagem estritamente normativa, prevalece a opinião de que ele deve ser entendido como um fenômeno psicológico. É essa a posição consentânea com a dignidade da pessoa humana, como exaustivamente afirmamos alhures.

A maior parte dos nossos esforços, no entanto, deu-se no sentido da fundamentação da necessidade da consideração do **elemento volitivo**. Embora seja essa o ponto mais controverso da dogmática penal relativa à imputação subjetiva, reputamos suficientemente demonstrada a indispensabilidade de que o conteúdo desse elemento volitivo não apenas seja levado em conta, mas que ele seja concebido como um fenômeno psicológico.

Se sempre haverá presunções, que elas não sejam de caráter absoluto. Se sempre haverá normativizações, e, com elas, o risco da arbitrariedade que se encerra em decisões tomadas com base em convicções que se afastam significativamente da realidade empírica, essas normativizações devem se dar na menor medida possível. É preciso que se normativize apenas o imprescindível para que o Direito permaneça operacional, a fim de que os institutos jurídicos se mantenham em conexão com a experiência e os conhecimentos de seus destinatários. Normativização em excesso conduz à perniciosa. Quando elementos que possuem um significado amplamente compartilhado são normativizados – é o caso do conhecimento e da vontade –, seus conceitos jurídicos podem representar verdadeiras armadilhas, tornando possível o reconhecimento da presença de determinadas coisas em lugares em que elas jamais chegaram a existir. Se a pessoa, titular da dignidade humana, é de carne e osso, os elementos cognitivo e volitivo que hão de ser-lhe imputados devem ser tão reais quanto ela. Embora se processem na mente e não possam ser diretamente acessados por terceiros, os fenômenos psíquicos são dados empíricos, como empírico é o indivíduo que os experimenta. Um sistema de imputação subjetiva que queira manter-se em sintonia com as exigências que defluem do princípio da dignidade da pessoa humana deve basear-se em elementos psicológicos.

Todos os normativistas cujas propostas teóricas pudemos examinar nesse trabalho compartilham um mérito irrecusável: colocaram às claras a fragilidade do elemento volitivo do dolo. A palavra “vontade” é empregada de muitos modos diferentes. Em cada espécie do dolo, tem uma significação própria e desempenha um papel diverso. Isso conduz a uma instabilidade conceitual inadmissível.

A vontade, no dolo direto de primeiro grau, é a intenção. No dolo direto de segundo grau ocorre um primeiro distanciamento do sentido originalmente empregado. Ela traduz um certo tipo de aceitação dos efeitos colaterais inerentes aos meios escolhidos. Quando entra em cena o dolo eventual, instaura-se a desordem. Um verdadeiro exército de expressões absolutamente vazias de sentido é convocado para preencher a lacuna do elemento volitivo. “Assumir o risco”, “levar a sério”, “contar com”, “consentir”, “aprovar”, “ter indiferença” e muitas outras correlatas, até o presente momento, só fizeram confundir ainda mais o já complicado processo interpretativo ao final do qual se terá uma imputação subjetiva.

Quanto a isso, podemos ser taxativos. É simplesmente impossível trabalhar com a “vontade” enquanto critério de imputação subjetiva se houver alguma pretensão estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica.

Em nossos estudos filosóficos, concluímos que a “vontade”, conquanto ocupe lugar de relevo na filosofia ocidental, padece dos males dessa indefinição conceitual. Ela é tratada como faculdade mental, como processo psíquico, como uma força cósmica que une todos os seres, como aquilo que impele tudo e todos ao movimento e à transformação, como mera escrava da razão, etc. À porosidade natural da palavra se associa a ampla variedade de significações conferidas pelas mais diversas linhas filosóficas para o estabelecimento de uma indeterminação demasiadamente inquietante.

Um elemento de natureza volitiva que se apresenta muito mais confiável é a intenção. A intenção é a vontade em sua forma mais precisa, determinada. **É a vontade quando aplicada a um fim específico e projetada para uma conduta.**

A intenção é o elemento central em torno do qual se realizam as valorações éticas e constitui relevante critério interpretativo de qualquer ato de comunicação, dentre os quais se incluem os comportamentos humanos em geral. Precisa ser considerada, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nosso atual padrão de imputação subjetiva está baseado em três espécies de lesões a bens jurídicos. Na primeira espécie, a lesão é intencionalmente provocada; na segunda, ela é desintencional, mas a conduta que lhe dá causa é reconhecida como perigosa pelo próprio

agente; na terceira, também é desintencional, e a conduta que a ocasiona não é reconhecida por seu autor como perigosa, embora devesse e pudesse sê-lo. Isso não é assim porque tem que ser. Antes, trata-se de uma escolha político-criminal. É bem verdade, no entanto, que é o sistema adotado em grande parte dos sistemas penais ocidentais, o que é sintomático. Pode-se dizer que há verdadeiro consenso quanto à necessidade de salvaguardar os bens jurídicos, no mínimo, contra esses três tipos de lesões.

Atualmente, os elementos subjetivos das lesões intencionais são denominados **dolo direto de primeiro grau e dolo direto de segundo grau**. No primeiro caso, a lesão coincide com o fim perseguido pelo agente; no último, é um prejuízo colateral necessariamente decorrente dos meios selecionados para o alcance de um outro fim. De um modo geral, não se impõem penas diferentes a esses dois tipos de lesão. A maioria dos ordenamentos se mantém absolutamente silente a tal respeito.

As lesões desintencionais causadas por ações sabidamente perigosas também se dividem em duas. No caso das lesões desintencionais causadas por condutas sabidamente perigosas em que o agente não confia na não-ocorrência do resultado (isto é, com ele não se importa, consente, assume, aprova, etc.), empregamos a denominação **dolo eventual**⁷⁷⁹. Quando as lesões decorrem de condutas sabidamente perigosas, mas o agente confia⁷⁸⁰ que elas não se produzirão, a expressão que empregamos é **culpa consciente**.

Finalmente, as lesões desintencionais decorrentes de ações perigosas que não foram assim reconhecidas por seus autores, dizemos que são fruto de **culpa inconsciente**.

Com relação aos tipos de lesão que seriam punidos, as propostas de normatização não trariam qualquer inovação. Continuariam a ser objeto de castigo as mesmas três espécies de lesão, embora sob um regime diferente. Como vimos, são várias as sugestões, mas a mais

⁷⁷⁹ Conforme dissemos anteriormente, não trabalhamos com a figura do dolo alternativo. Simples: em nossa visão, ele sempre desembocará no dolo eventual. Quando o agente atua representando dois ou mais resultados, e se conformando com a produção de qualquer deles, prevalece a assunção do resultado mais relevante, configurando-se, em relação a ele, o dolo eventual (v.g., se age sem se importar se vai ferir ou matar, assumiu a possibilidade da lesão e da morte; se chegou a assumir o risco de matar, há dolo eventual de homicídio, que absorve o que se refere às lesões corporais). Frise-se que essa posição somente se nos afigura viável porque admitimos a possibilidade da punição da forma tentada em casos de dolo eventual.

⁷⁸⁰ Fazemos uma total abstração, nesse momento, dos motivos considerados plausíveis para que o agente confie na não-ocorrência do resultado. Alguns autores exigem que a confiança seja racional, outros a admitem mesmo quando visivelmente irracional. Na definição conceitual, porém, essas diferenças desaparecem: se o agente confia na não-produção, há culpa consciente.

recorrente é a de que todas as lesões causadas por ações sabidamente perigosas sejam classificadas como dolosas, sejam elas intencionais ou não; e que somente as lesões desintencionais geradas por comportamentos não identificados por seus autores como perigosos sejam tratados no âmbito da culpa. Temos, assim, apenas uma reorganização categorial: para os que advogam esse raciocínio, dolo e culpa não precisam ter subdivisões. O conhecimento da periculosidade atrai a conduta para o campo do dolo; seu desconhecimento a mantém no espaço da culpa. Mas frise-se: no fim, são os mesmos três tipos de lesão que estão sendo punidos, com uma roupagem diferente (as lesões intencionais e as desintencionais com consciência do perigo pertencem ao dolo; as desintencionais sem conhecimento do perigo, à culpa).⁷⁸¹

De fato, parece que não é produtiva uma política criminal que deixe à margem qualquer dos três tipos de lesão que apontamos. A punição das lesões intencionais não é apenas recomendável: é obrigatória. Que fique absolutamente claro, aqui, que não sustentamos a punição de qualquer lesão intencional. O que dizemos é que, dentre as lesões jurídico-penalmente relevantes (isto é, dentre as lesões a bens jurídicos penalmente tutelados), a punição das que sejam intencionais é uma necessidade óbvia. Seria absolutamente irracional um sistema que punisse lesões desintencionais a um determinado bem, mas que deixasse impunes as violações intencionais sobre ele produzidas. Se somente um tipo de lesão pudesse ser punida, seria a lesão intencional.

A punição das lesões desintencionais (com ou sem consciência do perigo) é “opcional”. O caso, aqui, é diferente daquele que vimos no parágrafo anterior. Não punir lesões intencionais é um contrassenso, uma aberração lógica. Não punir as lesões desintencionais, no máximo, é uma má política criminal.

Embora seja logicamente possível deixar impunes as lesões desintencionais, seria isso conveniente? Estamos preparados para arcar com a irrelevância penal da conduta do motorista embriagado perde o controle do veículo e mata um pedestre na calçada? Do médico relapso que quebra protocolos técnicos e causa a morte de seu paciente? Do indivíduo que solta um balão que desencadeia um incêndio resultante na morte de algumas pessoas, e no ferimento de

⁷⁸¹ Mesmo dentre os normativistas, não encontramos uma refutação da **existência** das ações intencionais. Há, na verdade, opiniões no sentido de dispensar o exame da intenção; de centrar as atenções tão-somente no aspecto cognitivo; de não considerar o dolo como atrelado a investigações a elementos psicológicos como a intenção do agente. Mas não se nega, em ponto algum, que ações intencionais existem e devem ser punidas de modo grave.

outras tantas? Do industrial do ramo alimentício que fornece para o consumo produtos absolutamente desconformes com normas de higiene e de saúde que causam o adoecimento dos consumidores? É evidente que uma tutela eficiente dos bens jurídicos envolve a proteção contra as lesões desintencionais. Mesmo aquelas causadas por pessoas que sequer representaram a periculosidade de suas condutas – desde que essa representação seja devida e possível. É óbvio que, nesse último caso, é recomendável o comedimento: somente as lesões mais significativas, praticadas contra os bens mais relevantes, devem ser objeto de punição. Mas que deve haver a possibilidade da punição do que hoje denominamos “culpa consciente” em alguns casos, parece estar fora de discussão. A proteção dos bens jurídicos passa pela exigência de respeito aos deveres de cuidado objetivamente esperados de cada um dos membros da sociedade. Instituir os deveres de cuidado e exigir que sejam respeitados é imprescindível para tornar possível a vida em sociedade no mundo contemporâneo do risco.

Em suma: é preciso punir as lesões intencionais, as desintencionais em que haja consciência do perigo gerado, e as desintencionais em que, embora não exista a consciência do perigo, ela deva existir, e possa ser alcançada.⁷⁸² Mas isso definitivamente não quer dizer que seja necessário trabalhar com os institutos do dolo e da culpa, ou que seja preciso manter as classificações e subdivisões hoje adotadas. Tampouco significa que a imposição das penas deva obedecer aos padrões atuais, em que à causação intencional e à desintencional consciente do risco em que inexista confiança na não-ocorrência do dano tende a ser conferido um mesmo tratamento em termos de apenamento.

A primeira coisa que sugerimos é a **reorganização das categorias da imputação subjetiva em três patamares**. Seria o fim da dicotomia dolo/culpa. É preciso inserir entre esses dois extremos uma figura intermediária. Adiantamos que seu âmbito de incidência seria composto pela junção dos conteúdos do dolo eventual e da culpa consciente. Ao dolo corresponderiam as lesões intencionais; à culpa, as desintencionais em que, embora devida e possível a consciência da periculosidade da conduta, ela se fizesse ausente. Lesões desintencionais com a consciência da periculosidade da conduta, haja ou não confiança na não ocorrência do dano, comporiam a terceira forma de imputação subjetiva.

⁷⁸² Está fora de nossas cogitações a responsabilidade penal objetiva. A punição em casos de imprevisibilidade e inevitabilidade do dano certamente robusteceria a política criminal. Mas ao custo da instituição de um sistema opressivo e intolerável.

Antes mesmo de fundamentar a necessidade dessa tripartição, porém, é preciso demonstrar o quanto produtivo é o **abandono da terminologia estritamente jurídica**. Há excelentes razões para que “aposentemos” os institutos do dolo e da culpa, com suas respectivas subdivisões. Mais adequado seria trabalhar com **intenção**, em substituição do dolo; **temeridade**, como figura intermediária em que se reúnem dolo eventual e culpa consciente; e **imprudência**, no lugar da culpa inconsciente.

O uso do termo “dolo” somente se justifica se se tratar de um instituto jurídico que possua características que divirjam, de algum modo e em alguma medida, do elemento empírico em que se baseia, ou se houver o interesse em acondicionar sobre uma mesma nomenclatura elementos empíricos diferentes, para conferir-lhes um mesmo tratamento jurídico. Não estamos tratar de nenhum dos dois casos.

Tudo o que hoje se compreende como dolo direto poderia bem ser entendido como intenção (justificaremos a inclusão do dolo direto de segundo grau no âmbito da intenção linhas abaixo). E, uma vez que estabeleçamos que o agir doloso é idêntico ao agir intencional, ou, para dizer de outro modo, que os elementos cognitivo e volitivo do dolo correspondem à representação e à intenção, não há por que fazer uso da terminologia jurídica. Mais proveitoso é o uso da expressão linguística com a qual já estão plenamente acostumados os destinatários das normas penais. Por que empregar uma expressão artificial, capaz de suscitar dúvidas quanto ao seu significado e ao seu alcance, se há uma palavra com a qual todos os destinatários já estão familiarizados, e que encerra exatamente o mesmo conteúdo? O destinatário da norma que se depara com a palavra “dolo” é remetido a um processo interpretativo desnecessário. Já basta a inevitável interpretação que será necessária para a compreensão da “intenção”. Com relação a essa expressão, pelo menos, pela presença frequente no discurso comum e pelo grau de consenso já firmado quanto ao seu significado mais imediato, o processo interpretativo tende a ser bem mais simples e previsível.

A adoção da intenção, em substituição ao dolo (do crime intencional em substituição ao crime doloso) é altamente recomendável, ainda, para que se ponha fim à celeuma doutrinária que envolve a composição dessa forma de imputação subjetiva e para que se espanque em definitivo a confusão comumente operada entre “vontade” e “voluntariedade”. Discute-se se o dolo é representação, ou se é representação e vontade, e, ainda, que tipo de conteúdo se deve exigir para cada um desses dois elementos (conhecimento potencial ou efetivo; intenção,

conformação ou assunção do risco). Uma vez que optemos pela intenção, a questão se torna suficientemente resolvida: em toda intenção há uma representação concreta e um ato volitivo dirigido à consecução de um fim determinado (no caso, a realização típica). De outro lado, a voluntariedade é uma característica de toda e qualquer conduta (independentemente da classificação e do juízo de valor ético ou jurídico a que seja submetida) que é *conditio sine qua non* para que seja enxergada como obra de um ser humano. Não se mistura com a intenção referida ao resultado típico específico enquanto categoria da imputação subjetiva.

De um modo geral, aliás, já vimos a confusão que se instaurou pela adoção de elementos jurídicos artificiais como “dolo” e “culpa”. É evidente – inclusive para que se homenageie o preceito do *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* – que o desejável é que as normas penais ostentem a maior clareza possível. As suas funções pedagógicas e preventivas certamente têm muito maiores chances de sucesso se o conteúdo da norma for apreendido com maior facilidade e segurança. Além disso, evitam-se inconvenientes terminológicos e subdivisões prolixas.

A palavra “culpa” tem uma carga semântica muito instável. Fala-se em “culpa” para definir um sentimento (parecido com o remorso); para apontar a responsabilidade pelo fato (v.g., “a culpa é dele” ou “ele é o culpado”); para aludir a um elemento subjetivo que pode se dividir em imprudência, negligência e imperícia. E ainda há a “culpabilidade”, enquanto categoria do conceito analítico de crime, que é formada pela imputabilidade, pela potencial consciência da ilicitude e pela exigibilidade de conduta diversa, e que corresponde à “possibilidade de ser culpável”, que, aqui, assume um sentido inteiramente diferente (mais próximo da “capacidade”).

Para que não se operem confusões entre “voluntariedade” e “vontade”; entre culpa como elemento subjetivo, como resultado de uma apuração criminal e como categoria do conceito de crime, é melhor adotar uma expressão tão corriqueira e familiar quanto a “intenção”, sugerida para substituir o dolo. Poderíamos falar em “**negligência**” ou em “**imprudência**”. cremos que qualquer das duas palavras esteja apta a representar bem o elemento subjetivo daquilo que hoje concebemos como sendo o agir culposo. Na Alemanha, a expressão adotada mais se aproxima da negligência (*Fahrlässigkeit*); na Espanha, optou-se pela denominação

imprudencia. No Brasil, Juarez Tavares⁷⁸³ já faz uso da primeira palavra para representar a culpa; a segunda, por seu turno, é prestigiada por Paulo César Busato⁷⁸⁴ e Juarez Cirino dos Santos. É válido, inclusive, recordar a competente fundamentação expendida por esse último:

O substantivo **culpa** e o adjetivo **culposo** são inadequados por várias razões: primeiro, confundem **culpa**, modalidade subjetiva do tipo, com **culpabilidade**, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar de **culpa em sentido estrito** e **culpa em sentido amplo**, o que é anticientífico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual o **crime culposo** parece mais grave que o **crime doloso**, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo **imprudência** e o adjetivo **imprudente** exprimem a ideia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes **culpa** e **culposo**; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou do risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna, parece melhor definível como **imprudência**.⁷⁸⁵

O resultado dessa substituição do dolo e da culpa, respectivamente, pela intenção e pela imprudência: maior previsibilidade e mais segurança jurídica.

Para iniciar nossas discussões quanto à criação de uma categoria de imputação subjetiva intermediária, partamos de dois pontos que são pacíficos: a) é imprescindível que trabalhem com pelo menos duas categorias de imputação – a das lesões intencionais e a das lesões desintencionais cuja periculosidade deva e possa ser conhecida pelo agente (logicamente, como já dito, somente em determinados casos, em que o bem jurídico esteja entre os mais relevantes); b) à primeira espécie de lesão deve ser imposta uma punição mais severa do que à segunda.

O que dissemos, até aqui, é que se faz necessário manter essas duas categorias de imputação (atualmente, do dolo direto e da culpa inconsciente) e conservar a tradicional diferença de tratamento punitivo entre ambas.

A categoria da **intenção** é responsável por abranger todos os fatos que, atualmente, seriam classificados como sendo produto do dolo direto de primeiro e de segundo grau. Parece que quanto ao dolo direto de primeiro grau não há espaço para dúvidas. Nele, a vontade do agente recai diretamente sobre o objeto representado mentalmente. Significa dizer que o alcance do

⁷⁸³ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2.ed.rev.ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁷⁸⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013.

⁷⁸⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4.ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 95.

objeto é estabelecido como meta, posto como fim. O agente atua com a específica intenção de atingir o resultado proposto (no caso, a realização do tipo penal).

A pergunta que se segue é: estariam os efeitos colaterais necessários abrangidos pela intenção do agente? Ou, de modo ainda mais claro: poderiam os danos colaterais representados como certos serem considerados como intencionais? A resposta é afirmativa. É muito clara a assimilação dos resultados colaterais necessariamente decorrentes da conduta pela vontade do agente, isto é, sua incorporação pela intenção. Voltemos à própria fundamentação da necessidade de que seja considerada a intenção do sujeito: a importância para o “processo ético”. Vimos que o “processo gnoseológico” corresponde a uma fase necessariamente antecedente ao processo ético. Não se pode reprovar eticamente uma conduta se não houve adequado conhecimento das circunstâncias que a informam. Não se pode querer aquilo que não se representou adequadamente. Esse raciocínio foi inteiramente assimilado pelo Direito Penal, na maioria dos países. Em caso de erro de tipo (isto é, falha no processo gnoseológico), não há dolo. O processo gnoseológico, já vimos, é governado pela razão. E aqui está a explicação: se a razão, no processo ético, influi, mas não determina, pois a última palavra é da vontade (intenção), no processo gnoseológico é absolutamente cogente. Isso pode ser dito de uma maneira ainda mais clara: **a razão, no processo gnoseológico, constrange; no processo ético, apenas aconselha.**

O conhecimento segue inteiramente as regras da razão. Ela é nosso sistema operacional para todo processo gnoseológico. Somos “programados” para conhecer por meio da razão, isto é, por meio das ferramentas que ela nos disponibiliza. Suas leis são, então, inflexíveis. Por exemplo: não se pode escapar dos princípios da não-contradição (se “A” é igual a “B”, então “A” não pode ser igual a “não B”) e do terceiro excluído (ou uma proposição é verdadeira, ou é falsa; não há terceira possibilidade). Por isso dissemos que a razão constrange: ela nos obriga a seguir uma direção. Se essa direção não é seguida, o resultado fatal é o **erro** (segundo os padrões racionais, que são os nossos). Quanto à Ética, certamente não se pode dizer o mesmo. A razão aponta os caminhos possíveis, e até sugere que seja escolhido algum deles. Mas não constrange: sob perspectiva ética, não se pode dizer que determinada ação esteja **errada**. Ela somente pode ser **adequada ou inadequada segundo certos parâmetros que são convencionados**. Como eles – diferentemente das leis da razão – **não são necessários**, não há uma obrigatoriedade de que sejam seguidos. Não representam “a verdade” ou “o correto”. A última palavra é sempre da vontade. Vontade de fazer “A” em vez de “B”, e

mesmo de estabelecer “X” em vez de “Y” como parâmetro para o que deva ser considerado como eticamente adequado.

Sinteticamente:

Razão ➡ processo gnoseológico ➡ mundo sensível ➡ leis naturais ➡ obrigatoriedade;

Vontade ➡ processo ético ➡ mundo inteligível ➡ leis morais ➡ liberdade.

A identificação dos efeitos colaterais se passa por meio do processo gnoseológico. Quando esses efeitos são considerados necessários, são presumidos como óbvios para qualquer pessoa imputável. Vale dizer: são dados com os quais a pessoa tem que ter contado, enquanto ser racional, porque eles decorrem diretamente do uso da razão. Não é possível chamar o ser de racional e aceitar a possibilidade de que os tenha olvidado, porque a razão é cogente. Somente a pessoa inimputável, que não consegue fazer uso adequado da razão, pode desconsiderá-los.

No caso dos efeitos colaterais não necessários (hoje, dolo eventual e culpa consciente), é perfeitamente coerente querer um resultado do qual eles podem decorrer sem querê-los eles mesmos. Se “A” pode acarretar em “B”, é racionalmente possível querer “A” sem querer “B”, porque minha representação, que constituirá o objeto da intenção, pode ser apenas de “A”. Quando os efeitos colaterais são necessários, é bem diferente. Se “X” necessariamente implica “Y”, não posso representar “X” sem considerar “Y”. A razão me constrange. Como ser racional, necessariamente tenho que ter representado “Y” juntamente com “X”. E, como “X”, que é o que representei mentalmente, é o que será o objeto da minha intenção, “Y”, que está ali compreendido, também o será.

É evidente que entram em cena, também no caso das consequências necessárias, as falhas do processo gnoseológico. Significa dizer que é possível, diante de um caso concreto, reconhecer o erro de tipo e afastar a responsabilidade penal pelos efeitos colaterais necessários se ficar claro que essa relação de necessidade não foi representada adequadamente pelo agente. Acabam ficando reservadas as imputações dos efeitos colaterais necessários (ou, no discurso atual, do dolo direto de segundo grau) para os casos mais óbvios. Pois é preciso ter em mente que a dúvida impõe que a questão se resolva em benefício do réu.

Uma vez que se entenda, então, que os resultados necessários “Y” foram como tais reconhecidos pelo agente, é seguro dizer que ele os integrou ao seu projeto. Eles fazem parte da representação mental de “X”, que constitui o fim da conduta e o objeto da intenção do agente, de modo que sua causação deve ser considerada como uma causação intencional.

Falamos da primeira extremidade. Vamos, agora, à outra. A categoria da **imprudência** abarca todas as lesões que atualmente classificamos como sendo resultado de culpa inconsciente, a respeito das quais já deixamos claro que é necessário que exista punição, em determinados casos, para uma proteção suficiente dos bem jurídicos mais relevantes, mas que devem ser alvo de reposita penal menos intensa.

Por que a imputação da intenção é mais grave e demanda tratamento punitivo mais rigoroso do que a imputação da imprudência? Essa pergunta foi formulada, ao longo do trabalho, de uma outra maneira: por que aos crimes dolosos se costuma cominar uma pena mais severa do que aos delitos culposos? Expusemos, no Capítulo 2, algumas das explicações que a doutrina oferece (baseadas na intensidade da lesão, na força do ato comunicativo e na intensidade de seus impactos para o sistema, no consenso cultural informal do Ocidente segundo o qual fazer “por querer” é mais grave e mais difícil de perdoar do que “fazer sem querer”). Mas podemos, aqui, fornecer uma explicação diferente.

Tenhamos em mente a associação do ser humano com a razão e a vontade. Razão – processo gnoseológico – representação mental. Vontade – processo ético – intenção. Quando, em um processo criminal, se prova⁷⁸⁶ a intenção, demonstra-se uma ação humana em sua completude. Ali estão empregadas as duas faculdades mentais que consideramos as mais importantes⁷⁸⁷ para a definição do que é ser humano. Verificamos que transcorreram normalmente o processo gnoseológico e o processo ético. A responsabilidade do sujeito por suas ações pode ser plena. Ora, vimos que o juízo de valor ético, de que se apropria o próprio Direito, enquanto pertencente ao mundo da Ética, é baseado no elemento da intenção. Se o valor de uma conduta é determinado por sua “boa” intenção (no caso do Direito, pela intenção de alcançar fins considerados positivos e construtivos sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana), o desvalor decorre da “má” intenção (aquela referente a fins reprováveis e

⁷⁸⁶ Frise-se: “prova”, em sentido jurídico, isto é, por **presunção relativa** baseada em **múltiplos indícios** e exaustivamente fundamentada pelo juiz de Direito.

⁷⁸⁷ A faculdade do juízo decorre da associação dessas duas, e não a tratamos separadamente, como fez Kant.

destrutivos segundo a mesma ótica da dignidade da pessoa humana). Quando se pode imputar a intenção, se pode realizar um juízo de valor completo. Tem-se, em mãos, o fiel da balança, a pedra angular do juízo de valor ético. Com a intenção reprovável (o fim de danificar um bem jurídico, cuja tutela se dá exatamente como forma de assegurar a dignidade da pessoa humana), a conduta atinge seu desvalor máximo.

Isso desemboca, obviamente, em questões político-criminais de prevenção. A prevenção dos crimes intencionais (dolosos) requer que a eles seja dirigida uma pena mais intensa. Como seu desvalor é maior, mais severa deve ser a resposta penal. Primeiramente, por questões de coerência e pedagógicas: um sistema racional pressupõe que às ofensas mais graves sejam dirigidas as penas mais rigorosas. Para além disso, as argumentações variam: os que agem intencionalmente (dolosamente) necessitariam de um desestímulo mais forte do que os que atuam com imprudência (culpa); a comunicação realizada pela transgressão intencional (dolosa) traduz a negação consciente da norma e perturba mais gravemente o sistema do que no caso da transgressão imprudente (culposa), razão pela qual se faz necessária uma resposta mais vigorosa no sentido de afirmar a vigência e a validade da norma violada; etc.

Nas imputações a título de imprudência, estamos no extremo oposto. Não há a possibilidade de realizar um juízo de valor ético baseado na intenção. A intenção, nesses casos, não coincide com o resultado. Por que se pune a conduta, então? Por uma decisão estritamente normativa. Porque isso é necessário para a adequada tutela dos bens jurídicos. Como não estamos dispostos a deixar os bens desprotegidos frente às lesões imprudentes, **precisamos dessa política criminal**. Se fosse adotado o critério exclusivamente ético, possivelmente nenhum desvalor seria encontrado, e nenhuma punição seria devida. A punição dos crimes imprudentes (atualmente, cometidos com culpa inconsciente), para resumir, é um mal necessário. Atende a uma função político-criminal pedagógica bastante clara: estimular as pessoas a observar os deveres de cuidado objetivamente impostos em homenagem aos bens jurídicos mais importantes. Afigura-se-nos intolerável conviver, em um mundo repleto de perigos nas atividades diárias mais corriqueiras, com comportamentos descuidados e inconsequentes incrementadores dos riscos. A questão é: se punir é necessário, que essa punição seja o menos intensa possível (o mínimo necessário para uma tutela suficiente dos bens mais importantes).

Embora admitamos como necessária a punição, não se podem comparar, em termos de gravidade, a lesão intencional e a imprudente. Aquela é submetida a um juízo de valor ético e classificada como eticamente desvaliosa. Essa, sem poder passar por esse juízo, e mesmo sem receber o selo da reprovabilidade ética, é punida por pura conveniência. O que faz de uma ação algo eticamente desvalioso está comprovadamente presente no primeiro caso. Quanto ao segundo, se existe, não foi objeto de prova. Mais importante ainda: se no caso da intenção, os dois processos são bem sucedidos e podem ser provados, no caso da imprudência, não apenas o processo ético fica em aberto, mas, também, o gnoseológico. É que, nas hipóteses de lesões imprudentes (atual culpa inconsciente), como vimos, sequer há a representação do resultado danoso. Significa dizer que nem mesmo o processo gnoseológico foi realizado adequadamente pelo sujeito. Sua responsabilidade pelo dano causado, por isso, é a menor possível.

Justificamos, até aqui, a substituição do dolo pela intenção, e da culpa pela imprudência, bem como a maior punição das lesões intencionais em relação às imprudentes. Resta-nos falar sobre a temeridade, e isso demanda três providências: explicar a opção pela palavra “temeridade”; demonstrar que a temeridade é mais grave do que a imprudência, mas menos grave do que a intenção; explicitar a viabilidade da equiparação do dolo eventual à culpa consciente.

De início, é importante frisar que já há várias sugestões no sentido de que se crie esse terceiro elemento subjetivo. Jakobs expõe e critica a proposta de Weigend, muito semelhante a essa que aqui defendemos, segundo a qual se deve optar por uma tripartição “dolo-negligência-culpa”, agrupando aquela categoria intermediária todos os casos em que haja consciência do perigo sem a intenção ou a certeza da realização do tipo.⁷⁸⁸ Bernd Schünemann também sustenta algo bastante parecido. Para o autor, dolo direto de primeiro e de segundo grau devem compor a categoria mais grave de imputação; dolo eventual e culpa consciente se fundiriam em um elemento intermediário; e a terceira e mais leve categoria de imputação seria a da culpa consciente.⁷⁸⁹

⁷⁸⁸ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade**. Trad. Gercélia batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 386. Mais comentários críticos em BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 449; e SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 148.

⁷⁸⁹ Breve síntese em RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 50.

O nome que será dado à categoria intermediária do sistema de imputação subjetiva que sugerimos não é o mais importante. A nosso ver, é inadequado adotar expressões como “culpa grave” ou “culpa temerária”, porque o uso do próprio termo “culpa”, em si, já é prejudicial e desaconselhável. Talvez se possa falar, em homenagem a uma figura oriunda do direito anglo-saxão, em *recklessness*, mas nos parece inoportuno. Uma das primeiras traduções da palavra *reckless* para o português é “imprudente”, o que certamente oportunizaria confusões entre a forma mais leve de imputação subjetiva e essa intermediária. Ingeborg Puppe faz ligeira menção à “**leviandade**” (*Leichtfertigkeit*) como algo que se situa entre *Vorsatz* e *Fahrlässigkeit*.⁷⁹⁰ O termo bem poderia ser adotado, em nosso caso, para desempenhar essa função. Só não estamos certos de que, para a maioria dos destinatários das normas penais, estaria clara uma maior reprovabilidade da leviandade em relação à imprudência, a julgar pelas definições dadas pelo dicionário.⁷⁹¹ Talvez, em virtude disso, seja preferível a expressão **temeridade**. “Temerário” já traz, em sua definição, o elemento do risco, o que favorece sua compreensão como sendo dotada de maior gravidade do que a imprudência: “que contém certo risco; arriscado, perigoso; cheio de audácia; arrojado; imprudente; que indica ou implica temeridade; sem fundamento; infundado”.⁷⁹²

Como dito, a nomenclatura é uma questão secundária e, talvez, até mesmo uma pesquisa popular acerca das impressões dos destinatários das normas acerca dos sentidos das palavras aqui cogitadas pudesse indicar um caminho mais seguro. Bem mais importante, para nós, é fundamentar a necessidade de que essa terceira figura exista.

Se não estamos dispostos a deixar de punir as lesões desintencionais em que falte a consciência (que era devida e possível) da periculosidade da conduta, certamente haveremos de considerar indispensável o apenamento das lesões desintencionais cometidas com consciência do risco contido na conduta. Bem se sabe que o dolo eventual e a culpa consciente, que estão inseridos nessa categoria, têm em comum o elemento da concreta

⁷⁹⁰ A palavra é trazida por Ingeborg Puppe, embora ela própria não seja uma defensora da criação dessa terceira categoria de imputação subjetiva, tampouco insinue que, se ela vier a existir, que o seja sob a denominação em questão. PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 15-16.

⁷⁹¹ “**Imprudente**”, segundo Houaiss, significa “que ou quem não é prudente; descuidado; não pertinente; inconveniente, despropositado”. Já “**leviano**”, por sua vez, “que ou aquele que julga ou procede irrefletida e precipitadamente, que ou o que age sem seriedade; que demonstra inconstância, inconsistência; [...]”. HOUAISS, Antonio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**, versão 1.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

⁷⁹² HOUAISS, Antonio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**, versão 1.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

representação da possibilidade de causação do resultado danoso. Majoritariamente, como vimos, o que faz a distinção entre eles é a atitude psíquica do agente diante dessa representação: se confia na não-produção, age com culpa consciente; se não confia na não-produção, aceita a sua ocorrência (“consente”, “aprova”, etc.) e, portanto, atua dolosamente.

No caso da imprudência, nos sujeitamos a uma amarga necessidade: punir sem a possibilidade de realizar um juízo de valor ético adequado. Mais do que isso, punimos uma conduta cujo próprio processo gnoseológico não se aperfeiçoou. Não apenas punimos alguém que causou um mal sem ter essa intenção. Castigamos quem causou um dano sem mesmo saber que o fazia. O grau de responsabilidade pessoal sobre esse resultado deve ser considerado o menor possível: não entraram em cena, adequadamente, nem a razão, nem a vontade. É obrigatório que a punição seja a mais branda possível. Na outra extremidade, no caso da lesão intencional, a responsabilidade é plena: as duas faculdades mentais em questão foram postas em funcionamento. E temos o elemento central para o processo ético – a intenção.

Percebamos, diante do que se expôs, que com as lesões temerárias nos encontramos a meio-caminho. A lesão, aqui, é desintencional (o dano não é o objetivo perseguido, nem constitui efeito colateral necessário), de modo que o principal critério para que se possa fazer um juízo de valor ético (intenção) está ausente. Mas, como houve representação mental adequada, sabemos que entrou em funcionamento a razão. Diante disso, haveremos de convir quanto a algumas coisas.

Quem realizou um processo gnoseológico bem sucedido (sem falhas, o que significa dizer, sem erros de tipo), representou adequadamente o perigo de lesão gerado por sua conduta. Por isso, está em condições ótimas de decidir a respeito de seu agir. Detém algum controle sobre a situação⁷⁹³ e pode fazer uma escolha: prosseguir, criando ou mantendo o risco representado, ou abster-se de fazê-lo. A maior gravidade em relação à imprudência é nítida: um ser racional, ao ter as condições ótimas para decidir, certamente pode ser alvo de exigências mais rigorosas do que outro que, ainda que por incompetência ou desatenção sua, permaneceu em ignorância quanto aos riscos do seu comportamento. Se faltou uma representação adequada, deploram-se a incompetência e a desatenção do agente. Quando essa representação existe, reprova-se uma

⁷⁹³ Isso ficou bastante claro com Luís Greco (item 5.4).

decisão. A decisão de realizar a conduta a despeito de haver sido reconhecida como perigosa para bens jurídicos penalmente tutelados.

Mas por que a temeridade é menos grave do que a intenção? Ora, se dissermos que quem tem conhecimento pode ser alvo da imputação mais rigorosa, estaremos deslocando o critério fundamental de avaliação do processo ético da intenção para a razão. Vimos, à exaustão, que isso seria um equívoco. O grau máximo de desvalor de uma ação depende da identificação da reprovabilidade de sua intenção. Esse é um parâmetro eticamente consagrado, e o Direito, como pertencente ao mundo da Ética, certamente o deve prestigiar.

Até poderia o Direito, por meio de uma decisão político-criminal estratégica e de uma visão estritamente normativista, equiparar “agir consciente” a “agir intencional”. Mas isso seria desastroso sob vários aspectos.

- a) Abraça-se uma concepção reducionista do ser humano, pensado única e exclusivamente a partir do elemento da razão.
- b) Demove-se o homem do posto de ser altamente complexo e único, em um atentado contra a individualidade (calcada muito mais na vontade do que na razão, já que essa é comum a todos os seres racionais).
- c) Adota-se como modelo ideal uma concepção fantasiosa de um ser robótico cujo agir está pautado estritamente na razão.
- d) Rompem-se as necessárias ligações do Direito com a Ética, que é o campo de onde provêm todas as normas de conduta (“leis da liberdade”).
- e) Suprime-se um referencial social amplamente compartilhado, que é o de que as ofensas intencionais são mais reprováveis do que as desintencionais, dando azo ao surgimento de normas artificiais altamente perniciosas.

São necessárias três categorias porque lesões intencionais são mais graves do que as desintencionais, e porque, dentre essas últimas, as que ocorrem com plena consciência da

periculosidade da conduta são mais reprováveis do que as que são produzidas sem essa percepção.

Mas e quanto à equiparação do dolo eventual à culpa consciente? Qual a sua fundamentação?

Dolo eventual e culpa consciente possuem mais semelhanças do que diferenças. Já dissemos: o dolo eventual é um instituto jurídico político-criminalmente concebido para estender a determinadas lesões não genuinamente dolosas as penas tipicamente mais graves dos delitos dolosos. Ele só existe porque as penas cominadas aos crimes culposos são consideradas exageradamente brandas para certos tipos de lesões desintencionais.

Unir o dolo eventual à culpa consciente é mais uma “desconstrução” do que uma “criação”. Trata-se, na verdade, do **desfazimento de uma ficção de dolo**. Dolo eventual não é dolo, mas uma consequência malsucedida de um esgarçamento do conceito de dolo. Não deu, e não pode dar certo.

São dois, destarte, os equívocos do sistema atual de imputação subjetiva: equiparar o dolo eventual ao direto e igualar a culpa consciente à inconsciente. O dolo eventual tem mais pontos em comum com a culpa consciente do que com o dolo direto (entre dolo direto e eventual, há o elemento comum da representação efetiva; mas entre esse e a culpa consciente há a representação efetiva e a ausência de intenção). A culpa consciente é mais próxima do dolo eventual do que da culpa inconsciente (as duas culpas partilham da ausência de intenção; mas a culpa consciente e o dolo eventual, além da falta da intenção, pressupõem, igualmente, a representação concreta).

Talvez se queira opor que seria injusto equiparar os casos em que o sujeito prevê a possibilidade da causação do dano, mas não se importa, às situações em que, apesar da previsão, o sujeito acredita que o prejuízo não se concretizará. Vejamos que é possível afastar essa impressão de injustiça, e que, se ela existir, é melhor que aconteça no âmbito da temeridade do que no da intenção. Nos dois casos, temos indivíduos em condições ótimas de decidir. De ambos pode ser objeto de cobrança a abstenção da ação ou a adoção de cuidados. Diante de um perigo adequadamente representado, o que se espera é que o sujeito se abstenha de agir; que mude o plano de ação; que adicione cuidados para impedir a concretização do dano. Se sabia do perigo e, ainda assim agiu, não importa se confiou, ou não, na não-

realização do resultado. O que importa é que deveria ter atuado de modo mais cuidadoso, ou, não sendo isso possível, ter abandonado a conduta. É o que se espera de um ser racional que se vê diante do dilema de realizar egoística ou temerariamente seus projetos ou abandoná-los ou modificá-los em respeito aos bens jurídicos alheios.

Perceba o leitor que toda essa fundamentação está calcada na concepção de pessoa humana enquanto ser pensante e querente. A imputação da intenção, mais grave, exige análise da razão e da vontade com relação à realização do tipo penal. A da temeridade baseia-se na relação entre a razão e a ofensa típica. Na imprudência, nem razão, nem vontade se relacionam com o resultado típico.

Já dissemos que **a normativização é perigosa**. Artificializa objetos empíricos e cria regras arbitrárias que podem ser verdadeiras armadilhas para seus destinatários. Por essa razão, deve ser usada na menor medida possível. Se algum nível de normativização é necessário para que se mantenha a operacionalidade do Direito Penal (para que seja minimamente eficiente na proteção dos bens jurídicos), ela é aceitável em maior grau na modalidade mais leve de imputação (imprudência – culpa inconsciente); tolerável em grau médio na modalidade intermediária (temeridade – dolo eventual e culpa consciente); e insuportável na modalidade mais grave de imputação subjetiva (intenção – dolo direto de primeiro e de segundo graus). Por isso, no caso da imprudência, a imputação se dá com base em referenciais estritamente normativos (pune-se mesmo à falta da representação e da intenção em sentido psicológico); nas hipóteses de temeridade, exige-se um elemento psíquico, que é a representação, mas se faz uma abstração do conteúdo da vontade; e é, por fim, inconcebível despsicologizar a intenção, abstraindo ou criando ficções em substituição ao fenômeno psíquico.

Que o risco da arbitrariedade, como mal necessário que é, esteja restrito às modalidades mais brandas de imputação subjetiva e, mesmo entre elas, no menor grau possível para cada categoria. Se é preciso julgar o homem em casos em que não se pode valorar a sua intenção, ou mesmo em que se sabe que sua intenção não é destrutiva, que tal não se dê pela via da imputação mais gravosa, da qual decorrem as penas mais severas.

Em suma, ao punir alguém pela causação temerária de um dano a um bem jurídico, não presumo, nem normativizo a vontade. Apoio o fundamento da punição na detenção do controle e das condições ótimas de decidir, isto é, no elemento da razão. Por isso não posso

dar-lhe a resposta penal mais vigorosa. E a equiparação da conduta conscientemente perigosa em que se crê na não-realização do risco àquela em que haja o “consentimento”, “assentimento”, “aprovação”, etc., não é injusta: objetivamente, a representação da possibilidade de lesionar o bem jurídico demanda o abandono do projeto de ação ou a adoção de cuidados de evitação. Se o dano se concretizou, é porque não foi atendido nenhum dos dois comandos normativos (foi mantido o plano de ação perigoso ou não foram empregados os cuidados devidos).

É importante lembrar que a adoção de cuidados (fatores de evitação) nos casos em que a periculosidade da conduta seja consciente tem reflexos sobre a classificação da lesão como temerária ou imprudente. Se a lesão ocorreu, é porque os cuidados não foram suficientes. Mas a pergunta que persiste é: por que foram adotados de modo precário? Se restar provado (e isso é muito difícil) que os cuidados foram precários porque o agente não se importava de fato com a lesão, o caso será de temeridade; se esses cuidados ineficazes decorrerem de uma falsa representação da dimensão do perigo, ou de uma falsa dimensão de eficácia dos próprios fatores de evitação, a classificação adequada é a da imprudência.

Eventuais inquietações com relação às penas especificamente cominadas às lesões imprudentes, temerárias e intencionais somente podem ser resolvidas por meio de reflexões político-criminais pontuais e responsáveis. As chances de corrigir atuais injustiças são notórias. Parecem inexistir empecilhos práticos para a adoção de um sistema tripartido de imputação subjetiva.

Por exemplo: há um consenso quanto à excessiva brandura das penas de 2 a 4 anos de detenção para homicídios culposos na direção de veículos automotores. Especialmente nos casos das disputas automobilísticas não autorizadas e da embriaguez, a punição mal assume caráter simbólico. Geralmente, dá-se a substituição por penas restritivas de direitos. De outro lado, dizer, como se tem feito, que nesses dois casos a pena deve ser a mesma cominada aos delitos dolosos (reclusão, de 6 a 20 anos) é, *prima facie*, flagrante exagero. A estipulação de uma pena intermediária (v.g., reclusão, de 5 a 10 anos) resolveria uma das piores celeumas de nosso ordenamento jurídico-penal. Alguma insatisfação que permaneça com relação às penas deve ser resolvida no âmbito da política criminal, sem o comprometimento da higidez da Teoria do Delito.

Ab initio, é como homicídio temerário que se deveria punir a conduta do condutor embriagado que causa a morte de alguém por atropelamento ou colisão automobilística. A menos que se “prove” a intenção específica de matar aquela vítima, está afastada a imputação intencional. Também resta descartada a possibilidade da mera imprudência: os riscos da ingestão de álcool se situam entre os “conhecimentos mínimos” de todas as pessoas imputáveis em nosso país (os alertas vêm do governo, das leis, da mídia; o conhecimento é exigido para a aprovação nos exames de habilitação, etc.). Essa é, ainda, uma presunção relativa (admite prova em sentido contrário), mas constitui ponto de partida com baixo potencial para arbitrariedades.

Não é possível afirmar que o condutor tenha assim agido porque não dá valor à vida alheia ou porque confia exageradamente em si mesmo ou no acaso. Atualmente, teríamos que lançar mão de presunções quanto à assunção do risco para poder “pecar por excesso” (impor uma pena que é, como visto, exagerada, em vez de outra que é irrisória). Sob a ótica da temeridade, a relação emocional-volitiva do agente com o dano não importa. A atribuição dos conhecimentos mínimos nos autoriza a presumir a consciência do perigo, o que é suficiente para imputar-lhe a temeridade. O condutor dispunha de condições ótimas de decidir e levou a efeito uma escolha que expõe o bem a risco, e que culminou com sua lesão efetiva.

Não é possível “assassinar” a Teoria do Delito ou “instrumentalizar” o indivíduo, presumindo aqui e ali elementos volitivos e emocionais verificáveis para alcançar aquilo que se julga ser uma punição mais justa. É melhor, mesmo, redefinir os conceitos dos institutos que perfazem o sistema de imputação subjetiva, limitada a tendência da normatização aos casos necessários e às modalidades mais brandas de responsabilização subjetiva.

O exemplo de que se ocupam os últimos parágrafos dá uma prévia das vantagens pragmáticas da reorganização categorial. A manter-se a configuração atual, o dolo eventual será um fantasma a assombrar os processos criminais. Ou será aplicado a partir da presunção do elemento volitivo, ou será descartado em nome do *in dubio pro reo*. A legítima “prova” da assunção do risco, se concedermos que seja possível, ocorrerá em uma parcela ínfima dos casos.

Já restou demonstrado que imputar os conhecimentos – especialmente os “conhecimentos mínimos” – é infinitamente mais simples e potencialmente menos afrontoso à dignidade do que meramente presumir ou criar ficções acerca da vontade. Casos emblemáticos como os da

roleta-russa, do cinto de couro, do golpe na nuca da criança pelo lutador de *karate*, do atirador de Lacmann e dos mendigos russos⁷⁹⁴ (vistos nos capítulos 2 e 5), a respeito dos quais se teria que provar ou presumir a “assunção do risco”, o “consentimento”, a “aprovação”, a “indiferença”, etc., são visivelmente subsumíveis ao conceito de temeridade, tendo em vista a verdadeira convicção quanto ao aspecto cognitivo.

Examinando a questão em termos preventivo-gerais positivos, a necessidade da pena será ditada conforme a potencial disposição do agente em relação à transgressão. Conforme seu nível de resolução, será necessária uma resposta mais ou menos vigorosa no sentido de desestimulá-lo a adotar comportamentos potencialmente lesivos. A diferença de intensidade nos três níveis propostos varia conforme nosso grau de certeza a respeito da disposição do agente e, conseqüentemente, da necessidade de vigor. No caso das lesões intencionais, temos certeza da disposição do agente: há um projeto consciente de ataque. Na temeridade, não se prova esse projeto de ataque, mas há convicção quanto à baixa estima pelo bem, traduzida na sua colocação consciente em perigo. Na hipótese da imprudência, não há qualquer prova da disposição do agente em relação ao bem. Lembramos que o Direito Penal é um mal necessário, e que, por isso, é preciso que seja norteado por uma visão minimalista. Os castigos devem ser aqueles estritamente necessários para a proteção dos bens jurídicos. Se não se sabe o quanto de força é preciso para desestimular o autor imprudente de agir (ou para estimulá-lo a adotar os cuidados devidos), essa força deve ser a menos intensa das três.

Um dos pontos mais criticáveis do sistema atual está no suspense quanto à configuração do dolo – mais especificamente, do dolo eventual, principal nódoa da Teoria do Delito. Embora a tendência de facilitar imensamente a aplicação do dolo seja decorrente de uma visão tipicamente punitivista, é verdade que parte das propostas de objetivização da determinação do dolo é impulsionada por preocupações legítimas. Essa pretendida objetivização, não apenas por questões principiológicas constitucionais e filosóficas, deve encontrar limites. Do modo como vem sendo pensada e operada, além de suprimir a diferença entre o intencional e o descuidado, que conta com raízes profundas no ideário jurídico, na tradição e na cultura ocidental como um todo, abre as portas para a responsabilidade penal objetiva. É preciso encontrar critérios objetivos que não desnaturem a natureza subjetiva do processo de

⁷⁹⁴ Alguns mendigos russos compravam e mutilavam crianças para pedir esmolas em seus lugares, na expectativa de que despertassem mais compaixão e caridade. Algumas das crianças, obviamente, morriam. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 51.

imputação e que não deformem os elementos que a integram. Objetivizar o dolo, por exemplo, é um contrassenso. Só por isso, o dolo eventual está condenado ao fracasso: se mantido plenamente subjetivo, não será jamais imputado com segurança; se objetivizado, deixa de ser o que é – uma categoria da imputação subjetiva.

O abandono das categorias atuais, com a manutenção das suas respectivas áreas de cobertura sob novas regras e denominações está livre de algumas dessas amarras. Ora, o processo de imputação subjetiva deve ser, no mínimo, predominantemente subjetivo, e devem ser buscados critérios de atribuição que respeitem essa característica. Se a segurança total nunca será alcançada, devemos perseguir a máxima redução das margens de erros.

O sistema que sugerimos, quanto a esses aspectos, possui visíveis vantagens. Os fenômenos psíquicos acompanham todas as condutas humanas. Nem sempre poderemos desvendá-los, mas não podemos, simplesmente, fantasiá-los ou desprezá-los. A categoria mais grave de imputação, destarte, fica reservada para os casos em que houver a prova dos fenômenos psíquicos do conhecimento e da intenção. É simples: só se pode dizer que um fato seja intencional com a determinação processual da intenção. Vimos, no item anterior, que a determinação da intenção é bem mais simples do que da “assunção do risco”, “consentimento” ou outros estados emocionais e volitivos disformes. Pelo exame da relação entre meios e fins, e pela perscrutação dos motivos potenciais, em boa parte dos casos em que existir a intenção de realizar o tipo ela será determinável.

Sem a prova da intenção, está descartada a categoria mais grave de imputação. Isso não quer dizer que o fato, necessariamente, vá receber um apenamento exageradamente brando. Talvez isso ocorra no sistema atual, em que a desclassificação do dolo para a culpa pode transformar penas extremamente aflitivas em pura simbologia. É óbvio que deve haver sensível redução de pena na passagem da categoria da intenção para a da temeridade. Mas essa redução não será tão grande como ocorre no presente. E mantém-se a feição subjetiva da imputação com a exigência do elemento cognitivo em sentido psicológico. Eventuais presunções quanto a esse elemento, já vimos, tendem a ser menos arbitrárias. E, além disso, não devem ser de natureza absoluta.

À falta da constatação do conhecimento em sentido psicológico, a categoria restante é a da imprudência. Onde há a maior artificialidade e as maiores chances de arbitrariedade, as penas

devem ser as mais comedidas. O sistema em tela, sem deixar de ser predominantemente subjetivo – é normativo somente na medida estritamente necessária para que se mantenha a operacionalidade do Direito Penal – é de simples aplicação processual. Provados conhecimento e intenção, crime intencional. Provado apenas o conhecimento, crime temerário. À falta do conhecimento, nos casos em que ele era devido e possível, somente se pode configurar o crime imprudente.

Falando, ainda, em redução das margens de erro, há uma importante vantagem a destacar. Dois fatores que oportunistam as injustiças do “super-apenamento” e do “sub-apenamento” no sistema atual são corrigidos com um modelo tripartido em que se unam dolo eventual e culpa consciente. Hoje, temos uma imensa proximidade entre as duas categorias de imputação, e uma enorme distância entre penas. Quando ocorre um erro, é do “oito para o oitenta”; de “A para Z”. Uma linha muito delgada divide os âmbitos do dolo e da culpa. É fato: ninguém há de confundir culpa inconsciente com dolo direto de primeiro grau. Mas a passagem da culpa consciente para o dolo eventual se dá por detalhes que podem ser microscópicos. E, a rigor, é a passagem da culpa para o dolo. Permitindo-nos uma paródia, “um pequeno passo para o juiz, um imenso salto para o condenado”. Ocorre que a passagem da culpa consciente para o dolo eventual tem o mesmo efeito prático que encontraríamos na mudança da culpa inconsciente para o dolo direto de primeiro grau. No fim das contas, os próprios extremos se aproximam: dolo direto e dolo eventual têm a mesma pena; do dolo eventual para a culpa consciente há uma espaço mínimo; a culpa consciente e a inconsciente têm a mesma pena. Em suma, quando se erra, no sistema atual, se erra “feio”. Julgar o que seria dolo eventual como culpa consciente, ou vice-versa, é atribuir penas dez vezes (o número é literal) maiores ou menores do que as que seriam, de fato, devidas para o caso.

A criação de um terceiro elemento pode sanar as duas falhas. Separa, verdadeiramente, as extremidades. É muito difícil confundir a intenção com a imprudência, pelo nível de exigência que se faz presente na primeira. Quando houver equívoco, ele será da imprudência para a temeridade, ou desta para a intenção. Seja um erro de “super-apenamento” (julgar como temeridade a imprudência ou como intenção a temeridade) ou de “sub-apenamento” (condenar como imprudente um fato temerário, ou como temerário um fato intencional), será sempre moderado. O que mais incomoda, na prática, no sistema atual? É, exatamente, seu estilo “tudo ou nada”. Ou o fato é doloso e recebe uma pena monstruosa, ou é culposo e é punido de modo irrisório. Quando se discorda da classificação, a impressão de injustiça

sempre se dá em seu grau mais elevado. Puniu-se exageradamente um fato de menor importância, ou de modo muito suave um caso gravíssimo. É exatamente o que tende a acabar com o sistema aqui proposto. Quando se discordar da classificação, não se sentirá o mesmo desconforto em relação a um “super-apenamento” ou “sub-apenamento”. Na pior das hipóteses, o que era muito grave ou o que era bastante leve acabou sendo punido com uma pena média.

É evidente que os erros são indesejáveis, e que as categorias e conceitos são pensados para a aplicação mais precisa possível. Mas o equívoco, no Direito, é uma amarga possibilidade sempre presente. É necessário não apenas desenvolver mecanismos para evitá-lo, mas estabelecer critérios para conter seus danos, nas hipóteses em que se materializar.

A implementação de uma proposta como essa requer uma ampla reforma legislativa. Não basta, é claro, inserir ou alterar um ou mais dispositivos na Parte Geral do Código Penal. Mas a criação dessas normas gerais será necessária e, pelo menos quanto a isso, podemos oferecer uma imediata contribuição. Eis uma sugestão para a redação de artigo da Parte Geral do Código Penal que regule a imputação subjetiva:

Imputação subjetiva

Art. “X”. O crime será considerado:

I – intencional, quando a produção do resultado típico constituir o fim almejado pelo agente, ou quando ela constituir um consequência colateral necessária da conduta por ele realizada;

II – temerário, quando a produção do resultado, embora não constitua o fim almejado pelo agente, for representada como possível a partir da realização da conduta adotada;

III – imprudente, quando a produção do resultado previsível e evitável, sem constituir o fim almejado pelo agente, decorrer da inobservância de deveres objetivos de cuidado.

§ 1º. Ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei, ninguém pode ser punido por um fato descrito como crime, senão quando o pratica intencionalmente.

§ 2º. Não se admite a punição de crimes temerários ou imprudentes na forma tentada.

Duas observações finais. Primeiro, a ressalva expressa quanto à impunibilidade da forma tentada nos casos de temeridade e de imprudência soluciona algumas pendências atualmente

existentes em relação à compatibilidade da tentativa com o dolo eventual e com a culpa⁷⁹⁵. Segundo, é de todo irrelevante examinar o dispositivo sugerido sob as lentes das teorias do dolo, criticando-o, por exemplo, por empregar a teoria da vontade no inciso I, e da representação ou possibilidade, no inciso II. Superado o paradigma atual e abandonada a dicotomia dolo/culpa, nenhum sentido têm as teorias mencionadas.

O propósito, com a sugestão ora realizada, é o de compatibilizar a operacionalidade do Direito Penal com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A existência do Direito Penal somente justifica se ele puder desempenhar de modo minimamente eficiente sua função de tutelar subsidiariamente os bens jurídicos mais relevantes. Mas é preciso ter sempre em mente que ele está a serviço da pessoa, isto é, que ele não pode atentar contra a dignidade humana, cuja proteção, por meio da salvaguarda dos bens jurídicos, deve constituir, exatamente, o seu fim último. No Direito, o ser humano é a medida de todas as coisas. Se o Direito Penal quiser ser-lhe respeitoso – e é imperioso que o seja – deverá, sempre, observar a prerrogativa de tratamento de que é titular a pessoa. A prerrogativa de ser tratada como um ser humano único, dotado de razão e de vontade, e de ver consideradas, a todo tempo, essas fascinantes faculdades mentais, tão importantes para o reconhecimento de seu próprio valor.

⁷⁹⁵ Nesse caso, os que admitem a tentativa desenvolveram uma inexplicável figura denominada “culpa imprópria”, o que, de modo algum, reduz a absurdez que é a punição de um crime culposos na forma tentada.

REFERÊNCIAS (somente obras citadas)

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life**. Trad. Daniel Heller-Roazen. Stanford/CA: Stanford University Press, 1998.

AGÊNCIA BRASIL. **Brasil enfrenta epidemia de acidentes de trânsito, diz representante do Ministério da Saúde**. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-09-13/brasil-enfrenta-epidemia-de-acidentes-de-transito-diz-representante-do-ministerio-da-saude>> Acesso em: 21 mar. 2014.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Européia**. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa, 2008.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck (Org.). 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ANDREUCCI, Ricardo. **Manual de Direito Penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANTOLISEI, Francesco; CONTI, Luigi. **Istituzioni di Diritto Penale**. Milão: Giuffrè Editore, 2000.

ARENDT, Hannah. **The Life of the Mind**. Book Two: Willing. San Diego/New York: Harcourt, 1978.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caiero. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. T. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: RT, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2.ed.ampl.rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 12.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à Criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BEMFICA, Francisco Vani. **Da Teoria do Crime**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Campinas: Red Livros, 2000.

BIERRENBACH, Sheila. **Teoria do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2011, p.

_____. Alguns aspectos penais controvertidos no Código de Trânsito. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, São Paulo: RT, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.

BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração dos Direitos Fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, ano 2, n. 3, HS Editora Ano. Abr./Jun. 2008, p. 85.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 27.ed. São Pulo: Malheiros, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.); BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.); PACELLI, Eugênio (Coord.). **Direito Penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109-134.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 15, n. 2. Coimbra: Coimbra Editora. Abr./jun. 2005, p. 209-227.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**. Trad. David Jardim Junior. 28.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e ação significativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Dolo e significado. In: **Modernas tendências sobre o dolo em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. V. 3. Trad. Luiz Abezia e Sandra D. F. Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CALLEGARI, André Luís. Dolo eventual e crime de trânsito. IN: In: MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.); BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.); PACELLI, Eugênio (Coord.). **Direito Penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135-154.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: “derecho penal” del enemigo? In: STRECK, Lenio Luiz. **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 15-46.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. V. 1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. V. 1. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Ampinas: Bookseller, 2004.

CARRARA, Francesco. **Programa de Direito Criminal: Parte Geral**, v. 1. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 80.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

CARVALHO, João Cláudio Carneiro de. **Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade: análise pitagórica da construção metafórica de signos jurídicos**. 2012. 295 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, dezembro de 2012.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do Sistema Penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Thiago Fabres de. ROSA, Alexandre Morais. **Processo Penal eficiente & ética da vingança**: em busca de uma criminologia da não violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CEREZO MIR, José. **Derecho Penal**: Parte General. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2007.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes. IN: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 39.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Yuri carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: mandamentos, 2003.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. **Teoria Constitucional e Exceção Permanente**: uma categoria para a Teoria Constitucional no Século XXI. Curitiba: Juruá, 2009.

COSTA JR., Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora UnB, 2001.

DÍAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, Paulo César. **Modernas tendências sobre o dolo em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: Parte Geral. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

———. **Normativización del derecho penal y realidad social**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 4.ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4.ed. ver.ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRINI, Contardo. **Diritto Penale Romano**. Milão: Hoepli, 1899

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto Penale: Parte Generale**. 4.ed. Bolonha: 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 21.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANCO, Alberto Silva (Coord.) *et al.* **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: Parte Geral**. V.1 .T.1. 6.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: RT, 1997.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Princípio da legalidade penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à maximização da violência punitiva. In: ADEODATO, João Maurício (Coord.); BRANDÃO, Cláudio (Coord.); CAVALCANTE, Francisco (Coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 349-362.

GALVÃO, Paulo Murilo. **Aulas de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Método, 2010.

GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. **Revista Discursos Sediciosos**, ano 7, n. 11. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 69-92.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral: Teoria constitucionalista do delito**. São Paulo: RT/IELF, 2004.

GONZAGA, Luiz; TEIXEIRA, Humberto. Assum Preto. RCA Records, 2006. Disco Volta para Curtir (ao vivo).

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direto Político Moderno**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. In: DIAS, Silva *et al.* **Liber Amicorum de José de Souza e Brito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 902.

_____. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 208.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. IN: SARMENTO, Daniel (Coord.) *et al.* **Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 149-166.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**. Trad. Gilmar Fereira Mendes. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **El futuro de la naturaleza humana: hacia una eugenesia liberal?** Trad. R. S. carbó. Barcelona / Buenos: Paidós, 2002

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. 5.ed. Rio de Janeiro: D,P & A, 2001.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. IN: GRECO, Luís *et al.* **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15-24.

_____. Segurança pública no Estado de Direito. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**. V. 1. São Paulo: RT, 2010, p. 277-297.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**, versão 1.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HOUAISS, Antonio; AMARAL, Roberto. **A modernidade no Brasil: conciliação ou ruptura?** Petrópolis: Vozes, 1995.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**. V. 1. T. 2. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ISHIDA, Válter. **Curso de Direito Penal**. São Paulo:Atlas, 2009.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

_____. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

_____. **Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade**. Trad. Gercélia batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. V. 1. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma – da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. O conceito de culpa e a estrutura bipartida dos tipos penais culposos. In: FRANCO, Alberto; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**. V. III. São Paulo: RT, 2010, p. 607-635.

_____. O fetiche do dolo eventual. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo: IBCCrim, ano 20, n. 230, p. 10-11. Jan. 2012.

_____. Vulnerabilidade relativa, sim! **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo: IBCCrim, ano 20, n. 236, p. 8-9. Jul. 2012.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. **Crítica da razão pura**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito e de Direito Constitucional. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet *et alii*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KREBS, Pedro. **Teoria Jurídica do Delito**. 2.ed. São Paulo: Manole, 2006.

LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito Processual Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina *et al* (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MANTEL, Hilary. **A sombra da guilhotina**. Trad. Vera Whately. Rio de Janeiro: Record, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. V. II. 9.ed.atual. Campinas: Millenium, 2003.

_____. **Tratado de Direito Penal**. v. II. Campinas: Millenium, 2002.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade Humana**: Princípio Constituconal Fundamental. Curitiba: Juruá, 2012.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**: Parte General. V. 1. Trad. Jorge Bofill Genzsh e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet *et alii*. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos**, n. 58. São Paulo: CEBRAB. Nov. 2000.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELLES, Cecília. **Antologia poética**. [?] Editora do autor, 1963.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Trad. José Carlos Nobre P. Neto.

_____. **Estado, pena y delito**. Montevideú: B de F, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 4.ed. Trad. Herbert Wüntzel Heirich. Campinas: 2004.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como Simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOTOMURA, Marina. **Qual a maior palavra da língua portuguesa?** Disponível em <<http://mundoestranho.abril.com.br/materia/qual-a-maior-palavra-da-lingua-portuguesa>>. Acesso em 8 abr. 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “Derecho Penal del Enemigo”. IN: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). **Novos rumos do Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt**. Rio de Janeiro, 2006, p. 61-84.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. **Twilight of the idols or how to philosophize with a hammer.** Trad. Walter Kaufmann and R.J. Hollingdale *E-book*. “The four great errors”, n. 7. Disponível em <http://www.inp.uw.edu.pl/mdsie/Political_Thought/twilight-of-the-idols-friedrich-neitzsche.pdf> Acesso em 18 mar. 2014.

_____. **Vontade de Potência.** Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2011.

NORONHA, E. Magalhães de. **Direito Penal.** v. 1. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 136.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 5.ed.rev.ampl.atual. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz. Lineamentos sobre o dolo eventual e a culpa consciente nos crimes de trânsito. **Revista opinião Jurídica.** Fortaleza: Faculdade Christus, ano 3, n. 6, p. 33-45. 2005.2.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *Dolo como reproche: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental.* **Revista Pensar en derecho,** Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, n. 1, dez. 2012.

_____. Infracción punible de deberes de tolerancia: el problema de causalidad. **Revista Discusiones,** Buenos Aires: Universidad Nacional del Sur, n. 7, 2007.

PFORDTEN, Dietmar von der. O que é o Direito? Fins e Meios. Trad. Saulo de Mattos. **Revista Brasileira de Filosofia,** n. 238. São Paulo: Marcial Pons. Jan./ Jun. 2012.

PINHEIRO, Bruno. **Teoria Geral do Delito.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional.** 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 3.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** V. 1. São Paulo: RT, 2011.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa.** Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004.

QUEIROZ, Paulo. Dez teses jurídico-penais. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim),** ano 21, n. 248. São Paulo: IBCCrim. Jul. 2013.

_____. **Direito Penal: Parte Geral.** 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **De nuevo el dolo eventual**: un enfoque revolucionario para un tema clasico. Revista InDret, Barcelona, n. 3, jul. 2012.

_____. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2.ed. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. **Direito natural / direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Filosofia do Direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Introdução à filosofia**. 3.ed.atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. A dignidade da pessoa humana e o mínimo essencial. **Revista de Direito Administrativo**, n. 252. Rio de Janeiro: Renovar, p. 51. Set./Dez. 2009.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SALGADO, Karine. **A paz perpétua de Kant**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4.ed. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2005.

_____. **Direito Penal**: Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral do direitos fundamentais a perspectiva constitucional. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. IN: QUARESMA, Regina *et al.* **Neoconstitucionalismo(s)**. Coord. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Paulo Perdigão. 22.ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Trad. M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

SEARLE, John Rogers. **Intencionalidade**. Trad. Julio Fischer e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SÊNECA. *De Clementia*. Livro I. Cap XXVI. Disponível em <http://www.filosofia.com.br/figuras/livros_inteiros/73.txt>. Acesso em 10 mar. 2014.

SHECAIRA Sérgio Salomão. Dolo eventual e culpa consciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT/IBCCrim, ano 9, n. 38, p. 144-153. Abr./jun. 2002

_____. Ainda a expansão do Direito Penal: o papel do dolo eventual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n 64. São Paulo: RT. Jan./fev. 2007.

SIMMEL, Georg. **Schopenhauer & Nietzsche**. Trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo legal**. 2.ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**: uma contribuição à teoria do crime culposos. 2.ed.rev.ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 344.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VOLTAIRE. **Dicionário Filosófico**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

VON LIZST, Franz. **Tratado de Direito Penal**. Tomo I. São Paulo: Russell, 2003, p. 275-276.

WACQUANT, Loïc. A ascensão do estado penal nos EUA. **Revista Discursos Sediciosos** Ano 7. N. 11. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 13-39.

_____. A tentação penal na Europa. **Revista Discursos Sediciosos**, ano 7, n. 11. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 7-11.

_____. **Punir o pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. Trad. J. Bustos Ramírez *et al.* 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

_____. La imprudencia y los delitos de la circulación. In: WELZEL, Hans. **Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal**. Buenos Aires / Montevideo: B de F, 2006, p. 59-108.

_____. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.

WOLF, Ursula. **A Ética a Nicômaco de Aristóteles**. Trad. Enio Paulo Giachini. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

WUNDERLICH, Alexandre. O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, RT, ano 87, v. 754, p. 461-479. Ago. 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 8.ed.rev. São Paulo: RT, 2008

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Derecho Penal**: Parte General. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

DOCUMENTOS OFICIAIS (TEXTOS LEGAIS, ESTATÍSTICAS E JULGADOS CITADOS)

ALEMANHA. **Código Penal**, de 15 de maio de 1871, com a reforma de 1998. Trad. por Claudia López Diaz, disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf> Acesso em 6 de março de 2014.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República federal da Alemanha**, de 23 de maio de 1949. Disponível em <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf> Acesso em 21 mar. 2014.

ARGENTINA. **Código Penal de la Nación Argentina**, de 29 de outubro de 1921. Disponível em <<http://www.codigopenalonline.com.ar/>>. Acesso em 5 abr. 2014.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**, de 22 de agosto de 1994. Disponível em <<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>> Acesso em 21 mar. 2104.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Estatísticas do sistema prisional**. Disponível a partir de <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B364AC56A-DE92-4046-B46C-6B9CC447B586%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> Acesso em 19 mar. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848** (Código Penal), de 7 de dezembro de 1940. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 7.210** (execução penal), de 11 de julho de 1984. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei n 9.503/97** (Código de Trânsito), de 23 de setembro de 1999. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 8.072/90** (crimes hediondos), de 25 de julho de 1990. São Paulo: Saraiva: 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 8.930/94** (ampliação do rol de crimes hediondos), de 6 de setembro de 1994. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 9.034/95** (organizações criminosas), de 3 de maio de 1995. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 9.426/96** (aumento de diversas penas), de 24 de dezembro de 1996. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 9.455/97** (tortura), de 7 de abril de 1997. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 9.605/98** (crimes ambientais), de 12 de fevereiro de 1998. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 9.613/98** (lavagem de capitais), de 3 de março de 1998. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 10.792/03** (regime disciplinar diferenciado), de 1º de dezembro de 2003.

BRASIL. **Lei Federal n. 10.826/03** (estatuto do desarmamento), de 22 de dezembro de 2003. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 11.340/06** (violência doméstica contra a mulher), de 7 de agosto de 2006. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 11.343/06** (drogas), 23 de agosto de 2006. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 11.705/08** (“lei seca”), 19 de junho de 2008. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 11.923/09** (“sequestro relâmpago”), de 17 de abril de 2009. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 12.012/09** (celulares em presídios), de 6 de agosto de 2009.

BRASIL. **Lei Federal n. 12.015/09** (crimes sexuais), de 7 de agosto de 2009.

BRASIL. **Lei Federal n. 12.234/10** (prescrição), de 5 de maio de 2010.

BRASIL. **Lei Federal n. 12.650/12** (prescrição em crimes sexuais), de 17 de maio de 2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei Federal n. 12.720/12** (“milícias”), de 27 de setembro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei Federal n. 12.737/12** (crimes “virtuais”), de 30 de novembro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei Federal n. 12.850/13** (organizações criminosas), de 2 de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC 118071 / MT. Rel. Min. Laurita Vaz. Brasília, 07.12.2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=118071&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 21 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC 120175 / SC. Rel. min. Laurita Vaz. Brasília, 02.03.2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=120175&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 21 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC 199.100/SP. Rel. Min. Jorge Mussi. Brasília, 04.08.2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=199100&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 21 mar. 2014. Em sentido semelhante:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. REsp 1.279.458/MG. Rel. Min. Jorge Mussi. Brasília, 04.09.2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1279458&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 21 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. REsp 247263/MG. Rel. Min. Felix Fischer. Brasília, 04.04.2001. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=247263&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 21 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. REsp 247263/MG. Rel. Min. Felix Fischer. Brasília, 05.04.2001. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=247263&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 21 mar. 2104.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. REsp 912060 / DF. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 14.11.2007. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=912060&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 21 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 91.159/MG. Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, 02.09.2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891159%2ENUM E%2E+OU+91159%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b8tat4z>> Acesso em 21 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 684. Disponível em <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo684.htm>> Acesso em 21 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 101698/RJ. Rel.Min. Luiz Fux. Brasília, 18.10.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28101698%2ENUM E%2E+OU+101698%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cg6o9k6>> Acesso em 21 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 101698/RJ. Rel.Min. Luiz Fux. Brasília, 18.10.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28101698%2ENUM E%2E+OU+101698%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cg6o9k6>> Acesso em 21 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 71.800/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 20.06.1995. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745975/habeas-corpus-hc-71800-rs>> Acesso em 21 mar. 2104.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental 724918/ES. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 28.02.2013. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23069032/recurso-extraordinario-com-agravo-are-724918-es-stf?ref=home>> Acesso em 21 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda turma. HC 115352/ DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 16.04.2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28115352%2ENUM>>

[E%2E+OU+115352%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cfkqh](http://www.dpvatsegurodotransito.com.br/noticia2.aspx)
xl Acesso em 21 mar. 2014.

DPVAT. **Estatísticas do DPVAT.** Disponível em
<<http://www.dpvatsegurodotransito.com.br/noticia2.aspx>> Acesso em 21 mar. 2014.

ESPAÑA. **Constitución Española,** de 1978. Disponível em
<<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>> Acesso em 21 mar. 2014.

ESPAÑA. **Lei Orgánica 10/95** (Código Penal), de 23 de novembro de 1995. <Disponível em http://www.ub.edu/dpenal/CP_vigente_2013_01_17.pdf. Acesso em 20/02/2014.> Acesso em 21 mar. 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 9156/1992, ponente Francisco Soto Nieto. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 13922/1992, ponente Francisco Soto Nieto. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 9086/1992, ponente Francisco Soto Nieto. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 7146/1999, ponente José Augusto de Vega Ruiz. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 7070/1998, ponente José Augusto de Vega Ruiz. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 2872/1998, ponente José Augusto de Vega Ruiz. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 7211/2009, ponente Francisco Monderde Ferrer. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 3950/2013, Ponente Antonio del Moral García. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 3948/2013, ponente Juliano Artemio Sanchez Melgar. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 1515/2013, Ponente Juliano Artemio Sanchez Melgar. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 9112/2011, Ponente Julian Artemio Sanchez Melgar. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 796/2013, Ponente Carlos Granados Perez Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 8316/2012, Ponente Luciano Varela Castro. Disponível a partir de < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2014.

ESPÍRITO SANTO. Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo. Processo Nº 0025281-44.2006.8.08.0035, 4ª vara Criminal da Comarca de Vila Velha – ES. Disponível a partir de <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_12_instancias/descricao_proces.cfm> Acesso em 21 mar. 2014.

IBOPE. Retratos da Sociedade Brasileira: segurança pública. Out. 2011. Disponível em <<http://www.ibope.com.br/pt-br/conhecimento/relatoriospesquisas/Lists/RelatoriosPesquisaEleitoral/OPP%20110004-8%20CNI%20-%20Seguranca%20publica.pdf>> Acesso em 21 mar. 2104.

ITÁLIA. **Codice Penale**, de 19 de outubro de 1930. Piacenza: CELT, 2004.

ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**, de 22 de dezembro de 1947. Disponível em < <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>> Acesso em 21 mar. 2104.

MAGGESSI, Marina. **Projeto de Lei 4399/2008**, da Deputada Marina Maggessi (PPS/RJ). <Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=418075>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

ONU. **The Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em 10 mar. 2014.

PORTUGAL. **Código Penal**, de 23 de setembro de 1982. Disponível em < <http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2014.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 2 de abril de 1976. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em 21 mar. 2104.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Processo Nº 0002353-19.2013.8.21.0027, 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria – RS. Disponível a partir de <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em 21 mar. 2014.

